

Anhang zu § 20 EStG – Kommentierung des Investmentsteuergesetzes

Schrifttumsverzeichnis zum InvStG

Einführung zum InvStG

Kapitel 1 Allgemeine Regelungen

- § 1 Anwendungsbereich
- § 2 Begriffsbestimmungen
- § 3 Gesetzlicher Vertreter
- § 4 Zuständige Finanzbehörden, Verordnungsermächtigung
- § 5 Prüfung der steuerlichen Verhältnisse
- § 5a Übertragung von Wirtschaftsgütern in einen Investmentfonds

Kapitel 2 Investmentfonds

Abschnitt 1 Besteuerung des Investmentfonds

- § 6 Körperschaftsteuerpflicht eines Investmentfonds
- § 7 Erhebung der Kapitalertragsteuer gegenüber Investmentfonds
- § 8 Steuerbefreiung aufgrund steuerbegünstigter Anleger
- § 9 Nachweis der Steuerbefreiung
- § 10 Investmentfonds oder Anteilklassen für steuerbegünstigte Anleger; Nachweis der Steuerbefreiung
- § 11 Erstattung von Kapitalertragsteuer an Investmentfonds durch die Finanzbehörden
- § 12 Leistungspflicht gegenüber steuerbegünstigten Anlegern
- § 13 Wegfall der Steuerbefreiung eines Anlegers
- § 14 Haftung bei unberechtigter Steuerbefreiung oder -erstattung
- § 15 Gewerbesteuer

Abschnitt 2 Besteuerung des Anlegers eines Investmentfonds

- § 16 Investorerträge
- § 17 Erträge bei Abwicklung eines Investmentfonds
- § 18 Vorabpauschale
- § 19 Gewinne aus der Veräußerung von Investmentanteilen
- § 20 Teilfreistellung
- § 21 Anteilige Abzüge aufgrund einer Teilfreistellung
- § 22 Änderung des anwendbaren Teilfreistellungssatzes

Abschnitt 3 Verschmelzung von Investmentfonds

§ 23 Verschmelzung von Investmentfonds

Abschnitt 4 Verhältnis zu Besteuerungsregelungen für Spezial-Investmentfonds

§ 24 Kein Wechsel zu den Besteuerungsregelungen für Spezial-Investmentfonds

Kapitel 3 Spezial-Investmentfonds

Abschnitt 1 Voraussetzungen und Besteuerung eines Spezial-Investmentfonds

§ 25 Getrennte Besteuerungsregelungen

§ 26 Anlagebestimmungen

§ 27 Rechtsformen von inländischen Spezial-Investmentfonds

§ 28 Beteiligung von Personengesellschaften

§ 29 Steuerpflicht des Spezial-Investmentfonds

§ 30 Inländische Beteiligungseinnahmen und sonstige inländische Einkünfte mit Steuerabzug

§ 31 Steuerabzug und Steueranrechnung bei Ausübung der Transparenzoption

§ 32 Haftung bei ausgeübter Transparenzoption

§ 33 Inländische Immobilienerträge und sonstige inländische Einkünfte ohne Steuerabzug

Abschnitt 2 Besteuerung des Anlegers eines Spezial-Investmentfonds

§ 34 Spezial-Investmenterträge

§ 35 Ausgeschüttete Erträge und Ausschüttungsreihenfolge

§ 36 Ausschüttungsgleiche Erträge

§ 37 Ermittlung der Einkünfte

§ 38 Vereinnahmung und Verausgabung

§ 39 Werbungskosten, Abzug der Direktkosten

§ 40 Abzug der Allgemeinkosten

§ 41 Verlustverrechnung

§ 42 Steuerbefreiung von Beteiligungseinkünften und inländischen Immobilienerträgen

§ 43 Steuerbefreiung aufgrund von Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung, der Hinzurechnungsbesteuerung und der Teilfreistellung

§ 44 Anteilige Abzüge aufgrund einer Steuerbefreiung

§ 45 Gewerbesteuer bei Spezial-Investmenterträgen

§ 46 Zinsschranke

§ 47 Anrechnung und Abzug von ausländischer Steuer

§ 48 Fonds-Aktiengewinn, Fonds-Abkommensgewinn, Fonds-Teilfreistellungsgewinn

§ 49 Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen, Teilwertansatz

§ 50 Kapitalertragsteuer

§ 51 Feststellung der Besteuerungsgrundlagen

Abschnitt 3 Wegfall der Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds

§ 52 Wegfall der Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds

Kapitel 4 Altersvorsorgevermögenfonds

§ 53 Altersvorsorgevermögenfonds

Kapitel 5 Verschmelzung von Spezial-Investmentfonds und Altersvorsorgevermögenfonds

§ 54 Verschmelzung von Spezial-Investmentfonds und Altersvorsorgevermögenfonds

Kapitel 6 Bußgeldvorschriften, Anwendungs- und Übergangsvorschriften

§ 55 Bußgeldvorschriften

§ 56 Anwendungs- und Übergangsvorschriften zum Investmentsteuerreformgesetz

§ 57 Anwendungsvorschriften

Schrifttumsverzeichnis zum InvStG

Wassermeyer, Ausländische Investmentfonds im Internationalen Steuerrecht, IStR 2001, 193; *Geurts/Jacob*, Französische SICAV: Ansässigkeit nur bei Steuerpflicht – und was ist mit dem deutschen REIT?, IStR 2007, 737; *Kirchmayr*, Besteuerung von kollektiven Vermögensanlagen, DStJG 30 (2007) 235; *Zinkeisen/Walter*, Seminar F: Abkommensberechtigung von Investmentfonds, IStR 2007, 583; *Kirchmayr*, Seminar G: Collective Investment Vehicles, IStR 2011, 673; *Jacob/Link*, Zur Abkommensberechtigung einer französischen SICAV, Zugleich Anmerkung zum Urteil des BFH vom 6.6.2012, I R 52/11, IStR 2012, 949; *Steinmüller*, Investmentsteuerrecht: Ende der eingeschränkten Transparenz? Entwurf eines Arbeitsgruppenberichts zur Neukonzeption, NWB 2012, 808; *Elser/Stadler*, Entschärfter Kabinettsentwurf zur Anpassung des Investmentsteuergesetzes an das AIFM-Umsetzungsgesetz verabschiedet, DStR 2013, 225; *Haisch/Helios*, Steuerliche Produktregulierung durch das AIFM-StAnpG – Antworten auf Zweifelsfragen, FR 2014, 313; *Jesch/Haug*, Das neue Investmentsteuergesetz: Nach der Reform ist vor der Reform, DStZ 2014, 345; *Trencsik*, Was von einer Idee übrig blieb – Analyse systematischer Defizite der Investmentbesteuerung vor dem Hintergrund aktueller Reformüberlegungen, StuW 2014, 286; *Birker*, Auswirkungen der Reform der Investmentbesteuerung auf spezielle Abkommensregelungen für Investmentvermögen, RdF 2015, 221; *Blum/Pinetz*, Die reformierte Besteuerung von Immobilieninvestmentfonds in grenzüberschreitender Betrachtung Deutschland – Österreich (Teil 1), ISR 2015, 214, (Teil 2) ISR 2015, 248; *Bron*, Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Reform der Investmentbesteuerung, Stbg 2015, 391; *Dyckmans*, Der Diskussionsentwurf des BMF zum Investmentsteuerreformgesetz: Ende der eingeschränkten Transparenz?, Ubg 2015, 531; *Haisch*, Investmentsteuerreform – Wird jetzt alles gut?, RdF 2015, 294; *Kral/Watzlaw*, Die geplante Reform der Investmentbesteuerung – Praxishinweise und Handlungsbedarf aus Sicht einer depotführenden Stelle, BB 2015, 2198; *Rehm/Nagler*, Fallstricke bei der geplanten Reform der Investment-Besteuerung, BB 2015, 1248; *Roth*, Neuer Diskussionsentwurf des BMF zur Reform der Investmentbesteuerung, StBW 2015, 829; *Anzinger*, Wesen, Reformbedürfnis und Reformoptionen des Investmentsteuerrechts, FR 2016, 101; *Bindl/Mager*, Ausgewählte Zweifelsfragen und Lösungsvorschläge zum InvStG n.F., BB 2016, 2711; *Böcker*, Der Referentenentwurf zur Investmentsteuerreform – Neues Besteuerungssystem für Investmentfonds, NWB 2016, 496; *Böcker*, Die neue Fondsbesteuerung im Zuge der Investmentsteuerreform – Vereinfachung und europarechtskonforme Ausgestaltung der Investmentbesteuerung, NWB 2016, 2789; *Buge/Bujotzek/Steinmüller*, Die InvSt-Reform ist verabschiedet, DB 2016, 1594; *Elser*, Corporate Asset Management nach Reform der Investmentbesteuerung, CF 2016, 141; *Elser*, Die Reform der Investmentbesteuerung und ihre Auswirkungen auf Anlagen in Alternative Investments, Absolut report 2016, 63; *Elser/Thiede*, Der Referentenentwurf zur Reform der Investmentbesteuerung (InvStRefG), Analyse der Auswirkungen für private und institutionelle Investoren, NWB-EV Nr. 2/2016, 51; *Ewald/Jansens*, Ausgewählte ertragsteuerrechtliche Aspekte bei Investment-Kommanditgesellschaften, DStR 2016, 1784; *Günther*, Sachverständigen-Kritik zu geplanten Änderungen der Investmentfondsbesteuerung, EStB 2016, 202; *Haisch*, Abzugsverbot bei den Teilfreistellungen nach § 20 InvStG n.F. im Lichte des BFH-Urteils I R 61/14, RdF 2016, 329; *Haisch/Hüniken*, Erhebliche Verschärfung der Steueranrechnung bei deutschen Aktien geplant, BB 2016, 345; *Haug*, Investmentfonds und Außensteuerrecht: Abgrenzungsfragen nach dem InvStRefG, IStR 2016, 597; *Helios/*

Mann, Das Gesetz zur Reform der Investmentbesteuerung, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 1; *Höring*, Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Investmentbesteuerung („Investmentsteuerreformgesetz – InvStRefG“), DStZ 2016, 383; *Höring*, Das Gesetz zur Reform der Investmentbesteuerung („Investmentsteuerreformgesetz – InvStRefG“), DStZ 2016, 727; *Höring*, Die Auswirkungen des Investmentsteuerreformgesetzes (InvStRefG) auf die Berufsträgerbescheinigung der Besteuerungsgrundlagen von Investmentfonds, StBp. 2016, 148; *Jansen/Greger*, Reform der Investmentbesteuerung – erste Analyse des Referentenentwurfs, FR 2016, 116; *Kammeter*, Änderungen durch die geplante Reform der Investmentbesteuerung – vom Referentenentwurf (18.12.2015) bis zum Regierungsentwurf (24.2.2016) des InvStRefG, ISR 2016, 99; *Kußmaul/Kloster*, Historisch bedingte Gegenwart der Pauschalbesteuerung von Erträgen aus intransparenten Investmentfonds nach dem InvStRefG, Ubg 2016, 527; *Kußmaul/Kloster*, Konzeptionelle Zukunft ausschüttungsgleicher Erträge sowie der Pauschalbesteuerung bei Publikums-Investmentfonds nach dem 31.12.2017, Ubg 2016, 672; *Kußmaul/Patzner/Kloster/Bui*, Investmentbesteuerung vor der Zeitenwende – Grundlegende Systemänderungen in der konzeptionellen Besteuerung von Publikums-Investmentfonds, Ubg 2016, 596; *Lechner*, (Erneute) Reform der Investmentbesteuerung – ein Überblick, RdF 2016, 208; *Lübbehüsen/Walter/Sotta*, (Immobilien-)Investmentfonds nach der Reform des Investmentsteuergesetzes i.d.F. des AIFM-StAnpG, Hintergrund, Grundlagen und Folgen der aktiven Bewirtschaftung, StBp. 2016, 10; *Lübbehüsen/Walter/Sotta*, (Immobilien-)Investmentfonds nach der Reform des Investmentsteuergesetzes i.d.F. des AIFM-StAnpG, Aktive unternehmerische Bewirtschaftung im Rahmen der Vermietung, StBp. 2016, 29; *Lübbehüsen/Walter/Sotta*, (Immobilien-)Investmentfonds nach der Reform des Investmentsteuergesetzes i.d.F. des AIFM-StAnpG, Aktive unternehmerische Bewirtschaftung bei Herstellung, Instandhaltung und Veräußerung von Immobilien, StBp. 2016, 104; *Maier*, Investmentsteuerreform 2018 Steuererhöhungen vermeiden/keine administrativen Hürden aufbauen, FR 2016, 121; *Neumann*, Investmentsteuerreformgesetz: Ausgewählte Problemfelder, DB 2016, 1779; *Patzner/Nagler*, Zum Seminar I: Kernpunkte des ab 2018 in Deutschland geltenden deutschen Investmentsteuerregimes, ISR 2016, 725; *Richter*, Die Auswirkungen der geplanten Reform der Investmentbesteuerung auf das Verhältnis zur Hinzurechnungsbesteuerung nach den §§ 7 bis 14 AStG, Ubg 2016, 9; *Richter/Welling*, Tagungs- und Diskussionsbericht zum 57. Berliner Steuergespräch „Die Reform der Investmentbesteuerung“, FR 2016, 111; *von Schweinitz/Thiems*, Die Umsetzungspflichten für Depotbanken bei Publikumsfonds nach dem Regierungsentwurf des Gesetzes zur Reform der Investmentbesteuerung, DStR 2016, 1198; *Stadler/Bindl*, Das neue InvStG – Überblick und Korrekturbedarf, DStR 2016, 1953; *Stadler/Jetter/Rosenberg/Placke*, Unternehmensrelevante Rechtsentwicklungen 2016 – Bedeutung für 2017, DB, Beilage Nr. 6/2016, 8; *Stadler/Mager*, Der Regierungsentwurf des Gesetzes zur Reform der Investmentbesteuerung, DStR 2016, 697; *Warnke*, Gesetz zur Reform der Investmentbesteuerung beschlossen, Die Investmentsteuerreform und ihre wesentlichen Änderungen, EStB 2016, 305; *Wassermeyer*, Investmentsteuerreform, EuZW 2016, 841; *Behrens*, Transparenz- und Immobilien-Transparenzoption nach dem InvStG 2018, RdF 2017, 297; *Bindl/Mager*, Besteuerung von Dachfonds nach dem InvStG 2018, DStR 2017, 465; *Bindl/Stadler*, Die Immobilientransparenz gem. § 33 Abs. 2 InvStG 2018 bei Dach- und Masterfonds-Strukturen, BB 2017, 1943; *Bünning*, Auswirkungen des neuen InvStG auf die Umwandlung von Immobilienfonds, BB 2017, 1066; *Bünning/Loff*, Kreditfonds: erste Erfahrungen mit aufsichtsrechtlichen Neuerun-

gen und derzeitige sowie künftige steuerliche Regelungen, RdF 2017, 42; *Carlé*, Die Reform der Investmentbesteuerung ab dem 1.1.2018, ErbStB 2017, 20; *Delp*, Investmentsteuerreform aus privater Anlegersicht, DB 2017, 447; *Ebner*, Teilfreistellung bei Investmentfonds in der Praxis, RdF 2017, 305; *Ebner*, Investmentfonds im ausländischen Kontext, IWB 2017, 479; *Ernst*, Reform der Investmentbesteuerung und Auswirkungen auf die Durchführung der betrieblichen Altersvorsorge, BB 2017, 2723; *Haase*, InvStG-alt und InvStG-neu im Vergleich: Was ändert sich bei einem typischen Immobilien-Investment?, jM 2017, 30; *Hahne*, Zur Besteuerung inländischer Beteiligungseinnahmen von Investmentfonds nach der Investmentsteuerreform 2018, DStR 2017, 2310; *Hahne/Völker*, Anwendungsfragen des § 36a EStG bei Investmentfonds nach geltendem und künftigen Recht, BB 2017, 858; *Hahne/Völker*, § 36a EStG: Konkretisierungen, verbleibende Zweifelsfragen und Ungereimtheiten nach dem dritten BMF-Entwurf, RdF 2017, 50; *Haug*, Besteuerung von Spezial-Investmentfonds nach dem InvStG 2018 – Aktuelle Einzelfragen und erste Lösungsansätze, Ubg 2017, 303; *Kelterborn/Küpper*, Investmentsteuerreform: Praxishinweise aus dem BMF, BB 2017, 2263; *Kretzschmann/Schwarz*, Verschärfte Anforderungen an die Anrechenbarkeit der Kapitalertragsteuer gem. § 36a EStG, FR 2017, 223; *Nagler/Niedling/Patzner*, Cum/Cum-Gestaltungen und die Erstattung unionsrechtswidrig erhobener Kapitalertragsteuern, RdF 2017, 289; *Patzner/Kempff/Nagler in Patzner/Döser/Kempff*, Investmentrecht, Kommentierung zum Investmentsteuergesetz 2018, Handkommentar, Baden Baden, 3. Aufl. 2017, 1026; *Schlund*, Die Anwendungs- und Übergangsvorschriften des neuen InvStG – Was passiert zum Jahreswechsel eigentlich genau?, DStR 2017, 2710; *Spilker*, Rechtsstaatliche Grenzen für die steuerliche und strafrechtliche Würdigung von Cum/Cum- und Cum/Ex-Transaktionen, FR 2017, 138; *Stadler/Bindl*, Die Übergangsvorschriften zum neuen InvStG – Überblick und Handlungsempfehlungen, DStR 2017, 1409; *Zinowsky/Grabowski*, Steuerabgrenzung für Investmentfonds unter Berücksichtigung des neuen Investmentsteuerrechts, IRZ 2017, 201; *Zinowsky/Grabowski*, Auswirkungen des InvStRefG auf die Steuerabgrenzung von Fondsanlegern, IRZ 2017, 236; *Bindl/Leidel*, Die Steuerbefreiung nach § 42 Abs. 4 und 5 InvStG 2018 bei mehrstufigen Fondsstrukturen, BB 2018, 151; *Ebner*, Belastungsvergleiche bei (Spezial-)Investmentfonds, RdF 2018, 132; *Jensch/Ahrenholz/Ebner*, Anwendungsfragen zum InvStG für Spezial-Investmentfonds: Anmerkungen zum BMF-Schreiben vom 28.8.2018, RdF 2018, 320; *Hasbach*, Die Verschmelzung von (Spezial-)Investmentfonds – Ein Überblick über die steuerlichen Folgen und ausgewählte Fragen, FR 2018, 1117; *Jansen/Greger*, InvStG 2018: Übergang zum neuen Recht, erste Praxis- und Anwendungsfragen, BB 2018, 407; *Jansen/Greger*, InvStG 2018 – im Fokus: Personengesellschaften als Anleger, DStR 2018, 282; *Klein/Hörner/Adam*, Ausgewählte internationale Aspekte des InvStG 2018, ISR 2018, 216; *Link*, Grundzüge der beschränkten Steuerpflicht bei Investmentfonds – Zugleich ein Vergleich zwischen altem und neuem Recht, SAM 2018, 49; *Patzner/Harm*, Steuerliche Behandlung von Spezial-Investmentfonds nach dem Investmentsteuerreformgesetz ab 2018, BB 2018, 2711; *Neumann*, Abkommensberechtigung inländischer Investmentfonds ab 2018, FR 2018, 457; *Schwarz/Kohl*, Qualifikation investmentsteuerlicher Fondstypen nach dem InvStG 2018 – Ausgewählte Zweifelsfragen und geplante Änderungen, DB 2018, 1947; *Bindl/Leidel*, Unternehmensbesteuerung nach dem „Jahressteuergesetz 2018“, GmbHR 2019, 1; *Bödecker*, Anwendungsschreiben zum Investmentsteuergesetz, Ubg 2019, 545; *Ebner*, Dach-Investmentfonds im ausländischen Kontext – Aktuelle Aspekte unter Berücksichtigung des neuen BMF-Schreibens v. 21.5.2019, IWB 2019, 721; *Hagen/Schober*,

Referentenentwurf eines Gesetzes zur weiteren Förderung der Elektromobilität – Auswirkungen auf die Besteuerung von Kapitalanlagen und (Spezial-)Investmentfonds, BB 2019, 1630 und 1693; *Haisch*, RdF-Rechtsprechungsreport zur Besteuerung von Swaps, RdF 2019, 223; *Herr/Stiefel*, Europarechtliche Diskriminierung ausländischer Investmentfonds auch unter dem InvStG 2018, IStR 2019, 929; *Herr/Stiefel*, Vorabpauschale und Teilfreistellung – Praktische Anwendungsfragen bei der Besteuerung von Investmentfonds nach dem JStG 2018, DStR 2019, 908; *Hensel*, Zehn Highlights aus dem ersten Teil des BMF-Schreibens zur Anwendung des InvStG 2018, RdF 2019, 204; *Höreth/Stelzer*, Jahressteuergesetz 2018 – Überblick und finale Änderungen, DStZ 2019, 13; *Höring*, Kapitalertragsteuer-Anmeldung Spezial-Investmentfonds nach § 50 § 50 und § 53 Abs. 3 Satz 1 InvStG und Anmeldung der Zahlung nach § 36a Abs. 4 EStG/§ 31 Abs. 3 Satz 2 InvStG für Investmentfonds (InvSt 4 B), DStZ 2019, 898; *Höring*, BMF-Schreiben: Erstes (Teil-) Anwendungsschreiben zum Investmentsteuergesetz 2018, DStZ 2019, 602; *Höring*, Aktuelle Entwicklungen zum Investmentsteuergesetz 2018 (InvStG 2018) – Teil 1, DStZ 2019, 906; *Jansen/Geiger*, Änderungen im Investmentsteuergesetz aufgrund des „JStG 2018“, RdF 2019, 132; *Kral/Watzlaw*, Anwendung des Freibetrags für bestandsgeschützte Alt-Anteile nach Einführung der Investmentsteuerreform – Praxishinweise unter Berücksichtigung der Änderungen durch das UStAVermG, BB 2019, 471; *Marfels*, BMF: Anwendungsfragen zum Investmentsteuergesetz (InvStG), EStB 2019, 266 (Teil 1) und 309 (Teil 2); *Stadler/Mager*, Der neue Investmentsteuererlass zu Anwendungsfragen zum Investmentsteuergesetz vom 21.5.2019 – Vergleich zum Entwurf vom 15.6.2018, BB 2019, 1760; *Bindl/Schober*, Investmentsteuererlass-Entwurf zu Spezial-Investmentfonds – Darstellung und kritische Würdigung ausgewählter Aspekte, BB 2020, 599; *Haug*, Konsequenzen für die Investmentbesteuerung aufgrund „ATAD-UmsG“ und „JStG 2109“, Ubg 2020, 84; *Herr/Link*, Verhältnis zwischen InvStG und AStG – Ende der Sperrwirkung aufgrund der ATAD I-Richtlinie?, RdF 2020, 20; *Höring*, Aktuelle Entwicklungen zum Investmentsteuergesetz 2018 (InvStG 2018) – Teil 2, DStZ 2020, 24; *Mandler*, Investmentsteuerrechtliches Vereinfachungspotential im Hinblick auf die „Altlast“ ausschüttungsgleiche Erträge bei ausländischen Investmentfonds, FR 2020, 977; *Schäfer*, Zur Überführung von Investmentfonds mit gemischter Anlegerstruktur in steuerprivilegierte Investmentfonds i.S.d. § 10 InvStG, BB 2020, 23; *Stadler/Sotta*, Das Entwurf-Schreiben des BMF zu Spezial-Investmentfonds vom 16.12.2019 – erste Anmerkungen, BB 2020, 279; *Stadler/Sotta*, Investmentfonds und Hinzurechnungsbesteuerung nach dem ATAD-UmsG – eine kritische Analyse des Referentenentwurfs vom 24.3.2020, BB 2020, 1943; *Anemüller*, Private Kapitaleinkünfte in den Anlagen KAP, KAP-BET und KAP-INV für den VZ 2020, Teil 1: Anlage KAP 2020, ErbStB 2021, 115; *Bödecker*, Anwendungsschreiben zum Investmentsteuergesetz für Spezial-Investmentfonds, Ubg 2021, 121; *Hahne/Schober*, Zweifelsfragen bezüglich der Berechnung der Immobilieninvestitionsquote bei steuerbegünstigten Immobilienfonds, BB 2021, 86; *Hahne*, Die Transparenzoption nach § 30 InvStG bei Spezial-Investmentfonds – Ausübung, Abwicklung und Anwendungsfragen nach dem finalen BMF-Anwendungsschreiben, FR 2021, 425, FR 2021, 415; *Haug*, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Körperschaftsteuerrechts (KöMoG) – Folgen aus dem Optionsmodell für die Investmentbesteuerung, FR 2021, 410; *Schäfer*, Freibetrag nach § 56 Abs. 6 S. 1 Nr. 2 InvStG: Geltendmachung im Rahmen der Steuererklärung und Nutzung im Rahmen der Nachfolgeplanung, StB 2021, 85.

Verwaltungsanweisungen:

BMF v. 21.5.2019 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:001//2019/0415199, BStBl. I 2019, 527, Anwendungsfragen zum Investmentsteuergesetz in der ab dem 1. Januar 2018 geltenden Fassung (InvStG),

geändert durch

BMF v. 19.12.2019 – IV C 1 - S 1980 - 1/19/10008:004, BStBl. I 2020, 85;

BMF v. 29.10.2020 – IV C 1 - S 1980 - 1/19/10008:016, 2020/1103096, BStBl. I 2020, 1167;

BMF v. 20.1.2021 – IV C 1 - S 1980 - 1/19/10008:011, BStBl. I 2021, 156;

BMF v. 29.4.2021 – IV C 1 - S 1980 - 1/19/10008:017, 2021/0478558, BStBl. I 2021, 735;

BMF v. 1.6.2021 – IV C 1 - S 1980 – 1/19/10027:006, 2021/0577184, BStBl. I 2021, 773;

BMF v. 18.6.2021 – IV C 1 - S 1980-1/19/10008 :022, 2021/0531388, BStBl. I 2021, 844;

(nachfolgend abgekürzt als „BMF, Anwendungsfragen“).

Einführung zum InvStG

Autor und Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Begriffsbestimmungen	1	E. Ersatz des transparenten durch intransparentes Besteuerungs- regime	5
B. Bedeutung des Investment- steuerrechts	2	F. Innere Systematik	6
C. Eingeschränkte Transparenz als bisheriges Grundkonzept der Investmentbesteuerung	3	G. Verhältnis zur Hinzurech- nungsbesteuerung	7
D. Entstehungsgeschichte und Entwicklung des InvStG idF des Investmentsteuerreform- gesetzes	4	H. Verhältnis zu DBA	8

A. Begriffsbestimmungen

1

Das InvStG in der durch das StUmgBG v. 23.6.2017 (BGBl. I 2017, 1682) ergänzten Fassung des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730) regelt grds. mW ab 2018 (§ 56 Abs. 1) die StPflicht in- und ausländ. Investmentfonds (§ 1 Abs. 2 und 3) und Spezial-Investmentfonds (§ 26) sowie die der inländ. Anleger im Hinblick auf von ihnen erzielte Investmenterträge (§ 16) bzw. Spezial-Investmenterträge (§ 34), die als Einkünfte aus Kapitalvermögen (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 3a EStG) bzw. bei Zugehörigkeit der Fondsanteile zu einem BV als betriebliche Einkünfte (§ 20 Abs. 8 Satz 1 EStG) der ESt bzw. der KSt (§ 8 Abs. 1 Satz 1 KStG) und ggf. der GewSt unterliegen. Stark verkürzt lässt sich das neue Regelungskonzept wie folgt zusammenfassen: In- und ausländ. Investmentfonds unterliegen nur mit ihren inländ. Einkünften der deutschen KSt (und ggf. der GewSt), während nur inländ. Anleger mit ihren aus in- und ausländ. Einkünften in- und ausländ. Investmentfonds gespeisten Investmenterträgen der ESt bzw. KSt (und ggf. der GewSt) in Deutschland unterliegen.

Investmentfonds sind in erster Linie (s. aber § 1 Abs. 2 Satz 2, s. dazu § 1 Anm. 6 ff.) die Investmentvermögen nach dem KAGB (§ 1 Abs. 2 Satz 1, s. dazu § 1 Anm. 6). Dies sind Organismen für gemeinsame Anlagen, die, ohne ein operatives Unternehmen außerhalb des Finanzsektors zu sein, von einer Anzahl von Anlegern Kapital einsammeln, um es gemäß einer festgelegten Anlagestrategie zum Nutzen dieser Anleger zu investieren (§ 1 Abs. 1 Satz 1 KAGB). Dieser Zweck, der Einsatz von Vermögen zur Erzielung von Einnahmen, unterscheidet die Investmentvermögen von Unternehmen, die ebenfalls eingesammeltes Vermögen (Kapital) nutzen können, damit aber einen über die Vermögensverwaltung hinausgehenden unternehmerischen Zweck verfolgen (vgl. *Anzinger*, FR 2016, 101 [103]).

Die beiden Grundkonzepte solcher Organismen für gemeinsame Anlagen sind Investmentvermögen in Vertragsform (Vertragstyp) und in Form von Investmentgesellschaften (Gesellschaftstyp). In Deutschland sind Investmentvermögen in Ver-

tragsform die sog. Sondervermögen, die von einer Kapitalverwaltungsgesellschaft (KVG) für Rechnung der Anleger verwaltet werden (§ 1 Abs. 10 KAGB). Investmentvermögen in Form von Investmentgesellschaften sind Investmentaktiengesellschaften und Investmentkommanditgesellschaften (§ 1 Abs. 11 KAGB). Vereinfacht gesagt sind die Anleger bei Letzteren die Gesellschafter der Investmentgesellschaft, während ihnen bei Investmentvermögen in Vertragsform wie bei inländ. Sondervermögen ein Anteil an dem zur gemeinschaftlichen Anlage gebildeten Vermögen zusteht. Dabei werden die Anteile am Sondervermögen in Anteilsscheinen verbrieft (§ 95 Abs. 1 Satz 1 KAGB), während die zum Sondervermögen gehörenden Vermögensgegenstände nach Maßgabe der Anlagebedingungen entweder im Eigentum der Kapitalverwaltungsgesellschaft, die das Vermögen dann treuhänderisch für die Anleger hält (sog. Treuhandlösung), oder im Miteigentum der Anleger (Miteigentumslösung) stehen (§ 92 Abs. 1 KAGB). Steuerlich gelten alle inländ. Investmentfonds, und zwar nach dem Wortlaut des Gesetzes Investmentvermögen in Vertragsform und in Form von Investmentgesellschaften (s. dazu § 6 Anm. 5), als Zweckvermögen nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG (§ 6 Abs. 1 Satz 1) und alle ausländ. Investmentfonds als Vermögensmassen nach § 2 Nr. 1 KStG (§ 6 Abs. 1 Satz 2). Komplettiert wird das sog. investmentrechtl. Viereck (s. zur Rechtslage vor dem KAGB auch *Kirchmayr*, DStJG 30 [2007], 235 [237]) aus Anlegern, Kapitalverwaltungsgesellschaft und Sondervermögen durch die Verwahrstelle, deren Aufgaben die §§ 68 ff. KAGB regeln.

2 B. Bedeutung des Investmentsteuerrechts

Das Investmentsteuerrecht regelt als estl. und kstl. Regelungszusammenhänge ergänzende Spezialmaterie die Besteuerung von Investmentfonds und ihrer Anleger. Die Bedeutung des Investmentsteuerrechts erschließt sich aber insbes., wenn man es darüber hinaus auch wirtschaftspolitisch als Bestandteil der europarechtl. vorgeprägten Regulierung des Investmentwesens betrachtet. Ebenso wie das Investmentrecht ist es relevant für die Attraktivität Deutschlands als Investmentstandort und die der Anlage in Investmentfonds und Spezial-Investmentfonds durch inländ. und ausländ. Anleger. Es ist damit ebenso wie aufsichtsrechtl. Rahmenbedingungen dem Wettbewerb mit den Konzepten anderer Staaten ausgesetzt (vgl. BTDrucks. 15/1553, 65) und muss zugleich den Spagat schaffen, taugliche Lösungen für Massenverfahren ebenso anzubieten wie die Möglichkeit, im Vergleich zur Direktanlage auftretende Mehrfachbelastungen zu vermeiden. Erfreulicherweise fristet das Investmentsteuerrecht dabei nun schon seit geraumer Zeit nicht mehr das in der Vergangenheit beklagte Dasein außerhalb des rechtspolitischen Diskurses (vgl. *Anzinger*, FR 2016, 101). Es kann sich aber aufgrund seiner engen Verwobenheit mit verkorksten estl. Regelungsgeflechten wie dem des KapErtrStRechts einer besonderen Komplexität nicht entziehen und mochte deshalb in der Vergangenheit den Eindruck erwecken, besonders missbrauchsanfällig zu sein (BTDrucks. 18/8045, 49f.), wobei allerdings viele als missliebig erkannten Gestaltungen idR auch im Falle der Direktanlage auftreten konnten, ihre Ursache also gerade nicht im Investmentsteuerrecht hatten (vgl. auch *Rehm/Nagler*, BB 2015, 1248 [1250f.]).

C. Eingeschränkte Transparenz als bisheriges Grundkonzept der Investmentbesteuerung 3

Die Besteuerung von Erträgen aus Investmentfonds einschließlich der der Investmentfonds selbst war vor der am 1.1.2018 in Kraft getretenen Investmentsteuerreform geprägt durch eine eingeschränkte Transparenz. Die sog. semitransparente oder eingeschränkt transparente Besteuerung bedeutete, dass Anleger in ein Investmentvermögen im Grundsatz so gestellt sein sollten, als hätten sie die im Rahmen des Fonds erzielten Erträge selbst erzielt (BFH v. 11.10.2000 – I R 99/96, BStBl. II 2001, 22). Sie sollten also nicht besser oder schlechter gestellt sein, als wenn sie direkt in die vom Investmentvermögen gehaltenen Vermögensgegenstände investiert hätten. Dabei war Transparenz nicht im Sinne einer „Volltransparenz“ zu verstehen, wie sie zB bei PersGes. zum Tragen kommt. Sie galt vielmehr – zugunsten wie zulasten eines Stpfl. – nur, soweit sie das Gesetz ausdrücklich anordnete (BFH v. 4.3.1980 – VIII R 48/7, BStBl. II 1980, 453, zu den dem InvStG vergleichbaren Regelungen des früheren KAGG; BFH v. 7.4.1992 – VIII R 79/88, BStBl. II 1992, 786, zu Regelungen des AusInvG; BFH v. 11.10.2000 – I R 99/96, BStBl. II 2001, 22; BFH v. 3.3.2010 – I R 109/08, BFH/NV 2010, 1364, zur Fortsetzung des eingeschränkten Transparenzprinzips durch das InvStG; FG Hamb. v. 24.6.2008 – 6 K 171/05, EFG 2008, 1816, rkr.; FG Ba.-Württ. v. 20.7.2009 – 6 K 1871/09, juris, rkr., s. auch *Täske*, FS Flick, 1997, 587 [596]).

Dafür, dass Anleger grds. nicht schlechter als bei der Direktanlage gestellt wurden, sorgte die Befreiung – allerdings nur inländ. Fonds – von der KSt und der GewSt, die § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG aF normierte (zur Frage der Vereinbarkeit mit EU-Recht s. zuletzt FG Münster v. 20.4.2017 – 10 K 3059/14 K, EFG 2017, 1110, Az. BFH I R 33/17), nachdem § 11 Abs. 1 Satz 1 InvStG aF sie, sofern es sich um Sondervermögen handelte, zunächst als grds. (abstrakt) stpfl. Zweckvermögen iSv. § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG fingiert hatte, während Investmentaktiengesellschaften ohnehin als Aktiengesellschaften grds. stpfl. KapGes. waren. Zudem wurde (inländ.) Fonds von an sie gezahlten Kapitalerträgen einbehaltene KapErtrSt erstattet bzw. es durfte von deren Einbehalt gleich abgesehen werden. Dadurch wurde eine weitere Besteuerungsebene auf dem Weg der Erträge zu den Anlegern vermieden, die die Anlage über Investmentfonds unattraktiv gemacht hätte.

Eine Besserstellung gegenüber der Direktanlage – etwa durch die Möglichkeit, Erträge unversteuert zu thesaurieren und wieder anzulegen – verhinderte weitgehend das Konzept der ausschüttungsgleichen Erträge (§ 1 Abs. 3 Satz 3 InvStG aF): Gewisse (allerdings nicht alle, insbes. nicht Gewinne aus der Veräußerung von Aktien, was das sog. Fondsprivileg ausmachte) von einem Fonds erzielte Erträge galten als mit Ablauf des Geschäftsjahres des Fonds ausgeschüttet und den Anlegern zugeflossen (§§ 1 Abs. 3 Satz 5, 2 Abs. 1 Satz 2 InvStG aF). Das InvStG sorgte damit wie die Regelungen zur Hinzurechnungsbesteuerung nach §§ 7 ff. AStG dafür, dass Stpfl. die Versteuerung ihnen zuzurechnender Erträge grds. nicht aufschieben konnten (zur Konkurrenz dieser Besteuerungsregime s. § 7 Abs. 7 AStG und Anm. 7).

D. Entstehungsgeschichte und Entwicklung des InvStG idF des Investmentsteuerreformgesetzes 4

In dem mit Art. 2 des Investmentmodernisierungsgesetzes v. 15.12.2003 (BGBl. I 2003, 2676) eingeführten InvStG wurden erstmals mW für nach dem 31.12.2003

beginnende Wj. von Investmentvermögen die bis dahin in dem Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften (KAGG) und dem Auslandsinvestmentgesetz (AuslInvestmG) enthaltenen strechtl. Regelungen im Investmentwesen zusammengeführt (für einen Überblick über die Geschichte der Fondsbesteuerung s. *Kohl*, Ubg 2017, 643; *Anzinger*, FR 2016, 101 [104f.]). Schon mit dem KAGG v. 16.4.1957 (BGBl. I 1957, 378) war die investmentstl. eingeschränkte Transparenz (s. Anm. 3) begründet worden, die sodann mit dem AuslInvestmG v. 28.7.1969 (BGBl. I 1969, 986) konzeptionell auch für qualifizierte (sog. weiße) Auslandsfonds übernommen wurde und die dann das InvStG aF für in- und ausländ. Fonds fortführte (s. dazu auch *W. Wassermeyer*, IStR 2001, 193). Das InvStG wurde in der Folgezeit wiederholt und – wie zB mit dem AIFM-Steuer-Anpassungsgesetz – AFIM-StAnpG v. 24.12.2013 (BGBl. I 2013, 4318) – umfangreich geändert und ergänzt, um es an veränderte Rahmenbedingungen wie zB die Einführung des KAGB durch das AIFM-Umsetzungsgesetz – AIFM-UmsG v. 4.7.2013 (BGBl. I 2013, 1981) anzupassen.

Zunehmend zeichnete sich jedoch ein grundlegender Reformbedarf ab, dem nach Auffassung des Gesetzgebers nicht mehr durch bloße Änderungen innerhalb des bestehenden Systems der Investmentbesteuerung entsprochen werden konnte. Er befürchtete, dabei werde das ohnehin schon äußerst komplexe Investmentbesteuerungssystem noch komplexer und verwaltungsaufwendiger und damit für ein Massen-Besteuerungsverfahren nicht mehr praktikabel sein. Bei Publikums-Investmentfonds stünde dann der administrative Aufwand in einem deutlichen Missverhältnis zu den Besteuerungsergebnissen, da in sie vorwiegend Kleinanleger investierten. Mit der Reform der Investmentbesteuerung sollten administrativer Aufwand abgebaut und daneben EU-rechtl. Risiken ausgeräumt, sog. Steuersparmodelle verhindert, stl. Gestaltungspotential eingeschränkt und Systemfehler des bis dahin geltenden Rechts korrigiert werden (s. detailliert die Begr. des Gesetzentwurfs in BTDrucks. 18/8045, 49 ff., krit. dazu *Rehm/Nagler*, BB 2015, 1248). Insbesondere die Sorge, das vormals bestehende System der Investmentbesteuerung sei mit EU-Recht unvereinbar und daraus könnten sich fiskalische Risiken für Deutschland ergeben, veranlasste die Investmentsteuerreform. Das InvStG aF hatte nämlich inländ. Investmentfonds von KapErtrSt auf empfangene Dividenden freigestellt, während solche, wenn sie an ausländ. Investmentfonds gezahlt wurden, einem abgeltend wirkenden Abzug von KapErtrSt unterlagen. Zwar mussten inländ. Investmentvermögen bei der Ausschüttung von inländ. Dividenden bzw. bei Nichtausschüttung derselben aufgrund des fingierten Zuflusses daraus gespeister ausschüttungsgleicher Erträge wiederum KapErtrSt erheben, so dass man annehmen könnte, es komme in beiden Fällen, dem des inländ. wie dem des ausländ. Fonds, zu einer Einmalbesteuerung, nämlich bei ausländ. Investmentfonds auf Ebene der Fonds und bei inländ. Investmentfonds auf Ebene der Anleger (s. BTDrucks. 18/8045, 49 ff., s. auch *Rehm/Nagler*, BB 2015, 1248 [1250]). Nachdem allerdings der EuGH im Hinblick auf eine auf der ersten Stufe vergleichbare Ungleichbehandlung gebietsansässiger und gebietsfremder Investmentfonds nach polnischem Recht in der Sache *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (EuGH v. 10.4.2014 – C-190/12, IStR 2014, 333) entschieden hat, auch die Notwendigkeit, die Kohärenz des StSystems zu wahren, rechtfertige eine solche Ungleichbehandlung nicht, da die Prüfung des Grundes der stl. Kohärenz grds. im Hinblick auf ein und dasselbe StSystem durchgeführt werden müsse, ist zu besorgen, dass die Anlegerebene bei dieser Prüfung ausgeblendet werden und das frühere deutsche Besteuerungssystem aus Gründen der Kohärenz als nicht EU-rechtl. zulässig zu betrachten sein könnte.

Nach Vorarbeiten einer Bund-Länder-Arbeitsgruppe in den Jahren 2011 und 2012 (s. dazu *Steinmüller*, NWB 2012, 808) und der Einholung eines am 17.10.2014 vorgelegten Gutachtens des Instituts Copenhagen Economics zu „volkswirtschaftlichen Auswirkungen einer Reform der Investmentbesteuerung auf den Kapitalmarkt, den Finanzstandort und die Altersvorsorge in Deutschland“ (www.copenhagenecomics.com/dyn/resources/Publication/publicationPDF/9/279/1428656705/volkswirtschaftlicheauswirkungeneinerreformderinvestmentbestauerungaufdenkapitalmarkt_denfinanzstandortunddiealtersvorsorgeindeutschland-2.pdf) veröffentlichte daher das BMF am 21.7.2015 zunächst einen Diskussionsentwurf (www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/Steuerarten/Investmentsteuer/2015-07-22-Diskussionsentwurf-Investmentsteuerreformgesetz%E2%80%93InvStRefG.pdf?__blob=publicationFile&v=3) und sodann am 16.12.2015 einen Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform der Investmentbesteuerung. Am 24.2.2016 billigte das Bundeskabinett den Regierungsentwurf, der dem BRat (BRDrucks. 119/16 v. 11.3.2016) und dem BTag (BTDrucks. 18/8045 v. 7.4.2016) zugeleitet wurde. Der BRat nahm dazu Stellung (BRDrucks. 119/16 v. 22.4.2016 mit Gegenäußerung der BReg. v. 4.5.2016, BTDrucks. 18/8345). Nach Vorlage des Berichts und der Beschlussempfehlung des Finanzausschusses des BTag v. 8.6.2016 (BTDrucks. 18/8739) nahm der BTag den Gesetzentwurf am 9.6.2016 an (BRDrucks. 320/16 v. 17.6.2016) und der BRat stimmte dem Gesetz am 8.7.2016 (BRDrucks. 320/16 B) zu.

Das noch vor seinem Inkrafttreten 1.1.2018 durch das Gesetz zur Umsetzung der Änderungen der EU-Amtshilferichtlinie und von weiteren Maßnahmen gegen Gewinnkürzungen und -verlagerungen v. 20.12.2016 (BGBl. I 2016, 3000) und das StUmgBG v. 23.6.2017 (BGBl. I 2017, 1682) ergänzte InvStG idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730) wurde auch seit seinem Inkrafttreten schon wiederholt geändert und ergänzt, und zwar durch das Gesetz zur Vermeidung von Umsatzsteuerausfällen beim Handel mit Waren im Internet und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften („JStG 2018“) v. 11.12.2018 (BGBl. I 2018, 2338; BStBl. I 2018, 1377), das Gesetz zur weiteren steuerlichen Förderung der Elektromobilität und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften (WElektroMobFördG/„JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17), das Jahressteuergesetz 2020 (JStG 2020) v. 21.12.2020 (BGBl. I 2020, 3096; BStBl. I 2021, 6), das Gesetz zur Modernisierung der Entlastung von Abzugsteuern und der Bescheinigung der Kapitalertragsteuer (Abzugsteuerentlastungsmodernisierungsgesetz – AbzStEnt-ModG) v. 2.6.2021 (BGBl. I 2021, 1259), das Gesetz zur Stärkung des Fondsstandorts Deutschland und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1160 zur Änderung der Richtlinien 2009/65/EG und 2011/61/EU im Hinblick auf den grenzüberschreitenden Vertrieb von Organismen für gemeinsame Anlagen (Fondsstandortgesetz – FoStoG) v. 3.6.2021 (BGBl. I 2021, 1498), das Gesetz zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie (ATAD-Umsetzungsgesetz – ATADUmsG) v. 25.6.2021 (BGBl. I 2021, 2035) und schließlich das Gesetz zur Modernisierung des Körperschaftsteuerrechts (KöMoG) v. 25.6.2021 (BGBl. I 2021, 2050).

E. Ersatz des transparenten durch intransparentes Besteuerungsregime

5

Kern des InvStG idF des InvStRefG ist das intransparente Besteuerungssystem für Publikums-Investmentfonds, das nach Ansicht des Gesetzgebers einfacher, leichter

administrierbar und gestaltungssicherer als das früher geltende sog. semitransparente oder eingeschränkt transparente Besteuerungssystem (s. Anm. 3) sein soll. Dieses vormals geltende sog. semitransparente oder eingeschränkt transparente Besteuerungssystem führt das InvStG 2018 neben dem neuen intransparenten Regime für Publikums-Investmentfonds zwar fort, allerdings nur noch für Spezial-Investmentfonds, in die grds. nur institutionelle Anleger investieren dürfen. Da deren Anlegerzahl auf maximal 100 Anleger beschränkt ist und zudem dem Fonds alle Anleger bekannt sind, kann nach Auffassung des Gesetzgebers in deren Fall im Rahmen eines Feststellungsverfahrens auch die Einhaltung von sehr komplexen Besteuerungsvorschriften sichergestellt werden. Auch sei der damit verbundene administrative Aufwand angemessen, da in Spezial-Investmentfonds typischerweise nur Großanleger investieren.

6 F. Innere Systematik

Das InvStG idF des InvStRefG ist in sechs unterschiedlich umfangreiche Kapitel gegliedert:

Kapitel 1 enthält in den §§ 1 bis 5a die für alle Investmentfonds und Spezial-Investmentfonds geltenden allgemeinen Regelungen. Insbesondere definieren diese den Anwendungsbereich (§ 1) des Gesetzes und umfassen die Begriffsbestimmungen (§ 2).

Kapitel 2 regelt in vier Abschnitten in §§ 6 bis 24 die Besteuerung von Investmentfonds (auch „Kapitel 2-Fonds“ genannt) und deren Anlegern.

► *Abschnitt 1* regelt dabei den Kern der Reform des InvStG, die neue, auf dem für Körperschaften geltenden Trennungsprinzip basierende StPflcht von Investmentfonds. Danach unterliegen in- und ausländ. Investmentfonds in Deutschland unterschiedslos der KSt mit den in § 6 definierten (inländ.) Einkünften, für die Deutschland nach völkerrechtl. Grundsätzen, dh. seinen DBA, ein Besteuerungsrecht zusteht. Andere Einkünfte unterliegen nicht der KSt. Soweit in einen Investmentfonds bestimmte stbefreite Anleger investiert haben, kann er ganz oder zum Teil von der KSt befreit sein (§§ 8, 10). Die GewStBefreiung von Investmentfonds hängt davon ab, ob der Fonds bestimmte Voraussetzungen erfüllt (§ 15). Aufgrund von Zweifeln an der Beurteilung der StPflcht inländ. Investmentfonds als unbeschränkte KStPflcht und damit der Berechtigung, sich auf DBA zu berufen (s. *Helios/Mann*, Das Gesetz zur Reform der Investmentbesteuerung, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 1 [11]; s. auch *Mann* in *Blümich*, § 6 InvStG 2018 Rz. 91 [5/2020]; s. dazu auch unten „Verhältnis zu DBA“), wurde der die StPflcht regelnde § 6 mit dem WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451) dahingehend ergänzt, dass er nun ausdrücklich regelt, inländ. Investmentfonds seien unbeschränkt kstpfl., aber mit Ausnahme bestimmter inländ. Einkünfte stbefreit (s. dazu § 6 Anm. 1 mwN; s. auch *Mann* in *Blümich*, § 6 InvStG 2018 Rz. 16 [5/2020]).

► *Abschnitt 2* regelt die Besteuerung der (inländ.) Anleger eines Investmentfonds im Hinblick auf Erträge aus dem Investmentfonds, die sog. Investmenterträge (§ 16). Die Anleger (§ 2 Abs. 10) müssen danach Ausschüttungen (§ 2 Abs. 11) des Investmentfonds und Gewinne aus der Rückgabe, Veräußerung oder Entnahme von Investmentanteilen (§§ 19, 2 Abs. 13) versteuern, und zwar entweder als Einkünfte aus Kapitalvermögen nach § 20 Abs. 1 Nr. 3 EStG mit dem Abgeltungssteuersatz oder als BE (§ 20 Abs. 8 Satz 1 EStG). Die für den Anleger stpfl.

Ausschüttungen (§ 2 Abs. 11) können aus ausländ. Einkünften gespeist werden, mit denen der Investmentfonds selbst im Inland nicht der KSt unterlag. Hinzu kommt als Vorabpauschale (§§ 16 Abs. 1 Nr. 2, 18) ein Betrag, der unabhängig vom wirtschaftlichen Erg. des Investmentfonds pauschal ermittelt wird und als den Anlegern zugeflossen gilt. Nach dem Wegfall der vormals stpfl. ausschüttungsgleichen Erträge (§ 1 Abs. 3 Satz 3 InvStG aF) soll die Vorabpauschale verhindern, dass eine Besteuerung von Investorserträgen durch deren Thesaurierung zeitlich unbeschränkt aufgeschoben werden kann. Damit zielt der Gesetzgeber auf die Verhinderung von Gestaltungen sowie eine Verfestigung des StAufkommens (BTDrucks. 18/8045, 55). Die Regelungen zur Anlegerbesteuerung im zweiten Abschnitt werden komplettiert durch Teilfreistellungen bestimmter Einkünfte, die pauschaliert kompensieren sollen, dass diese Einkünfte auf vorangegangenen Stufen mit Ertragsteuer vorbelastet wurden. Investorserträge zählen hingegen nicht zu den inländ. Einkünften iSd. § 49 Abs. 1 EStG, mit denen ein in Deutschland nur beschränkt estpfl. oder kstpfl. Anleger der deutschen Steuer unterliegt. Stark verkürzt lässt sich damit das den Abschnitten 1 und 2 zugrunde liegende Konzept wie folgt zusammenfassen: In- und ausländ. Investmentfonds unterliegen nur mit ihren inländ. Einkünften der deutschen KSt (und ggf. der GewSt), während nur inländ. Anleger mit ihren aus in- und ausländ. Einkünften in- und ausländ. Investmentfonds gespeisten Investorserträgen der ESt bzw. KSt (und ggf. der GewSt) in Deutschland unterliegen.

- ▶ **Abschnitt 3** regelt in einem Paragraphen (§ 23) die stl. Folgen der Verschmelzung von Investmentfonds.
- ▶ **Abschnitt 4** regelt in einem Paragraphen (§ 24), dass ein Wechsel von der Besteuerung nach Kapitel 2 (Besteuerung als Investmentfonds bzw. als Anleger eines Investmentfonds) zur Besteuerung als Spezial-Investmentfonds (Kapitel 3) ausgeschlossen ist. In der anderen Richtung zeigt § 52, dass auch ein Spezial-Investmentfonds und seine Anleger nicht ohne Weiteres nach dem Besteuerungsregime für Investmentfonds besteuert werden können. Die Vorschriften belegen, dass die Besteuerungsregime nicht dergestalt durchlässig sind, dass ein Investmentfonds, der auch die Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds erfüllt, wählen kann, nach welchem Regime er und seine Anleger besteuert werden. Rechtspraktisch ist es allerdings möglich, eine der Voraussetzungen eines Spezial-Investmentvermögens nicht zu erfüllen, also zB die Beteiligung von mehr als 100 Anlegern und/oder die natürlicher Personen zuzulassen und damit ein Investmentfonds zu bleiben.

Kapitel 3 regelt in drei Abschnitten in §§ 25 bis 52 die Besteuerung von Spezial-Investmentfonds (auch „Kapitel 3-Fonds“ genannt) und deren Anlegern. Diese entspricht weitgehend dem bisherigen semi-transparenten Besteuerungsregime.

- ▶ **Abschnitt 1** regelt in §§ 25 bis 33 die Voraussetzungen und die Besteuerung von Spezial-Investmentfonds.
- ▶ **Abschnitt 2** regelt in §§ 34 bis 51 die Besteuerung von Anlegern von Spezial-Investmentfonds.
- ▶ **Abschnitt 3** regelt in einem Paragraphen (§ 52) die stl. Folgen des Wegfalls der Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds.

Kapitel 4 regelt in einem Paragraphen (§ 53) die Besteuerung von Altersvorsorgevermögenfonds, dh. der offenen Investmentkommanditgesellschaft zur Bündelung von Altersvorsorgevermögen (sog. *Pension-Asset-Pooling*) und deren Anlegern.

Kapitel 5 regelt in einem Paragraphen (§ 54) die Verschmelzung von Spezial-Investmentfonds und Altersvorsorgevermögenfonds.

Kapitel 6 enthält in §§ 55 und 56 Bußgeldvorschriften (§ 55) sowie Anwendungs- und Übergangsvorschriften (§ 56).

G. Verhältnis zur Hinzurechnungsbesteuerung

Beteiligt sich ein im Inland unbeschränkt stpfl. Anleger an einer Gesellschaft mit Sitz und Geschäftsleitung im Ausland, so können sich für ihn stl. Folgen aus den Vorschriften über die Hinzurechnungsbesteuerung nach §§ 7 ff. AStG und aus dem InvStG ergeben. Vorbehaltlich einer Auflösung dieser Konkurrenz durch § 7 Abs. 7 AStG drohten dann von einem Investmentfonds erzielte Einkünfte beim Anleger doppelt, nämlich einmal in Gestalt des Hinzurechnungsbetrags und einmal in Gestalt der Ausschüttungen des Investmentfonds besteuert zu werden. Dazu könnte es kommen, wenn eine ausländ. Gesellschaft zugleich ein ausländ. Investmentfonds iSd. §§ 1 Abs. 2, 2 Abs. 3 InvStG und eine sog. Zwischengesellschaft iSd. §§ 7 ff. AStG ist.

- 7 **Hinzurechnungsbesteuerung:** Beteiligen sich an einer niedrig besteuerten (Ertragsteuerbelastung unter 25 %, § 8 Abs. 3 AStG) Zwischengesellschaft je nach Art der von ihr erzielten Einkünfte zu mehr als 50 % (§ 7 Abs. 2 AStG), im Falle von Einkünften mit Kapitalanlagecharakter (§ 7 Abs. 6a AStG) aber auch nur zu mindestens 1 % (§ 7 Abs. 6 Satz 1 AStG) oder in dem Fall, dass die Zwischengesellschaft ausschließlich oder fast ausschließlich Einkünfte mit Kapitalanlagecharakter erzielt, auch nur zu weniger als 1 % (§ 7 Abs. 6 Satz 3 AStG) unbeschränkt Stpfl., so werden die sog. passiven Einkünfte der Zwischengesellschaft den inländ. beteiligten Stpfl., soweit sie ihrer Beteiligung entsprechen (§ 7 Abs. 1 AStG), in Gestalt des sog. Hinzurechnungsbetrags (§ 10 Abs. 1 AStG) als Einkünfte nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG zugerechnet. Gewinnausschüttungen solcher Zwischengesellschaften bleiben bis zur Höhe der Hinzurechnungsbeträge der letzten sieben Jahre stfrei (§ 3 Nr. 41 Buchst. a EStG). So wird erreicht, dass unbeschränkt Stpfl. eine Versteuerung sog. passiver Einkünfte nicht durch deren Thesaurierung in niedrig besteuerten Auslandsgesellschaften vermeiden können.

Investmentfonds als niedrig besteuerte Auslandsgesellschaft: Ein Investmentfonds kann ausländ. Gesellschaft iSd. § 7 Abs. 1 AStG sein, wenn sich sein Sitz und seine Geschäftsleitung im Ausland befinden. Dies gilt jedenfalls für Investmentfonds in der Rechtsform einer KapGes., mangels gesellschaftsrechtl. Beteiligung aber nicht für solche des Vertragstyps wie bspw. den Luxemburger *fond commun de placement* (s. auch *Haug*, IStR 2016, 597 [602], allerdings mit dem Hinweis, § 7 Abs. 1 Satz 3 AStG zu prüfen; *Richter*, Ubg 2016, 9 [10]; *Richter/Moser*, FR 2015, 888). Unterliegt der Fonds zudem einer Ertragsbesteuerung von weniger als 25 % und erzielt er sog. passive Einkünfte iSd. § 8 AStG, so kann er auch Zwischengesellschaft iSd. §§ 7 ff. AStG sein. Allerdings ist zu beachten, dass zB Einkünfte aus Aktien und Einkünfte aus der VuV im Ausland belegener Immobilien nach dem Katalog des § 8 Abs. 1 zu den sog. aktiven Einkünften zählen können (vgl. § 8 Abs. 1 Nr. 8 und Nr. 9 bzw. Nr. 6 Buchst. b AStG), die nicht der Hinzurechnung unterliegen. Nach § 8 Abs. 2 AStG ist zudem eine Gesellschaft im EU/EWR-Ausland nicht Zwischengesellschaft, wenn sie nachweist, dass sie dort einer tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit nachgeht (sog. Motivtest). Es bleiben aber Fälle

denkbar, in denen ein ausländ. Fonds des Gesellschaftstyps diese Voraussetzungen nicht erfüllt. Erzielt er dann zB Einkünfte aus dem Halten, der Verwaltung, Werterhaltung oder Werterhöhung von Zahlungsmitteln, Forderungen, Wertpapieren, oder ähnlichen Vermögenswerten, also Einkünfte mit Kapitalanlagecharakter iSv. § 7 Abs. 6a AStG, reicht uU die Beteiligung nur eines inländ. Anlegers, damit der Fonds Zwischengesellschaft iSd. §§ 7 ff. AStG wird.

Vorrang des InvStG (§ 7 Abs. 7 AStG): Die drohende Konkurrenz der Hinzurechnungsbesteuerung nach dem AStG und der Besteuerung nach dem InvStG löst seit dem UntStFG v. 20.12.2001 (BGBl. I 2001, 3858) § 7 Abs. 7 AStG zugunsten des InvStG: Ist eine ausländ. Gesellschaft für von ihr erzielte Einkünfte Zwischengesellschaft und sind auf diese Einkünfte auch die Vorschriften des InvStG anzuwenden, so sind nach § 7 Abs. 7 AStG die Abs. 1 bis 6a des § 7 AStG nicht anzuwenden.

Reformüberlegungen: In einem ersten Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie (ATAD-Umsetzungsgesetz – ATADUmsG) v. 10.12.2019 schlug das BMF zunächst vor, § 7 Abs. 7 AStG im Zuge der Reform der Hinzurechnungsbesteuerung ersatzlos zu streichen (zu einem möglichen Ende der Sperrwirkung des InvStG aufgrund der ATAD-Richtlinie auch *Haug*, Ubg 2020, 84; *Herr/Link*, RdF 2020, 20). Wie schon ein überarbeiteter Referentenentwurf eines ATADUmsG v. 24.3.2020 sieht aber auch das letztlich verabschiedete Gesetz zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie (ATAD-Umsetzungsgesetz – ATADUmsG) v. 25.6.2021 (BGBl. I 2021, 2035) (wieder) vor, dass § 7 Abs. 1 bis 4 AStG idF des ATADUmsG nicht anzuwenden sind, wenn auf die Einkünfte, für die die ausländ. Gesellschaft Zwischengesellschaft ist, die Vorschriften des InvStG in seiner jeweils geltenden Fassung anzuwenden sind (§ 7 Abs. 5 Satz 1 AStG idF des ATAD-UmsG v. 25.6.2021 (BGBl. I 2021, 2035); s. dazu auch *Stadler/Sotta*, BB 2020, 1943). Nach § 7 Abs. 5 Satz 2 AStG idF des ATAD-UmsG v. 25.6.2021 (BGBl. I 2021, 2035) gilt diese Ausnahme aber wiederum nicht, wenn die den Einkünften zugrunde liegenden Geschäfte zu mehr als einem Drittel mit dem Stpfl. oder ihm nahestehenden Personen betrieben werden. Dann, also soweit der Hinzurechnungsbesteuerung unterliegende Erträge als Investorserträge zu erfassen sind, ist der Hinzurechnungsbetrag um diese Erträge zu mindern (§ 10 Abs. 6 AStG idF des ATAD-UmsG v. 25.6.2021, BGBl. I 2021, 2035).

- ▶ **Frühere Rückausnahme DBA-Befreiung (§ 7 Abs. 7 Halbs. 2 AStG aF):** Die Rückausnahme in Halbs. 2 des mit dem UntStFG v. 20.12.2001 (BGBl. I 2001, 3858) eingeführten (und danach nur redaktionell geänderten) § 7 Abs. 7 AStG, nach der der Vorrang des InvStG nicht galt, wenn die Ausschüttungen oder ausschüttungsgleichen Erträge nach einem DBA von der inländ. Besteuerungsgrundlage auszunehmen waren, sollte es ermöglichen, das AStG doch anzuwenden, wenn Ausschüttungen oder ausschüttungsgleiche Erträge eines Investmentfonds nach einem DBA stbefreit waren. Das war zB der Fall wenn ein Schachtelprivileg beansprucht werden konnte, weil es sich bei dem inländ. Anleger um eine Gesellschaft handelte, der mindestens 10 % der Anteile an dem ausländ. Investmentvermögen (in der Form einer KapGes.) unmittelbar gehörten (s. die Begr. des Entwurfs des StVergAbG der BReg. v. 8.9.2003, BTDrucks. 15/1518, 16; vgl. auch BMF v. 18.8.2009 – IV C 1 - S 1980 – 1/08/10019, BStBl. I 2009, 931, Rz. 42).
- ▶ **Frühere Rückausnahme für Kapital-Investitionsgesellschaften:** § 19 Abs. 4 Satz 1 InvStG idF des AIFM-StAnpG v. 18.12.2013 (BGBl. I 2013, 4318) sah vor, dass

abweichend von § 7 Abs. 7 AStG die §§ 7 bis 14 AStG, also die Vorschriften über die Hinzurechnungsbesteuerung für Kapital-Investitionsgesellschaften, anwendbar blieben. Hintergrund dieser Rückausnahme war, dass Kapital-Investitionsgesellschaften und ihre Anleger nicht nach den früheren Regelungen des InvStG für Investmentfonds besteuert wurden und damit ua. die Regelungen über die Erfassung ausschüttungsgleicher Erträge nicht für sie galten. Ohne die Möglichkeit, niedrig besteuerte Erträge ausl. Kapital-Investitionsgesellschaften der Hinzurechnungsbesteuerung zu unterwerfen, hätten diese niedrig besteuert thesauriert werden können, weshalb der Vorrang des InvStG insoweit aufgehoben wurde.

- ▶ *Aufhebung der beiden Rückausnahmen von § 7 Abs. 7 AStG für die Zeit nach dem 31.12.2017:* Seit dem Inkrafttreten des InvStG idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730) gilt für die Zeit ab dem 1.1.2018 kein gesondertes investmentstrechtl. Regime mehr für Investmentfonds, die nach altem Recht Kapital-Investitionsgesellschaften waren oder gewesen wären. Folglich ist auch die frühere Rückausnahme vom Anwendungsvorrang des InvStG gegenüber dem AStG für Kapital-Investitionsgesellschaften nach § 19 Abs. 4 Satz 1 InvStG idF AIFM-StAnpG v. 18.12.2013 (BGBl. I 2013, 4318) seitdem nicht mehr anzuwenden. Das ist folgerichtig, da Kapital-Investitionsgesellschaften seit dem 1.1.2018 regulär als Investmentfonds besteuert werden (vgl. auch *Richter*, Ubg 2016, 9 [10]). Mit Art. 6 Nr. 1 des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730) wurde auf Empfehlung des Finanzausschusses des BTag (vgl. BTDrucks. 18/8739, 87) auch der zweite Halbs. von § 7 Abs. 7 AStG („... es sei denn, Ausschüttungen oder ausschüttungsgleiche Erträge wären nach einem Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung von der inländischen Bemessungsgrundlage auszunehmen“) gestrichen. Begründet wird das mit der Beschränkung des Ansatzes von nach einem DBA freizustellenden Schachteldividenden bei Anlegern von Investmentfonds in § 16 Abs. 4 (unilaterale *Subject to tax*-Klausel, s. dazu § 16 Anm. 20) bzw. bei Anlegern von Spezial-Investmentfonds in § 34 Abs. 3 Satz 2 und § 43 Abs. 1 Sätze 2 f., nach der es der Rückausnahme in § 7 Abs. 7 Halbs. 2 AStG nicht mehr bedürfe (BTDrucks. 18/8739, 121 f.).
- ▶ *Kritik:* Die Neuregelung stößt auf Kritik (s. *Haug*, IStR 2016, 597 [602 ff.]; *Wassermeyer*, EuZW 2016, 841). Einerseits wird erwartet (bzw. von *Haug* als Angehörigem der FinVerw. befürchtet), der nach dem Wegfall von § 19 Abs. 4 Satz 1 InvStG idF des AIFM-StAnpG v. 18.12.2013 (BGBl. I 2013, 4318) uneingeschränkte Vorrang des InvStG gegenüber der Hinzurechnungsbesteuerung werde zusammen mit dem Ersatz der ausschüttungsgleichen Erträge durch die Vorabpauschale (§ 18) künftig zu erheblichen Steuerstundungsvorteilen für Anleger führen (s. *Haug*, IStR 2016, 597 [603 ff.] mit einem Belastungsvergleich). Befürchtet wird daher insbes. auch, dass bislang als Zwischengesellschaften der Hinzurechnungsbesteuerung unterworfenen Gesellschaften so (um-)strukturiert werden, dass sie unter den weit zu verstehenden Fondsbegriff des § 1 KAGB und damit unter das InvStG fallen (s. *Haug*, IStR 2016, 597 [606]). Andererseits entfällt für frühere Kapital-Investitionsgesellschaften, für die § 19 Abs. 4 Satz 1 InvStG idF des AIFM-StAnpG v. 18.12.2013 (BGBl. I 2013, 4318) den Vorrang des InvStG ausschloss, die Möglichkeit, niedrig oder gar nicht besteuerte aktive Einkünfte im Sinne des Katalogs des § 8 Abs. 1 AStG zu thesaurieren, ohne dass die Anleger diese vor ihrer Ausschüttung versteuern müssen (zB ausl. Aktienfonds oder Immobilienfonds, die Kapital-Investitionsgesellschaften waren), denn auch deren Anleger müssen künftig die

Vorabpauschale versteuern. Das und die Erwartung, dass die Hinzurechnungsbesteuerung, die schwerer durchzuführen war und in weit weniger Fällen griff als die Vorabpauschale greifen wird (s. *Kußmaul/Kloster*, Ubg 2016, 672 [678]), relativiert uE die Kritik am Ersatz der ausschüttungsgleichen Erträge und dem Ausschluss der Hinzurechnungsbesteuerung und lässt die Regelung als vom weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers umfasst erscheinen, soweit die Vorabpauschale nicht gegen den Grundsatz der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit verstößt (s. § 18 Anm. 1). Schließlich ist fraglich, ob die Neuregelung EU-rechtskonform ist, weil sich EU-/EWR-Auslandsfonds in Gestalt der früheren Kapital-Investitionsgesellschaften aufgrund des uneingeschränkten Vorrangs des InvStG gegenüber dem AStG nicht mehr auf den Motivtest nach § 8 Abs. 2 AStG berufen können (s. *Haug*, IStR 2016, 597 [602 ff.]; *Wassermeyer*, EuZW 2016, 841), um eine unmittelbare Besteuerung ihrer (passiven) Einkünfte bei ihren Anlegern zu vermeiden. Dies mag in der Tat faktisch in bestimmten Fällen auslöst. Fonds zu einer Steuerverschärfung führen. Diese beruht aber konzeptionell in erster Linie darauf, dass es wegen des nunmehr uneingeschränkten, in den einschlägigen Fällen nicht mehr durch § 19 Abs. 4 Satz 1 InvStG idF AIFM-StAnpG v. 18.12.2013 (BGBl. I 2013, 4318) durchbrochenen Vorrangs des InvStG jetzt nicht mehr zu Hinzurechnungsbesteuerung nach dem InvStG kommt. In- und ausländ. Fonds werden insoweit gleich behandelt.

H. Verhältnis zu DBA

Entsprechend dem weiten Anwendungsbereich des InvStG, das die StPflcht in- und ausländ. Investmentfonds und Spezial-Investmentfonds ebenso regelt wie die der Anleger im Hinblick auf Investmenterträge bzw. Spezial-Investmenterträge, ergeben sich Berührungspunkte mit DBA.

DBA-Berechtigung von Fonds: Im Zentrum der Überlegungen steht vorbehaltlich spezieller Regelungen im konkret anwendbaren DBA (zB Art. 25b Abs. 4 DBA-Frankreich; Art. 27 Abs. 5 der deutschen Verhandlungsgrundlage für DBA) die Frage, ob ein Investmentfonds selbst abkommensberechtigt, dh. eine Person sein kann, die in einem Vertragsstaat ansässig ist (vgl. Art. 1 OECD-MA und Art. 1 der deutschen Verhandlungsgrundlage für DBA, s. dazu *Prokisch in Vogel/Lehner*, DBA, 6. Aufl. 2015, Art. 1 OECD-MA Rz. 54 ff.; *Dremel in Schönfeld/Ditz*, DBA, 2. Aufl. 2019, Art. 1 OECD-MA Rz. 88 ff.; *Zinkeisen/Walter*, IStR 2007, 583; *Kirchmayr*, IStR 2011, 673). Wäre das nicht der Fall, müssten die Anleger des Investmentfonds ihre etwaige DBA-Berechtigung geltend machen, um DBA-bedingte StErmäßigungen im Quellenstaat zu erreichen. Der Begriff „Person“ umfasst natürliche Personen, Gesellschaften und alle anderen Personenvereinigungen (Art. 3 Abs. 1 Buchst. a OECD-MA) und der Begriff „Gesellschaft“ juristische Personen oder Rechtsträger, die für die Besteuerung wie juristische Personen behandelt werden (Art. 3 Abs. 1 Buchst. b OECD-MA). „Ansässig“ ist eine Person in einem Vertragsstaat eines DBA, wenn sie dort aufgrund ihres Wohnsitzes, ihres ständigen Aufenthaltes des Orts ihrer Geschäftsleitung oder eines ähnlichen Merkmals unbeschränkt (vgl. *Lehner in Vogel/Lehner*, DBA, 6. Aufl. 2015, Art. 4 OECD-MA Rz. 77) stpfl. ist. Insbesondere Letzteres wird hinterfragt, wenn ein Fonds als solcher – wie zB ein Investmentvermögen – nach § 11 Abs. 1 Satz 3 InvStG aF persönlich stbefreit ist (s. *Prokisch in Vogel/Lehner*, DBA, 6. Aufl. 2015, Art. 1 OECD-

8

MA Rz. 54b; *Kirchmayr*, IStR 2011, 673 [674]). Allerdings bestimmt sich die StPflcht einer Person allein danach, ob sie nach dem Rechts des Vertragsstaats, in dem sie ansässig sein soll, als eigenständiges StSubjekt verstanden wird (BFH v. 6.6.2012 – I R 52/11, BStBl. II 2014, 240; s. dazu *Jacob/Link*, IStR 2012, 949). Abzustellen ist dabei auf die abstrakte StPflcht der Person (s. *Dremel* in *Schönfeld/Ditz*, DBA, 2. Aufl. 2019, Art. 1 OECD-MA Rz. 89; *Jacob/Geurts*, IStR 2007, 737), ohne dass allerdings der Anwenderstaat an die konkrete Beurteilung der Ansässigkeit im Ansässigkeitsstaat gebunden ist (*Jacob/Geurts*, IStR 2007, 737). Während man dies in der Vergangenheit für deutsche Investmentvermögen in Gestalt von Investmentaktiengesellschaften und aufgrund der Fiktion als Zweckvermögen auch für solche in Gestalt von Sondervermögen bejahen konnte, war dies seit der Investmentsteuerreform fraglich, weil deutsche Investmentfonds und Spezial-Investmentfonds seitdem zwar stpfl. sind, allerdings nur mit ihren inländ. Einkünften der KSt unterliegen. Fraglich war, ob dies als partielle StBefreiung aller ausländ. Einkünfte bei grds. bestehender unbeschränkter StPflcht oder als nur beschränkte StPflcht zu beurteilen war (so wohl *Helios/Mann*, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 11; s. auch *Mann* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 6 Rz. 427), die nach der hM (vgl. *Lehner* in *Vogel/Lehner*, DBA, 6. Aufl. 2015, Art. 4 OECD-MA Rz. 77a) nicht ausreicht, um eine Ansässigkeit im Sinne eines DBA zu begründen. Wäre Letzteres der Fall, hätte die Investmentsteuerreform bewirkt, dass inländ. Investmentfonds, die nach der alten Rechtslage aufgrund ihrer abstrakten unbeschränkten StPflcht trotz der ihnen in § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG aF gewährten konkreten StBefreiung DBA-berechtigt waren, nunmehr, obwohl sie nach § 6 Abs. 2 InvStG nF nicht mehr persönlich stbefreit sind und tatsächlich mehr Steuern im Inland schulden, mangels Ansässigkeit in Deutschland nicht mehr DBA-berechtigt wären (vgl. *Helios/Mann*, Das Gesetz zur Reform der Investmentbesteuerung, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 1 [11]; s. auch *Mann* in *Blümich*, § 6 InvStG 2018 Rz. 91 [5/2020]). Es käme dann verstärkt darauf an, dass DBA Sonderregelungen im Hinblick auf Investmentfonds enthalten. Dieses Verständnis der StPflcht von Investmentfonds als nur beschränkte StPflcht mit der Folge fehlender DBA-Berechtigung war aber schon vor der Ergänzung von § 6 Abs. 1 durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; s. dazu § 6 Anm. 1) uE nicht zwingend (vgl. § 6 Anm. 1 sowie *Klein/Hörner/Adam*, ISR 2018, 216 [217]; *Neumann*, FR 2018, 457). Nach § 6 Abs. 1 gelten inländ. Investmentfonds als Zweckvermögen iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG. Die FinVerw. verstand § 6 Abs. 1 auch schon vor der Ergänzung durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451) uE zu Recht dahingehend, dass er inländ. Investmentfonds als persönlich unbeschränkt stpfl. einstuft (vgl. Entwurf des BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 – 1/16/10010:001, Rz. 6.1). Hinzu kommt, dass auch das InvStG in § 43 davon auszugehen scheint, dass es Einkünfte geben kann, für die Deutschland in einem DBA auf die Ausübung des Besteuerungsrechts verzichtet hat. Dies könnten in der in § 43 behandelten Konstellation Einkünfte des Investmentfonds sein. Das Gesetz selbst geht also wohl von der DBA-Berechtigung und damit inzident der Ansässigkeit inländ. Investmentfonds in Deutschland aus. Für ausländ. Investmentfonds und Spezial-Investmentfonds und deren Verhältnis zu Deutschland als dem Quellenstaat kommt es ohnehin nach wie vor darauf an, ob sie nach dem Recht seines Ansässigkeitsstaats als (unbeschränkt) stpfl. zu beurteilen sind, und für ausländ. Spezial-Investmentfonds setzt § 42 Abs. 4 voraus, dass sie Quellensteuerermäßigung nach einem DBA beanspruchen können. Inzwischen dürfte die Ergänzung von § 6 Abs. 1 Satz 1 durch das WElektroMobFördG („JStG

2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451) um die ausdrückliche Regelung, dass inländ. Investmentfonds unbeschränkt kstplf. sind (s. dazu § 6 Anm. 1, 3) sowie Umstellung der Systematik von einer Begrenzung der sachlichen StPflcht auf eine persönliche StBefreiung mit Ausnahmen in § 6 Abs. 2 (s. dazu § 6 Anm. 15; *Mann in Blümich*, § 6 InvStG 2018 Rz. 16 [5/2020]) Zweifel an der für eine Abkommensberechtigung erforderlichen StPflcht beseitigt haben (s. *Mann in Blümich*, § 6 InvStG 2018 Rz. 94 [5/2020]). Die nunmehr in § 6 Abs. 2 vorgesehene StBefreiung steht der DBA-Berechtigung inländ. Investmentfonds nicht entgegen (BFH v. 6.6.2012 – I R 52/11, BStBl. II 2014, 24; s. auch *Mann in Blümich*, § 6 InvStG 2018 Rz. 94 [5/2020]). Schließlich müssen allerdings Investmentfonds, um in den Genuss der Regelungen über Dividenden (Art. 10 OECD-MA) oder Zinsen (Art. 11 OECD-MA) zu kommen, regelmäßig (abhängig vom Inhalt der Regelung des konkret anwendbaren DBA) auch Nutzungsberechtigte der jeweiligen Einnahmen sein (s. dazu *Tischbirek/Specker in Vogel/Lehner*, DBA, 6. Aufl. 2015, Vor Art. 10 bis 12 OECD-MA Rz. 10 ff., Art. 10 OECD-MA Rz. 42 und Art. 11 OECD-MA Rz. 35). Diese Voraussetzung sollten inländ. Fonds idR erfüllen (s. *Zinkeisen/Walter*, IStR 2007, 583 [584]). Die OECD beschäftigt sich ausführl. mit diesen noch immer nicht letztlich geklärten Fragen betr. *Collective Investment Vehicles (CIV)* in den Rz. 6.8 bis 6.34 ihres Kommentars zum OECD-MA.

DBA-berechtigte ausländische Anleger inländischer Investmentfonds: Weniger relevant ist inzwischen, ob ausländ. Anleger im Hinblick auf Erträge aus inländ. Investmentfonds oder Spezial-Investmentfonds Ermäßigungen nach einem DBA beanspruchen können. Zwar unterliegen Investorserträge und Spezial-Investmenterträge in Deutschland grds. dem KapErtrStAbzug (§ 43 Abs. 1 Nr. 5 EStG bzw. § 50). Da allerdings Investorserträge und Spezial-Investmenterträge nicht mehr zu den inländ. Einkünften iSd. § 49 EStG gehören, mit denen ausländ. Anleger im Inland der ESt oder KSt unterliegen, ist ihnen gegenüber ohnehin grds. vom KapErtrStEinbehalt abzusehen (s. § 50 Anm. 10), ohne dass es dazu im Regelfall des Rückgriffs auf ein DBA bedürfte (Ausnahme: Transparenzoption, s. dazu § 31).

Inländischer Anleger ausländischer Investmentfonds: Grundsätzlich können inländ. Anleger ausländ. Fonds eine Ermäßigung ausländ. Quellensteuer auf Ausschüttungen ausländ. Investmentfonds in Anspruch nehmen. Die Anforderungen richten sich nach dem jeweils anwendbaren DBA und möglicherweise geltenden Vorschriften des Quellenstaats (wie zB § 50d Abs. 1 bis 3 EStG in Deutschland). Aufgrund der Aufnahme unilateraler *Subject to tax*-Klauseln in § 16 Abs. 4 und in § 34 Abs. 3 Satz 2 kommt eine Freistellung von Ausschüttungen ausländ. Investmentfonds und Spezial-Investmentfonds nur noch in Betracht, wenn die Voraussetzungen dieser Klauseln erfüllt sind (s. dazu § 16 Anm. 20 und § 34).

Kapitel 1

Allgemeine Regelungen (§§ 1–5a)

§ 1 Anwendungsbereich

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

(1) Dieses Gesetz ist anzuwenden auf Investmentfonds und deren Anleger.

(2) ¹Investmentfonds sind Investmentvermögen nach § 1 Absatz 1 des Kapitalanlagegesetzbuchs. ²Für Zwecke dieses Gesetzes besteht keine Bindungswirkung an die aufsichtsrechtliche Entscheidung nach § 5 Absatz 3 des Kapitalanlagegesetzbuchs. ³Als Investmentfonds im Sinne dieses Gesetzes gelten auch

1. Organismen für gemeinsame Anlagen, bei denen die Zahl der möglichen Anleger auf einen Anleger begrenzt ist, wenn die übrigen Voraussetzungen des § 1 Absatz 1 des Kapitalanlagegesetzbuchs erfüllt sind,
2. Kapitalgesellschaften, denen nach dem Recht des Staates, in dem sie ihren Sitz oder ihre Geschäftsleitung haben, eine operative unternehmerische Tätigkeit untersagt ist und die keiner Ertragsbesteuerung unterliegen oder die von der Ertragsbesteuerung befreit sind, und
3. von AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaften verwaltete Investmentvermögen nach § 2 Absatz 3 des Kapitalanlagegesetzbuchs.

(3) ¹Keine Investmentfonds im Sinne dieses Gesetzes sind

1. Gesellschaften, Einrichtungen und Organisationen nach § 2 Absatz 1 und 2 des Kapitalanlagegesetzbuchs,
2. Investmentvermögen in der Rechtsform einer Personengesellschaft oder einer vergleichbaren ausländischen Rechtsform, es sei denn, es handelt sich um Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren nach § 1 Absatz 2 des Kapitalanlagegesetzbuchs oder um Altersvorsorgevermögenfonds nach § 53,
3. Unternehmensbeteiligungsgesellschaften nach § 1a Absatz 1 des Gesetzes über Unternehmensbeteiligungsgesellschaften,
4. Kapitalbeteiligungsgesellschaften, die im öffentlichen Interesse mit Eigenmitteln oder mit staatlicher Hilfe Beteiligungen erwerben, und
5. REIT-Aktiengesellschaften nach § 1 Absatz 1 des REIT-Gesetzes und andere REIT-Körperschaften, -Personenvereinigungen oder -Vermögensmassen nach § 19 Absatz 5 des REIT-Gesetzes.

²Sondervermögen und vergleichbare ausländische Rechtsformen gelten nicht als Personengesellschaft im Sinne des Satzes 1 Nummer 2. ³Investmentvermögen in der Rechtsform einer Personengesellschaft sind auch dann keine Investmentfonds, wenn sie nach § 1a des Körperschaftsteuergesetzes zur Körperschaftsbesteuerung optiert haben.

(4) Haftungs- und vermögensrechtlich voneinander getrennte Teile eines Investmentfonds gelten für die Zwecke dieses Gesetzes als eigenständige Investmentfonds.

Autor: Dr. Mathias *Link*, LL.M., Rechtsanwalt/Steuerberater,
PricewaterhouseCoopers GmbH, Frankfurt am Main
Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

Anm. | Anm.

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 1 1

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

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

<p>I. Definition des Investmentfonds (Abs. 2 Satz 1)</p> <p>1. Investmentvermögen nach § 1 Abs. 1 KAGB 6</p> <p>2. Ausnahmen (insbesondere nach § 1 Abs. 3 KAGB) 7</p> <p>3. Ausländische Investment- vehikel 8</p>	<p>II. Fiktive Investmentfonds (Abs. 2 Satz 2)</p> <p>1. Überblick 9</p> <p>2. Ein-Personen-Fonds (Abs. 2 Satz 2 Nr. 1) 9a</p> <p>III. Nicht operativ unternehmerisch tätige steuerbefreite Kapitalgesellschaften (Abs. 2 Satz 2 Nr. 2) 9b</p> <p>IV. Konzerneigene Investmentvermögen (Abs. 2 Satz 2 Nr. 3) 9c</p>
--	--

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

<p>I. Überblick 10</p> <p>II. Ausnahme 1: Gesellschaften, Einrichtungen und Organisationen nach § 2 Abs. 1 und 2 KAGB (Abs. 3 Satz 1 Nr. 1) 11</p> <p>III. Ausnahme 2: Personengesellschaften (Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und Sätze 2 und 3)</p> <p>1. Überblick 12</p> <p>2. Personengesellschaft/vergleichbare ausländische Rechtsform 13</p> <p>3. Sondervermögen sind keine Personengesellschaften 14</p>	<p>4. Sonderfall: Option zur Körperschaftbesteuerung 15</p> <p>5. Anwendungsfälle der Personengesellschaftsausnahme 15a</p> <p>V. Ausnahme 3: Unternehmensbeteiligungsgesellschaft (Abs. 3 Satz 1 Nr. 3) 16</p> <p>VI. Ausnahme 4: Kapitalbeteiligungsgesellschaften (Abs. 3 Satz 1 Nr. 4) 17</p> <p>VII. Ausnahme 5: REIT-Gesellschaften (Abs. 3 Satz 1 Nr. 5) 18</p>
---	---

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

<p>I. Fiktion der Eigenständigkeit 19</p> <p>II. Haftungs- und vermögensrechtlich voneinander getrennte Teile eines Investmentfonds 20</p>	<p>III. Rechtsfolge der Fiktion 21</p>
--	--

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 1

Grundinformation: § 1 regelt den Anwendungsbereich des ab dem 1.1.2018 geltenden InvStG und ist somit dessen Grundnorm. § 1 führt den stl. Begriff „Investmentfonds“ ein und erklärt das Gesetz einheitlich für sämtliche (in- und ausländ.) Investmentfonds und deren Anleger als anwendbar. Was „Investmentfonds“ sind, wird von § 1 abschließend definiert. Dabei verweist § 1 InvStG auf die aufsichtsrechtl. Definition des „Investmentvermögens“ iSv. § 1 KAGB, jedoch ergänzt um Ausnahmen in die eine wie die andere Richtung (s. Abs. 2 Satz 2 und Abs. 4 für sog. fiktive stl. Investmentfonds, s. Anm. 6 und 11, sowie Abs. 3 für Investmentvermögen, die stl. nicht als Investmentfonds gelten sollen, s. Anm. 10).

Rechtsentwicklung: Die Norm wurde durch das Investmentsteuerreformgesetz (InvStRefG) v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731) neu gefasst. Die Vorgängernorm des § 1 InvStG aF definierte zwar auch den Anwendungsbereich des InvStG aF. Von Begrifflichkeiten und Konzeption her war das InvStG aF (und insbes. dessen Grundnorm § 1 InvStG aF) deutlich komplexer. Zwar wurden durch § 1 Abs. 1 InvStG aF zunächst grds. auch alle Investmentvermögen im aufsichtsrechtl. Sinne vom InvStG aF erfasst, wobei dann allerdings zwischen Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) und Alternativen Investmentfonds (AIF) unterschieden wurde. Ferner unterschieden sich die Besteuerungsfolgen grundlegend, je nachdem ob es sich um einen Investmentfonds im engeren stl. Sinne (nach Maßgabe des engen Kriterienkatalogs des § 1 Abs. 1b InvStG aF) oder um sog. Investitionsgesellschaften handelte, wobei bei Letzteren zwischen den Steuerfolgen bei Personen-Investitionsgesellschaften (§ 18 InvStG aF) und Kapital-Investitionsgesellschaften (§ 19 InvStG aF) unterschieden wurde. Zweck der seinerzeitigen Unterscheidungen war es, das anlegerfreundliche Konzept der Besteuerung als „Investmentfonds“ auf bestimmte Rechtsformen offener Investmentvermögen (Sondervermögen, Investmentaktiengesellschaften mit veränderlichem Kapital, offene Investmentkommanditgesellschaften) zu beschränken. Demgegenüber werden vom neuen (und weiteren) Begriff des „Investmentfonds“ iSv. § 1 InvStG grds. auch vom KAGB geregelte geschlossene Investmentvermögen (wie Investmentaktiengesellschaften mit fixem Kapital, geschlossene Investmentkommanditgesellschaften, vorbehaltlich ihres praktisch weitgehenden Ausschlusses nach Abs. 3, s. Anm. 10) oder vergleichbare ausländ. Vehikel erfasst (vgl. BTDrucks. 18/8045, 54). Für all diese offenen und geschlossenen Anlagevehikel gilt nun der einheitliche stl. Begriff des Investmentfonds und grds. ein einheitliches Besteuerungsregime, wobei das neue Recht, wie bereits das InvStG aF, Sonderregelungen für sog. Spezial-Investmentfonds (s. §§ 25 ff.) bereithält.

- ▶ *JStG 2020 v. 21.12.2020* (BGBl. I 2020, 3096; BStBl. I 2021, 6): Abs. 2 wird um einen Satz ergänzt, wonach für die Frage, ob ein „Investmentfonds“ im Sinne des InvStG vorliegt, keine Bindung an die aufsichtsrechtl. Entsch. nach § 5 Abs. 3 KAGB bestehen soll (s. Anm. 6).
- ▶ *KöMoG v. 25.6.2021* (BGBl. I 2021, 2050): Abs. 3 wird um einen Satz ergänzt, wonach Investmentvermögen in der Rechtsform einer PersGes auch dann keine Investmentfonds sind, wenn sie nach § 1a KStG zur Körperschaftsbesteuerung optiert haben (s. Anm. 12).

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

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich:* § 1 (und damit das gesamte InvStG) gilt für Investmentfonds (§ 1 Abs. 2 und 4, s. Anm. 6, 11) und deren Anleger (zur Definition s. § 2 Abs. 10, s. § 2 Anm. 21).
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* Wie das gesamte neugefasste InvStG gilt § 1 ab dem 1.1.2018 (Art. 11 Abs. 3 InvStRefG).

2–4 Einstweilen frei.

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

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

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

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

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

I. Definition des Investmentfonds (Abs. 2 Satz 1)

6 1. Investmentvermögen nach § 1 Abs. 1 KAGB

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

Investmentvermögen: Ein Investmentvermögen ist in § 1 KAGB definiert als jeder Organismus für gemeinsame Anlagen, der von einer Anzahl von Anlegern Geld einsammelt, um es gemäß einer festgelegten Anlagestrategie zum Nutzen dieser Anleger zu investieren, und der kein operativ tätiges Unternehmen außerhalb des Finanzsektors ist (s. ausführl. *Jetter/Mager* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 1 Rz. 29 ff. [4/2018]; *Wenzel* in *Blümich*, § 1 InvStG 2018 Rz. 13 ff. [8/2019]).

Bindung ans Aufsichtsrecht: Die bereits nach dem InvStG aF bestehende Anknüpfung an einen auslegungsbedürftigen aufsichtsrechtl. Begriff und das Fehlen einer eigenständigen stl. Definition wurde trotz der entsprechend geäußerten Kritik zum alten Recht zunächst (bis zur Änderung durch das JStG 2020) beibehalten (vgl. *Helios/Mann*, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 1 [4] mwN). Das Dilemma zwischen dem einerseits geboten erscheinenden Gleichlauf zwischen Aufsichts- und StRecht und der Unsicherheit im Hinblick auf einen offenen Rechtsbegriff bestand somit fort. Schon bislang wollte die FinVerw. dieses Dilemma dadurch lösen, dass zwar einerseits für das StRecht keine Bindung an aufsichtsrechtl. Entsch. bestehen soll, andererseits zur Auslegung des Begriffs „Investmentvermögen“ auf die aufsichtsrechtl. Verwaltungsverlautbarungen, insbes. das Auslegungsschreiben der BaFin v. 14.6.2013 (zuletzt geändert am 9.3.2015 – Q 31 – Wp 2137 – 2013/006) zurückgegriffen werden könne (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 1.2; s. auch *Mann*

in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 1 Rz. 4). Nunmehr sieht der durch das JStG 2020 v. 21.12.2020 (BGBl. I 2020, 3096; BStBl. I 2021, 6) eingefügte Satz 2 ausdrücklich vor, dass für Zwecke dieses Gesetzes keine Bindungswirkung an die aufsichtsrechtl. Entsch. nach § 5 Abs. 3 KAGB bestehe. Dies bringt zwar theoretische Klarheit, löst aber nicht die Subsumtionsprobleme im Einzelfall. Unseres Erachtens besteht darüber hinaus ein Wertungswiderspruch zu § 2 Abs. 1, wonach die Begriffsbestimmungen des KAGB entsprechend geltend sollen. Nimmt man diese Regelung ernst, müsste zwangsläufig die aufsichtsrechtl. Entsch. nach § 5 Abs. 3 KAG auch strechtl. „richtig“ und damit bindend sein. Trotz dieser dogmatischen Unsauberkeit ist uE als Faustformel weiterhin davon auszugehen, dass ein Vehikel, das aufsichtsrechtl. als Organismus für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) oder als Alternativer Investmentfonds (AIF) qualifiziert, auch ein Investmentfonds iSv. § 1 Abs. 2 InvStG ist (es sei denn, es greifen die in § 1 Abs. 2 bis 4 genannten Ausnahmen). Zum Sonderfall der „Investment-GmbH“ s. unten. Nachfolgend werden die von der BaFin (BaFin v. 14.6.2013, zuletzt geändert am 9.3.2015 – Q 31 – Wp 2137 – 2013/006) entwickelten Kriterien zur Auslegung des Begriffs „Investmentvermögen“ iSv. § 1 KAGB näher dargestellt.

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

Für gemeinsame Anlagen: Unter Bezugnahme auf die Leitlinien der *European Securities and Markets Authority ESMA (Final Report „Guidelines on key concepts of the AIFMD“* v. 24.5.2013, ESMA/2013/600) muss nach Auffassung der BaFin ein Vehikel vorliegen, welches das externe von den Investoren eingesammelte Kapital poolt, um eine gemeinschaftliche Rendite für die Investoren zu generieren, die daraus resultiert, dass gemeinschaftliche Risiken durch das Kaufen, Halten und Verkaufen von Vermögensgegenständen eingegangen werden. Der Anleger müsse also an den Chancen und Risiken des Organismus beteiligt sein; dies sei selbst dann gegeben, wenn die Gewinn- und/oder Verlustbeteiligung vertraglich begrenzt sei, solange dem Anleger nur kein unbedingter Kapitalrückzahlungsanspruch zustehe.

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

Von einer Anzahl von Anlegern: Gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 KAGB ist eine Anzahl von Anlegern gegeben, wenn die Anlagebedingungen, die Satzung oder der Gesellschaftsvertrag des Organismus die Anzahl der möglichen Anleger nicht auf einen Anleger begrenzen. Es kommt damit nach Auffassung der BaFin nicht darauf an, ob tatsächlich mehrere Anleger an dem Organismus beteiligt sind, solange nur die theoretische Möglichkeit der Beteiligung mehrerer Anleger (unmittelbar oder zB über einen Treuhänder) besteht. Ist dagegen die Aufnahme weiterer Anleger nach

den Anlagebedingungen, der Satzung oder dem Gesellschaftsvertrag ausdrücklich ausgeschlossen (sog. Ein-Personen-Fonds), liegt aufsichtsrechtl. kein Investmentvermögen vor (s. aber zur stl. Fiktion eines Investmentfonds in diesem Fall § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1, Anm. 6).

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

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

Kein operativ tätiges Unternehmen außerhalb des Finanzsektors: Nach Auffassung der BaFin sind insbes. solche Unternehmen ausgenommen, die Immobilien entwickeln oder errichten, Güter oder Handelswaren produzieren, kaufen, verkaufen, tauschen oder sonstige Dienstleistungen außerhalb des Finanzsektors anbieten. Wenn ein operatives Unternehmen zusätzlich Investitionen zu Anlagezwecken tätigt, sei dies unschädlich, solange diese lediglich untergeordnete Neben- oder Hilfstätigkeiten darstellen (ausführl. zu diesem Kriterium *Hoffmann in Korn*, § 1 Rz. 34 ff. [5/2020]).

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

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

Sonstige wichtige Ausnahmen: Keine Investmentvermögen liegen uE darüber hinaus insbes. in den folgenden Fällen vor:

- ▶ *Joint Venture Vereinbarungen und Investment Clubs*, denn dort kann es uU (noch) an der für das Vorliegen eines Organismus notwendigen Poolung von Geldern in einem Vehikel fehlen (vgl. BaFin v. 14.6.2013 – Q 31 – Wp 2137 – 2013/006). Die aufsichtsrechtl. Behandlung dieser Fälle ist jedoch in der Literatur umstritten (vgl. *Bödecker in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 1 Rz. 29.4 [12/2020]), teilweise wird zumindest die Geltung dieser Ausnahmen für Zwecke des InvStG (uE ohne dogmatische Grundlage) in Zweifel gezogen (vgl. *Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 1 Rz. 5, 33).
- ▶ *Managed Accounts* und andere Vermögensverwaltungsmandate, denn dort sind die Vermögensgegenstände den Anlegern weiterhin rechtl. im Sinne einer Ei-

gentumsposition zuzurechnen, so dass es an einer verselbständigten Vermögensmasse im Sinne eines Organismus fehlt (so BMF, Anwendungsfragen, Rz. 1.3).

- ▶ *Schuldverschreibungen/Zertifikate*: Es fehlt uE zum einen an der für einen „Organismus“ erforderlichen Trennung von der übrigen Vermögensmasse, zum anderen an einer Investition zum Nutzen der Anleger, wenn zB eine Bank eine Schuldverschreibung in Form eines Zertifikats emittiert, dessen Wertentwicklung an verschiedene Wertpapiere als *Underlying* oder an einen selbst erstellten Index gekoppelt ist, und die Bank in der Verwendung der Anlegergelder frei ist und dem Anleger nicht verspricht, die Anlegergelder etwa in den selbsterstellten Index oder dem Referenzportfolio zugrundeliegende Vermögenswerte zu investieren. Dies gilt nach uE zutreffender Auffassung der BaFin selbst dann, wenn die Bank einen Teil der eingenommenen Gelder zum Zwecke des *Hedging* tatsächlich in das Referenzportfolio investiert (BaFin v. 14.6.2013 – Q 31 – Wp 2137 – 2013/006). Auch die FinVerw. scheint Schuldverschreibungen/Zertifikate generell aus dem Anwendungsbereich des InvStG ausnehmen zu wollen (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 1.4). Ausdrücklich ausgenommen werden jedenfalls Zertifikate und Schuldverschreibungen, die von einer Verbriefungszweckgesellschaft nach Art. 2 Abs. 3g iVm. Art. 4 Abs. 1 RL 2011/61/EU v. 8.6.2011 (ABL EU 2011 Nr. L 174, 1) begeben werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 1.4).
- ▶ *Interne Fonds nach § 124 Abs. 2 Nr. 1 VAG* stellen nach Auffassung der FinVerw. ebenfalls keinen rechtl. verselbständigten Organismus dar (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 1.5).

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

3. Ausländische Investmentvehikel

8

Auch bei ausländ. Vehikeln ist der Maßstab des § 1 Abs. 1 KAGB (entsprechend) heranzuziehen. Dies gilt sowohl bei Vehikeln innerhalb der EU/des EWR als auch in Drittstaaten. Die aufsichtsrechtl. Qualifikation im jeweiligen Ansässigkeitsstaat ist formal zwar irrelevant, uE jedoch ein Indiz für die auch inländ. aufsichtsrechtl. Qualifikation als Investmentvermögen. Bei Vehikeln, die in ihrem Ansässigkeitsstaat als OGAW/AIF gelten, sollte der Maßstab des § 1 Abs. 1 KAGB grds. ohne Weiteres erfüllt sein.

II. Fiktive Investmentfonds (Abs. 2 Satz 2)

9 1. Überblick

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

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

Dies sind Organismen für gemeinsame Anlagen, bei denen die Zahl der möglichen Anleger nach den Anlagebedingungen, der Satzung oder dem Gesellschaftsvertrag ausdrücklich auf einen Anleger begrenzt ist, die aber die übrigen Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 KAGB erfüllen. Solche Ein-Personen-Fonds ieS fallen mangels Erfüllung des Merkmals „Anzahl von Anlegern“ aufsichtsrechtl. nicht unter den Begriff des Investmentvermögens (und damit eigentlich auch nicht unter das InvStG), während Anlagevehikel, die theoretisch mehrere Anleger haben können, aber faktisch nur einen Anleger haben, Investmentvermögen im aufsichtsrechtl. Sinne darstellen (und damit bereits nach Abs. 2 Satz 1 unter das InvStG fallen). Mit der Fiktion dieser Ein-Personen-Fonds als Investmentfonds im stl. Sinne soll verhindert werden, dass ein Anlagevehikel (wie noch unter dem InvStG aF) durch bloße Satzungsänderung entscheiden kann, ob es unter den Anwendungsbereich des InvStG fällt oder nicht (BTDrucks. 18/8045, 67).

9b III. Nicht operativ unternehmerisch tätige steuerbefreite Kapitalgesellschaften (Abs. 2 Satz 2 Nr. 2)

Kapitalgesellschaften, denen nach dem Recht des Staats, in dem sie ihren Sitz oder ihre Geschäftsleitung haben, eine operative unternehmerische Tätigkeit untersagt ist und die keiner Ertragsbesteuerung unterliegen oder die von der Ertragsbesteuerung befreit sind, gelten ebenfalls fiktiv als Investmentfonds im stl. Sinne. Mit dieser im InvStG aF nicht enthaltenen Fiktion löst sich das Fondssteuerrecht, uE systemwidrig, vollständig vom Aufsichtsrecht (für eine einschränkende Auslegung daher *Jette/Mager* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 1 Rz. 71 [4/2018]). Begründet wird dieser Systembruch fast zirkelschlussartig mit dem Ziel der Vermeidung „nicht systemgerechter Besteuerungslücken“ (BTDrucks. 18/8045, 67).

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

Recht des Staats, in dem sie ihren Sitz oder Geschäftsleitung hat: Gemeint sind uE die jeweils anwendbaren Gesetze im In- oder Ausland. Für die Begriffe „Sitz“ und „Geschäftsleitung“ sind die Definitionen in § 11 AO bzw. § 10 AO heranzuziehen. Nach uE zu enger Auffassung der FinVerw. soll es in Fällen, in denen eine KapGes. Sitz und Geschäftsleitung in unterschiedlichen Staaten hat, ausreichend

sein, dass nur in einem der Staaten die Voraussetzungen von Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 erfüllt sind (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 1.9).

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

Keiner Ertragsbesteuerung unterliegend/von der Ertragsbesteuerung befreit: Die FinVerw. versteht diese Begriffe eng. Entscheidend sei, dass die KapGes. entweder aus dem persönlichen Anwendungsbereich des nationalen Steuergesetzes ausgenommen wurde oder sachlich in vollem Umfang stbefreit sei. Auf die konkrete Ertragsteuerbelastung komme es demgegenüber nicht an (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 1.11). Anders formuliert: Die bloße (sachliche) StBefreiung bestimmter Einkünfte, die faktisch zu einer Ertragsteuerbelastung von null führt, reicht für die Fiktion des Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 nicht aus.

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

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

9c

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

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

I. Überblick

10

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

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

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

Holdingsgesellschaften, die eine Beteiligung an einem oder mehreren anderen Unternehmen halten, deren Unternehmensgegenstand darin besteht, durch ihre Tochterunternehmen oder verbundenen Unternehmen oder Beteiligungen jeweils eine Geschäftsstrategie zu verfolgen, den langfristigen Wert dieser Unternehmen oder Beteiligungen zu fördern und die entweder auf eigene Rechnung tätig sind und deren Anteile zum Handel auf einem organisierten Markt iSd. § 2 Abs. 5 WpHG in der EU zugelassen sind oder ausweislich ihres Jahresberichts oder anderer amtlicher Unterlagen nicht mit dem Hauptzweck gegründet würden, ihren Anlegern durch Veräußerung ihrer Tochterunternehmen oder verbundenen Unternehmen eine Rendite zu verschaffen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 KAGB), s. ausführl. *Bödecker* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 1 Rz. 68 ff. (12/2020).

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

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

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

12 **1. Überblick**

Ebenfalls keine Investmentfonds sind Investmentvermögen in der Rechtsform einer PersGes. oder einer vergleichbaren ausländ. Rechtsform, es sei denn, es handelt sich um Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) nach § 1 Abs. 2 KAGB oder um Altersvorsorgevermögenfonds nach § 53 InvStG. Sondervermögen und vergleichbare ausländ. Rechtsformen sollen dabei nicht als PersGes. iSv. Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 gelten (Abs. 3 Satz 2). Hintergrund der so nicht im InvStG aF enthaltenen Regelung ist nach der Gesetzesbegründung, dass PersGes. international vielfach nicht als eigenständige Besteuerungssubjekte behandelt würden, sondern die Besteuerung auf die jeweiligen Anteilseigner verlagert werde. Dieser transparente Ansatz widerspreche dem zukünftigen Besteuerungssystem für Investmentfonds, das eine Besteuerung sowohl auf Ebene des Investmentfonds

(§§ 6ff.) als auch auf Ebene der Anleger (§§ 16ff.) vorsehe (vgl. BTDrucks. 18/8045, 67f.). So sehr diese Begr. auf den ersten Blick einleuchten mag, so unverständlich erscheint es dann, gleichwohl PersGes., die OGAW sind, wieder in den Anwendungsbereich des InvStG aufzunehmen. Durch das KöMoG v. 25.6.2021 (BGBl. I 2021, 2050) wurde Abs. 3 um einen Satz 2 ergänzt, wonach Investmentvermögen in der Rechtsform einer PersGes auch dann keine Investmentfonds sind, wenn sie nach § 1a KStG zur Körperschaftsbesteuerung optiert haben.

2. Personengesellschaft/vergleichbare ausländische Rechtsform

13

Die Regelung findet auf in- oder ausländ. PersGes. Anwendung. Bei ausländ. PersGes. ist nach Auffassung der FinVerw. ein Rechtstypenvergleich entsprechend den Kriterien des LLC-Schreibens (BMF v. 19.3.2014 – IV A 3 - S 0062/14/10002 2014/0108334, BStBl. I 2014, 411) sowie unter Berücksichtigung der Tabellen 1 und 2 der Betriebsstätten-Verwaltungsgrundsätze (BMF v. 24.12.1999 – IV B 4-S 1300-111/99, BStBl. I 1999, 1076) vorzunehmen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 1.12). Nach Auffassung der FinVerw. sind dabei haftungs- und vermögensrechtl. voneinander getrennte Teile eines Investmentvermögens in der Rechtsform einer PersGes. für Steuerzwecke als eigenständige PersGes. zu betrachten. Allerdings sei keine gesonderte Feststellung vorzunehmen, wenn an dem haftungs- und vermögensrechtl. getrennten Teil der PersGes. nur eine Person beteiligt ist, die mit ihren Einkünften in Deutschland stpfl. ist (§ 180 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 AO), vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 1.13.

3. Sondervermögen sind keine Personengesellschaften

14

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

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

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

15 **4. Sonderfall: Option zur Körperschaftbesteuerung**

Seit dem KöMoG v. 25.6.2021 (BGBl. I 2021, 2050) können PersGes unter bestimmten Voraussetzungen zur Körperschaftbesteuerung optieren (§ 1a KStG). Satz 3 regelt nun, dass PersGes, die zur Körperschaftbesteuerung optiert haben, nicht als Investmentfonds gelten sollen. Begründet wird dies damit, dass die Option zur Körperschaftbesteuerung nicht durch eine Anwendung des InvStG überlagert werden soll. UE ist das weder zwingend noch systematisch konsequent: Wenn eine PersGes (zukünftig) steuerlich als Körperschaft gelten kann, müsste das uE einheitlich, dh auch für Zwecke des InvStG, gelten. Eine rein „klarstellende“ Regelung (so BTDrs. 19/28656, 29), ist Abs. 3 Satz 3 daher sicherlich nicht (s. zu den Auswirkungen der Option auf das InvStG ausführlich *Haug*, FR 2021, 410 ff.)

15a **5. Anwendungsfälle der Personengesellschaftsausnahme**

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

16 **V. Ausnahme 3: Unternehmensbeteiligungsgesellschaft
(Abs. 3 Satz 1 Nr. 3)**

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

17 **VI. Ausnahme 4: Kapitalbeteiligungsgesellschaften
(Abs. 3 Satz 1 Nr. 4)**

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

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

18

Erstmals wurden mit dem InvStG 2018 auch REIT-Aktiengesellschaften nach § 1 Abs. 1 Satz 1 REIT-G sowie andere REIT-Körperschaften, -Personenvereinigungen oder -Vermögensmassen nach § 19 Abs. 5 REIT-G aus dem Anwendungsbereich des InvStG ausgenommen. Dies erscheint folgerichtig, da das REIT-G für diese Einheiten eigenständige Besteuerungsvorschriften bereithält (vgl. auch BTDrucks. 17/8045, 68).

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

19

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

II. Haftungs- und vermögensrechtlich voneinander getrennte Teile eines Investmentfonds

20

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

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

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

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

21 **III. Rechtsfolge der Fiktion**

Die Fiktion gilt nur für Zwecke des InvStG – und dann ggf. getrennt nach dem jeweiligen Teil des Investmentfonds (ausführl. *Jetter/Mager* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 1 Rz. 106 ff. [4/2018]). Anders als unter dem InvStG aF ist die unterschiedliche Behandlung einzelner Teile eines Investmentfonds zukünftig weniger relevant, da die Trennung zwischen stl. privilegierten „Investmentfonds“ und eher nachteiligen „Investitionsgesellschaften“ aufgegeben wurde. Jedoch ist auch zukünftig eine unterschiedliche Einordnung als „regulärer“ Investmentfonds iSv. §§ 6 ff. und als Spezial-Investmentfonds iSv. §§ 25 ff. möglich. Zudem können einzelne Teile (jeweils separat) zukünftig für einzelne Teilfreistellungen (vgl. § 20) qualifizieren.

§ 2 Begriffsbestimmungen

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

(1) Die Begriffsbestimmungen des Kapitalanlagegesetzbuchs gelten entsprechend, soweit sich keine abweichenden Begriffsbestimmungen aus diesem Gesetz ergeben.

(2) Ein inländischer Investmentfonds ist ein Investmentfonds, der dem inländischen Recht unterliegt.

(3) Ein ausländischer Investmentfonds ist ein Investmentfonds, der ausländischem Recht unterliegt.

(4) ¹Investmentanteil ist der Anteil an einem Investmentfonds, unabhängig von der rechtlichen Ausgestaltung des Anteils oder des Investmentfonds. ²Spezial-Investmentanteil ist der Anteil an einem Spezial-Investmentfonds, unabhängig von der rechtlichen Ausgestaltung des Anteils oder des Spezial-Investmentfonds.

(5) ¹Ein Dach-Investmentfonds ist ein Investmentfonds, der Investmentanteile an einem anderen Investmentfonds (Ziel-Investmentfonds) hält. ²Ein Dach-Spezial-Investmentfonds ist ein Spezial-Investmentfonds, der Spezial-Investmentanteile an einem anderen Spezial-Investmentfonds (Ziel-Spezial-Investmentfonds) hält.

(6) ¹Aktienfonds sind Investmentfonds, die gemäß den Anlagebedingungen fortlaufend mehr als 50 Prozent ihres Aktivvermögens in Kapitalbeteiligungen anlegen (Aktienfonds-Kapitalbeteiligungsquote). ²Ein Dach-Investmentfonds ist auch dann ein Aktienfonds, wenn der Dach-Investmentfonds nach seinen Anlagebedingungen verpflichtet ist, derart in Ziel-Investmentfonds zu investieren, dass fortlaufend die Aktienfonds-Kapitalbeteiligungsquote erreicht wird und die Anlagebedingungen vorsehen, dass der Dach-Investmentfonds für die Einhaltung der Aktienfonds-Kapitalbeteiligungsquote auf die bewertungstäglich von den Ziel-Investmentfonds veröffentlichten tatsächlichen Kapitalbeteiligungsquoten abstellt. ³Satz 2 ist nur auf Ziel-Investmentfonds anzuwenden, die mindestens einmal pro Woche eine Bewertung vornehmen. ⁴In dem Zeitpunkt, in dem der Investmentfonds wesentlich gegen die Anlagebedingungen verstößt und dabei die Aktienfonds-Kapitalbeteiligungsquote unterschreitet, endet die Eigenschaft als Aktienfonds.

(7) ¹Mischfonds sind Investmentfonds, die gemäß den Anlagebedingungen fortlaufend mindestens 25 Prozent ihres Aktivvermögens in Kapitalbeteiligungen anlegen (Mischfonds-Kapitalbeteiligungsquote). ²Ein Dach-Investmentfonds ist auch dann ein Mischfonds, wenn der Dach-Investmentfonds nach seinen Anlagebedingungen verpflichtet ist, derart in Ziel-Investmentfonds zu investieren, dass fortlaufend die Mischfonds-Kapitalbeteiligungsquote erreicht wird und die Anlagebedingungen vorsehen, dass der Dach-Investmentfonds für deren Einhaltung auf die bewertungstäglich von den Ziel-Investmentfonds veröffentlichten tatsächlichen Kapitalbeteiligungsquoten abstellt. ³Satz 2 ist nur auf Ziel-Investmentfonds anzuwenden, die mindestens einmal pro Woche eine Bewertung vornehmen. ⁴Absatz 6 Satz 4 ist entsprechend anzuwenden.

(8) ¹Kapitalbeteiligungen sind

1. zum amtlichen Handel an einer Börse zugelassene oder auf einem organisierten Markt notierte Anteile an einer Kapitalgesellschaft,
2. Anteile an einer Kapitalgesellschaft, die keine Immobilien-Gesellschaft ist und die
 - a) in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum ansässig ist und dort der Ertragsbesteuerung für Kapitalgesellschaften unterliegt und nicht von ihr befreit ist, oder
 - b) in einem Drittstaat ansässig ist und dort einer Ertragsbesteuerung für Kapitalgesellschaften in Höhe von mindestens 15 Prozent unterliegt und nicht von ihr befreit ist,
3. Investmentanteile an Aktienfonds in Höhe von 51 Prozent des Wertes des Investmentanteils oder
4. Investmentanteile an Mischfonds in Höhe von 25 Prozent des Wertes des Investmentanteils.

²Sieht ein Aktienfonds in seinen Anlagebedingungen einen höheren Prozentsatz als 51 Prozent seines Aktivvermögens für die fortlaufende Mindestanlage in Kapitalbeteiligungen vor, gilt abweichend von Satz 1 Nummer 3 der Investmentanteil im Umfang dieses höheren Prozentsatzes als Kapitalbeteiligung.

³Sieht ein Mischfonds in seinen Anlagebedingungen einen höheren Prozentsatz als 25 Prozent seines Aktivvermögens für die fortlaufende Mindestanlage in Kapitalbeteiligungen vor, gilt abweichend von Satz 1 Nummer 4 der Investmentanteil im Umfang dieses höheren Prozentsatzes als Kapitalbeteiligung.

⁴Im Übrigen gelten Investmentanteile nicht als Kapitalbeteiligungen. ⁵Auch nicht als Kapitalbeteiligungen gelten

1. Anteile an Personengesellschaften, auch wenn die Personengesellschaften Anteile an Kapitalgesellschaften halten oder wenn die Personengesellschaften nach § 1a des Körperschaftsteuergesetzes zur Körperschaftsbesteuerung optiert haben,
2. Anteile an Kapitalgesellschaften, die nach Absatz 9 Satz 6 als Immobilien gelten,
3. Anteile an Kapitalgesellschaften, die von der Ertragsbesteuerung befreit sind, soweit sie Ausschüttungen vornehmen, es sei denn, die Ausschüttungen unterliegen einer Besteuerung von mindestens 15 Prozent und der Investmentfonds ist nicht davon befreit und
4. Anteile an Kapitalgesellschaften,
 - a) deren Einnahmen unmittelbar oder mittelbar zu mehr als 10 Prozent aus Beteiligungen an Kapitalgesellschaften stammen, die nicht die Voraussetzungen des Satzes 1 Nummer 2 erfüllen oder
 - b) die unmittelbar oder mittelbar Beteiligungen an Kapitalgesellschaften halten, die nicht die Voraussetzungen des Satzes 1 Nummer 2 erfüllen, wenn der gemeine Wert derartiger Beteiligungen mehr als 10 Prozent des gemeinen Werts der Kapitalgesellschaften beträgt.

(9) ¹Immobilienfonds sind Investmentfonds, die gemäß den Anlagebedingungen fortlaufend mehr als 50 Prozent ihres Aktivvermögens in Immobilien und Immobilien-Gesellschaften anlegen (Immobilienfondsquote). ²Auslands-Immobilienfonds sind Investmentfonds, die gemäß den Anlagebedingungen fort-

laufend mehr als 50 Prozent ihres Aktivvermögens in ausländische Immobilien und Auslands-Immobilien Gesellschaften anlegen (Auslands-Immobilienfondsquote). ³Auslands-Immobilien Gesellschaften sind Immobilien-Gesellschaften, die ausschließlich in ausländische Immobilien investieren. ⁴Investmentanteile an Immobilienfonds oder an Auslands-Immobilienfonds gelten in Höhe von 51 Prozent des Wertes des Investmentanteils als Immobilien. ⁵Sieht ein Immobilienfonds oder ein Auslands-Immobilienfonds in seinen Anlagebedingungen einen höheren Prozentsatz als 51 Prozent seines Aktivvermögens für die fortlaufende Mindestanlage in Immobilien vor, gilt der Investmentanteil im Umfang dieses höheren Prozentsatzes als Immobilie. ⁶Anteile an Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen, bei denen nach gesetzlichen Bestimmungen oder nach deren Anlagebedingungen das Bruttovermögen zu mindestens 75 Prozent aus unbeweglichem Vermögen besteht, gelten in Höhe von 75 Prozent des Wertes der Anteile als Immobilien, wenn die Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen einer Ertragsbesteuerung in Höhe von mindestens 15 Prozent unterliegen und nicht von ihr befreit sind oder wenn deren Ausschüttungen einer Besteuerung von mindestens 15 Prozent unterliegen und der Investmentfonds nicht davon befreit ist. ⁷Absatz 6 Satz 4 ist entsprechend anzuwenden.

(9a) ¹Die Höhe des Aktivvermögens bestimmt sich nach dem Wert der Vermögensgegenstände des Investmentfonds ohne Berücksichtigung von Verbindlichkeiten des Investmentfonds. ²Anstelle des Aktivvermögens darf in den Anlagebedingungen auf den Wert des Investmentfonds abgestellt werden. ³Bei der Ermittlung des Umfangs des in Kapitalbeteiligungen angelegten Vermögens sind in den Fällen des Satzes 2 die Kredite entsprechend dem Anteil der Kapitalbeteiligungen am Wert aller Vermögensgegenstände abzuziehen. ⁴Satz 3 gilt entsprechend für die Ermittlung des Umfangs des in Immobilien angelegten Vermögens.

(10) Anleger ist derjenige, dem der Investmentanteil oder Spezial-Investmentanteil nach § 39 der Abgabenordnung zuzurechnen ist.

(11) Ausschüttungen sind die dem Anleger gezahlten oder gutgeschriebenen Beträge einschließlich des Steuerabzugs auf den Kapitalertrag.

(12) Als Anlagebedingungen gelten auch die Satzung, der Gesellschaftsvertrag oder vergleichbare konstituierende Rechtsakte eines Investmentfonds.

(13) Als Veräußerung von Investmentanteilen und Spezial-Investmentanteilen gilt auch deren Rückgabe, Abtretung, Entnahme oder verdeckte Einlage in eine Kapitalgesellschaft sowie eine beendete Abwicklung oder Liquidation des Investmentfonds oder Spezial-Investmentfonds.

(14) Der Gewinnbegriff umfasst auch Verluste aus einem Rechtsgeschäft.

(15) Ein Amts- und Beitreibungshilfe leistender ausländischer Staat ist ein Mitgliedstaat der Europäischen Union oder ein Drittstaat, der

1. der Bundesrepublik Deutschland Amtshilfe gemäß der Amtshilferichtlinie im Sinne des § 2 Absatz 2 des EU-Amtshilfegesetzes oder gemäß vergleichbaren völkerrechtlichen Vereinbarungen leistet und
2. die Bundesrepublik Deutschland bei der Beitreibung von Forderungen gemäß der Beitreibungsrichtlinie im Sinne des § 2 Absatz 2 des EU-Beitreibungsgesetzes oder gemäß vergleichbaren völkerrechtlichen Vereinbarungen unterstützt.

(16) Anteile an Personengesellschaften, die nach § 1a des Körperschaftsteuergesetzes zur Körperschaftsbesteuerung optiert haben, gelten für die Zwecke der

§§ 26, 28 und 48 nicht als Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft, sondern es sind weiterhin die für Personengesellschaften geltenden Regelungen anzuwenden.

Autor: Dr. Mathias *Link*, LL.M., Rechtsanwalt/Steuerberater,
PricewaterhouseCoopers GmbH, Frankfurt am Main
Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

Anm. | Anm.

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 2		1
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Verweis auf Begriffsbestimmungen des KAGB		
I. Grundnorm	5	II. Verhältnis zu § 1 Abs. 2 Satz 2 5a
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Definition des inländischen Investmentfonds		
		6
D. Erläuterungen zu Abs. 3: Definition des ausländischen Investmentfonds		
		7
E. Erläuterungen zu Abs. 4: Definition von Investmentanteil/Spezial-Investmentanteil		
I. Investmentanteil (Abs. 4 Satz 1)	8	II. Spezial-Investmentanteil (Abs. 4 Satz 2) 9
F. Erläuterungen zu Abs. 5: Definition von Dach-Investmentfonds/Ziel-Investmentfonds sowie Dach-Spezial-Investmentfonds/Ziel-Spezial-Investmentfonds		
I. Dach-Investmentfonds/Ziel-Investmentfonds (Abs. 5 Satz 1)	10	II. Dach-Spezial-Investmentfonds/ Ziel-Spezial-Investmentfonds (Abs. 5 Satz 2) 11
G. Erläuterungen zu Abs. 6: Definition von Aktienfonds		
I. Aktienfonds (Abs. 6 Satz 1)	12	III. Verstoß gegen die Anlagebedin- gungen (Abs. 6 Satz 4) 12b
II. Besonderheiten bei Dach-Invest- mentfonds/Ziel-Investmentfonds (Abs. 6 Sätze 2 und 3)	12a	
H. Erläuterungen zu Abs. 7: Definition von Mischfonds		
I. Mischfonds (Abs. 7 Satz 1)	13	III. Verstoß gegen die Anlage- bedingungen (Abs. 7 Satz 4) 13b
II. Besonderheiten bei Dach-Invest- mentfonds/Ziel-Investmentfonds (Abs. 7 Sätze 2 und 3)	13a	

**I. Erläuterungen zu Abs. 8:
Definition von Kapitalbeteiligungen**

I. Arten von Kapitalbeteiligungen (Abs. 8 Satz 1)		II. Besonderheiten bei Dach-Investmentfonds/Ziel-Investmentfonds (Abs. 8 Sätze 2 und 3)	
1. Überblick	14		15
2. Alternative 1: Zum amtlichen Handel an einer Börse zugelassene oder auf einem organisierten Markt notierte Anteile an einer Kapitalgesellschaft (Abs. 8 Satz 1 Nr. 1) . . .	14a	III. Abschließender Katalog (Abs. 8 Satz 4)	16
3. Alternative 2: Anteile an einer Kapitalgesellschaft, die in EU/EWAR ansässig ist und dort tatsächlich der Ertragsbesteuerung unterliegt (Abs. 8 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a) . . .	14b	IV. Ausnahmen von der Definition der Kapitalbeteiligungen (Abs. 8 Satz 5)	17
4. Alternative 3: Anteile an einer Kapitalgesellschaft, die in einem Drittstaat ansässig ist und dort tatsächlich einer Ertragsbesteuerung für Kapitalgesellschaften iHv. mindestens 15 % unterliegt (Abs. 8 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b) . . .	14c	1. Ausnahme 1: Anteile an Personengesellschaften, auch wenn diese Anteile an Kapitalgesellschaften halten oder nach § 1a KStG zur Körperschaftbesteuerung optiert haben (Abs. 8 Satz 5 Nr. 1)	17a
5. Alternative 4: Investmentanteile an Aktienfonds iHv. 51 % des Werts des Investmentanteils (Abs. 8 Satz 1 Nr. 3)	14d	2. Ausnahme 2: Anteile an Kapitalgesellschaften, die nach Abs. 9 Satz 6 als Immobilien gelten (Abs. 8 Satz 5 Nr. 2)	17b
6. Alternative 5: Investmentanteile an Mischfonds iHv. 25 % des Werts des Investmentanteils (Abs. 8 Satz 1 Nr. 4)	14e	3. Ausnahme 3: Anteile an steuerbefreiten Kapitalgesellschaften, soweit sie Ausschüttungen vornehmen (Abs. 8 Satz 5 Nr. 3) Anteile an Kapitalgesellschaften: Zur Definition s. Anm. 14a.	18
		4. Ausnahme 4: Umgehungsgestaltungen durch Zwischenschaltung von Holdinggesellschaften (Abs. 8 Satz 5 Nr. 4)	19

**J. Erläuterungen zu Abs. 9:
Definition von Immobilienfonds**

I. Immobilienfonds (Abs. 9 Satz 1)	20	IV. Besonderheiten bei Anlagen in REIT-Gesellschaften (Abs. 9 Satz 6)	20c
II. Auslands-Immobilienfonds (Abs. 9 Sätze 2 und 3)	20a	V. Verstoß gegen die Anlagebedingungen (Abs. 9 Satz 7)	20d
III. Besonderheiten bei Dach-Investmentfonds/Ziel-Investmentfonds (Abs. 9 Sätze 4 und 5)	20b		

**K. Erläuterungen zu Abs. 9a:
Definition des Aktivvermögens**

I. Aktivvermögen (Abs. 9a Satz 1)	20e	III. Ermittlung des Werts von Kapitalbeteiligungen/Immobilien (Abs. 9a Sätze 3 und 4)	20g
II. Abstellen auf Wert möglich (Abs. 9a Satz 2)	20f		

**L. Erläuterungen zu Abs. 10:
Definition des Anlegers** 21

Anm.	Anm.
M. Erläuterungen zu Abs. 11:	
Definition von Ausschüttungen	22
N. Erläuterungen zu Abs. 12:	
Definition von Anlagebedingungen	23
O. Erläuterungen zu Abs. 13:	
Definition von Veräußerung	24
P. Erläuterungen zu Abs. 14:	
Definition von Gewinn	25
Q. Erläuterungen zu Abs. 15:	
Definition des Amts- und Beitreibungshilfe leistenden ausländischen Staats	26
R. Erläuterungen zu Abs. 16:	
Konsequenzen für Anteile an PersGes, die nach § 1a KStG zur Körperschaftbesteuerung optiert haben	27

1 A. Allgemeine Erläuterungen zu § 2

Grundinformation: § 2 enthält einen Definitionskatalog für an anderer Stelle im InvStG relevante Begriffe. Dabei soll die im KAGB verwendete Terminologie entsprechend gelten (Abs. 1), wenn sich nicht aus § 2 Abs. 2 bis 15 etwas anderes ergibt.

Rechtsentwicklung:

- ▶ *InvStRefG v. 19.7.2016* (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731): Neufassung der Norm. § 1 InvStG aF enthielt ebenfalls einen Verweis auf das KAGB und einen ergänzenden eigenständigen Definitionskatalog. Die neugefasste Norm berücksichtigt den geänderten Anwendungsbereich des InvStG (s. § 1 Anm. 5ff.) sowie die geänderten Begrifflichkeiten.
- ▶ *„JStG 2018“ v. 11.12.2018* (BGBl. I 2018, 2338; BStBl. I 2018, 1377): Die Definitionen von „Aktienfonds“ (Abs. 6), „Mischfonds“ (Abs. 7), „Kapitalbeteiligungen“ (Abs. 8) und „Immobilienfonds“ (Abs. 9) werden angepasst, insbes. durch Reduzierung der notwendigen Mindestbeteiligungsquote an Kapitalbeteiligungen bzw. Immobilien (von „mindestens 51 Prozent“ auf „mehr als 50 Prozent“). Es wird ferner geregelt, dass es für die Ermittlung der Kapitalbeteiligungsquote ausschließlich auf das Aktivvermögen ankommt, wobei dieser Begriff neu in Abs. 9a definiert wird.
- ▶ *WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019* (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17): Die Definition des Immobilienfonds (Abs. 9) wird erneut angepasst, um Redaktionsversehen zu beseitigen und den Begriff des Immobilienfonds sowie des Auslands-Immobilienfonds (bisher in § 20 Abs. 3 Satz 1 geregelt) zusammenzufassen und zu vereinheitlichen. Abs. 8 wird um bestimmte Ausnahmetatbestände ergänzt, bei denen Anteile an KapGes. nicht als „Kapitalbeteiligungen“ gelten. Die Definition der „Veräußerung“ (Abs. 13) wird um bestimmte Ersatztatbestände erweitert.

- ▶ *KöMoG v. 25.6.2021 (BGBl. I 2021, 2050)*: Abs. 8 Satz 5 Nr. 1 wird um einen Satz ergänzt, wonach Anteile an PersGes auch dann nicht als Kapitalbeteiligungen gelten, wenn die PersGes. nach § 1a KStG zur Körperschaftsbesteuerung optiert haben. Es wird ein neuer Abs. 16 ins Gesetz aufgenommen, der regelt, dass Anteile an PersGes, die nach § 1a KStG zur Körperschaftsbesteuerung optiert haben, für Zwecke der §§ 26, 28 und 48 nicht als Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft gelten, sondern dass insoweit weiterhin die für PersGes geltenden Regelungen anzuwenden sein sollen (Anm. 27).

Verhältnis zu anderen Vorschriften: Die Bedeutung des Definitionskatalogs in § 2 erschließt sich erst im Zusammenspiel mit anderen Normen des InvStG. Der generelle Verweis auf die Begrifflichkeiten des KAGB (Abs. 1) spielt für die Eröffnung des Anwendungsbereichs zT des gesamten InvStG (auf „Investmentfonds“, s. § 1 Anm. 6), zT von speziellen Normen (zB von § 53 auf bestimmte „offene Investmentkommanditgesellschaften“) eine entscheidende Rolle. Die Unterscheidung „inländischer“ und „ausländischer“ Investmentfonds (Abs. 2 und 3) ist – zumindest punktuell – für die KStPflicht nach § 6 (s. § 6 Anm. 15) sowie die Anwendbarkeit von Verschmelzungsregelungen (§ 23, s. § 23 Anm. 1, 5, 20) relevant. Die Begriffe „Investmentanteil“ und „Spezial-Investmentanteil“ (Abs. 4) definieren die Quelle, aus denen die Anleger stpfl. Investmenterträge (§§ 16 ff. für reguläre Investmentfonds; §§ 34 ff. für Spezial-Investmentfonds) erzielen. Wer stl. als „Anleger“ gilt, wird in Abs. 10 definiert. Die Begriffe „Dach-“ und „Ziel-Investmentfonds“ bzw. „Dach-“ und „Ziel-Spezial-Investmentfonds“ (Abs. 5) sind insbes. für die Besteuerung der Anleger eines Spezial-Investmentfonds bei Ausübung der sog. Transparenzoption (§ 30 Abs. 4) sowie bei Ermittlung des Fonds-Aktiengewinns, des Fonds-Abkommensgewinns sowie des Fonds-Teilfrestellungsgewinns (§ 48) relevant. Die Definitionen für „Aktienfonds“ (Abs. 6), „Mischfonds“ (Abs. 7), „Kapitalbeteiligungen“ (Abs. 8), „Immobilienfonds“ (Abs. 9) sowie „Aktivvermögen“ (Abs. 9a) spielen eine zentrale Rolle für die Teilfrestellungen auf Ebene der Anleger nach § 20 (s. § 20 Anm. 6, 10), die nur für bestimmte Fondskategorien gewährt werden. Insoweit kommt es auf eine Regelung in den „Anlagebedingungen“ an. Dieser Begriff ist in Abs. 12 definiert. Die Begriffe der „Ausschüttung“, der „Veräußerung von Investmentanteilen“ sowie des „Gewinns“, die insbes. für die Höhe der beim Anleger stpfl. Investmenterträge (§ 16 bei regulären Investmentfonds, s. § 16 Anm. 5; § 34 bei Spezial-Investmentfonds) relevant sind, sind in Abs. 11, Abs. 13 bzw. Abs. 14 näher umrissen. Der „Amts- und Beitreibungshilfe leistende ausländische Staat“ (Abs. 15) wird bei der StBefreiung eines Investmentfonds aufgrund steuerbegünstigter Anleger (§ 8; s. § 8 Anm. 5) sowie bei der (steuerneutralen) Verschmelzung von Investmentfonds (§ 23; s. § 23 Anm. 20) relevant. Zum Verhältnis von Abs. 1 zu § 1 Abs. 2 Satz 2 s. Anm. 5.

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich:* Die Begriffsbestimmungen des § 2 gelten für das gesamte InvStG, dh. für die Besteuerung von (regulären) Investmentfonds (§§ 6 ff.), Spezial-Investmentfonds (§§ 25 ff.), Altersvorsorgevermögenfonds (§§ 53 f.) und deren jeweiligen Anlegern (vgl. BTDrucks. 18/8045, 68).
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* Wie das gesamte neu gefasste InvStG gilt § 2 ab dem 1.1.2018 (Art. 11 Abs. 3 InvStRefG). Die Änderungen in Abs. 6, Abs. 7, Abs. 8 und Abs. 9 sowie die Neufassung des Abs. 9a durch das „JStG 2018“ v. 11.12.2018 (BGBl. I 2018, 2338; BStBl. I 2018, 1377) traten am 15.12.2018 in Kraft (Art. 16 Abs. 1 „JStG 2018“). Die Änderungen in Abs. 8, Abs. 9 und Abs. 13

durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) gelten ab dem 1.1.2020 (§ 57 Satz 1 Nr. 1).

2–4 Einstweilen frei.

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Verweis auf Begriffsbestimmungen des KAGB

5 I. Grundnorm

Die Begriffsbestimmungen des KAGB gelten entsprechend, soweit sich keine abweichenden Begriffsbestimmungen aus dem InvStG ergeben.

Begriffsbestimmungen des KAGB: Gemeint sind zum einen der in § 1 KAGB unter der Überschrift „Begriffsbestimmungen“ enthaltene Definitionskatalog, zum anderen die an anderer Stelle im KAGB enthaltenen Begriffsbestimmungen. Da das InvStG – im Gegensatz zum InvStG aF – nicht länger zwischen AIF, OGAW etc. unterscheidet und zudem deutlich mehr eigenständige Definitionen in den Abs. 2 bis 15 enthält, ist der Generalverweis uE weniger relevant geworden. Er betrifft insbes. die Definition von „Investmentvermögen“ (§ 1 Abs. 1 Satz 1 KAGB), die im Rahmen von § 1 Abs. 2 relevant wird (s. § 1 Anm. 6) sowie das Institut der „offenen Investmentkommanditgesellschaft“ (näher definiert in §§ 124 ff. KAGB), das Voraussetzung für den sog. Altersvorsorgevermögenfonds nach § 53 ist.

Entsprechende Geltung: Gemeint ist uE, dass die entsprechenden Definitionen uneingeschränkt auch im Rahmen des InvStG anzuwenden sind.

Keine abweichenden Begriffsbestimmungen im InvStG: Nach uE zutreffender Auffassung der FinVerw. bedeutet dies, dass in Fällen, in denen das InvStG Begrifflichkeiten eigenständig definiert, diese als spezialgesetzliche Regelung gegenüber den allgemeinen Bestimmungen des KAGB vorrangig sind (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.1). Nach der Gesetzesbegründung soll auch eine konkludente Begriffsbestimmung im InvStG ausreichend sein (BTDrucks. 18/8045, 68). Letzteres erscheint zu weit gehend. Relevant sind Abweichungen daher uE nur, wenn sie sich ausdrücklich aus dem Definitionskatalog in Abs. 2 bis 15 ergeben.

5a II. Verhältnis zu § 1 Abs. 2 Satz 2

Der durch das JStG 2020 v. 21.12.2020 (BGBl. I 2020, 3096; BStBl. I 2021, 6) eingefügte § 1 Satz 2 sieht nunmehr ausdrücklich vor, dass für die Frage, ob ein Investmentfonds im Sinne dieses Gesetzes vorliegt, keine Bindungswirkung an die aufsichtsrechtl. Entsch. nach § 5 Abs. 3 KAGB bestehe. Unseres Erachtens steht diese bereits zuvor von der FinVerw. vertretene (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 1.2) Neuregelung im Widerspruch zu § 2 Abs. 1, wonach die Begriffsbestimmungen des KAGB für Zwecke dieses Gesetzes entsprechend geltend sollen, denn wenn die aufsichtsrechtl. Begrifflichkeiten gelten sollen und die BaFin diese – wovon auszugehen ist – richtig anwendet, müsste zwangsläufig die aufsichtsrechtl. Entsch. nach § 5 Abs. 3 KAG auch strechtl. „richtig“ und damit bindend sein.

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Definition des inländischen Investmentfonds

6

Ein Inländischer Investmentfonds ist ein Investmentfonds, der dem inländ. Recht unterliegt.

Investmentfonds: Siehe die Definition in § 1, § 1 Anm. 6 ff.

Der inländischem Recht unterliegt: Wie im Aufsichtsrecht (vgl. § 1 Abs. 7 bis 9 KAGB) ist maßgebliches Abgrenzungskriterium zwischen in- und ausländ. Investmentfonds, welchem Recht dieser unterliegt. Gemeint ist dabei das Recht desjenigen Staats, unter dem der Investmentfonds aufgelegt wurde und nach dessen Bestimmungen sich die Ausgestaltung und die Anlagebedingungen des Investmentfonds richten (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.2). Maßgebend ist dabei das (internationale) Privatrecht und nicht länger – wie noch in § 1 Abs. 3 InvStG aF – das Aufsichtsrecht. Auch die Fiktion des § 1 Abs. 1g InvStG aF – wonach EU-Investmentfonds der Vertragsform unter bestimmten Voraussetzungen als inländ. Investmentfonds galten (vgl. *Gottschling/Schatz* in *Moritz/Jesch/Mann*, 1. Aufl. 2015, § 1 Rz. 224 f.) – ist nicht länger relevant. Entscheidend für den Begriff des „inländischen“ Investmentfonds ist vielmehr ausschließlich, dass er deutschem Recht unterliegt.

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Definition des ausländischen Investmentfonds

7

Ein Ausländischer Investmentfonds ist ein Investmentfonds, der ausländ. Recht unterliegt.

Investmentfonds: Siehe die Definition in § 1, § 1 Anm. 6.

Der ausländischem Recht unterliegt: Maßgebliches Abgrenzungskriterium gegenüber dem inländ. Investmentfonds ist, dass der ausländ. Investmentfonds nach ausländ. Recht aufgelegt wurde und sich die Ausgestaltung und die Anlagebedingungen des Investmentfonds nach ausländ. Recht richten (s. zu Einzelheiten Anm. 6). Die noch im InvStG aF enthaltene Differenzierung zwischen EU-Investmentfonds und AIF, die dem Recht eines Drittstaats unterliegen, entfällt. Nunmehr gilt ein einheitlicher Begriff des ausländ. Investmentfonds. Überhaupt ist die Unterscheidung zwischen in- und ausländ. Investmentfonds weniger bedeutsam geworden, da beide weitgehend den gleichen Besteuerungsfolgen unterliegen (vgl. § 6 ff.). Sie wird lediglich punktuell im Rahmen des § 6 Abs. 1 (s. § 1 Anm. 1) sowie im Rahmen der Möglichkeiten, eine steuerneutrale Verschmelzung nach § 23 durchzuführen (s. § 23 Anm. 20), relevant.

E. Erläuterungen zu Abs. 4: Definition von Investmentanteil/Spezial-Investmentanteil

I. Investmentanteil (Abs. 4 Satz 1)

8

Investmentanteil ist der Anteil an einem Investmentfonds, unabhängig von der rechtl. Ausgestaltung des Anteils oder des Investmentfonds. Der Begriff „Investmentanteil“ ist ein Oberbegriff, dh., er umfasst auch den „Spezial-Investmentanteil“ iSv. Abs. 4 Satz 2 (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.4).

Investmentfonds: Siehe die Definition in § 1, § 1 Anm. 6.

Anteil am Investmentfonds, unabhängig von rechtlicher Ausgestaltung des Anteils oder des Investmentfonds: Der Anteil ist das Instrument, über das der Anleger wirtschaftlich am Ertrag des Investmentfonds partizipiert und das bei ihm stl. zu einer Erfassung der Einkünfte nach §§ 16ff. führt (vgl. Abs. 10, s. dazu Anm. 21). Dabei ist die rechtl. Ausgestaltung der Anteile unbeachtlich, dh., die Anteile können mitgliedschaftliche Rechte verbriefen (wie Aktien einer InvAG mit variablem Kapital iSv. § 96 KAGB oder einer vergleichbaren ausländ. Rechtsform wie einer Luxemburger SICAV SCA) oder rein vertraglicher Natur sein (wie Anteile an einem Sondervermögen iSv. § 92 KAGB oder einer vergleichbaren ausländ. Rechtsform wie eine Luxemburger FCP). Der Anteilsbegriff entspricht der alten Rechtslage. Zwar enthielt das InvStG aF keine ausdrückliche Definition des Investmentanteils, sondern „versteckte“ diese in der Definition des Anlegers in § 1 Abs. 2 Satz 2 InvStG aF. Auch dort kam es aber auf die rechtl. Ausgestaltung nicht an (vgl. Bödecker in Bödecker/Ernst/Hartmann, 2016, § 1 Rz. 205 ff.).

9 II. Spezial-Investmentanteil (Abs. 4 Satz 2)

Spezial-Investmentanteil ist der Anteil an einem Spezial-Investmentfonds, unabhängig von der rechtl. Ausgestaltung des Anteils oder des Spezial-Investmentfonds.

Spezial-Investmentfonds: Siehe die Definition in § 26.

Anteil am Spezial-Investmentfonds, unabhängig von rechtlicher Ausgestaltung des Anteils oder des Spezial-Investmentfonds: Der Anteil ist das Instrument, über das der Anleger wirtschaftlich am Ertrag des Spezial-Investmentfonds partizipiert und das bei ihm stl. zu einer Erfassung der Einkünfte nach §§ 34ff. führt (vgl. Abs. 10, s. Anm. 21). Auch hier ist die rechtl. Ausgestaltung der Anteile unbeachtlich.

F. Erläuterungen zu Abs. 5: Definition von Dach-Investmentfonds/ Ziel-Investmentfonds sowie Dach-Spezial-Investmentfonds/ Ziel-Spezial-Investmentfonds

10 I. Dach-Investmentfonds/Ziel-Investmentfonds (Abs. 5 Satz 1)

Ein Dach-Investmentfonds ist ein Investmentfonds, der Investmentanteile an einem anderen Investmentfonds (Ziel-Investmentfonds) hält.

Investmentfonds: Siehe die Definition in § 1 (§ 1 Anm. 6).

Halten von Investmentanteilen: Zum Begriff des Investmentanteils s. Abs. 4 (Anm. 8). Halten ist uE stl. iSv. Abs. 10 zu verstehen und bedeutet, dass dem Dach-Investmentfonds die Anteile am Ziel-Investmentfonds stl. iSv. § 39 AO zuzurechnen sind.

Dach-Investmentfonds/Ziel-Investmentfonds: Für stl. Zwecke handelt es sich bei jedem in- oder ausländ. Investmentfonds, der Anteile an einem anderen in- oder ausländ. Investmentfonds hält, um einen Dach-Investmentfonds (und bei Letztgenanntem um einen Ziel-Investmentfonds). Der Begriff ist somit deutlich weiter als

der in Art. 3 Ziff. 1 der Fondskategorien-Richtlinie v. 22.7.2013 (abgedruckt bei *Boxberger* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, 3. Aufl. 2021, § 4 KAGB Rz. 10) verwendete aufsichtsrechtl. Begriff des Dachfonds (*Fund of Funds*), der ua. voraussetzt, dass mindestens 51 % des Werts des Investmentvermögens in Zielfondsanteilen angelegt sei müssen (vgl. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.5).

II. Dach-Spezial-Investmentfonds/Ziel-Spezial-Investmentfonds (Abs. 5 Satz 2)

11

Ein Dach-Spezial-Investmentfonds ist ein Spezial-Investmentfonds, der Spezial-Investmentanteile an einem anderen Spezial-Investmentfonds (Ziel-Spezial-Investmentfonds) hält.

Spezial-Investmentfonds: Siehe die Definition in § 25.

Halten von Spezial-Investmentanteilen: Zum Begriff des Spezial-Investmentanteils s. Anm. 8. Zum Begriff des Haltens s. Anm. 10.

Dach-Spezial-Investmentfonds/Ziel-Spezial-Investmentfonds: Nach Auffassung der FinVerw. darf ein Dach-Spezial-Investmentfonds zwar durchaus andere WG und insbes. „reguläre“ Investmentanteile halten. Er gilt nach Auffassung der FinVerw. jedoch (uE über den Wortlaut des Gesetzes hinaus) nur insoweit im Verhältnis zu einem bestimmten Ziel-Investmentfonds als Dach-Spezial-Investmentfonds (und der entsprechende Ziel-Investmentfonds als Ziel-Spezial-Investmentfonds), als er Anteile an einem Spezial-Investmentfonds hält. Im Übrigen gilt er als regulärer Dach-Investmentfonds (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.5). Diese Unterscheidung kann für die Besteuerung der Anleger bei Ausübung der sog. Transparenzoption (§ 30 Abs. 4) sowie bei Ermittlung des Fonds-Aktien Gewinns, des Fonds-Abkommensgewinns sowie des Fonds-Teilfreistellungsgewinns (§ 48) relevant werden.

G. Erläuterungen zu Abs. 6: Definition von Aktienfonds

I. Aktienfonds (Abs. 6 Satz 1)

12

Nach der durch das „JStG 2018“ v. 11.12.2018 (BGBl. I 2018, 2338; BStBl. I 2018, 1377) geänderten Definition sind „Aktienfonds“ Investmentfonds, die gemäß den Anlagebedingungen fortlaufend mehr als 50 % ihres Aktivvermögens (Abs. 9a) in Kapitalbeteiligungen anlegen (sog. Aktienfonds-Kapitalbeteiligungsquote). Zuvor war Voraussetzung, dass eine Anlage von „mindestens 51 Prozent des Werts“ in Kapitalbeteiligungen erfolgte. Die Änderung erfolgte, da sich die vorherige 51 %-Grenze am inländ. Investmentaufsichtsrecht orientierte (s. Art. 2 der Fondskategorien-Richtlinie v. 22.7.2013, abgedruckt bei *Boxberger* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, 3. Aufl. 2021, § 4 KAGB Rz. 10), die Anlagebedingungen ausländ. Fonds demgegenüber häufig (nur) eine „überwiegende“ (dh. mehr als 50 %ige Anlage) in Kapitalbeteiligungen vorsahen (vgl. BTD Drucks. 19/4455, 65). Die FinVerw. hatte es daher bei ausländ. Investmentfonds (Abs. 3) zunächst nicht beanstanden wollen, wenn die Anlagebedingungen lediglich eine „überwiegende“ Anlage in Kapitalbeteiligungen vorsahen (BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 – 1/16/10010, Beck-Verw. 342885, Abschn. 1; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 – 1/16/10010:001, Rz. 2.9). Das „JStG 2018“ bereinigte dies und hat einheitliche Maßstäbe

für die Qualifikation von in- und ausländ. Investmentfonds als „Aktienfonds“ geschaffen (BTDrucks. 19/4455, 65). Durch das Abstellen auf das „Aktivvermögen“ (statt auf den „Wert“) sollen „sinnwidrige Ergebnisse“ vermeiden werden, die anderenfalls bei Investmentfonds mit hoher Fremdfinanzierung hätten entstehen könnten: Eine Qualifikation als Aktienfonds wäre in diesen Fällen nämlich dem Wortlaut nach uU möglich gewesen, obwohl die betreffenden Investmentfonds nur einen Bruchteil ihres Aktivvermögens tatsächlich in Aktien investieren (s. Beispiel in BTDrucks. 19/4455, 65). Die Qualifikation als Aktienfonds ist Voraussetzung für die 30 %ige, 60 %ige oder 80 %ige Teilfreistellung auf Anleger Ebene nach § 20 Abs. 1 (s. § 20 Anm. 5).

Investmentfonds: Siehe die Definition in § 1 (§ 1 Anm. 6).

Gemäß den Anlagebedingungen: Zur Definition der Anlagebedingungen s. Abs. 12 (Anm. 23). Die Einstufung als Aktienfonds hängt nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut des Gesetzes nur von den in den Anlagebedingungen vorgesehenen Anlagevorgaben ab, nicht jedoch von der tatsächlichen Anlage (zutr. *Helios/Mann*, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 1 [16]). Zum Korrektiv durch das Merkmal „fortlaufende Anlage“ s.u. Für eine Übergangszeit bis einschließlich 31.12.2018 war es nach Auffassung der FinVerw. nicht zu beanstanden, wenn sich das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Aktienfonds-Teilfreistellung nicht aus den Anlagebedingungen ergab. Stattdessen durften Finanzinformationsdienstleister und die Entrichtungspflichtigen auf eine Eigenerklärung des Investmentfonds vertrauen, dass der Investmentfonds während des gesamten Kj. 2018 fortlaufend (entsprechend der seinerzeit geltenden Fassung des Abs. 6) mindestens 51 % seines Werts in Kapitalbeteiligungen investierte und damit in tatsächlicher Hinsicht die Voraussetzungen eines Aktienfonds erfüllte (Selbstdeklaration, BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.27).

Anlage: Nach uE zu enger Auffassung der FinVerw. sind für Zwecke des Begriffs der „Anlage“ nur solche Kapitalbeteiligungen zu berücksichtigen, bei denen der Investmentfonds sowohl zivilrechtl. als auch wirtschaftlicher Eigentümer iSv. § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO ist (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.9). Dies hätte zur Folge, dass bereits die Übertragung des zivilrechtl. Eigentums, zB im Rahmen einer Wertpapierleihe bzw. eines Wertpapierpensionsgeschäfts, stets zu einer Nicht-Berücksichtigung der entsprechenden Kapitalbeteiligung für Zwecke der Aktienquote führen müsste (so ausdrücklich, jedenfalls im Grundsatz, BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.10). Umgekehrt sollen Kapitalbeteiligungen, die im Rahmen einer WP-Leihe oder eines WP-Pensionsgeschäfts an einen Investmentfonds übertragen werden, bei diesem für Zwecke der Aktienquote zuzurechnen sein, wenn neben dem zivilrechtl. auch das wirtschaftliche Eigentum übertragen wird (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.10). Dies kann uE so nicht richtig sein. Entscheidend dürfte – analog § 2 Abs. 10 für den Anleger – ausschließlich das wirtschaftliche Eigentum iSv. § 39 AO an den Kapitalbeteiligungen sein, dh., eine Zurechnung zum Investmentfonds hat auch dann zu erfolgen, wenn dieser nur wirtschaftlicher, nicht zugleich aber auch rechtl. Eigentümer geworden bzw. geblieben ist. Bei WP-Leih-/WP-Pensionsgeschäften ist ferner zu berücksichtigen, dass ein Investmentfonds bei diesen regelmäßig im Gegenzug (i) seinerseits Kapitalbeteiligungen als *Collateral* hineinnimmt und (ii) mit den Erträgen aus diesen Geschäften (wie mit regulären Dividenden) nach § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 (beschränkt) stpfl. ist. Dies spricht uE dafür, Kapitalbeteiligungen, die Gegenstand eines WP-Leih-/WP-Pensionsgeschäfts sind, generell dem verleihenden Investmentfonds weiterhin für Zwecke der Aktienquote zu-

zurechnen. Zwar will es die FinVerw. für Zwecke der Berechnung der Kapitalbeteiligungsquote grds. nicht beanstanden, dass der Investmentfonds bereits bei schuldrechtl. Erwerb (Handelstag) von zivilrechtl. Eigentum ausgeht, wenn der sachenrechtl. Erwerb innerhalb von fünf Tagen nach dem Handelstag tatsächlich erfolgt und wenn bei der Veräußerung ebenfalls auf den Handelstag abgestellt wird (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.9). Diese Erleichterung ist uE zwar zu begrüßen, löst aber den Kern des zuvor beschriebenen Problems (grundsätzliches Erfordernis des Übergangs von rechtl. und wirtschaftlichem Eigentum) nicht.

Fortlaufende Anlage: Die FinVerw. leitet aus dem Merkmal der fortlaufenden Anlage ab, dass der Investmentfonds die durchgehende Erfüllung (dh. grds. an jedem Tag des Geschäftsjahres) der vorgegebenen Vermögenszusammensetzung anzustreben habe (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.7). Diesem unbestimmten und damit streitanfälligen Rechtsbegriff wird in der Praxis wesentliche Bedeutung zukommen. Die FinVerw. erachtet dabei – als Erleichterung für den Stpfl. – das Erfordernis der „fortlaufenden Anlage“ auch dann als erfüllt, wenn ein Investmentfonds innerhalb eines Zeitraums von sechs Monaten nach Neuauflage oder während seiner Abwicklung die vorausgesetzte Vermögenszusammensetzung tatsächlich noch nicht bzw. nicht mehr erreicht (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.8).

Folgen des Verstoßes gegen die fortlaufende Anlage: Die Folgen eines Verstoßes, die bislang nur im Erlasswege geregelt waren (BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 – 1/16/10010, BeckVerw. 342885, Abschn. 1; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 – 1/16/10010:001, Rz. 2.8), sind seit dem „JStG 2018“ – zumindest rudimentär – in Abs. 6 Satz 4 enthalten (s. dazu nachstehend in diesem Abschnitt).

Mehr als 50 % ihres Aktivvermögens: Dieser Maßstab gilt erst seit dem „JStG 2018“. Zuvor wurde auf „mindestens 51 Prozent ihres Wertes“ abgestellt (zum Hintergrund der Änderung BTDrucks. 19/445, 65). Trotz dieser Neuregelung wird es nach Auffassung der FinVerw. bei OGAW iSv. § 1 Abs. 2 KAGB, die nach § 199 KAGB kurzfristige Kredite nur bis zur Höhe von 10 % des aufsichtsrechtl. Werts des OGAW aufnehmen dürfen, für den Zeitraum vor dem 1.1.2020 nicht beanstandet, wenn diese zur Bestimmung der Kapitalbeteiligungsquote auf den Nettoinventarwert abstellen (auch zukünftig gilt für OGAW weiterhin einer Erleichterung, s. Abs. 9a Sätze 2 bis 4, Anm. 20e). Das Gleiche soll auch bei anderen Investmentfonds gelten, bei denen die Kreditaufnahme folgendermaßen beschränkt ist: Es dürfen nur kurzfristige Kredite (maximale Laufzeit von einem Jahr) aufgenommen werden, die maximale Kreditaufnahme beträgt höchstens 30 % des aufsichtsrechtl. Werts des Investmentfonds und die Kredite dürfen nicht für die Anschaffung von Vermögensgegenständen des Investmentfonds verwendet werden. Kurzfristige negative Salden der Bankkonten des Investmentfonds, die im Rahmen der operativen Ausführungs- und Settlementprozesse bei Handelsgeschäften entstehen, seien dabei nicht als Kreditaufnahme zu betrachten. Negative Salden könnten dadurch entstehen, dass einzelne Abrechnungen für Vermögensgegenstände dem Bankkonto des Investmentfonds erst mit späterer Valuta gutgeschrieben oder belastet würden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.12). Darüber hinaus soll es für die Besteuerung von Investmenterträgen, die dem Anleger bis zum 31.12.2018 zugeflossen sind, auch bei den übrigen Investmentfonds nicht beanstandet werden, dass in den Anlagebedingungen auf den Nettoinventarwert abgestellt werde, wenn der Investmentfonds tatsächlich die anhand des Aktivvermögens ermittelte Kapitalbeteiligungsquote fortlaufend eingehalten hat und dies gegenüber den Anlegern, in öffentlich zugänglicher Weise (zB auf der Internetseite des Investmentfonds)

oder gegenüber einem Finanzinformationsdienstleister (zB WM-Datenservice) versichert hat (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.13).

Aktivvermögen: Siehe die durch das „JStG 2108“ neu eingefügte Definition in Abs. 9a (Anm. 20e).

Kapitalbeteiligungen: Siehe die Definition in Abs. 8, Anm. 14. Nach Auffassung der FinVerw. soll es unschädlich sein, wenn die Anlagebedingungen den Kreis der erwerbbaaren WG auf einen Teil der in Abs. 8 genannten Kapitalbeteiligungen (zB börsengehandelte KapGes-Anteile) beschränken. Auch sei es unbeachtlich, ob der Investmentfonds das Wertänderungsrisiko aus den gehaltenen Kapitalbeteiligungen besichere (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.6). Beide Punkte verdienen Zustimmung. Vom Gesetzeswortlaut her zweifelhaft ist dagegen die ebenfalls von der FinVerw. vertretene Auffassung, wonach Investmentfonds die (nach den Anlagebedingungen) die Wertentwicklung von Kapitalbeteiligungen (auch) synthetisch mittels Derivaten (zB Aktien-Swaps) abbilden können, nicht die Voraussetzungen von Abs. 6 erfüllen sollen, es sei denn, die Anlagebedingungen sehen (ergänzend) eine Mindestbeteiligungsquote von mehr als 50 % unmittelbar in Kapitalbeteiligungen vor (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.6). Wünschenswert wäre, dass die Kapitalbeteiligung, wie im *Private Equity*-Bereich üblich, über eine (vermögensverwaltende oder gewerbliche) PersGes. erworben werden dürfte (vgl. *Helios/Mann*, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 1 [17]). Die FinVerw. teilt diese Auffassung jedoch leider nicht (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.33): Kapitalbeteiligungen, die nur mittelbar über PersGes. (inländ. KG, aber auch Luxemburger SCS/SCSp) gehalten werden, sollen für Zwecke des § 2 Abs. 8 gänzlich unberücksichtigt bleiben (so nunmehr auch der durch das WElektroMobFördG/„JStG 2019“ v. 12.12.2019, BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17, eingefügte § 2 Abs. 8 Satz 5 Nr. 1, s. Anm. 14). Ebenfalls nicht zu den Kapitalbeteiligungen iSd. § 2 Abs. 8 zählen nach Auffassung der FinVerw. Anteile an REIT-Aktiengesellschaften iSd. §§ 1 ff. REITG und Anteile an anderen REIT-Körperschaften, -Personenvereinigungen oder -Vermögensmassen iSd. § 19 Abs. 5 REITG (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.28). Zur Behandlung von Kapitalbeteiligungen, die Gegenstand einer WP-Leihe/eines WP-Pensionsgeschäfts sind, s. oben unter „Anlage“.

12a II. Besonderheiten bei Dach-Investmentfonds/Ziel-Investmentfonds (Abs. 6 Sätze 2 und 3)

Nach der durch das „JStG 2018“ v. 11.12.2018 (BGBl. I 2018, 2338; BStBl. I 2018, 1377) eingefügten Regelung ist ein Dach-Investmentfonds auch dann ein Aktienfonds, wenn der Dach-Investmentfonds nach seinen Anlagebedingungen verpflichtet ist, derart in Ziel-Investmentfonds zu investieren, dass fortlaufend die Aktienfonds-Kapitalbeteiligungsquote erreicht wird und die Anlagebedingungen vorsehen, dass der Dach-Investmentfonds für die Einhaltung der Aktienfonds-Kapitalbeteiligungsquote auf die bewertungstäglichen von den Ziel-Investmentfonds veröffentlichten tatsächlichen Kapitalbeteiligungsquoten abstellt. Voraussetzung dabei ist, dass die betreffenden Ziel-Investmentfonds mindestens einmal pro Woche eine Bewertung vornehmen. Durch diese Regelung wird bezweckt, dass Dach-Investmentfonds die Kapitalbeteiligungsquote eines Aktienfonds zukünftig leichter erreichen können (BTDrucks. 19/4455, 66). Bislang wurde das gleiche Ziel in der Praxis der FinVerw. durch eine nicht vom Gesetzeswortlaut gedeckte Auslegung

von Abs. 8 Nr. 3 erreicht (vgl. dazu BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 – 1/16/10010, BeckVerw. 342885, Abschn. 2; BMF v. 8.11.2017 – IV C 1 - S 1980 – 1/16/10010:010, DStR 2017, 2736, Abschn. 2). Die gesetzliche Festschreibung ist zu begrüßen. Ausführlich hierzu und zum Verhältnis von Abs. 6 Satz 2 und Abs. 8 Satz 2 *Hartmann* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 2 Rz. 111 ff. (12/2020); *Jansen/Greger*, RdF 2019, 132 (134f.).

Dach-Investmentfonds: Siehe die Definition in Abs. 5 Satz 1 (§ 2 Anm. 10).

Ziel-Investmentfonds: Siehe die Definition in Abs. 5 Satz 1 (§ 2 Anm. 10).

Nach seinen Anlagebedingungen verpflichtet, derart in Ziel-Investmentfonds zu investieren, dass fortlaufend die Aktienfonds-Kapitalbeteiligungsquote erreicht wird: Gemeint ist, dass der Dach-Investmentfonds in seinen Anlagebedingungen (Abs. 12) regelt, dass er unmittelbar oder mittelbar über Ziel-Investmentfonds mehr als 50 % seines Aktivvermögens in Kapitalbeteiligungen (Abs. 8) investiert (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.14). Nach Auffassung der FinVerw. gehen Ziel-Investmentanteile dabei (nur) mit ihrem Nettoinventarwert in das Aktivvermögen des Dach-Investmentfonds ein (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.11).

Die Anlagebedingungen müssen vorsehen, dass der Dach-Investmentfonds für die Einhaltung der Aktienfonds-Kapitalbeteiligungsquote auf die bewertungstäglich von den Ziel-Investmentfonds veröffentlichten tatsächlichen Kapitalbeteiligungsquoten abstellt: Nach Ansicht der FinVerw. kann dieses Erfordernis in der Praxis dadurch umgesetzt werden, dass die Ziel-Investmentfonds ihre bewertungstäglich ermittelten Kapitalbeteiligungsquote einem Finanzinformationsdienstleister (zB WM-Datenservice) mitteilen, der wiederum diese Daten dem Dach-Investmentfonds zur Verfügung stellt (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.14). Die FinVerw. versteht den Begriff „bewertungstäglich“ als jeden Tag, an dem ein Investmentfonds den Wert seiner Vermögensgegenstände ermittelt und unter Berücksichtigung der Verbindlichkeiten den Wert pro Investmentanteil berechnet – bei Publikumsfonds idR an jedem Geschäftstag (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.15).

Ziel-Investmentfonds müssen mindestens einmal pro Woche eine Bewertung vornehmen: Dadurch sollen Gestaltungen ausgeschlossen werden, bei denen ein Dach-Investmentfonds in Ziel-Investmentfonds investiert, die zB nur einmal im Jahr eine Bewertung vornehmen und genau zu diesem Zeitpunkt eine entsprechend hohe Kapitalbeteiligungsquote ausweisen (BTDrucks. 19/4455, 66). Investiert ein Dach-Investmentfonds in einen Ziel-Investmentfonds, der weniger als einmal pro Woche eine Bewertung vornimmt, ist Abs. 6 Satz in Bezug auf diesen (und uE nur auf diesen) Ziel-Investmentfonds nicht anwendbar. Nach Auffassung der FinVerw. sind in diesem Fall ausschließlich die Anlagebedingungen des Ziel-Investmentfonds für die Kapitalbeteiligungsquote des Dach-Investmentfonds maßgebend (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.15). Zu begrüßen ist, dass die FinVerw. es im Hinblick auf eine hinreichende Übergangszeit für die IT-Umsetzung nicht beanstanden will, wenn ein Dach-Investmentfonds vor dem 1.7.2019 im Regelfall davon ausging, dass die Ziel-Investmentfonds mindestens einmal pro Woche eine Bewertung vornehmen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.16).

Übergangsregelung: Die FinVerw. will es nicht beanstanden, wenn ein Dach-Investmentfonds zur Ermittlung seiner Kapitalbeteiligungsquote (als Aktienfonds) bis einschließlich 30.6.2018 auf eine Erklärung eines Ziel-Investmentfonds vertraute, dass dieser eine konkret benannte höhere Kapitalbeteiligungs-Mindestquote als 51 % während des KJ. 2018 fortlaufend einhalten werde und diese höhere Kapitalbeteiligungs-Mindestquote bis einschließlich 30.6.2018 in den Anlagebedingungen

des Ziel-Investmentfonds festgelegt wurde (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.25). Sie will es ferner nicht beanstanden, wenn ein Dach-Investmentfonds die in seinen Anlagebedingungen festgelegte Beteiligungsquote im Zeitraum vom 1.1.2018 bis einschließlich 31.12.2018 unterschritten hatte (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.26).

12b III. Verstoß gegen die Anlagebedingungen (Abs. 6 Satz 4)

Nach der durch das „JStG 2018“ v. 11.12.2018 (BGBl. I 2018, 2338; BStBl. I 2018, 1377) eingefügten Regelung endet in dem Zeitpunkt, in dem der Investmentfonds wesentlich gegen die Anlagebedingungen verstößt und dabei die Aktienfonds-Kapitalbeteiligungsquote unterschreitet, seine Eigenschaft als Aktienfonds.

Wesentlicher Verstoß gegen die Anlagebedingungen: Nach dem Gesetzeswortlaut soll nur ein wesentlicher Verstoß gegen die Anlagevorgaben zum Verlust des Status als Aktienfonds führen. Der Begriff der Wesentlichkeit ist im Gesetz nicht definiert und auch in der Gesetzesbegründung nur schemenhaft umrissen (s. BTDrucks. 19/4455, 66). Die FinVerw. konkretisiert den Begriff im Erlasswege (uE recht praktikabel) wie folgt (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.18): Ob ein Verstoß „wesentlich“ sei, hänge von den Gesamtumständen des Einzelfalls ab. Dabei seien insbes. (i) der Grad des Verschuldens des Verwalters bei der Entstehung des Verstoßes, (ii) die Zeitdauer des Verstoßes, (iii) der wertmäßige Umfang des Verstoßes im Verhältnis zum Gesamtwert des Fondsvermögens sowie (iv) der Umfang der Bemühungen des Verwalters, die auf eine Beseitigung des Verstoßes gerichtet sind, zu berücksichtigen. Kein wesentlicher Verstoß liege insbes. bei einer passiven Grenzverletzung vor, wenn der Investmentfonds unverzüglich nach Kenntnis der Grenzverletzung ihm mögliche und zumutbare Maßnahmen unternimmt, um die für ihn erforderliche Kapitalbeteiligungsquote wiederherzustellen. Mögliche Maßnahmen seien abhängig von den jeweiligen Vermögensgegenständen und deren Handelbarkeit zu beurteilen. Zu einer passiven Grenzverletzung könne es insbes. aufgrund von Wertveränderungen der gehaltenen Vermögensgegenstände, einer unbeabsichtigten oder unverschuldeten fehlerhaften Einstufung eines Vermögensgegenstandes als Kapitalbeteiligung oder aufgrund der marktüblichen Dauer der Abwicklung des Eigentumserwerbs an Wertpapieren und deren Bezahlung (*Settlement*) kommen. Zur Verfahrensvereinfachung sei ferner grds. nicht von einem wesentlichen Verstoß auszugehen, wenn ein Aktienfonds in einem Geschäftsjahr an insgesamt bis zu 20 einzelnen oder zusammenhängenden Geschäftstagen iSd. § 675n BGB (= Bankarbeitstag) die Vermögensgrenzen des § 2 Abs. 6 unterschreitet (20-Geschäftstage-Grenze). Die 20-Geschäftstage-Grenze sei für jedes Geschäftsjahr gesondert zu betrachten (dh. eine zusammenhängende Grenzverletzung in den letzten zehn Geschäftstagen eines Geschäftsjahres und in den ersten elf Geschäftstagen des folgenden Geschäftsjahres stelle keine Überschreitung der 20-Geschäftstage-Grenze dar). Bei einem Rumpfgeschäftsjahr sei die 20-Geschäftstage-Grenze zusammen mit dem nächsten Geschäftsjahr oder mit nachfolgenden Rumpfgeschäftsjahren zu betrachten, so dass der Betrachtungszeitraum mindestens ein Jahr betrage (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.19f.). Nach Auffassung der FinVerw. soll eine passive Grenzverletzung zwischen dem 1.3.2020 und dem 30.4.2020 grds. keinen wesentlichen Verstoß im vorgenannten Sinne darstellen und nicht auf die 20-Geschäftstage-Grenze angerechnet werden (BMF v. 9.4.2020 – IV C 1 - S 1910/19/10079:002, juris, als Reaktion auf eine Verbandseingabe zu den wirtschaftlichen Folgen der COVID-19 Pandemie).

Folgen des wesentlichen Verstoßes: Nach dem insoweit eindeutigen Gesetzeswortlaut verliert der Investmentfonds seinen Status als Aktienfonds. Daneben hat die FinVerw. im Erlasswege dem Investmentfonds/dem Entrichtungspflichtigen/den Anlegern die folgenden weitreichenden Verpflichtungen auferlegt (die uE zumindest in dieser Schärfe keine Stütze im Gesetz finden):

- ▶ *Der Investmentfonds hat einen wesentlichen Verstoß nach § 153 Abs. 2 AO der zuständigen Finanzbehörde anzuzeigen.* Er hat den Anlegern zudem in öffentlich zugänglicher Weise mitzuteilen, wenn sich der Teilfreistellungssatz iSd. § 20 ändert (zB durch einen zur Information der Anleger geeigneten Hinweis auf der Internetseite des Investmentfonds). Der Investmentfonds ist ferner verpflichtet, unverzüglich seine früheren und nun nicht mehr zutreffenden Angaben gegenüber Entrichtungspflichtigen oder Finanzinformationsdienstleistern (zB WM-Datenservice) zum anwendbaren Teilfreistellungssatz zu korrigieren (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.22).
- ▶ *Erhält der Entrichtungspflichtige Informationen über einen wesentlichen Verstoß,* hat er den hierdurch eintretenden Verlust des Status als Aktien- oder Mischfonds für den KapErtrStAbzug zu berücksichtigen. Ein zwischen dem Eintritt des Statuswechsels und dem Erhalt der Information hierüber fehlerhaft vorgenommener KapErtrStAbzug ist seitens des Entrichtungspflichtigen zu korrigieren (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.23).
- ▶ *Wenn keine Korrektur durch den Entrichtungspflichtigen vorgenommen wurde,* der Anleger aber erkennt, dass zu seinen Gunsten ein falscher Teilfreistellungssatz angewendet wurde, ist der Anleger verpflichtet, auf diesen Umstand in seiner StErklärung hinzuweisen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.24).

H. Erläuterungen zu Abs. 7: Definition von Mischfonds

I. Mischfonds (Abs. 7 Satz 1)

13

Die Qualifikation als Mischfonds ist Voraussetzung für die 15 %ige, 30 %ige oder 40 %ige Teilfreistellung auf Anlegerebene nach § 20 Abs. 2 (s. § 20 Anm. 10).

Investmentfonds: Siehe die Definition in § 1 (§ 1 Anm. 6).

Gemäß den Anlagebedingungen: Die Ausführungen in Abs. 12 (Anm. 23) gelten entsprechend.

Anlage: Die Ausführungen in Anm. 12 gelten entsprechend.

Fortlaufende Anlage: Die Ausführungen in Anm. 12 gelten entsprechend.

Folgen des Verstoßes gegen die fortlaufende Anlage: Die Ausführungen in Anm. 12 gelten entsprechend.

Mindestens 25 % ihres Aktivvermögens: Die Ausführungen zur 50 %-Grenze in Anm. 12 gelten entsprechend.

Aktivvermögen: Die Ausführungen in Anm. 12 gelten entsprechend.

Kapitalbeteiligungen: Die Ausführungen in Anm. 12 gelten entsprechend.

13a **II. Besonderheiten bei Dach-Investmentfonds/Ziel-Investmentfonds (Abs. 7 Sätze 2 und 3)**

Nach der durch das „JStG 2018“ v. 11.12.2018 (BGBl. I 2018, 2338; BStBl. I 2018, 1377) eingefügten Regelung ist ein Dach-Investmentfonds auch dann ein Mischfonds, wenn der Dach-Investmentfonds nach seinen Anlagebedingungen verpflichtet ist, derart in Ziel-Investmentfonds zu investieren, dass fortlaufend die Mischfonds-Kapitalbeteiligungsquote erreicht wird und die Anlagebedingungen vorsehen, dass der Dach-Investmentfonds für deren Einhaltung auf die bewertungstäglich von den Ziel-Investmentfonds veröffentlichten tatsächlichen Kapitalbeteiligungsquoten abstellt. Voraussetzung dabei ist, dass die betreffenden Ziel-Investmentfonds mindestens einmal pro Woche eine Bewertung vornehmen. Durch diese Regelung wird – wie bereits bei den Aktienfonds (Abs. 6) bezweckt, dass Dach-Investmentfonds die Kapitalbeteiligungsquote eines Mischfonds Aktienfonds zukünftig leichter erreichen können (s. ausführl. Anm. 12).

Dach-Investmentfonds: Die Ausführungen in Anm. 12 gelten entsprechend.

Ziel-Investmentfonds: Die Ausführungen in Anm. 12 gelten entsprechend.

Nach seinen Anlagebedingungen verpflichtet, derart in Ziel-Investmentfonds zu investieren, dass fortlaufend die Mischfonds-Kapitalbeteiligungsquote erreicht wird: Gemeint ist, dass der Dach-Investmentfonds in seinen Anlagebedingungen (Abs. 12) regelt, dass er unmittelbar oder mittelbar über Ziel-Investmentfonds mindestens 25 % seines Aktivvermögens in Kapitalbeteiligungen (Abs. 8) investiert (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.17). Die Ausführungen in Anm. 12 gelten entsprechend.

Anlagebedingungen müssen vorsehen, dass der Dach-Investmentfonds für deren Einhaltung auf die bewertungstäglich von den Ziel-Investmentfonds veröffentlichten tatsächlichen Kapitalbeteiligungsquoten abstellt: Die Ausführungen in Anm. 12 gelten entsprechend.

Ziel-Investmentfonds müssen mindestens einmal pro Woche eine Bewertung vornehmen: Die Ausführungen in Anm. 12 gelten entsprechend.

Übergangsregelung: Die Ausführungen in Anm. 12 gelten entsprechend.

13b **III. Verstoß gegen die Anlagebedingungen (Abs. 7 Satz 4)**

Nach der durch das „JStG 2018“ v. 11.12.2018 (BGBl. I 2018, 2338; BStBl. I 2018, 1377) eingefügten Regelung ist Abs. 6 Satz 4 entsprechend anzuwenden, dh., seine Eigenschaft als Mischfonds endet in dem Zeitpunkt, in dem der Investmentfonds wesentlich gegen die Anlagebedingungen verstößt und dabei die Mischfonds-Kapitalbeteiligungsquote unterschreitet. Die Ausführungen in Anm. 12 gelten entsprechend.

I. Erläuterungen zu Abs. 8: Definition von Kapitalbeteiligungen**I. Arten von Kapitalbeteiligungen (Abs. 8 Satz 1)****1. Überblick**

14

Die Vorschrift enthält in Satz 1 die für Aktienfonds (Abs. 6; s. Anm. 12) oder Mischfonds (Abs. 7; s. Anm. 13) relevante Definition der Kapitalbeteiligungen. Darunter fallen zunächst bestimmte Anteile an KapGes., nämlich (i) zum amtlichen Handel an einer Börse zugelassene oder auf einem organisierten Markt notierte Anteile an einer KapGes. (Satz 1 Nr. 1) sowie (ii) Anteile an einer KapGes., die keine Immobilien-Gesellschaft ist und die (a) in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum ansässig ist und dort der Ertragsbesteuerung für KapGes. unterliegt und nicht von ihr befreit ist, oder (b) in einem Drittstaat ansässig ist und dort einer Ertragsbesteuerung für KapGes. iHv. mindestens 15 % unterliegt und nicht von ihr befreit ist (Satz 1 Nr. 2). Ferner fallen darunter bestimmte Investmentanteile, nämlich (i) Investmentanteile an Aktienfonds iHv. 51 % des Werts des Investmentanteils (Satz 1 Nr. 3) sowie (ii) Investmentanteile an Mischfonds iHv. 25 % des Werts des Investmentanteils (Satz 1 Nr. 4).

2. Alternative 1: Zum amtlichen Handel an einer Börse zugelassene oder auf einem organisierten Markt notierte Anteile an einer Kapitalgesellschaft (Abs. 8 Satz 1 Nr. 1)

14a

Anteile an einer Kapitalgesellschaft: Hier kann uE auf die Legaldefinition in § 17 Abs. 1 Satz 3 EStG zurückgegriffen werden, dh., gemeint sind Aktien, Anteile an einer GmbH, Genussscheine oder ähnliche Beteiligungen sowie Anwartschaften auf solche Beteiligungen (s. § 17 EStG Anm. 145 ff.). Anteile an körperschaftlich strukturierten Ziel-(Spezial-)Investmentfonds (zB InvAG oder Luxemburger SICAV-SA) sind nach Abs. 8 Satz 2 grds. keine Anteile an einer KapGes., es sei denn, sie erfüllen die Voraussetzungen von Satz 1 Nr. 3 oder 4 (s. Anm. 14d, 14e). Anders als in Alt. 2 (s. Anm. 14b) können auch Anteile an Immobilien-Gesellschaften (unter den weiteren Voraussetzungen der Alt. 1) unter den Begriff der Kapitalbeteiligung fallen. Nach Auffassung der FinVerw. stellen demgegenüber Finanzderivate, die die Wertentwicklung von Kapitalbeteiligungen synthetisch nachbilden sowie Hinterlegungsscheine auf Aktien (sog. *Depository Receipts*, zB *American Depository Receipts* [ADRs], *Global Depository Receipts* [GDRs] und *European Depository Receipts* [EDRs]) keine Kapitalbeteiligungen dar (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.28).

Zum amtlichen Handel an einer Börse zugelassen: Gemeint ist uE die Zulassung von Wertpapieren zum Handel im regulierten Markt an einer in- oder ausländ. Börse (vgl. § 32 BörsG). Nach (uE zu enger) Auffassung der FinVerw. sind Marktplätze außerhalb der EU/des EWR nur als Börsen anzuerkennen, wenn sie in der von der BaFin erstellten Liste der zugelassenen Börsen und der anderen organisierten Märkte gem. § 193 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 4 KAGB aufgeführt sind. Bei darin nicht aufgeführten Marktplätzen außerhalb der EU/des EWR bestehe demgegenüber eine widerlegbare Vermutung, dass es sich nicht um Börsen handelt (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.29).

Auf einem organisierten Markt notiert: Gemeint ist uE die Notierung auf einem organisiertem Markt iSv. § 2 Abs. 5 WpHG. Die weite Formulierung soll uE si-

cherstellen, dass sämtliche fungiblen Anteile an KapGes. (idR Aktien) unter Satz 1 Nr. 1 fallen.

14b **3. Alternative 2: Anteile an einer Kapitalgesellschaft, die in EU/EWAR ansässig ist und dort tatsächlich der Ertragsbesteuerung unterliegt (Abs. 8 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a)**

Die uE über das Ziel hinauschießende Regelung dient der Verhinderung der ungerechtfertigten Inanspruchnahme der Teilfreistellung bei nicht (hinreichend) stl. vorbelasteten Erträgen (vgl. BTDrucks. 18/8045, 69).

Anteile an einer Kapitalgesellschaft: Siehe Anm. 14a.

Keine Immobilien-Gesellschaft: Siehe zur Definition der Immobilien-Gesellschaft Anm. 20.

In einem Mitgliedstaat der EU/des EWR ansässig: Gemeint ist uE die stl. Ansässigkeit in dem betreffenden Mitgliedstaat der EU/des EWR, die nach den dort geltenden Gesetzen zu einer Ertragsteuerpflicht führt.

Der Ertragsbesteuerung für Kapitalgesellschaften unterliegend/nicht von ihr befreit: Diese Begriffe sind uE weit zu verstehen. Entscheidend ist uE, dass die KapGes. der allgemeinen Ertragsbesteuerung unterliegt und nicht von ihr befreit ist. Anders formuliert: Eine sachliche StBefreiung einzelner Einkünfte oder Einkunftsteile (und zwar uE selbst dann, wenn dies faktisch zu einer Ertragsteuerbelastung von null führt) sollte einer Einstufung als Kapitalbeteiligung nicht entgegenstehen. Nach uE zu enger Auffassung der FinVerw. ist zwar eine sachliche StBefreiung von einzelnen Einkunftsarten (zB von Beteiligungseinkünften) grds. unschädlich. Eine allgemeine Ertragsbesteuerung liege jedoch dann nicht vor, wenn alle oder fast alle Einkunftsarten der KapGes. sachlich stbefreit sind (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.30).

14c **4. Alternative 3: Anteile an einer Kapitalgesellschaft, die in einem Drittstaat ansässig ist und dort tatsächlich einer Ertragsbesteuerung für Kapitalgesellschaften iHv. mindestens 15 % unterliegt (Abs. 8 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b)**

Auch diese uE über das Ziel hinaus schießende Regelung dient der Verhinderung der ungerechtfertigten Inanspruchnahme der Teilfreistellung bei nicht (hinreichend) stl. vorbelasteten Erträgen (vgl. BTDrucks. 18/8045, 69).

Anteile an einer Kapitalgesellschaft: Siehe Anm. 14a.

Keine Immobilien-Gesellschaft: Siehe Anm. 20.

In einem Drittstaat ansässig: Gemeint ist uE die stl. Ansässigkeit in einem Staat, der nicht zur EU/zum EWR zählt, und die nach den dort geltenden Gesetzen zu einer Ertragsteuerpflicht führt.

Der Ertragsbesteuerung für Kapitalgesellschaften iHv. mindestens 15 % unterliegend/nicht von ihr befreit: Diese Begriffe sind uE weit zu verstehen. Entscheidend ist uE, dass die KapGes. einem nominellen Ertragsteuersatz von mindestens 15 % unterliegt und nicht von ihr befreit ist. Anders formuliert: Eine sachliche StBefreiung einzelner Einkünfte oder Einkunftsteile (und zwar uE selbst dann, wenn dies faktisch zu einer Ertragsteuerbelastung von unter 15 % führt) sollte einer Einstufung als Kapitalbeteiligung nicht entgegenstehen. Nach uE zu enger Auf-

fassung der FinVerw. ist zwar eine sachliche StBefreiung von einzelnen Einkunftsarten (zB von Beteiligungseinkünften) grds. unschädlich. Eine allgemeine Ertragsbesteuerung liege jedoch dann nicht vor, wenn alle oder fast alle Einkunftsarten der KapGes. sachlich stbefreit sind (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.30).

5. Alternative 4: Investmentanteile an Aktienfonds iHv. 51 % des Werts des Investmentanteils (Abs. 8 Satz 1 Nr. 3) 14d

Investmentanteile: Siehe Abs. 4 (Anm. 8).

Aktienfonds: Siehe Abs. 6 (Anm. 12). Es kommt nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht darauf an, ob der Ziel-Aktienfonds körperschaftlich strukturiert ist oder nicht. So (wohl) nunmehr auch die FinVerw. (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.32 f.).

In Höhe von 51 % des Werts des Investmentanteils: Ziel der Regelung ist, dass auch ein Dach-Investmentfonds (Abs. 5) die Voraussetzungen eines Aktienfonds erfüllen kann. Zu diesem Zweck sollen Anteile an Ziel-Aktienfonds als Kapitalbeteiligungen gelten, jedoch nicht vollumfänglich, sondern nur iHv. 51 % des Werts dieser Anteile. Dies führt bei dem Dachfonds, der ja selber die 51 % Quote erfüllen muss, bei wörtlicher Auslegung zu dem Dilemma, dass er ausschließlich Ziel-Aktienfonds halten dürfte (denn nur so kann er denklogisch die 51 % Grenze erreichen). Jeder in der Praxis übliche vom Dach-Investmentfonds gehaltene Kassenbestand würde damit seine Einstufung als Aktienfonds gefährden (so zutr. *Helios/Mann*, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 1 [16]). Diese Problematik – die die FinVerw. bislang im Erlasswege lösen wollte (vgl. BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 – 1/16/10010, BeckVerw. 342885, Abschn. 2; BMF v. 8.11.2017 – IV C 1 - S 1980 – 1/16/10010:010, DStR 2017, 2736, Abschn. 2; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 – 1/16/10010:001, Rz. 2.14) – hat der Gesetzgeber erkannt und durch eine Neufassung der Definition von Aktien- und Mischfonds in Dach-Zielfondskonstellationen (Abs. 6 Sätze 2 und 3, s. Anm. 12; Abs. 7 Sätze 2 und 3, s. Anm. 13) sowie eine Ergänzung des Abs. 8 um die Sätze 2 und 3 (s. weiter unten in diesem Abschnitt) durch das „JStG 2018“ v. 11.12.2018 (BGBl. I 2018, 2338; BStBl. I 2018, 1377) deutlich entschärft.

6. Alternative 5: Investmentanteile an Mischfonds iHv. 25 % des Werts des Investmentanteils (Abs. 8 Satz 1 Nr. 4) 14e

Investmentanteile: Siehe Abs. 4 (s. Anm. 8).

Mischfonds: Siehe Abs. 7 (s. Anm. 13). Es kommt nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht darauf an, ob der Ziel-Mischfonds körperschaftlich strukturiert ist oder nicht. So (wohl) nunmehr auch die FinVerw. (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.32 f.).

In Höhe von 25 % des Werts des Investmentanteils: Siehe zur problematischen Gesetzesformulierung, der bisherigen Herangehensweise der FinVerw. sowie den Änderungen durch das „JStG 2018“ die parallelen Ausführungen zur 51 %-Grenze bei Anlagen in Aktienfonds Anm. 14d.

15 **II. Besonderheiten bei Dach-Investmentfonds/Ziel-Investmentfonds (Abs. 8 Sätze 2 und 3)**

Durch das „JStG 2018“ v. 11.12.2018 (BGBl. I 2018, 2338; BStBl. I 2018, 1377) wurden die Sätze 2 und 3 eingefügt, die Folgendes besagen: (i) Sieht ein Aktienfonds in seinen Anlagebedingungen einen höheren Prozentsatz als 51 % seines Aktivvermögens für die fortlaufende Mindestanlage in Kapitalbeteiligungen vor, gilt abweichend von Satz 1 Nr. 3 der Investmentanteil im Umfang dieses höheren Prozentsatzes als Kapitalbeteiligung. (ii) Sieht ein Mischfonds in seinen Anlagebedingungen einen höheren Prozentsatz als 25 % seines Aktivvermögens für die fortlaufende Mindestanlage in Kapitalbeteiligungen vor, gilt abweichend von Satz 1 Nr. 4 der Investmentanteil im Umfang dieses höheren Prozentsatzes als Kapitalbeteiligung. Durch diese Ergänzung soll eine Unzulänglichkeit der bisherigen Regelung beseitigt und das Gesetz an die bisherige Verwaltungspraxis angepasst werden: Bei der Prüfung der Kapitalbeteiligungsquote eines Dach-Investmentfonds waren bislang die Investmentanteile zB an einem Ziel-Aktienfonds mit 51 % des Werts des Investmentanteils anzusetzen. Danach blieb es unberücksichtigt, wenn der Ziel-Aktienfonds in seinen Anlagebedingungen eine über die 51 %-Grenze hinausgehende Mindestanlage Kapitalbeteiligungen vorsah. Nunmehr hat der Dach-Investmentfonds auf solche höheren Mindestanlagequoten der Ziel-Investmentfonds abzustellen. Wenn bspw. der Ziel-Investmentfonds in seinen Anlagebedingungen vorsieht, dass iHv. mindestens 75 % in Kapitalbeteiligungen investiert wird, dann hat der Dach-Investmentfonds 75 % des Werts des Investmentanteils an dem Ziel-Investmentfonds als Kapitalbeteiligung anzusetzen (BTDrucks. 19/4455, 67). Siehe zum Verhältnis von Abs. 6 Satz 2 und Abs. 8 Satz 2 *Hartmann in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 2 Rz. 112.1 ff. (12/2020); *Jansen/Greger*, RdF 2019, 132 (134f.).

Aktienfonds/Mischfonds: Siehe Abs. 6 (Anm. 12) bzw. Abs. 7 (Anm. 12).

Vorsehen eines höheren Prozentsatzes als 51 %/25 % seines Aktivvermögens für die fortlaufende Mindestanlage in Kapitalbeteiligungen in seinen Anlagebedingungen: Gemeint ist die Angabe in den Anlagebedingungen des Ziel-Investmentfonds. Zum Begriff der Anlagebedingungen s. Abs. 12 (Anm. 23).

Rechtsfolge: Der Investmentanteil (am Ziel-Investmentfonds) gilt im Umfang dieses höheren Prozentsatzes beim Dach-Investmentfonds als Kapitalbeteiligung. Die Regelung ist (was uE nicht zwingend gewesen wäre) nicht als Wahlrecht des Dach-Investmentfonds ausgestaltet. Dies wird damit begründet, dass ggf. ansonsten nur bei positiven Investmenterträgen davon Gebrauch gemacht werden würde. Die Teilfreistellung solle jedoch einheitlich im Gewinn- oder Verlustfall angewendet werden (BTDrucks. 19/4455, 67).

16 **III. Abschließender Katalog (Abs. 8 Satz 4)**

Nach der durch das „JStG 2018“ v. 11.12.2018 (BGBl. I 2018, 2338; BStBl. I 2018, 1377) neugefassten Norm sollen Investmentanteile im Übrigen nicht als Kapitalbeteiligungen gelten. Eine inhaltlich identische Regelung war bereits in Abs. 8 Satz 2 aF enthalten.

IV. Ausnahmen von der Definition der Kapitalbeteiligungen (Abs. 8 Satz 5)

17

Diese Ausnahmen vom Begriff der Kapitalbeteiligungen wurden durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) eingefügt und durch das KöMoG v. 25.6.2021 (BGBl. I 2021, 2050) ergänzt. Sie gelten grds. ab dem 1.1.2020 (§ 57 Satz 1 Nr. 1). Sie regeln (uE über das Ziel hinaus), in welchen Fällen Anteile an KapGes. nicht als (gute) Kapitalbeteiligungen gelten, die ein Investmentfonds erwerben darf, um die Voraussetzungen eines Aktien- oder Mischfonds zu erfüllen. Dadurch sollen zum einen Gestaltungen verhindert werden, mit denen die Teilfreistellungen für Aktien- bzw. Mischfonds ausgenutzt werden könnten, ohne dass bei den von den Investmentfonds gehaltenen Kapitalbeteiligungen eine stl. Vorbelastung eingetreten ist. Zum anderen soll dadurch eine einfachere Überprüfbarkeit der Voraussetzungen für die jeweilige Teilfreistellung durch die FinVerw. erreicht werden (BTDrucks. 19/13436, 170). Im Einzelnen geht es um folgende Ausnahmetatbestände: (i) Anteile an PersGes., auch wenn die PersGes. Anteile an KapGes. Halten oder wenn die PersGes nach § 1a KStG zur Körperschaftbesteuerung optiert haben; (ii) Anteile an KapGes., die nach Abs. 9 Satz 6 als Immobilien gelten; (iii) Anteile an KapGes., die von der Ertragsbesteuerung befreit sind, soweit sie Ausschüttungen vornehmen, es sei denn, die Ausschüttungen unterliegen einer Besteuerung von mindestens 15 % und der Investmentfonds ist nicht davon befreit und (iv) Anteile an KapGes., (a) deren Einnahmen unmittelbar oder mittelbar zu mehr als 10 % aus Beteiligungen an KapGes. stammen, die nicht die Voraussetzungen des Satzes 1 Nr. 2 erfüllen oder (b) die unmittelbar oder mittelbar Beteiligungen an KapGes. halten, die nicht die Voraussetzungen des Satzes 1 Nr. 2 erfüllen, wenn der gemeine Wert derartiger Beteiligungen mehr als 10 % des gemeinen Werts der KapGes. beträgt.

1. Ausnahme 1: Anteile an Personengesellschaften, auch wenn diese Anteile an Kapitalgesellschaften halten oder nach § 1a KStG zur Körperschaftbesteuerung optiert haben (Abs. 8 Satz 5 Nr. 1)

17a

Anteile an Personengesellschaften: Zur Definition s. § 1 Anm. 10.

Auch wenn diese Anteile an Kapitalgesellschaften halten: Zur Definition der Anteile an einer KapGes. s. Anm. 14a. Durch diese durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) eingefügte Regelung findet die bereits bislang von der FinVerw. vertretene Auffassung (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.33) – uE erstmalig – ihre gesetzliche Grundlage (krit. *Hartmann in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 2 Rz. 170 [12/2020]). Sie wird mit dem Ziel der einfachen Überprüfbarkeit gerechtfertigt (BTDrucks. 19/13436, 170). Es soll sichergestellt werden, dass bloß mittelbar gehaltene KapGes. nicht als Kapitalbeteiligungen zählen.

Oder wenn die Personengesellschaften nach § 1a KStG zur Körperschaftbesteuerung optiert haben: Seit dem KöMoG v. 25.6.2021 (BGBl. I 2021, 2050) können PersGes unter bestimmten Voraussetzungen zur Körperschaftbesteuerung optieren (§ 1a KStG). Satz 5 Nr. 1 regelt nun, dass Anteile an einer PersGes auch dann nicht als Kapitalbeteiligungen gelten, wenn die PersGes zur Körperschaftbesteuerung optiert hat. Begründet wird dies mit der Verhinderung einer komplexen Überprüfung durch die zuständigen Finanzämter (BTDr. 19/28656, 29). UE ist

dieses Argument vorgeschoben und eine entsprechende Regelung weder zwingend noch systematisch konsequent: Wenn eine PersGes (zukünftig) steuerlich als Körperschaft gelten kann, müsste das uE einheitlich, dh auch für Zwecke des InvStG, gelten. Eine rein „klarstellende“ Regelung (so BT Drs. 19/28656, 29), ist Abs. 1 Satz 5 Nr. 1 daher sicherlich nicht (s. zu den Auswirkungen der Option auf das InvStG ausführlich *Haug*, FR 2021, 410 ff.).

17b **2. Ausnahme 2: Anteile an Kapitalgesellschaften, die nach Abs. 9 Satz 6 als Immobilien gelten (Abs. 8 Satz 5 Nr. 2)**

Hintergrund der Regelung ist die Auffassung der FinVerw., wonach Anteile an REIT-Aktiengesellschaften iSd. §§ 1 ff. REITG und Anteile an anderen REIT-Körperschaften, -Personenvereinigungen oder -Vermögensmassen iSd. § 19 Abs. 5 REITG nicht zu den Kapitalbeteiligungen iSd. § 2 Abs. 8 zählen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.28). Nach der Neufassung des Abs. 9 Satz 6 durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) können unter bestimmten Voraussetzungen diese REIT-Gesellschaften als Immobilien betrachtet werden (s. Anm. 20c). Durch die Ausnahme in Abs. 8 Satz 5 Nr. 2 soll sichergestellt werden, dass diese REIT-Gesellschaften nicht zugleich als Kapitalbeteiligungen angesetzt werden können (BTDrucks. 19/13436, 170).

Anteile an Kapitalgesellschaften: Zur Definition s. Anm. 14a.

Die nach Abs. 9 Satz 6 als Immobilien gelten: Siehe Anm. 20c. Dies betrifft KapGes., die nach gesetzlichen Bestimmungen oder nach ihren Anlagebedingungen mindestens 75 % ihres Vermögens in Immobilien anlegen. Durch die gesetzliche Regelung soll klargestellt werden, dass die Immobilienfiktion die Berücksichtigung als Kapitalbeteiligung ausschließt. Nach Auffassung der FinVerw. kann auch der verbleibende Anteilswert von 25 %, der nach Abs. 9 Satz 6 nicht unter die Immobilienfiktion fällt, nicht als Kapitalbeteiligung angesetzt werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.33a).

18 **3. Ausnahme 3: Anteile an steuerbefreiten Kapitalgesellschaften, soweit sie Ausschüttungen vornehmen (Abs. 8 Satz 5 Nr. 3) Anteile an Kapitalgesellschaften: Zur Definition s. Anm. 14a.**

Kapitalgesellschaften, die von der Ertragsbesteuerung befreit sind, soweit sie Ausschüttungen vornehmen, es sei denn, die Ausschüttungen unterliegen einer Besteuerung von mindestens 15 % und der Investmentfonds ist nicht davon befreit: Nach der Gesetzesbegründung sollen von dieser Regelung insbes. bestimmte ausländ. REIT-Gesellschaften betroffen sein (nämlich solche, deren Bruttovermögen zu weniger als 75 % aus unbeweglichem Vermögen besteht, so dass diese auch zukünftig nicht gem. Abs. 9 Satz 6 als Immobilien gelten). Diese Gesellschaften sollen zukünftig als Kapitalbeteiligungen angesetzt werden können, wenn entweder auf Ebene der REIT-Gesellschaft oder auf Ebene des Investmentfonds eine Mindeststeuerbelastung von 15 % eingetreten ist (BTDrucks. 19/13436, 171). Diese Begr. klingt zunächst plausibel, da in diesen Fällen eine stl. Vorbelastung gegeben ist. Allerdings ist der Wortlaut missverständlich, da er eine StBelastung auf Ebene des Investmentfonds voraussetzt, die bei Ausschüttungen von ausländ. Gesellschaften nur schwer vorstellbar ist (denn es unterliegen grds. nur Inlandsdividenden der beschränkten StPflicht nach § 6 Abs. 3, s. § 6 Anm. 20). Gemeint ist (wohl) eine (finale) Belastung der Ausschüttung mit ausländ. Quellensteuer iHv. mindes-

tens 15 % (vgl. BTDrucks. 19/13436, 172; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.33c konkret für US-REITs).

4. Ausnahme 4: Umgehungsgestaltungen durch Zwischenschaltung von Holdinggesellschaften (Abs. 8 Satz 5 Nr. 4)

19

Durch diese Ausnahme mit ihren beiden Alternativen sollen Umgehungsgestaltungen ausgeschlossen werden, bei denen ein Investmentfonds durch die Zwischenschaltung von Holdinggesellschaften (insbes. im EU-Ausland) Dividendenerträge generiert, die keine stl. Vorbelastung aufweisen – und ansonsten gleichwohl beim Anleger zu einer Teilfreistellung führen könnten (BTDrucks. 19/13436, 171; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.33d f. mit einem Fallbeispiel).

Anteile an Kapitalgesellschaften: Zur Definition s. Anm. 14a.

Einnahmen stammen unmittelbar oder mittelbar zu mehr als 10 % aus Beteiligungen an Kapitalgesellschaften, die nicht die Voraussetzungen des Satzes 1 Nr. 2 erfüllen (Alt. 1): Die Wertgrenze von 10 % ist uE willkürlich (auch die Gesetzesbegründung gibt dazu keine Hinweise). Zu den Voraussetzungen des Satzes 1 Nr. 2 s. Anm. 14b.

Unmittelbare oder mittelbare Beteiligungen an Kapitalgesellschaften, die nicht die Voraussetzungen des Satzes 1 Nr. 2 erfüllen, wenn der gemeine Wert derartiger Beteiligungen mehr als 10 % des gemeinen Werts der Kapitalgesellschaften beträgt (Alt. 2): Durch diese Alternative sollen mehrstufige Strukturen erfasst werden. Der Hintergrund der 10 %-Grenze (diesmal bezogen auf den gemeinen Wert) bleibt ebenfalls unklar.

Nachweispflicht: Nach der Gesetzesbegründung ist es Aufgabe des Investmentfonds; den Nachweis zu erbringen, dass kein Fall des Abs. 8 Satz 5 Nr. 4 vorliegt (BTDrucks. 19/12436, 171). Die FinVerw. will einen derartigen Nachweis aber nur in den Ausnahmefällen fordern, in denen ein Gestaltungsmodell naheliegt. Sie will insbes. generell keinen Nachweis fordern, wenn es sich um Aktien von international bekannten Aktiengesellschaften handelt, die unzweifelhaft unternehmerisch tätig seien (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.33g). Darüber hinaus könnten per Verwaltungsregelung weitere Aktien oder Aktiengruppen bestimmt werden, die ohne Einzelfallprüfung als Kapitalbeteiligung anzuerkennen sind (BTDrucks. 19/12436, 171). Dieser Ansatz ist uE zwar zu begrüßen, allerdings wäre eine generelle gesetzliche Ausnahme für börsennotierte Unternehmen vorzugswürdig gewesen.

J. Erläuterungen zu Abs. 9: Definition von Immobilienfonds

I. Immobilienfonds (Abs. 9 Satz 1)

20

Definition: Durch das „JStG 2018“ v. 11.12.2018 (BGBl. I 2018, 2338; BStBl. I 2018, 1377) wurde Abs. 9 an den Regelungsgehalt des Abs. 6 (zu Aktienfonds) angepasst: Immobilienfonds sind hiernach Investmentfonds, die gemäß den Anlagebedingungen fortlaufend „mehr als 50 Prozent ihres Aktivvermögens“ (Abs. 9a, bisher: „mindestens 51 Prozent ihres Wertes“) in Immobilien und Immobilien-Gesellschaften anlegen (sog. Immobilienfondsquote). Durch das Abstellen auf das Aktivvermögen sollen „sinnwidrige Ergebnisse“ vermeiden werden, die anderenfalls bei Investmentfonds mit hoher Fremdfinanzierung hätten entstehen könnten

(s. Anm. 12). Durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) wurde ein Redaktionsversehen beseitigt, da durch das „JStG 2018“ versehentlich Anteile an Immobilien-Gesellschaften aus der Definition herausgefallen waren (BTDrucks. 19/13436, 172). Nach uE zutreffender Auffassung der FinVerw. ergibt sich aber aus Sinn und Zweck der Norm, dass auch in der Zwischenzeit Immobilien-Gesellschaften weiterhin für Zwecke der Immobilienquote zu berücksichtigen waren (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.34a). Die Qualifikation als Immobilienfonds ist Voraussetzung für die 60 %ige Teilfreistellung auf Anlegerebene nach § 20 Abs. 3 (s. § 20 Anm. 15).

Investmentfonds: Siehe die Definition in § 1 (§ 1 Anm. 6).

Gemäß den Anlagebedingungen: Die Ausführungen in Anm. 12 gelten entsprechend.

Anlage: Die Ausführungen in Anm. 12 gelten entsprechend.

Fortlaufende Anlage: Die Ausführungen in Anm. 12 gelten entsprechend.

Folgen des Verstoßes gegen die fortlaufende Anlage: Die Ausführungen in Anm. 12 gelten entsprechend. Bei Neuauflage eines Immobilien-Investmentfonds ist es nach Auffassung der FinVerw. darüber hinaus idR ausreichend, wenn der Investmentfonds innerhalb der vierjährigen Frist nach § 244 KAGB die fortlaufende Anlage seines Vermögens in Immobilien und Immobilien-Gesellschaften erfülle. Er müsse jedoch bereits innerhalb von zwölf Monaten nach Auflage eine erste Immobilie oder eine erste Beteiligung an einer Immobilien-Gesellschaft sachenrechtl. erworben oder zumindest einen schuldrechtl. Vertrag zum Erwerb abgeschlossen haben. Wenn die Voraussetzungen dann nicht erfüllt werden, seien die für Immobilienfonds geltenden Teilfreistellungssätze von Anfang an nicht anwendbar und würden erst anwendbar, sobald die Immobilienfondsquote erreicht werde (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.40).

Mehr als 50 % ihres Aktivvermögens: Die Ausführungen zur 50 %-Grenze in Anm. 12 gelten entsprechend (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.41). Darüber hinaus gilt nach Auffassung der FinVerw. (uE ohne gesetzliche Grundlage) für die Bewertung von Beteiligungen an Immobilien-Gesellschaften Folgendes: Für die Ermittlung der Immobilienquote sind 100 %ige Beteiligungen an Immobilien-Gesellschaften in der Rechtsform einer PersGes. oder KapGes. mit dem Verkehrswert der Immobilien zzgl. des Werts der Bewirtschaftungsgegenstände iSd. § 231 Abs. 3 KAGB (zB Telefonanlage, Reinigungsgeräte, Schneepflug) anzusetzen, wenn sich diese Werte aus dauerhaft öffentlich zugänglichen Informationen des Investmentfonds (zB Jahresberichte) ergeben. Soweit es an einer derartigen Veröffentlichung fehle, sei nur der Beteiligungswert der Immobilien-Gesellschaft anzusetzen. Wenn der Investmentfonds weniger als 100 % der Anteile an einer Immobilien-Gesellschaft halte, sei nur der auf die Beteiligungsquote entfallende Wert anzusetzen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.37f., mit einem Rechenbeispiel). Im Übrigen sollen nach Auffassung der FinVerw. folgende Aktiva, soweit sie sich auf den Rücknahmepreis auswirken, für Zwecke der Ermittlung der Immobilienquote als Immobilien gelten: (i) aktivierte und noch nicht abgeschriebene ANK iSd. § 248 Abs. 3 KAGB; (ii) Forderungen aus schwebenden Grundstücksveräußerungsgeschäften; (iii) Forderungen aus der Grundstücksbewirtschaftung (zB Nebenkostenforderungen gegenüber Mietern und Pächtern der Immobilie); (iv) Steuererstattungsansprüche in Zusammenhang mit der Immobilie; und (v) sonstige immobilienbezogene Vermögensgegenstände (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.39).

Aktivvermögen: Die Ausführungen in Anm. 12 gelten entsprechend.

Immobilien: Es gilt (vgl. Abs. 1) die Definition aus § 1 Abs. 19 Nr. 21 KAGB: Danach sind „Immobilien“ Grundstücke, grundstücksgleiche Rechte und vergleichbare Rechte nach dem Recht anderer Staaten. Dies entspricht im Erg. dem tauglichen Anlagekatalog in § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 5 Buchst. e InvStG aF. Darüber hinaus enthält Abs. 9 Satz 6 eine Fiktion, nach der Anteile an bestimmten REIT-Gesellschaften zu 75 % des Werts dieser Anteile als Immobilien gelten (s. dazu weiter unten in diesem Abschnitt).

Immobilien-Gesellschaften: Es gilt (vgl. Abs. 1) die Definition aus § 1 Abs. 19 Nr. 22 KAGB: Danach sind „Immobilien-Gesellschaften“ Gesellschaften, die nach dem Gesellschaftsvertrag oder der Satzung nur Immobilien sowie die zur Bewirtschaftung der Immobilien erforderlichen Gegenstände erwerben dürfen (s. ausführlich zu den bereits im InvStG aF relevanten Begriff der Immobilien-Gesellschaft *Gottschling/Schatz in Moritz/Jesch/Mann*, 1. Aufl. 2015, § 1 Rz. 140f.). Nach uE zutreffender Auffassung der FinVerw. können Immobilien-Gesellschaften rechtsformunabhängig sowohl als KapGes. als auch als PersGes. ausgestaltet sein (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.35). Ferner dürfen nach Auffassung der FinVerw. Immobilien-Gesellschaften nach § 238 KAGB auch Beteiligungen an anderen Immobilien-Gesellschaften erwerben (mittelbare Immobilieninvestition) bzw. sowohl nebeneinander direkte und mittelbare Immobilieninvestitionen vornehmen als auch ausschließlich Beteiligungen an anderen Immobiliengesellschaften halten (Immobilien-Holdinggesellschaften), BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.35.

II. Auslands-Immobilienfonds (Abs. 9 Sätze 2 und 3)

20a

Definition: Durch das „JStG 2018“ v. 11.12.2018 (BGBl. I 2018, 2338; BStBl. I 2018, 1377) wurden die Definitionen von Auslands-Immobilienfonds und Auslands-Immobilien-Gesellschaften (die bislang indirekt in § 20 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 enthalten waren, s. § 20 Anm. 15), nach § 2 Abs. 9 (gleichsam vor die Klammer) gezogen und (uE ohne inhaltliche Änderungen) an die inländ. Definitionen des Immobilienfonds und der Immobiliengesellschaften angepasst (BTDrucks. 19/13436, 172). Auslands-Immobilienfonds sind hiernach Investmentfonds, die gemäß den Anlagebedingungen fortlaufend mehr als 50 % ihres Aktivvermögens in ausl. Immobilien und Auslands-Immobilien-Gesellschaften anlegen (Auslands-Immobilienfondsquote, Abs. 9 Satz 2). Auslands-Immobilien-Gesellschaften sind hiernach Immobilien-Gesellschaften, die ausschließlich in ausl. Immobilien investieren (Abs. 9 Satz 3). Die Qualifikation als Auslands-Immobilienfonds ist Voraussetzung für die 80 %ige Teilfreistellung auf Anlegerebene nach § 20 Abs. 3 (s. § 20 Anm. 15).

Investmentfonds: Siehe die Definition in § 1 Anm. 6.

Gemäß den Anlagebedingungen: Die Ausführungen in Anm. 12 gelten entsprechend.

Anlage: Die Ausführungen in Anm. 12 gelten entsprechend.

Fortlaufende Anlage: Die Ausführungen in Anm. 12 gelten entsprechend.

Folgen des Verstoßes gegen die fortlaufende Anlage: Die Ausführungen oben zu Immobilienfonds (Abs. 9 Satz 1; Anm. 20) gelten entsprechend.

Mehr als 50 % ihres Aktivvermögens: Die Ausführungen oben zu Immobilienfonds (Abs. 9 Satz 1; Anm. 20) gelten entsprechend.

Aktivvermögen: Die Ausführungen in Anm. 12 gelten entsprechend.

Ausländische Immobilien: In Bezug auf „Immobilien“ gelten die Ausführungen oben zu Immobilienfonds (Abs. 9 Satz 1; Anm. 20) entsprechend. Immobilien sind gem. § 1 Abs. 19 Nr. 21 KAGB vergleichbare Rechte nach dem Recht anderer Staaten, die nach inländ. Recht als Immobilien qualifizieren.

Auslands-Immobilien-Gesellschaften: Dies sind nach der Legaldefinition in Abs. 9 Satz 3 Immobilien-Gesellschaften, die ausschließlich in ausländ. Immobilien investieren. Zum Begriff der Immobilien-Gesellschaften s. die Ausführungen in Anm. 20. Unerheblich ist uE, ob es sich um eine im In- oder Ausland errichtete oder ansässige Gesellschaft handelt. Die FinVerw. verweist generell auf das inhaltliche Satzungserfordernis des § 1 Abs. 19 Nr. 22 KAGB, ohne eine Differenzierung zwischen Inlands- und Auslandsimmobilien-Gesellschaft vorzunehmen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.35 ff.). Dies erfordert in der Praxis, dass ausländ. Gesellschaften zukünftig ihre Satzungen entsprechend anpassen müssten, damit sie – auch wenn sie faktisch ausschließlich in ausländ. Immobilien investieren – von der FinVerw. als (gute) Auslands-Immobilien-Gesellschaften anerkannt werden. Darüber hinaus ist zu beachten, dass die FinVerw. bei Immobilien Holdinggesellschaften eine sehr enge Auffassung vertritt: Eine Immobilien-Holdinggesellschaft sei nur dann als Auslands-Immobilien-Gesellschaft anzuerkennen, wenn der Investmentfonds nachweist, dass es sich bei allen von der Holdinggesellschaft gehaltenen Beteiligungen um Immobilien-Gesellschaften handelt, die ausschließlich in ausländ. Immobilien investieren. Eine Immobilien-Holdinggesellschaft, die ihrerseits in Immobilien-Holdinggesellschaften investiert, sei demgegenüber nicht als Auslands-Immobilien-Gesellschaft anzuerkennen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.35b).

20b III. Besonderheiten bei Dach-Investmentfonds/Ziel-Investmentfonds (Abs. 9 Sätze 4 und 5)

Dach-Investmentfonds/Ziel-Investmentfonds: Nach der durch das „JStG 2018“ v. 11.12.2018 (BGBl. I 2018, 2338; BStBl. I 2018, 1377) sowie das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) neugefassten Regelung gelten Investmentanteile an Immobilienfonds oder an Auslands-Immobilienfonds iHv. 51 % des Werts des Investmentanteils als Immobilien (Abs. 9 Satz 4). Ziel der Regelung ist, dass auch ein Dach-Investmentfonds (Abs. 9 Abs. 5) die Voraussetzungen eines Immobilienfonds erfüllen kann. Zu diesem Zweck sollen Anteile an Ziel-Immobilienfonds als Immobilien gelten, jedoch nicht vollumfänglich, sondern nur iHv. 51 % des Werts dieser Anteile. Dies führt bei dem Dachfonds, der ja selber die 51 % Quote erfüllen muss, bei wörtlicher Auslegung zu dem Dilemma, dass er ausschließlich Ziel-Immobilienfonds halten dürfte (denn nur so kann er den 51 %-Grenze erreichen). Jeder in der Praxis übliche vom Dach-Investmentfonds gehaltene Kassenbestand würde damit seine Einstufung als Immobilienfonds gefährden (so zutr. *Helios/Mann*, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 1 [16]). Um diese Unzulänglichkeit zu beseitigen und das Gesetz an die bisherige Verwaltungspraxis anzupassen, wurde Satz 5 aufgenommen, der lautet: Sieht ein Immobilienfonds oder ein Auslands-Immobilienfonds in seinen Anlagebedingungen einen höheren Prozentsatz als 51 % seines Aktivvermögens für die fortlaufende Mindestanlage in Immobilien vor, gilt der Investmentanteil im Umfang dieses höheren Prozentsatzes als Immobilie. Diese zu begrüßende Rege-

lung hat uE zur Folge, dass wenn bspw. der Ziel-Investmentfonds in seinen Anlagebedingungen vorsieht, dass iHv. mindestens 75 % in Immobilien investiert wird, der Dach-Investmentfonds 75 % des Werts des Investmentanteils an dem Ziel-Investmentfonds als Immobilien anzusetzen hat.

Investmentanteile: Siehe die Definition in Abs. 4 (s. Anm. 8).

Immobilienfonds/Auslands-Immobilienfonds: Siehe Anm. 20 f.

Gelten iHv. 51 % des Werts des Investmentanteils als Immobilien: Siehe zu den Folgen dieser Fiktion oben in der Einleitung; vgl. auch die parallelen Ausführungen zur vergleichbaren Regelung bei Kapitalbeteiligungen in Abs. 8 Sätze 2 und 3 (s. Anm. 14).

Vorsehen eines höheren Prozentsatzes als 51 % seines Aktivvermögens für die fortlaufende Mindestanlage in Immobilien in seinen Anlagebedingungen: Gemeint ist die Angabe in den Anlagebedingungen des Ziel-Investmentfonds. Zum Begriff der Anlagebedingungen s. Abs. 12 (Anm. 23).

Rechtsfolge: Der Investmentanteil (am Ziel-Investmentfonds) gilt im Umfang dieses höheren Prozentsatzes (beim Dach-Investmentfonds) als Immobilie: Die Regelung ist (was uE nicht zwingend gewesen wäre) nicht als Wahlrecht des Dach-Investmentfonds ausgestaltet.

IV. Besonderheiten bei Anlagen in REIT-Gesellschaften (Abs. 9 Satz 6)

20c

Anlagen in REIT-Gesellschaften: Nach der durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) eingefügten Regelung gelten Anteile an Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen, bei denen nach gesetzlichen Bestimmungen oder nach deren Anlagebedingungen das Bruttovermögen zu mindestens 75 % aus unbeweglichem Vermögen besteht, iHv. 75 % des Werts der Anteile als Immobilien, wenn die Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen einer Ertragsbesteuerung iHv. mindestens 15 % unterliegen und nicht von ihr befreit sind oder wenn deren Ausschüttungen einer Besteuerung von mindestens 15 % unterliegen und der Investmentfonds nicht davon befreit ist. Im Erg. werden damit unter bestimmten Voraussetzungen Anteile an in- und ausländ. REIT mit 75 % des Anteilswerts als Immobilien berücksichtigt.

Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen: Siehe im Einzelnen § 1 KStG Anm. 19. Es kann sich dabei um eine in- oder ausländ. Rechtsform handeln.

Bei denen nach gesetzlichen Bestimmungen oder nach deren Anlagebedingungen das Bruttovermögen zu mindestens 75 % aus unbeweglichem Vermögen besteht: Diese Mindestanforderung entspricht den Vorgaben an eine inländ. REIT-AG nach § 12 Abs. 2 Buchst. a REITG.

Anteile gelten iHv. 75 % ihres Werts als Immobilien: Ziel dieser Fiktion ist, dass ein Investmentfonds (auch) in die betreffenden REIT-Gesellschaften investieren kann, ohne seinen Status als Immobilienfonds zu verlieren. Da das Gesetz nur von „Immobilien“, nicht aber von „ausländischen Immobilien“ spricht, führt diese Fiktion – auch bei ausländ. REIT (!) – allenfalls dazu, dass ein (inländ.) Immobilienfonds, nicht aber ein Auslands-Immobilienfonds iSv. § 20 Abs. 3 vorliegt. Dies ist

laut Gesetzesbegründung beabsichtigt: Die Regelung soll beim Anleger allenfalls zu einer Teilfreistellung von 60 %, nicht aber von 80 % führen (BTDrucks. 19/13436, 172).

Voraussetzung: Die Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen unterliegen einer Ertragsbesteuerung iHv. mindestens 15 % und sind nicht von ihr befreit oder deren Ausschüttungen unterliegen einer Besteuerung von mindestens 15 % und der Investmentfonds ist nicht davon befreit: Mit dieser Voraussetzung soll sichergestellt werden, dass die Immobilienteilfreistellung nur gewährt wird, wenn die Immobilienverträge einer Mindeststeuerbelastung auf Ebene des Immobilienfonds oder auf einer vorgelagerten Ebene unterliegen. Erforderlich ist auf Ebene des in- oder ausländ. REIT eine Ertragsteuerbelastung von nominell 15 %, ohne dass der REIT persönlich stbefreit ist oder dass dem REIT eine nahezu vollumfängliche sachliche StBefreiung gewährt wird. Alternativ genügt eine tatsächliche Quellen- oder sonstige StBelastung der Ausschüttungen an den Investmentfonds iHv. mindestens 15 %, wenn diese StBelastung definitiv ist, dh. keine Erstattung dieser Steuer möglich ist (BTDrucks. 19/13436, 172).

20d V. Verstoß gegen die Anlagebedingungen (Abs. 9 Satz 7)

Verlust der Eigenschaft als Immobilienfonds: Nach der durch das „JStG 2018“ v. 11.12.2018 (BGBl. I 2018, 2338; BStBl. I 2018, 1377) eingefügten Regelung ist Abs. 6 Satz 4 entsprechend anzuwenden, dh., seine Eigenschaft als Immobilienfonds bzw. Auslands-Immobilienfonds endet in dem Zeitpunkt, in dem der Investmentfonds wesentlich gegen die Anlagebedingungen verstößt und dabei die Immobilienfondsquote unterschreitet. Die Ausführungen in Anm. 12 gelten entsprechend.

K. Erläuterungen zu Abs. 9a: Definition des Aktivvermögens

20e I. Aktivvermögen (Abs. 9a Satz 1)

Die durch das „JStG 2018“ v. 11.12.2018 (BGBl. I 2018, 2338; BStBl. I 2018, 1377) eingefügte Norm definiert für Zwecke der Ermittlung der in Abs. 6 (s. Anm. 12) und 7 (s. Anm. 13) geregelten Kapitalbeteiligungsquote und der Immobilienquote nach Abs. 9 (s. Anm. 20) den Begriff des Aktivvermögens. Danach bestimmt sich die Höhe des Aktivvermögens nach dem Wert der Vermögensgegenstände des Investmentfonds ohne Berücksichtigung von Verbindlichkeiten des Investmentfonds (= Bruttowert). Zuvor hatten die betreffenden Normen jeweils auf den „Wert“ der Kapitalbeteiligungen bzw. Immobilien abgestellt (s. hierzu und zur Übergangsregelung in § 56 Abs. 1a *Hartmann in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 2 Rz. 239 [12/2020]).

Wert der Vermögensgegenstände des Investmentfonds: Nach Auffassung der FinVerw. sind dies insbes. der Wert von Aktien, sonstigen Kapitalbeteiligungen, verzinslichen Wertpapieren, derivativen Finanzprodukten, Beteiligungsgesellschaften und Immobilien (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.41). Dies würde bei einer Bilanzierung der Aktivseite der Bilanz entsprechen (BTDrucks. 19/4455, 67). Die Gesetzesbegründung weist uE zutr. darauf hin, dass Investmentfonds idR keine Bilanz erstellen, sondern eigenständigen Rechnungslegungsvorschriften unterliegen. An-

ders als in einer Bilanz sei daher für die Ermittlung der Höhe des Aktivvermögens auch nicht auf die (fortgeführten) AK, sondern auf die jeweiligen tagesaktuellen Verkehrswerte der vom Investmentfonds gehaltenen Vermögensgegenstände abzustellen (BTDrucks. 19/4455, 67).

Ohne Berücksichtigung von Verbindlichkeiten des Investmentfonds: Demgegenüber bleiben Verbindlichkeiten, die bei einer Bilanzierung auf der Passivseite zu erfassen wären, bei der Ermittlung des Aktivvermögens unberücksichtigt (vgl. BTDrucks. 19/4455, 67).

II. Abstellen auf Wert möglich (Abs. 9a Satz 2)

20f

Nach der ebenfalls durch das „JStG 2018“ v. 11.12.2018 (BGBl. I 2018, 2338; BStBl. I 2018, 1377) eingefügten Neuregelung darf – anstelle des Aktivvermögens – in den Anlagebedingungen auf den Wert des Investmentfonds abgestellt werden. Der Gesetzeswortlaut ist nach den Diskussionen im Finanzausschuss (BTDrucks. 19/5594, 46) nunmehr so allg. gehalten ist, dass diese Alternative stets (dh. für sämtliche Investmentfonds) möglich ist. Der Regierungsentwurf hatte demgegenüber einen engen Anwendungsbereich vor Augen: Danach sollte Satz 2 (nur) anwendbar sein, wenn der Investmentfonds nur kurzfristige Kredite aufnehmen darf und die Kreditaufnahme auf maximal 30 % des Werts des Investmentfonds begrenzt gewesen sei (BTDrucks. 19/4455, 68). Dieses Kriterium hätten uE ausschließlich OGAW erfüllen können. Durch den geänderten Gesetzeswortlaut ist diese Beschränkung nicht mehr relevant (s. auch *Hartmann* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 2 Rz. 241 [12/2020]).

In den Anlagebedingungen: Siehe zum Begriff Abs. 12 (Anm. 23).

Abstellen auf den Wert des Investmentfonds: Nach Auffassung der FinVerw. bestimmt sich dieser Wert nach dem Wert der Vermögensgegenstände des Investmentfonds (auf der Aktivseite) abzgl. der Verbindlichkeiten des Investmentfonds und entspricht daher dem Nettoinventarwert (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.42).

III. Ermittlung des Werts von Kapitalbeteiligungen/Immobilien (Abs. 9a Sätze 3 und 4)

20g

Nach der ebenfalls durch das „JStG 2018“ v. 11.12.2018 (BGBl. I 2018, 2338; BStBl. I 2018, 1377) eingefügten Neuregelung sind bei der Ermittlung des Umfangs des in Kapitalbeteiligungen angelegten Vermögens in den Fällen des Satzes 2 die Kredite entsprechend dem Anteil der Kapitalbeteiligungen am Wert aller Vermögensgegenstände abzuziehen (Abs. 9 Satz 3). Dies gelte entsprechend für die Ermittlung des Umfangs des in Immobilien angelegten Vermögens (Abs. 9 Satz 4). Diese Neuregelungen sind im Zusammenhang mit Satz 2 zu sehen, der unter bestimmten Voraussetzungen das Abstellen auf den Wert des Investmentfonds erlaubt. Für diesen Fall regelt Abs. 9a Satz 3 die Berechnung der Kapitalbeteiligungsquote. Es sind dann nicht nur bei der Wertermittlung des Gesamtvermögens des Investmentfonds die Verbindlichkeiten abzuziehen, sondern es sind auch bei der Wertermittlung der einzelnen Kapitalbeteiligungen die anteilig auf die Kapitalbeteiligungen entfallenden Kredite, dh., es ist für beide Größen eine Nettomethode anzuwenden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.42). Dies gilt gem. Abs. 9a Satz 4

entsprechend für die Berechnung der Immobilienquote und der Auslands-Immobilienquote (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.42). Im Erg. sollen das Abstellen auf das Aktivvermögen nach Satz 1 und das modifizierte Abstellen auf den Nettoinventarwert nach den Sätzen 2 bis 4 zum gleichen Erg. führen (BTDrucks. 19/4455, 68).

In den Fällen des Satzes 2: Diese Regelung ist nunmehr für alle Investmentfonds anwendbar (s. oben).

Bei der Ermittlung des Umfangs des in Kapitalbeteiligungen angelegten Vermögens: Die Regelung betrifft ausschließlich Fälle, in denen der Investmentfonds in Kapitalbeteiligungen anlegt (deren Wert nun zu ermitteln ist).

Die Kredite sind entsprechend dem Anteil der Kapitalbeteiligungen am Wert aller Vermögensgegenstände abzuziehen: Der Inhalt dieser Regelung erschließt sich nicht ohne Weiteres. Gemeint ist, dass bei der Berechnung davon auszugehen sei, dass alle Vermögensgegenstände des Investmentfonds in gleichem Verhältnis durch Kredite finanziert werden. Daher sei bei der Ermittlung der Quoten der Wert der Kapitalbeteiligungen entsprechend zu kürzen, dh., bei der Wertermittlung der Kapitalbeteiligungen sind die anteilig auf die Kapitalbeteiligungen entfallenden Kredite abzuziehen. Im Erg. ist für beide Größen eine Nettomethode anzuwenden. Die Regelung soll sicherstellen, dass auch beim Ansatz des Nettoinventarwerts ein Aktienfonds nur dann vorliegt, wenn überwiegend in Aktien investiert wird (vgl. BTDrucks. 19/4455, 68, mit Rechenbeispiel). Unklar ist, was genau unter dem Begriff „Kredit“ zu verstehen ist, ob er insbes. enger ist als der Begriff der Verbindlichkeit (ausführl. *Hartmann in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 2 Rz. 242 [12/2020]; *Herr/Stiefel*, DStR 2019, 908 [910]). Hier wäre eine Positionierung der FinVerw. wünschenswert.

Entsprechende Geltung für die Ermittlung des Umfangs des in Immobilien angelegten Vermögens (Abs. 9a Satz 4): Gemeint ist, dass die Regeln zur Wertermittlung von Kapitalbeteiligungen mutatis mutandis für die Wertermittlung von Immobilien (relevant für die Berechnung der Immobilienquote bzw. der Auslands-Immobilienquote) gelten.

21 L. Erläuterungen zu Abs. 10: Definition des Anlegers

Anleger ist derjenige, dem der Investmentanteil oder Spezial-Investmentanteil nach § 39 AO zuzurechnen ist. Damit führt das Gesetz einen stl. Anlegerbegriff ein, der uU vom zivilrechtl. Anleger abweichen kann. Die Regelung ist uE rein deklaratorisch, da § 39 AO auch ohne gesetzliche Anordnung im InvStG Anwendung gefunden hätte. Wenn § 8 Abs. 4 Nr. 1 demgegenüber vom „zivilrechtlichen und wirtschaftlichen“ Eigentum an Investmentanteilen spricht, handelt es sich uE um ein Redaktionsversehen, dh., auch dort sollte es ausschließlich auf das wirtschaftliche Eigentum ankommen (s. ausführl. § 8 Anm. 25).

Investmentanteil/Spezial-Investmentanteil: Siehe die Definition in Abs. 4 (Anm. 8).

Zurechnung nach § 39 AO: Grundsätzlich sind WG, zu denen auch Investmentanteile zählen, nicht nur zivilrechtl., sondern auch stl. dem Eigentümer zuzuordnen (§ 39 Abs. 1 AO). Etwas anderes gilt nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO, wenn ein anderer als der Eigentümer die tatsächliche Herrschaft über ein WG in der Weise ausübt, dass er den Eigentümer im Regelfall für die gewöhnliche ND von der Einwirkung auf das WG wirtschaftlich ausschließen kann. In diesem Fall ist dem an-

deren das WG stl. zuzurechnen (sog. wirtschaftliches Eigentum). Dies ist insbes. der Fall bei Treuehandverhältnissen, bei denen nicht der Treuhänder, sondern der Treugeber als stl. relevanter wirtschaftlicher Eigentümer (und damit als Anleger) gilt (s. ausführl. zu § 39 AO *Drüen* in *Tipke/Kruse*, § 39 AO Rz. 1 ff. [6/2012]). Siehe ausführl. zur Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums an Investmentanteilen *Patzner* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 2 Rz. 37 ff. (12/2020).

M. Erläuterungen zu Abs. 11: Definition von Ausschüttungen

22

Ausschüttungen sind die dem Anleger gezahlten oder gutgeschriebenen Beträge einschließlich des StAbzugs auf den Kapitalertrag. Diese Definition ist relevant für die Höhe der stpfl. Erträge des Anlegers (§ 16 bei regulären Investmentfonds, s. § 16 Anm. 5; § 34 bei Spezial-Investmentfonds). Zwar existierte der Begriff „Ausschüttungen“ beinahe deckungsgleich bereits in § 1 Abs. 3 InvStG aF (vgl. ausführl. *Bödecker* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, § 1 Rz. 223 ff.). Der wesentliche Unterschied zum alten Recht besteht jedoch darin, dass die Ausschüttungen nunmehr bei den Anlegern regulärer Investmentfonds im Rahmen des § 16 Abs. 1 Nr. 1 in vollem Umfang stpfl. werden und dort kein Korrektiv mehr durch die darin enthaltenen „ausgeschütteten Erträge“ besteht.

Anleger: Siehe die Definition in Abs. 10 (Anm. 21).

Gezahlte oder gutgeschriebene Beträge: Durch die Verwendung des Begriffs „Beträge“ (im Gegensatz zu „Erträge“) soll uE erreicht werden, dass der volle Betrag der Ausschüttung der Besteuerung unterliegt (vgl. *Helios/Mann*, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 1 [13]). Gemeint ist uE damit eine *Cash-Flow*-Betrachtung dergestalt, dass sämtliche Beträge (in Geld oder Geldeswert), die dem Anleger tatsächlich aus dem Investmentfonds zufließen, unter den Begriff der Ausschüttung fallen. So auch die FinVerw., nach der unter den Begriff der Ausschüttungen sowohl Barausschüttungen, die Wiederanlage der Erträge unter Ausgabe neuer Anteile sowie ggf. Sachausschüttungen fallen können (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.44). Die noch im InvStG aF enthaltene Differenzierung zwischen stbaren und nicht-stbaren Komponenten entfällt. Damit fallen zukünftig auch Substanzausschüttungen/Kapitalrückzahlungen einschließlich sog. negativer Thesaurierungen bei Immobilienfonds (vgl. dazu § 16 Anm. 5 und *Bödecker* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, § 1 Rz. 227 f.) unter den Begriff der Ausschüttungen (zu einer Ausnahme während der Abwicklung eines Investmentfonds § 17; s. § 17 Anm. 5 und § 16 Anm. 5). Geht man von diesem Verständnis aus, wird die FinVerw. die Begriffe „gezahlt oder gutgeschrieben“ voraussichtlich weit und beispielhaft im Sinne von „in den Verfügungsbereich des Anlegers gelangt“ verstehen wollen. Nicht vom Begriff der Ausschüttung erfasst werden sollen nach Auffassung der FinVerw. Zahlungen eines Spezial-Investmentfonds an dessen Anleger (so auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.44).

Einschließlich des Steuerabzugs auf den Kapitalertrag: Ziel der Regelung ist, dass Steuern, die auf dem Weg vom Investmentfonds zum Anleger (Fondsausgangseite) für dessen Rechnung einbehalten worden sind, den Betrag der Ausschüttung nicht schmälern sollen (denn sie sind ihm ja gedanklich zunächst zugeflossen und dann an das FA abgeführt worden). Darunter fallen nach uE zutreffender Auffassung der FinVerw. nicht nur die inländ. KapErtrSt (zzgl. SolZ und ggf. KiSt), sondern auch eine etwaige ausländ. Abzugssteuer, die auf die Ausschüttung

erhoben wird (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.45). Durch die leicht geänderte Formulierung („Steuerabzug auf Kapitalertrag“ vs. „Kapitalertragsteuer“) sollte sich der zum InvStG aF ausgelegene Streit, ob auch ausländ. Abzugsteuern erfasst sind (vgl. Bödecker in Bödecker/Ernst/Hartmann, 2016, § 1 Rz. 239), erledigt haben. Demgegenüber sind Abzugssteuern, die gegenüber dem Investmentfonds erhoben worden sind (Fondseingangsseite, zB inländ. KapErtrSt nach § 7 Abs. 1) nicht Teil der (fiktiven) Ausschüttung an den Anleger (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.45).

Zuflusszeitpunkt: Nach Auffassung der FinVerw. sollen bei bilanzierenden Anlegern die allgemeinen steuerbilanziellen Grundsätze gelten, dh., die Ausschüttungen sind mit Anspruchsentstehung zu bilanzieren. Sofern in den Vertragsbedingungen lediglich angeführt wird, dass bestimmte Ertragsarten grds. ausgeschüttet werden, führt dies allein noch nicht zur Entstehung eines Ausschüttungsanspruchs; dieser muss vielmehr erst durch den Ausschüttungsbeschluss konkretisiert werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.46). Bei anderen betrieblichen sowie privaten Anlegern gilt § 11 EStG, dh., es ist auf den Zeitpunkt des tatsächlichen Zuflusses abzustellen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.47).

23 N. Erläuterungen zu Abs. 12: Definition von Anlagebedingungen

Anlagebedingungen: Als Anlagebedingungen gelten auch die Satzung, der Gesellschaftsvertrag oder vergleichbare konstituierende Rechtsakte eines Investmentfonds. Der Begriff „Anlagebedingungen“ ist relevant für die Qualifikation eines Investmentfonds als Aktienfonds (Abs. 6; s. Anm. 12), Mischfonds (Abs. 7; s. Anm. 13) oder Immobilienfonds (Abs. 9; s. Anm. 20).

Investmentfonds: Siehe die Definition in § 1 (§ 1 Anm. 6).

Auch Satzung, Gesellschaftsvertrag oder vergleichbare konstituierende Rechtsakte: Der Begriff der Anlagebedingungen ist uE weit zu verstehen und umfasst alle Vorschriften, die die Mittelverwendung und Anlagetätigkeit des Investmentfonds verbindlich festlegen (vgl. bereits zum alten Recht *Gottschling/Schatz* in *Moritz/Jesch/Mann*, 1. Aufl. 2015, § 1 Rz. 189). Neben den Allgemeinen und Besonderen Anlagebedingungen (AAB und BAB) sind dies aufgrund der gesetzlichen Fiktion „auch“ die Satzung, der Gesellschaftsvertrag oder vergleichbare konstituierende Rechtsakte. Die FinVerw. will den letzten Begriff uE zutr. weit verstehen und darunter sämtliche schriftliche Vereinbarungen zur Regelung der Rechtsverhältnisse in Bezug auf den Investmentfonds und damit insbes. Nebenabreden zB in Form eines *Side Letter* fassen, Letztere allerdings zunächst nur – uE zu restriktiv –, wenn diese verbindlich für alle Anleger gelten (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 – 1/16/10010:001, BStBl. I 2019, 527, Rz. 2.32). In der finalen Verlautbarung heißt es demgegenüber (nur), dass diese verbindlich „für den Investmentfonds“ gelten (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.48). Damit sollten uE auch mit einem einzelnen Anleger geschlossene *Side Letter* ausreichen. Ferner sollen nach Auffassung der FinVerw. Angaben in den Verkaufsprospekten, Jahresberichten oder ähnlichen Dokumenten mangels Regelung eines Rechtsverhältnisses grds. keine Anlagebedingungen darstellen. Etwas anderes gelte jedoch, wenn die Anlagebedingungen oder das ausländ. Aufsichtsrecht für Investmentfonds die Festlegung der Anlagepolitik eines Investmentfonds im Verkaufsprospekt erlauben; denn dann sei der Verkaufsprospekt insoweit ebenfalls Bestandteil der Anlagebedingungen. Darüber

hinaus seien Angaben in einem Verkaufsprospekt als Bestandteil der Anlagebedingungen zu betrachten, soweit sich aus Abweichungen vom Verkaufsprospekt Ansprüche der Anleger aus Prospekthaftung ergeben können oder soweit die Änderung des Verkaufsprospekts einer Genehmigung durch eine Aufsichtsbehörde bedarf (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.49). Siehe dazu ausführl. *Hartmann in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 2 Rz. 267 f. (12/2020).

O. Erläuterungen zu Abs. 13: Definition von Veräußerung

24

Veräußerung: Nach der durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) ergänzten Definition gelten als Veräußerung von Investmentanteilen und Spezial-Investmentanteilen auch deren Rückgabe, Abtretung, Entnahme oder verdeckte Einlage in eine KapGes. sowie (seit dem WElektroMobFördG/„JStG 2019“) auch eine beendete Abwicklung oder Liquidation des Investmentfonds oder Spezial-Investmentfonds. Diese Definition ist relevant für die Höhe der stpfl. Erträge des Anlegers (§ 16 bei regulären Investmentfonds, s. § 16 Anm. 5; § 34 bei Spezial-Investmentfonds). Ziel der Definition ist es, ein einheitliches Regelungskonzept für den Begriff der Veräußerung zu entwickeln und damit alle Realisationstatbestände auf Anlegerebene zu erfassen und einheitlich zu behandeln (BTDrucks. 18/8045, 70).

Investmentanteil/Spezial-Investmentanteil: Siehe die Definition in Abs. 4 (Anm. 8).

„**Auch**“: Problematisch an der Formulierung ist, dass der Begriff der Veräußerung nicht wirklich definiert, sondern lediglich („auch“) um bestimmte Fallgruppen ergänzt bzw. durch diese konkretisiert wird. Wie bei § 20 Abs. 2 EStG ist uE entscheidend, ob und wann das wirtschaftliche Eigentum an den Anteilen von einer Person auf eine andere Person übergeht. Dies kann zum einen durch Verkauf gefolgt von Übertragung des rechtl./wirtschaftlichen Eigentums (typischer Fall einer Veräußerung) erfolgen oder durch vergleichbare, durch Abs. 13 der Veräußerung gleichgestellte Sachverhalte (Rückgabe, Abtretung, Entnahme oder verdeckte Einlage in eine KapGes.) erreicht werden (zu den entsprechenden Konstellationen bei § 20 EStG s. ausführl. § 20 EStG Anm. 530 f.).

Rückgabe: Wie in § 8 Abs. 5 Satz 1 InvStG aF wird die freiwillige oder aufgrund von Kündigung (zB durch die KVG) erfolgte Rückgabe der Anteile an den Investmentfonds einer Veräußerung gleichgestellt.

Abtretung: Gemeint ist die (ggf. unentgeltliche) Übertragung der Forderung aus dem Investmentanteil von einem Alt-Gläubiger auf einen Neu-Gläubiger (§ 398 BGB).

Entnahme: Gemeint ist die Überführung eines Investmentanteils aus dem BV in das PV (vgl. § 4 Abs. 1 Satz 3 EStG).

Verdeckte Einlage in eine Kapitalgesellschaft: Gemeint ist, dass der Gesellschafter einer KapGes. einen Investmentanteil außerhalb der gesellschaftsrechtl. Einlagen in das Vermögen der KapGes. überführt und diese Übertragung ihre Ursache im Gesellschaftsverhältnis hat (vgl. § 20 EStG Anm. 531). Durch die ausdrückliche Aufnahme in den Veräußerungsbegriff ist der zu § 8 Abs. 5 InvStG aF bestehende Streit (vgl. insoweit zum alten Recht *Neumann in Moritz/Jesch/Mann*, 1. Aufl. 2015, § 8 Rz. 167) zu Lasten des Stpfl. entschieden worden.

Beendete Abwicklung oder Liquidation des Investmentfonds oder Spezial-Investmentfonds: Diese Tatbestände wurden durch das WElektroMobFördG („JStG

2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) ins Gesetz aufgenommen. Damit findet die bereits bislang bestehende Auffassung der FinVerw. – uE erstmalig – eine gesetzliche Grundlage (und gilt daher uE gem. § 57 Satz 1 Nr. 1 erst ab dem 1.1.2020). Siehe ausführl. zur Abwicklung/Liquidation eines Sondervermögens *Zetzsche/Nast* in *Assmann/Wallach/Zetzsche*, Kapitalanlagegesetzbuch, 2019, § 100 KAGB Rz. 1 ff. sowie § 3 Anm. 7. Nach Auffassung der FinVerw. sei als Ende der Abwicklung aus Vereinfachungsgründen dabei der Zeitpunkt der Auszahlung der letzten Rate zu betrachten (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.50).

Erweiterung durch die FinVerw.: Da nach Auffassung der FinVerw. die Regelung darauf abzielt, alle Arten von Realisationstatbeständen zu erfassen und einheitlich zu behandeln, sei von einer Veräußerung auch auszugehen bei einer einseitig von Investmentfonds herbeigeführten Rücknahme der Investmentanteile ohne vorheriges Rückgabeverlangen der Anleger (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.50). Es bedarf uE auch für diesen Punkt einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung.

25 P. Erläuterungen zu Abs. 14: Definition von Gewinn

Gewinnbegriff: Der Gewinnbegriff umfasst auch Verluste aus einem Rechtsgeschäft. Der Begriff „Gewinn“ wird an verschiedenen Stellen im Gesetz verwendet und betrifft zum einen die Erträge auf Ebene des Investmentfonds (Gewinne aus der Veräußerung von inländ. Grundstücken, § 6 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2; s. § 6 Anm. 25), zum anderen und insbes. Erträge der Anleger aus der Veräußerung von (Spezial-)Investmentanteilen (§ 16 Abs. 1 Nr. 3 bei regulären Investmentfonds, s. § 16 Anm. 5; § 34 Abs. 1 Nr. 3 bei Spezial-Investmentfonds). Insbesondere bei den letztgenannten Konstellationen war im Rahmen von § 8 InvStG aF unklar, ob der Begriff des Gewinns auch einen Verlust erfasst (vgl. *Hartmann in Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, § 8 Rz. 63). Dies ist jetzt gesetzlich zugunsten der Anleger geregelt worden.

26 Q. Erläuterungen zu Abs. 15: Definition des Amts- und Beitreibungshilfe leistenden ausländischen Staats

Amts- und Beitreibungshilfe leistender ausländischer Staat ist ein Mitgliedstaat der Europäischen Union oder ein Drittstaat, der (i) der Bundesrepublik Deutschland Amtshilfe gemäß der Amtshilferichtlinie iSd. § 2 Abs. 2 EU-Amtshilfegesetz oder gemäß vergleichbarer völkerrechtl. Vereinbarungen leistet und (ii) die Bundesrepublik Deutschland bei der Beitreibung von Forderungen gemäß der Beitreibungsrichtlinie iSd. § 2 Abs. 2 EU-Beitreibungsgesetz oder gemäß vergleichbarer völkerrechtl. Vereinbarungen unterstützt. Nach der Gesetzesbegründung (BTDrucks. 18/8045, 70) ist Hintergrund dieser Definition, dass nach dem InvStG bestimmte StVergünstigungen nur gewährt werden sollen, wenn ein Investmentfonds, ein Spezial-Investmentfonds, ein Altersvorsorgevermögenfonds oder ein Anleger dem Recht eines Amts- und Beitreibungshilfe leistenden ausländ. Staats unterliegt oder dort ansässig ist. Dies betrifft zum einen die Verschmelzung von ausländ. Investmentfonds nach § 23 Abs. 4 (s. § 23 Anm. 20) sowie von ausländ. Spezial-Investmentfonds oder Altersvorsorgevermögenfonds nach § 54 iVm. § 23 Abs. 4, zum anderen die Möglichkeit eines Investmentfonds, bei Beteiligung bestimmter ausländ. Anleger eine StBefreiung auf bestimmte Einkünfte nach § 8 Abs. 1 Nr. 1

(s. § 8 Anm. 5) oder § 8 Abs. 2 Nr. 2 (s. § 8 Anm. 5) zu erreichen. Der Gesetzgeber hält es für erforderlich, dass der jeweilige ausländ. Staat zum einen Amtshilfe im Besteuerungsverfahren leistet, damit die rechtmäßige Inanspruchnahme der StVergünstigungen überwacht werden könne, zum anderen Unterstützung bei der Beitreibung von StForderungen leistet (insbes. für den Fall, dass StVergünstigungen zu Unrecht gewährt wurden).

Amtshilfe leistender ausländischer Staat (Abs. 15 Nr. 1): Der ausländ. Staat muss der Bundesrepublik Deutschland Amtshilfe gemäß der EU-Amtshilferichtlinie iSv. § 2 Abs. 2 EU-Amtshilfegesetz oder gemäß vergleichbarer völkerrechtl. Vereinbarungen leisten. Dies sind zunächst alle Mitgliedstaaten der EU. Leider äußert sich die FinVerw. bislang nicht zu der Frage, welche Drittstaaten eine vergleichbare Amtshilfe leisten. Dies sind uE Drittstaaten, die mit der Bundesrepublik Auskunftsverkehr auf der Basis von DBA über den stl. Informationsaustausch (TIEA) oder anderer multinationaler Abkommen ausüben (s. ausführl. *Seer in Tipke/Kruse*, § 117 AO Rz. 90, 69 ff. [10/2017]).

Beitreibungshilfe leistender ausländischer Staat (Abs. 15 Nr. 2): Der ausländ. Staat muss der Bundesrepublik Deutschland Beitreibungshilfe gemäß der EU-Beitreibungsrichtlinie iSv. § 2 Abs. 2 EU-Beitreibungsgesetz oder gemäß vergleichbarer völkerrechtl. Vereinbarungen leisten. Dies sind zunächst alle Mitgliedstaaten der EU. Leider äußert sich die FinVerw. bislang nicht zu der Frage, welche Drittstaaten eine vergleichbare Beitreibungshilfe leisten. Dies sind uE Drittstaaten, die mit der Bundesrepublik entsprechende (Vollstreckungs-)Amtshilfeabkommen abgeschlossen haben oder deren DBA entsprechende Vollstreckungsklauseln beinhalten (s. dazu ausführl. *Seer in Tipke/Kruse*, § 250 AO Rz. 27 ff. [4/2019]).

Beide Voraussetzungen müssen vorliegen („und“): Das Erfordernis der Amts- und Beitreibungshilfe ist für EU-Mitgliedstaaten unproblematisch zu erfüllen. Bei Drittstaaten ist es durchaus möglich, dass nur eine Amts-, nicht aber auch eine Beitreibungshilfe vereinbart ist (vgl. *Grotherr*, IStR 2015, 845). Dieses doppelte Erfordernis dürfte die Zahl der nach Abs. 15 privilegierten Drittstaaten (deutlich) reduzieren.

R. Erläuterungen zu Abs. 16: Konsequenzen für Anteile an PersGes, die nach § 1a KStG zur Körperschaftbesteuerung optiert haben

27

Abs. 16 wurde durch das KöMoG v. 25.6.2021 (BGBl. I 2021, 2050) eingefügt. Nach der neuen Vorschrift gelten Anteile an PersGes, die nach § 1a KStG zur Körperschaftbesteuerung optiert haben, für Zwecke der §§ 26, 28 und 48 nicht als Beteiligung an einer KapGes, sondern es sollen insoweit weiterhin die für PersGes geltenden Regelungen anzuwenden sein. Die Regelung gilt ab dem 1.1.2022 (§ 57 Abs. 6 Nr. 2).

Anteile an Personengesellschaften, die nach § 1a KStG zur Körperschaftbesteuerung optiert haben: S. zu den Voraussetzungen § 1a KStG.

Gelten nicht als Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft: Es handelt sich uE hier um eine (misslungene) steuerlich Fiktion: Wenn eine PersGes (zukünftig) steuerlich als Körperschaft gelten kann, müsste das uE einheitlich, dh auch für Zwecke des InvStG (und dort dann auch für sämtliche (!) Zwecke) gelten. Eine rein punktuelle Fiktion ist uE systemwidrig (s. zu den Auswirkungen der Option auf das InvStG ausführlich *Haug*, FR 2021, 410 ff.)

- ▶ **Für Zwecke der §§ 26, 28:** Damit soll sichergestellt werden, dass die 100-Anleger-Grenze des § 26 Nr. 8 (s. § 26 Anm. 60 ff.) und deren Überwachung durch die Mitteilungspflichten nach § 28 (s. § 28 Anm. 5 ff.) nicht durch die Option zur Körperschaftbesteuerung umgangen werden können (BT Drs. 19/28656, 29).
- ▶ **Für Zwecke des § 48:** Damit soll sichergestellt werden, dass Anteile an optierenden PersGes nicht in die Ermittlung des Aktiengewinns nach § 48 Abs. 3 (s. § 48 Anm. 15 ff.) einbezogen werden. Hintergrund seien zum einen (uE vorgeschoben) die Reduzierung von Komplexität sowie die Verhinderung von Steuergestaltungsmöglichkeiten (BT Drs. 19/28656, 29 f.).
- ▶ **Nicht erfasste Fälle:** Mangels gesetzlicher Anordnung bleibt nach der Begründung zum Regierungsentwurf des KöMoG (uE zutreffend) von Abs. 16 unbenommen, dass die Einkünfte, die ein (Spezial-)Investmentfonds aus einer Beteiligung an einer optierenden PersGes erzielt, als Kapitaleinkünfte i. S. d. § 20 Absatz 1 Nummer 1 EStG und damit als inländische Beteiligungseinnahmen iSd. § 6 Abs. 3 InvStG gelten. Ebenfalls von Abs. 16 soll (uE zutreffend) auf Anlegerebene unbeeinflusst bleiben, dass der erhöhte Teilfrestellungssatz nach § 20 Abs. 1 S. 3 InvStG für Körperschaftsteuersubjekte auf Investmenterträge einer PersGes anzuwenden sind, die zur Körperschaftbesteuerung optiert hat (BT Drs. 19/28656, 30).

§ 3 Gesetzlicher Vertreter

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731)

(1) ¹Die Rechte und Pflichten eines Investmentfonds nach diesem Gesetz sind von dem gesetzlichen Vertreter des Investmentfonds wahrzunehmen oder zu erfüllen. ²Die Rechte und Pflichten gegenüber einem Investmentfonds nach diesem Gesetz sind gegenüber dem gesetzlichen Vertreter des Investmentfonds wahrzunehmen oder zu erfüllen.

(2) ¹Als gesetzlicher Vertreter von inländischen Investmentfonds gilt für die Zwecke dieses Gesetzes die Kapitalverwaltungsgesellschaft oder die inländische Betriebsstätte oder Zweigniederlassung einer ausländischen Verwaltungsgesellschaft. ²Wird der inländische Investmentfonds von einer ausländischen Verwaltungsgesellschaft verwaltet, die über keine inländische Betriebsstätte oder Zweigniederlassung verfügt, so gilt die inländische Verwahrstelle als gesetzlicher Vertreter.

(3) Während der Abwicklung eines inländischen Investmentfonds ist die inländische Verwahrstelle oder der an ihrer Stelle bestellte Liquidator gesetzlicher Vertreter des Investmentfonds.

(4) Die Verwaltungsgesellschaft eines ausländischen Investmentfonds gilt als gesetzlicher Vertreter, sofern kein davon abweichender gesetzlicher Vertreter nachgewiesen wird.

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

Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 3	1	C. Erläuterungen zu Abs. 2 und 3: Gesetzlicher Vertreter von inländischen Investmentfonds . .	7
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Wahrnehmung der Rechte/ Erfüllung der Pflichten eines Investmentfonds	5	D. Erläuterungen zu Abs. 4: Gesetzlicher Vertreter von ausländischen Investmentfonds	10

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 3

1

Grundinformation: § 3 regelt in Abs. 1, dass die stl. Rechte und Pflichten eines Investmentfonds bzw. gegenüber einem Investmentfonds nach dem InvStG von bzw. gegenüber dem gesetzlichen Vertreter des Investmentfonds wahrzunehmen oder zu erfüllen sind (s. Anm. 5). Anschließend wird näher definiert, wer als gesetzlicher Vertreter eines inländ. Investmentfonds (Abs. 2; s. Anm. 7) oder ausländ. Investmentfonds (Abs. 4; s. Anm. 10) gilt und welche Besonderheiten während der Abwicklung eines inländ. Investmentfonds zu beachten sind (Abs. 3; s. Anm. 7).

Rechtsentwicklung: Die Norm wurde durch das Investmentsteuerreformgesetz (InvStRefG) v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731) neu gefasst. Die

Vorgängernorm (§ 1 Abs. 2a Sätze 3f. InvStG aF) enthielt eine weitgehend inhalts-gleiche, wenn auch deutliche knappere Regelung.

Bedeutung und Verhältnis zu anderen Vorschriften: § 3 ist von praktischer Rele-vanz, da durch die Definition des „gesetzlichen Vertreters“ eines Investmentfonds zum einen geregelt wird, wer für einen Investmentfonds berechtigt ist, Anträge ge-genüber der Finanzbehörde zu stellen, aber auch verpflichtet ist, die entsprechen- den StErklärungen abzugeben. Ohne entsprechende gesetzliche Regelung würde insbes. bei nicht rechtsfähigen Sondervermögen erhebliche Unsicherheit bestehen (vgl. Bödecker in Bödecker/Ernst/Hartmann, 2016, § 1 Rz. 216). Zum anderen be- stimmt der Sitz der Geschäftsleitung des gesetzlichen Vertreters die Zuständigkeit der Finanzbehörde für den betreffenden Investmentfonds nach § 4 (s. § 4 Anm. 5).

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich:* § 3 gilt für in- und ausländ. Invest-mentfonds (§ 2 Abs. 2 und 3, s. § 2 Anm. 6 f.), und zwar unabhängig von ihrer Ausgestaltung als „reguläre“ Investmentfonds (§§ 6 ff.) oder als Spezial-Invest-mentfonds (§§ 25 ff.).
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* Wie das gesamte neu gefasste InvStG gilt § 3 ab dem 1.1.2018 (Art. 11 Abs. 3 InvStRefG).

2–4 Einstweilen frei.

5 B. Erläuterungen zu Abs. 1: Wahrnehmung der Rechte/Erfüllung der Pflichten eines Investmentfonds

Gesetzlicher Vertreter als Handelnder (Abs. 1 Satz 1): Die Rechte und Pflichten eines Investmentfonds nach dem InvStG sind vom gesetzlichen Vertreter des In-vestmentfonds wahrzunehmen oder zu erfüllen.

Rechte und Pflichten eines Investmentfonds nach diesem Gesetz: Die Regelung ist ihrem Wortlaut nach auf die Rechte und Pflichten eines Investmentfonds nach dem InvStG beschränkt. Sofern sich aus anderen Gesetzen (zB dem GrEStG) stl. Rechte oder Pflichten ergeben, sollte uE § 3 entsprechend gelten. Zu den Rechten eines Investmentfonds nach dem InvStG zählen insbes. Antragsrechte (zB nach § 8 Abs. 1, § 11 Abs. 1), zu den Pflichten die Verpflichtung zur Abgabe von StErklä-rungen (zB bei inländ. Immobilienerträgen nach § 6 Abs. 4). Siehe ausführl. *Schlund* in Bödecker/Ernst/Hartmann, BeckOK, § 3 Rz. 15 (12/2020); *Hoffmann* in Korn, § 3 Rz. 6 (9/2019).

Gesetzlicher Vertreter: Zur Definition s. § 3 Abs. 2 bis 4 (Anm. 7 ff.).

Delegation: Sofern der gesetzliche Vertreter Dritte mit der Wahrnehmung von Rechten und Pflichten betraut, hat er nach Auffassung der FinVerw. für eine sorg-fältige Auswahl, Kontrolle und Überwachung des Dritten Sorge zu tragen. Er hat sich zudem ein Verschulden des Dritten zurechnen zu lassen (BMF, Anwendungs-fragen, Rz. 3.3).

Gesetzlicher Vertreter als Empfangender (Abs. 1 Satz 2): Die Rechte und Pflich-ten gegenüber einem Investmentfonds nach dem InvStG sind gegenüber dem ge- setzlichen Vertreter des Investmentfonds wahrzunehmen oder zu erfüllen.

Rechte und Pflichten gegenüber einem Investmentfonds nach diesem Gesetz: Zu den Rechten und Pflichten (der FinVerw.) gegenüber einem Investmentfonds

zählen insbes. die Erteilung von Bescheinigungen (zB nach § 7 Abs. 3 Satz 1) sowie der Erlass von StBescheiden (s. ausführl. *Hoffmann in Korn*, § 3 Rz. 7 [9/2019]). Nach Auffassung der FinVerw. regelt § 3 Abs. 1 lediglich die Empfangszuständigkeit (den sog. Bekanntgabeadressat). Inhaltsadressat von Verwaltungsakten der Finanzbehörde bleibt der Investmentfonds, denn dieser ist das StSubjekt (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 3.2).

Gesetzlicher Vertreter: Zur Definition s. § 3 Abs. 2 bis 4 (Anm. 7 ff.).

Delegation: Siehe weiter oben in dieser Anm.

Einstweilen frei.

6

C. Erläuterungen zu Abs. 2 und 3: Gesetzlicher Vertreter von inländischen Investmentfonds

7

Inländische Kapitalverwaltungsgesellschaft (KVG) als gesetzlicher Vertreter (Abs. 2 Satz 1): Als gesetzlicher Vertreter eines inländ. Investmentfonds gilt für Zwecke des InvStG die KVG iSv. § 17 KAGB. Dies ist entweder eine externe KVG, die vom Investmentvermögen oder im Namen des Investmentvermögens bestellt und aufgrund dieser Bestellung für die Verwaltung des Investmentvermögens verantwortlich ist (§ 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 KAGB), oder das Investmentvermögen selbst, wenn die Rechtsform des Investmentvermögens eine interne Verwaltung zulässt und der Vorstand oder die Geschäftsführung des Investmentvermögens entscheidet, keine externe KVG zu bestellen (sog. interne KVG, § 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 KAGB), s. ausführl. *Winterhalder in Weitnauer/Boxberger/Anders*, 3. Aufl. 2021, § 17 KAGB Rz. 32 ff.

Externe Kapitalverwaltungsgesellschaft: Bei einer externen KVG (zB bei einem Sondervermögen oder einer extern verwalteten InvAG) gilt diese als gesetzlicher Vertreter des (inländ.) Investmentfonds. Diese wiederum wird durch ihren gesetzlichen Vertreter (§ 34 AO) vertreten.

Interne Kapitalverwaltungsgesellschaft: Bei interner Kapitalverwaltung (zB bei einer intern verwalteten InvAG) ist der Investmentfonds selber zugleich KVG. Diese interne KVG (dh. der inländ. Investmentfonds) ist damit selbst zur Wahrnehmung und Erfüllung von Rechten und Pflichten berechtigt bzw. verpflichtet (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 3.5). Besonderheiten bestehen, wenn ein intern verwaltetes Investmentvermögen aus mehreren haftungs- und vermögensrechtl. abgegrenzten Teilen iSv. § 1 Abs. 4 (s. § 1 Anm. 11) besteht: Dann obliegen die Rechte und Pflichten des § 3 Abs. 1 der internen KVG (dh. dem Investmentvermögen) als gesetzlicher Vertreter des jeweiligen (fiktiven) Investmentfonds iSv. § 1 Abs. 4 (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 3.5).

Besonderheiten bei grenzüberschreitender Verwaltung (Abs. 2 Sätze 1 und 2): Wird der inländ. Investmentfonds von einer ausländ. Verwaltungsgesellschaft verwaltet, kommt es darauf an, ob diese im Inland über eine BS oder Zweigniederlassung verfügt.

Ausländische Verwaltungsgesellschaft verfügt über inländische Betriebsstätte/Zweigniederlassung: Nach Abs. 2 Satz 1 gilt in diesem Fall die inländ. BS oder Zweigniederlassung als gesetzlicher Vertreter. Dies soll nach uE zweifelhafter Auffassung der FinVerw. selbst dann gelten, wenn diese BS/Zweigniederlassung tatsächlich gar nicht in die Verwaltung des betreffenden Investmentfonds eingebunden ist (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 3.4).

Ausländische Verwaltungsgesellschaft verfügt über keine inländische Betriebsstätte/Zweigniederlassung: Nach Abs. 2 Satz 2 gilt in diesem Fall die inländ. Verwahrstelle (iSv. § 68 KAGB bei OGAW bzw. § 80 KAGB bei AIF) als gesetzlicher Vertreter. Siehe zum Begriff der Verwahrstelle ausführl. *Klusak in Weitnauer/Boxberger/Anders*, 3. Aufl. 2021, § 68 KAGB Rz. 1 ff.; *Boxberger in Weitnauer/Boxberger/Anders*, 3. Aufl. 2021, § 80 KAGB Rz. 1 ff.

Besonderheiten bei Abwicklung des Investmentfonds (Abs. 3): Während der Abwicklung eines inländ. Investmentfonds ist die inländ. Verwahrstelle oder der an ihrer Stelle bestellte Liquidator gesetzlicher Vertreter des Investmentfonds. Hintergrund dieser zu § 1 Abs. 2a Satz 4 InvStG aF inhaltsgleichen Regelung ist, dass nach § 100 KAGB bei Erlöschen des Rechts der KVG, ein Sondervermögen zu verwalten, das Sondervermögen auf die Verwahrstelle übergeht (wenn das Sondervermögen im Eigentum der KVG steht) bzw. das Verfügungsrecht über das Sondervermögen auf die Verwahrstelle übergeht (wenn das Sondervermögen im Miteigentum der Anleger steht). Siehe ausführl. zum alten Recht *Gottschling/Schatz in Moritz/Jesch/Mann*, 1. Aufl. 2015, § 1 Rz. 236 f.

Abwicklung: Eine Abwicklung im Sinne der Norm liegt nach Auffassung der FinVerw. ab dem Zeitpunkt des Übergangs des Verwaltungs- und Verfügungsrechts an den Vermögensgegenständen des Investmentfonds auf die Verwahrstelle oder den Liquidator vor (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 3.6). Nach Auffassung der FinVerw. ist dieser Übergang der zuständigen Finanzbehörde anzuzeigen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 3.6). Zum Sonderfall des Wechsels der örtlichen Zuständigkeit in diesem Zusammenhang s. § 4 Anm. 6. Dagegen gilt Abs. 3 nicht (sondern die allgemeine Regelung des Abs. 2), wenn ein Investmentfonds bereits zuvor durch Rückgabe sämtlicher Anteile und Auskehr des liquidierten Vermögens beendet wird (denn in diesem Fall ist keine Verwahrstelle involviert). Gleiches gilt, sobald die Abwicklung des Investmentfonds abgeschlossen ist: Dann obliegt die gesetzliche Verpflichtung (zB zur Abgabe von StErklärungen) wieder dem gesetzlichen Vertreter nach Abs. 2 (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 3.7). Nach Auffassung der FinVerw. ist auch dieser Abschluss der Abwicklung der zuständigen Finanzbehörde anzuzeigen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 3.7).

8–9 Einstweilen frei.

10 D. Erläuterungen zu Abs. 4: Gesetzlicher Vertreter von ausländischen Investmentfonds

Verwaltungsgesellschaft als gesetzlicher Vertreter (Abs. 4): Nach Abs. 4 gilt die Verwaltungsgesellschaft eines ausländ. Investmentfonds als gesetzlicher Vertreter, sofern kein davon abweichender gesetzlicher Vertreter nachgewiesen wird. Diese nunmehr für alle ausländ. Investmentfonds geltende Regelung ist weiter als die Vorgängerfassung des § 1 Abs. 2a Satz 3 Nr. 2 InvStG aF.

Verwaltungsgesellschaft: Wer Verwaltungsgesellschaft ist, bestimmt sich nach ausländ. Aufsichtsrecht (vgl. § 2 Abs. 3). Dies wird idR eine ausländ. Verwaltungsgesellschaft sein (vgl. BTDrucks. 18/8045, 71), kann uE bei grenzüberschreitender Verwaltung auch eine inländ. KVG sein. Erfolgt die Verwaltung eines ausländ. Investmentfonds in einer mit der internen Kapitalverwaltung nach § 17 Abs. 2 Nr. 2 KAGB vergleichbaren Art und Weise, ist nach Auffassung der FinVerw. der In-

vestmentfonds selbst die Verwaltungsgesellschaft (zB bei selbstverwalteter Luxemburger SICAV-SA), s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 3.9.

Abweichende Nachweismöglichkeit: Die Verwaltungsgesellschaft gilt nur als gesetzlicher Vertreter, wenn nicht nachgewiesen wird, dass nach dem für den ausländ. Investmentfonds maßgeblichen ausländ. Recht eine andere Person als die Verwaltungsgesellschaft gesetzlicher Vertreter ist.

§ 4 Zuständige Finanzbehörden, Verordnungsermächtigung

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731)

(1) Für die Besteuerung von Investmentfonds ist das Finanzamt örtlich zuständig, in dessen Bezirk sich die Geschäftsleitung des gesetzlichen Vertreters nach § 3 befindet.

(2) Befindet sich die Geschäftsleitung des gesetzlichen Vertreters außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes, so ist für die Besteuerung des Investmentfonds zuständig

1. das Finanzamt, in dessen Bezirk sich das Vermögen des Investmentfonds oder, wenn dies für mehrere Finanzämter zutrifft, das Finanzamt, in dessen Bezirk sich der wertvollste Teil des Vermögens befindet, sofern der Investmentfonds Einkünfte nach § 6 Absatz 2 erzielt, die keinem Steuerabzug unterliegen,

2. das Bundeszentralamt für Steuern in allen übrigen Fällen.

(3) Das Bundesministerium der Finanzen kann durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die Zuständigkeit nach Absatz 2 Nummer 2 und nach § 9 Absatz 1 Nummer 2 einer anderen Finanzbehörde oder mehreren anderen Finanzbehörden übertragen.

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

Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 4	1	C. Erläuterungen zu Abs. 2: Zuständigkeit bei ausländischem Ort der Geschäftsleitung des gesetzlichen Vertreters	6
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Zuständigkeit bei inländischem Ort der Geschäftsleitung des gesetzlichen Vertreters	5	D. Erläuterungen zu Abs. 3: Verordnungsermächtigung	7

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 4

1

Grundinformation: § 4 regelt die örtliche Zuständigkeit der Finanzbehörden für die Besteuerung von Investmentfonds. Diese richtet sich nach dem inländ. Ort der Geschäftsleitung des gesetzlichen Vertreters (Abs. 1; s. Anm. 5). Befindet sich der Ort der Geschäftsleitung des gesetzlichen Vertreters dagegen im Ausland, gilt die spezielle Zuständigkeitsregelung in Abs. 2, wonach uU das BZSt. zuständig werden kann (s. Anm. 6). Abs. 3 enthält eine Verordnungsermächtigung, anstelle des BZSt. ein zentral zuständiges FA (oder mehrere zuständige FÄ) zu bestimmen (s. Anm. 7).

Rechtswicklung: Die Norm wurde durch das Investmentsteuerreformgesetz (InvStRefG) v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731) neu gefasst. Die

Vorgängernorm (§ 13 Abs. 5 InvStG aF) enthielt eine – zT inhaltlich abweichende – Regelung mit dem Ziel, einen konkreten Inlandsbezug mit einem konkret zuständigen inländ. FA (ggf. über die Anknüpfung an die inländ. Verwahrstelle) herzustellen.

Bedeutung: Die Norm ist von erheblicher praktischer Relevanz, da durch sie die örtliche Zuständigkeit der Finanzbehörden für den betreffenden Investmentfonds statuiert wird.

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich:* § 4 gilt für in- und ausländ. Investmentfonds (§ 2 Abs. 2 und 3, s. § 2 Anm. 6 f.), und zwar unabhängig von ihrer Ausgestaltung als „reguläre“ Investmentfonds (§§ 6 ff.) oder als Spezial-Investmentfonds (§§ 25 ff.).
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* Wie das gesamte neu gefasste InvStG gilt § 4 ab dem 1.1.2018 (Art. 11 Abs. 3 InvStRefG).

2–4 Einstweilen frei.

5 B. Erläuterungen zu Abs. 1: Zuständigkeit bei inländischem Ort der Geschäftsleitung des gesetzlichen Vertreters

Inlandsfall: Für die Besteuerung von Investmentfonds ist das FA örtlich zuständig, in dessen Bezirk sich die Geschäftsleitung des gesetzlichen Vertreters nach § 3 befindet.

Gesetzlicher Vertreter: Zur Definition s. § 3 Abs. 2 bis 4, § 3 Anm. 7 ff.

Geschäftsleitung: Gemeint ist der Mittelpunkt der geschäftlichen Oberleitung (§ 10 AO); s. allg. zu § 10 AO *Drüen in Tipke/Kruse*, § 10 AO Rz. 1 ff. (1/2016); ausführlicher zum insoweit vergleichbaren alten Recht *Pletschacher in Moritz/Jesch/Mann*, 1. Aufl. 2015, § 13 Rz. 74 ff. Die FinVerw. betont unter Verweis auf BFH (BFH v. 3.7.1997 – IV R 58/95, BStBl. II 1998, 86), dass sich der für die Geschäftsleitung maßgebliche Mittelpunkt der geschäftlichen Oberleitung dort befindet, wo der für die laufende Geschäftsführung maßgebliche Wille des gesetzlichen Vertreters gebildet werde (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 4.1). Unter Verweis auf BFH (BFH v. 5.11.2014 – IV R 30/11, BStBl. II 2015, 601) betont die FinVerw. ferner, dass mehrere Orte der Geschäftsleitung bestehen können, wenn mehrere Personen gleichwertige Geschäftsführungsaufgaben von unterschiedlichen Orten aus wahrnehmen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 4.1). Der entstehende Zuständigkeitskonflikt ist über § 25 AO zu lösen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 4.1).

Besonderheiten bei grenzüberschreitender Verwaltung: Wird ein inländ. Investmentfonds von einer ausländ. Verwaltungsgesellschaft verwaltet, ist der gesetzliche Vertreter entweder die inländ. BS oder Zweigniederlassung der ausländ. Verwaltungsgesellschaft oder (wenn eine solche BS/Zweigniederlassung fehlt) die inländ. Verwahrstelle (s. § 3 Anm. 7). Anders als im alten Recht (vgl. § 13 Abs. 5 InvStG aF) will die FinVerw. wohl (uE ohne gesetzliche Grundlage) nunmehr in Fällen, in denen eine ausländ. Verwaltungsgesellschaft über eine inländ. BS oder Zweigniederlassung verfügt und diese daher als gesetzlicher Vertreter gilt, für Zwecke der örtlichen Zuständigkeit den Ort der Geschäftsleitung der ausländ. Verwaltungsgesellschaft einheitlich für deren gesamtes Unternehmen bestimmen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 4.1). Dies dürfte idR dazu führen, dass der Ort der Geschäftslei-

tung im Ausland liegt (damit ist kein Fall des Abs. 1, sondern des Abs. 2 gegeben). Dieses Erg. überrascht, wenn man zugleich in den Fällen, in denen die ausländ. Verwaltungsgesellschaft über keine inländ. BS oder Niederlassung verfügt, nach der Systematik des § 3 Abs. 2 Satz 2 auf die inländ. Verwahrstelle abstellen müsste, die im Zweifel über einen inländ. Ort der Geschäftsleitung verfügt. Anders formuliert: Ausländische Verwaltungsgesellschaften mit inländ. BS/Zweigniederlassung hätten somit den Ort der Geschäftsleitung des gesetzlichen Vertreters im Ausland, während ausländ. Verwaltungsgesellschaften ohne inländ. BS/Zweigniederlassung den Ort der Geschäftsleitung des gesetzlichen Vertreters im Inland hätten. Dies kann nicht richtig sein.

Inländischer Ort der Geschäftsleitung: Liegt nach den vorstehend beschriebenen Grundsätzen der Ort der Geschäftsleitung des gesetzlichen Vertreters im Inland, ist das FA für die Besteuerung eines Investmentfonds zuständig, in dessen Bezirk dieser Ort der Geschäftsleitung liegt.

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Zuständigkeit bei ausländischem Ort der Geschäftsleitung des gesetzlichen Vertreters 6

Auslandsfall: Befindet sich die Geschäftsleitung des gesetzlichen Vertreters außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes, so ist – je nach Art der vom Investmentfonds erzielten Einkünfte – entweder ein bestimmtes Veranlagungsfinanzamt zuständig oder das BZSt.

Gesetzlicher Vertreter: Zur Definition s. § 3 Abs. 2 bis 4 (§ 3 Anm. 7 ff.).

Ausländischer Ort der Geschäftsleitung: Abs. 2 regelt den Fall, dass der Ort der Geschäftsleitung des gesetzlichen Vertreters nicht im Inland liegt. Zur Abgrenzung vgl. Anm. 5.

Fallgruppe 1: Investmentfonds erzielt inländische Einkünfte, die keinem Steuerabzug unterliegen (Abs. 2 Nr. 1): Erzielt ein Investmentfonds ausschließlich oder teilweise inländ. Einkünfte iSv. § 6 Abs. 2 (s. § 6 Anm. 15), die nicht dem StAbzug unterliegen und für die deshalb eine inländ. StErklärung abgegeben werden muss, ist dasjenige FA örtlich zuständig, in dessen Bezirk sich das inländ. Vermögen des Investmentfonds befindet. Bei Verteilung des inländ. Vermögens auf mehrere FA-Bezirke ist für die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit der wertvollste Teil des inländ. Vermögens ausschlaggebend. Dies betrifft insbes. inländ. Immobilienerträge nach § 6 Abs. 4.

Fallgruppe 2: Sonstige Fälle (Abs. 2 Nr. 2): In den übrigen Fällen liegt die örtliche Zuständigkeit beim BZSt. Dies sind zum einen Fälle, in denen ein Investmentfonds ausschließlich Einkünfte nach § 6 Abs. 2 erzielt, die einem StAbzug unterliegen (insbes. inländ. Beteiligungseinnahmen nach § 6 Abs. 3), zum anderen Fälle, in denen ein Investmentfonds überhaupt keine inländ. Einkünfte nach § 6 Abs. 2 erzielt (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 4.4). Gerade in der letztgenannten Alternative ist das Bedürfnis einer Kommunikation mit der deutschen FinVerw. nur schwer vorstellbar.

Sonderfall: Wechsel der örtlichen Zuständigkeit bei Übergang des Verwaltungsrechts nach § 3 Abs. 3: Geht im Zuge der Abwicklung eines Investmentfonds die gesetzliche Vertretung gem. § 3 Abs. 3 auf die Verwahrstelle/den an ihrer Stelle bestellten Liquidator über (s. § 3 Anm. 7), kann für die Besteuerung des Investment-

fonds nach § 4 InvStG iVm. § 26 Satz 1 AO eine andere Finanzbehörde örtlich zuständig werden. Nach Auffassung der FinVerw. soll dabei Folgendes gelten: Bei Investmentfonds in der Rechtsform einer KapGes. oder einer anderen juristischen Person (Investmentfonds des Gesellschaftstyps) schließt § 26 Satz 3 Nr. 3 AO einen Übergang der örtlichen Zuständigkeit aus. Wird demgegenüber für die Abwicklung eines Investmentfonds in der Rechtsform einer nicht rechtsfähigen Vermögensmasse (Investmentfonds des Vertragstyps) oder eines Teilgesellschaftsvermögens von dem neuen gesetzlichen Vertreter (idR die Verwahrstelle) der bisherige gesetzliche Vertreter (idR die Kapitalverwaltungsstelle) beauftragt, hat die bisher zuständige Finanzbehörde aus Praktikabilitätsgründen möglichst eine Beibehaltung der örtlichen Zuständigkeit mittels Zuständigkeitsvereinbarung nach § 27 AO herbeizuführen. In diesen Fällen bleibt die Verwahrstelle bzw. der an ihrer Stelle bestellte Liquidator trotz der Beauftragung der neue gesetzliche Vertreter des Investmentfonds (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 4.5).

7 D. Erläuterungen zu Abs. 3: Verordnungsermächtigung

Möglichkeit der Zuständigkeitsübertragung: Das BMF kann durch Rechtsverordnung (mit Zustimmung des BRat) die Zuständigkeit des BZSt. nach Abs. 2 Nr. 2 (s. Anm. 6) sowie nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 (s. § 9 Anm. 5) auf ein zentral zuständiges FA oder mehrere zuständige FÄ übertragen. Entsprechende Verordnungen sind derzeit noch nicht erlassen.

§ 5 Prüfung der steuerlichen Verhältnisse

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731)

(1) Die zuständige Finanzbehörde ist zur Überprüfung der steuerlichen Verhältnisse befugt.

(2) ¹Eine Prüfung nach Absatz 1 ist zulässig bei Investmentfonds zur Ermittlung

1. der steuerlichen Verhältnisse des Investmentfonds,
2. der Voraussetzungen für eine Besteuerung als Spezial-Investmentfonds und
3. der Besteuerungsgrundlagen der Anleger.

²Die §§ 194 bis 203 der Abgabenordnung sind entsprechend anzuwenden.

Autor: Dr. Mathias *Link*, LL.M., Rechtsanwalt/Steuerberater,
PricewaterhouseCoopers GmbH, Frankfurt am Main
Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 5	1	C. Erläuterungen zu Abs. 2: Prüfungsgegenstand und Prüfungsverfahren	6
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Befugnis zur Durchführung von Außenprüfungen	5		

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 5

1

Grundinformation: § 5 regelt spezialgesetzlich die Möglichkeit zur Durchführung einer Ap. bei (in- und ausländ.) Investmentfonds (Abs. 1; s. Anm. 5). Prüfungsgegenstand können die stl. Verhältnisse des Investmentfonds, die Voraussetzungen für eine Besteuerung als Spezial-Investmentfonds sowie die Besteuerungsgrundlagen der Anleger sein (Abs. 2 Satz 1; s. Anm. 6). Das Verfahren richtet sich nach den §§ 194 ff. AO (Abs. 2 Satz 2; s. Anm. 6).

Rechtsentwicklung: Die Norm wurde durch das Investmentsteuerreformgesetz (InvStRefG) v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731) neu gefasst. Der Prüfungsgegenstand wurde gegenüber der Vorgängernorm (§ 11 Abs. 3 InvStG aF) erweitert und an die neue Besteuerungssystematik angepasst.

Bedeutung: Die Norm schafft die Rechtsgrundlage für die Durchführung von Ap. bei (in- und ausländ.) Investmentfonds und beschreibt (uE abschließend) den Prüfungsumfang sowie das Prüfungsverfahren.

Geltungsbereich:

- *Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich:* § 5 gilt für in- und ausländ. Investmentfonds (§ 2 Abs. 2 und 3, s. § 2 Anm. 6 f.), und zwar unabhängig von ihrer Ausgestaltung als „reguläre“ Investmentfonds (§§ 6 ff.) oder als Spezial-Investmentfonds (§§ 25 ff.).

- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* Wie das gesamte neu gefasste InvStG gilt § 5 ab dem 1.1.2018 (Art. 11 Abs. 3 InvStRefG).

2–4 Einstweilen frei.

5 B. Erläuterungen zu Abs. 1: Befugnis zur Durchführung von Außenprüfungen

Rechtsgrundlage für Außenprüfungen: Nach Abs. 1 ist die zuständige Finanzbehörde zur Überprüfung der stl. Verhältnisse bei Investmentfonds befugt. Diese Norm ist damit die spezialgesetzliche Rechtsgrundlage für die Durchführung von Ap. bei Investmentfonds (vgl. BTDrucks. 18/8045, 72). Sie ist *lex specialis* zu § 193 AO.

Zuständige Finanzbehörde: Zur Definition s. § 4 Anm. 5 ff.

Investmentfonds: Anders als in § 11 Abs. 3 InvStG aF erstreckt sich die Prüfungsbefugnis nicht länger nur auf inländ. Investmentfonds (§ 2 Abs. 2), sondern nunmehr auch auf ausländ. Investmentfonds (§ 2 Abs. 3), vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 5.1.

Überprüfung der steuerlichen Verhältnisse: Wie in § 194 AO sind Prüfungsgegenstand die tatsächlichen und rechtl. Verhältnisse, die für den Stpfl. und für die Bemessung der Steuer maßgebend sind. Was darunter bei Investmentfonds zu verstehen ist, ist (uE abschließend) in Abs. 2 näher definiert, s. Anm. 6.

6 C. Erläuterungen zu Abs. 2: Prüfungsgegenstand und Prüfungsverfahren

Prüfungsgegenstand (Abs. 2 Satz 1): Nach dieser Vorschrift ist eine Prüfung nach Abs. 1 zulässig zur Ermittlung (i) der stl. Verhältnisse des Investmentfonds, (ii) der Voraussetzungen für eine Besteuerung als Spezial-Investmentfonds und (iii) der Besteuerungsgrundlagen der Anleger. Damit sind die einer Prüfung zugänglichen „steuerlichen Verhältnisse bei Investmentfonds“ uE abschließend definiert.

Ermittlung der steuerlichen Verhältnisse des Investmentfonds: Nach Auffassung der FinVerw. (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 5.1) fallen darunter insbes. (i) die Ermittlung der Einkünfte des (Spezial-)Investmentfonds nach § 6 Abs. 2, (ii) die Prüfung der (teilweisen) Erstattung von KapErtrSt oder der Abstandnahme vom KapErtrStAbzug nach § 7 Abs. 1 und 5, § 10 Abs. 5 und § 11 auf der Fondseingangsseite, (iii) die Prüfung der Voraussetzungen (oder des Wegfalls der Voraussetzungen) für die Einstufung eines Investmentfonds als Aktienfonds (§ 2 Abs. 6), Mischfonds (§ 2 Abs. 7) oder Immobilienfonds (§ 2 Abs. 9), (iv) die Prüfung der Voraussetzungen für eine StBefreiung nach §§ 8 oder 10, (v) die Prüfung der Voraussetzungen für eine GewStBefreiung nach § 15 Abs. 2 sowie (vi) der Einbehalt und die Abführung von KapErtrSt nach § 50 bei Spezial-Investmentfonds (ausführl. dazu und zu weiteren Aspekten *Hoffmann in Korn*, § 3 Rz. 13 ff. [9/2019]). Ebenfalls darunter fallen sollte uE (auch wenn dies im Gesetz in Abs. 2 Nr. 1 – anders als für Spezial-Investmentfonds in Abs. 2 Nr. 2 – nicht ausdrücklich angesprochen ist) die Prüfung der Voraussetzungen für das Vorliegen eines Investmentfonds iSv. § 1 (so auch *Hoffmann in Korn*, § 5 Rz. 14 [9/2019]). Daneben können uE Themen bei der Umsatz- und der Grunderwerbsteuer Gegenstand einer

Prüfung nach § 5 sein. Bislang war auf Fondsausgangsseite bei „regulären“ Investmentfonds (anders als bei Spezial-Investmentfonds nach § 50) keine KapErtrSt einzubehalten und abzuführen ist (sondern vielmehr von den depotführenden Stellen des Anlegers, vgl. § 44 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 EStG), so dass uE insoweit stl. Verhältnisse „des Investmentfonds“ nicht vorlagen. Durch das JStG 2020 v. 21.12.2020 (BGBl. I 2020, 3096; BStBl. I 2021, 6) wird zukünftig erstmals eine Einbehaltspflicht für bestimmte inländ. Fondsvehikel, deren Anteile nicht durch ein Kreditinstitut verwahrt werden, eingeführt (§ 44 Abs. 1 Satz 4 Nr. 5 neu; vgl. BTDrucks. 19/22850, 85). Insoweit können zukünftig steuerliche Verhältnisse des Investmentfonds vorliegen.

Ermittlung der Voraussetzungen für eine Besteuerung als Spezial-Investmentfonds: Gemeint ist die Frage, ob die Voraussetzungen des § 26 für die Annahme eines Spezial-Investmentfonds vorliegen oder weggefallen sind (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 5.1).

Ermittlung der Besteuerungsgrundlagen der Anleger: Durch die ausdrückliche Aufnahme der „Besteuerungsgrundlagen der Anleger“ in den Prüfungsgegenstand hat sich die bei § 11 Abs. 3 InvStG aF bestehende Streitfrage (vgl. zum alten Recht *Schäfer in Moritz/Jesch/Mann*, 1. Aufl. 2015, § 11 Rz. 113) erledigt. Gemeint ist uE (nur) die Prüfung, ob bei Spezial-Investmentfonds die für Zwecke der Anlegerbesteuerung ermittelten Besteuerungsgrundlagen nach §§ 29 bis 49 zutr. ermittelt worden sind (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 5.1). Bei „regulären“ Investmentfonds sollte diese Regelung uE eine geringe Bedeutung haben, da dort zukünftig die Besteuerungsregelungen so ausgelegt sind, dass Anleger, Kreditinstitute und Verwaltung die Besteuerungsgrundlagen ohne Mithilfe des Investmentfonds ermitteln können (vgl. *Helios/Mann*, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 1 [13]).

Prüfungsverfahren (Abs. 2 Satz 2): Für das Prüfungsverfahren sind die Vorschriften der §§ 194 bis 203 AO entsprechend anzuwenden.

Vorschriften der §§ 194 bis 203 AO: Siehe dazu ausführlich *Hoffmann in Korn*, § 5 Rz. 25 ff. (9/2019). Durch die Formulierung „§§ 194 bis 203 AO“ statt „§§ 194 ff. AO“ ist nun klargestellt, dass auch abgekürzte Ap. nach § 203 AO zulässig sind.

Räumliche Durchführung der Außenprüfung: Die FinVerw. betont (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 5.3), dass Ap. grds. im Geltungsbereich der AO, also im Inland durchzuführen sind. Anlaufstelle wird daher (sowohl bei in- als auch bei ausländ. Investmentfonds) regelmäßig der gesetzliche Vertreter (§ 3) sein. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, aktive Prüfungshandlungen auf ausländ. Hoheitsgebiet im Rahmen einer gleichzeitigen Prüfung mit EU-Staaten nach §§ 12, 11, 10 Abs. 3 EUAHiG durchzuführen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 5.3; s. allg. hierzu BMF v. 9.1.2017 – IV B 6 - S 1315/16/10016:002, BStBl. I 2017, 89). Die Prüfung an Amtsstelle bleibt davon natürlich unberührt (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 5.3).

Geltung sonstiger Verfahrensvorschriften: Wie bereits bei § 11 Abs. 3 InvStG aF ist der Verweis auf die Verfahrensvorschriften der §§ 194 ff. AO nicht abschließend zu verstehen. Insbesondere sind die Verfahrensvorschriften der §§ 85 ff. AO (während und außerhalb von Ap.) zu beachten (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 5.2). Wenn sich die Ap. auf die (teilweise) Erstattung von KapErtrSt oder die Abstandnahme von KapErtrStAbzug auf der Fondseingangsseite oder den Einbehalt oder die Abführung von KapErtrSt nach § 50 erstrecken soll, stellt nach Auffassung der FinVerw. (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 5.2) § 50b EStG eine weitere Prüfungsgrundlage dar.

§ 5a Übertragung von Wirtschaftsgütern in einen Investmentfonds

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731)

¹Werden ein oder mehrere Wirtschaftsgüter aus dem Betriebsvermögen eines Anlegers in das Vermögen eines Investmentfonds übertragen, so ist bei der Übertragung der Teilwert anzusetzen. ²Die Übertragung von einem oder mehreren Wirtschaftsgütern aus dem Privatvermögen eines Anlegers in das Vermögen eines Investmentfonds gilt als Veräußerung zum gemeinen Wert. ³Die Sätze 1 und 2 sind unabhängig davon anzuwenden, ob bei der Übertragung der Wirtschaftsgüter neue Investmentanteile ausgegeben werden.

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

Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 5a	1	C. Erläuterungen zu Satz 2 iVm. Satz 3: Übertragungen aus dem Privatvermögen	6
B. Erläuterungen zu Satz 1 iVm. Satz 3: Übertragungen aus dem Betriebsvermögen	5		

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 5a

1

Grundinformation: Der erst auf Vorschlag des BRat eingefügte § 5a ordnet an, dass es bei der Übertragung von WG aus dem BV oder PV des Anlegers in das Vermögen eines Investmentfonds stets zur Aufdeckung stiller Reserven oder Lasten kommt (Sätze 1 und 2), und zwar unabhängig davon, ob die Übertragung gegen Ausgabe neuer Anteile erfolgt (Satz 3).

Rechtswicklung: Die Norm wurde durch das Investmentsteuerreformgesetz (InvStRefG) v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731) neu eingefügt. Eine vergleichbare Regelung existierte bislang in § 15a Abs. 4 InvStG aF nur für die Übertragung von WG aus dem BV des Anlegers auf die offene Investment KG (den jetzigen Altersvorsorgevermögenfonds iSv. § 53). Hintergrund der Erweiterung waren offensichtlich Gestaltungen, bei denen Anleger in der Vergangenheit argumentiert hatten, eine Übertragung könne ertragsteuernerneutral erfolgen, wenn im Gegenzug keine Investmentanteile ausgegeben werden (vgl. BTDrucks. 18/8739, 101).

Bedeutung: Die Norm schafft uE konstitutiv die Rechtsgrundlage dafür, dass sämtliche Übertragungen von WG aus dem BV oder PV des Anlegers in das Vermögen eines Investmentfonds stets zur Aufdeckung von stillen Reserven oder Lasten führen.

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich:* § 5a gilt für in- und ausländ. Investmentfonds (§ 2 Abs. 2 und 3, s. § 2 Anm. 6f.), und zwar unabhängig von

ihrer Ausgestaltung als „reguläre“ Investmentfonds (§§ 6 ff.) oder als Spezial-Investmentfonds (§§ 25 ff.). Die Norm gilt auch (wie bereits bisher § 15 Abs. 4 InvStG aF) für den Altersvorsorgevermögenfonds nach § 53.

- *Zeitlicher Geltungsbereich:* Wie das gesamte neu gefasste InvStG gilt § 5a ab dem 1.1.2018 (Art. 11 Abs. 3 InvStRefG). Sollte die FinVerw. versuchen zu argumentieren, § 5a kodifiziere nur klarstellend einen bereits bisher geltenden Rechtsgrundsatz, wäre dies uE eine unzulässige echte Rückwirkung.

2–4 Einstweilen frei.

5 B. Erläuterungen zu Satz 1 iVm. Satz 3: Übertragungen aus dem Betriebsvermögen

Ansatz zum Teilwert bei Übertragung aus Betriebsvermögen: Die Norm ordnet an, dass bei Übertragung von (einem oder mehreren) WG aus dem BV des Anlegers in das Vermögen eines Investmentfonds stets der Teilwert anzusetzen ist (Satz 1). Dies gilt unabhängig davon, ob bei der Übertragung neue Investmentanteile ausgegeben werden oder nicht (Satz 3).

Betriebsvermögen: Zum Begriff s. § 4 EStG Anm. 40 ff.

Übertragung meint uE Übergang des wirtschaftlichen Eigentums (§ 39 AO) an WG des Anlegers vom Anleger auf den Investmentfonds, und zwar unabhängig davon ob diese Übertragung entgeltlich (dh. gegen Geld oder Gewährung von Investmentanteilen, Satz 3), teilentgeltlich oder unentgeltlich erfolgt (vgl. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 5a.4).

Ansatz zum Teilwert: In allen Übertragungsfällen wird zwingend der Ansatz zum Teilwert angeordnet. Diese Anordnung ist uE konstitutiv, da ein Anleger sonst (uE erfolgreich) argumentieren könnte, dass eine steuerneutrale Übertragung möglich sei (bei Investmentfonds in Form der PersGes. – s. dazu § 1 Abs. 3 Nr. 2 und § 1 Anm. 10 – gestützt auf § 6 Abs. 5 EStG oder § 24 UmwStG, bei Investmentfonds in der Form des Sondervermögens mit dem Argument, dass die Regeln zur (verdeckten) Einlage in eine „Kapitalgesellschaft“, § 6 Abs. 6 Satz 2 EStG, dort nicht greifen). Der Ansatz hat mit dem Teilwert (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG) zu erfolgen, dh. mit dem Betrag, den ein Erwerber des gesamten Betriebs im Rahmen des Gesamtkaufpreises für das einzelne WG ansetzen würde, wobei davon auszugehen ist, dass der Erwerber den Betrieb fortführt (s. ausführl. zum Begriff § 6 EStG Anm. 420 ff.). Nach Auffassung der FinVerw. ist der Teilwert sowohl bei abnutzbaren WG iSd. § 6 Abs. 1 Nr. 1 EStG als auch bei sonstigen WG iSd. § 6 Abs. 1 Nr. 2 EStG anzusetzen. Es kommt für Zwecke des § 5a insbes. nicht darauf an, ob eine dauernde Wertminderung vorliegt oder nicht (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 5a.2). War das Entgelt für die Übertragung des WG (zB in Form erhaltener Investmentanteile) fremdüblich, wollte es die FinVerw. ursprünglich nicht beanstanden, wenn dieses als Teilwert für Zwecke der Norm angesetzt wurde (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:001, Rz. 5a.3). In Höhe der Differenz zwischen dem Teilwert und den AK/Buchwerten des Anlegers wäre es dann zu einer Aufdeckung der stillen Reserven gekommen, die auf Anlegerebene der Besteuerung unterliegen. Nach Auffassung der FinVerw. waren dabei sämtliche vom Anleger erzielte Entgelte bei der (fiktiven) Ermittlung des Teilwerts zu berücksichtigen, so dass es insoweit nicht zu einer doppelten Erfassung beim Anleger kommen konnte

(vgl. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:001, Rz. 5a.3). Diese Überlegungen, die uE sachgerecht waren, sind jedoch in der finalen Fassung des BMF-Schreibens (BMF, Anwendungsfragen) nicht länger enthalten. Es besteht daher das Risiko, dass die FinVerw. sich hierzu zukünftig anders positionieren könnte. Unabhängig davon war (und ist) nach Auffassung der FinVerw. bei teilentgeltlicher Übertragung zur Ermittlung des stpfl. Veräußerungsgewinns das tatsächlich erzielte Entgelt bis auf die Höhe des Teilwerts der übertragenen WG „aufzustocken“ (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 5a.4).

Behandlung auf Ebene des Investmentfonds: Beim Investmentfonds liegt infolge der Übertragung ein Anschaffungsvorgang vor. Er hat die übernommenen WG – korrespondierend zur Behandlung beim Anleger – mit dem (fiktiven) Teilwert anzusetzen. Seine AK sind ggf. um ANK zu erhöhen (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 5a.5).

Anschaffungskosten beim Anleger: Auf Anlegerebene sind insoweit AK zu erfassen, als für die Übertragung neue Investmentanteile ausgegeben werden. Die Höhe der AK dieser neuen Investmentanteile bemisst sich nach dem gem. Satz 1 anzusetzenden Wert. Wenn als Gegenleistung für die Übertragung eines WG keine neuen Anteile ausgegeben werden, sondern ein Geldbetrag gezahlt wird, der geringer ist als der nach Satz 1 anzusetzende Wert des WG (teilentgeltliche Übertragung), entstehen nach Auffassung der FinVerw. in Höhe der Differenz nachträgliche AK bei den vorhandenen Investmentanteilen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 5a.6 ff., mit Rechenbeispiel).

C. Erläuterungen zu Satz 2 iVm. Satz 3: Übertragungen aus dem Privatvermögen 6

Ansatz zum gemeinen Wert bei Übertragung aus dem Privatvermögen: Die Norm ordnet an, dass die Übertragung von (einem oder mehreren) WG aus dem PV des Anlegers in das Vermögen eines Investmentfonds als Veräußerung zum gemeinen Wert gilt (Satz 2). Dies gilt unabhängig davon, ob bei der Übertragung neue Investmentanteile ausgegeben werden oder nicht (Satz 3).

Privatvermögen: Zum Begriff s. § 4 EStG Anm. 57.

Übertragung: Siehe Anm. 5.

Veräußerungsfiktion/Ansatz zum gemeinen Wert: In allen Übertragungsfällen wird zwingend eine Veräußerung fingiert und der Ansatz zum gemeinen Wert angeordnet. Diese Anordnung ist uE konstitutiv, da ein Anleger sonst (uE erfolgreich) argumentieren könnte, dass eine steuerneutrale Übertragung möglich sei (bei Investmentfonds in der Form des Sondervermögens mit dem Argument, dass die Regeln zur [fiktiven] Veräußerung [§ 17 Abs. 1 Satz 2, § 20 Abs. 2 Satz 2 und § 23 Abs. 1 Satz 5 Nr. 2 EStG] bei einer verdeckten Einlage in eine „Kapitalgesellschaft“ nicht greifen). Der Ansatz hat mit dem gemeinen Wert (§ 9 BewG) zu erfolgen, dh. mit dem Preis, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit des WG bei einer Veräußerung zu erzielen wäre. War das Entgelt für die Übertragung des WG (zB in Form erhaltener Investmentanteile) fremdüblich, wollte es die FinVerw. ursprünglich nicht beanstanden, wenn dieses als gemeiner Wert für Zwecke der Norm angesetzt wurde (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:001, Rz. 5a.3). Diese Überlegung, die uE sachgerecht war, ist jedoch in der finalen Fassung des BMF-Schreibens (BMF, Anwendungsfragen)

nicht länger enthalten. Es besteht daher das Risiko, dass die FinVerw. sich hierzu zukünftig anders positionieren könnte. Unabhängig davon kam (und kommt) es nach Auffassung der FinVerw. in Höhe der Differenz zwischen dem gemeinen Wert und den AK des Anlegers nach allgemeinen Grundsätzen zu einer Besteuerung nach § 17 Abs. 1, § 20 Abs. 2 oder § 22 Nr. 2 iVm. § 23 Abs. 1 EStG (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 5a.3). Bei teilentgeltlicher Übertragung ist zur Ermittlung des ggf. stpfl. Veräußerungsgewinns das tatsächlich erzielte Entgelt bis auf die Höhe des gemeinen Werts der übertragenen WG „aufzustocken“ (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 5a.4).

Behandlung auf Ebene des Investmentfonds: Beim Investmentfonds liegt infolge der Übertragung ein Anschaffungsvorgang vor. Er hat die übernommenen WG – korrespondierend zur Behandlung beim Anleger – mit dem gemeinen Wert anzusetzen; s. auch Anm. 5.

Anschaffungskosten beim Anleger: Die Höhe der AK der neuen Investmentanteile bemisst sich grds. nach dem gem. Satz 2 anzusetzenden Wert des übertragenen WG. Werden keine neuen Anteile ausgegeben, sondern ein Geldbetrag gezahlt, entstehen nachträgliche AK bei den vorhandenen Investmentanteilen; s. auch Anm. 5.

Kapitel 2 Investmentfonds (§§ 6–24)

Abschnitt 1 Besteuerung des Investmentfonds (§§ 6–15)

§ 6 Körperschaftsteuerpflicht eines Investmentfonds

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731), zuletzt geändert durch WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17)

(1) ¹Inländische Investmentfonds gelten als Zweckvermögen nach § 1 Absatz 1 Nummer 5 des Körperschaftsteuergesetzes und sind unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtig. ²Ausländische Investmentfonds gelten als Vermögensmassen nach § 2 Nummer 1 des Körperschaftsteuergesetzes und sind beschränkt körperschaftsteuerpflichtig.

(2) ¹Investmentfonds sind vorbehaltlich des Satzes 2 steuerbefreit. ²Nicht steuerbefreit sind inländische Beteiligungseinnahmen, inländische Immobilienerträge und sonstige inländische Einkünften. ³Die nach Satz 2 steuerpflichtigen Einkünfte sind zugleich inländische Einkünfte nach § 2 Nummer 1 des Körperschaftsteuergesetzes.

(3) ¹Inländische Beteiligungseinnahmen sind

1. Einnahmen nach § 43 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 und 1a des Einkommensteuergesetzes und
2. Entgelte, Einnahmen und Bezüge nach § 2 Nummer 2 Buchstabe a bis c des Körperschaftsteuergesetzes.

²Die Regelungen zum Steuerabzug nach § 32 Absatz 3 des Körperschaftsteuergesetzes sind entsprechend anzuwenden.

(4) ¹Inländische Immobilienerträge sind

1. Einkünfte aus der Vermietung und Verpachtung von im Inland belegenen Grundstücken oder grundstücksgleichen Rechten und
2. Gewinne aus der Veräußerung von im Inland belegenen Grundstücken oder grundstücksgleichen Rechten.

²Zur Ermittlung des Gewinns nach Satz 1 Nummer 2 ist § 23 Absatz 3 Satz 1 bis 4 des Einkommensteuergesetzes entsprechend anzuwenden. ³Wertveränderungen, die vor dem 1. Januar 2018 eingetreten sind, sind steuerfrei, sofern der Zeitraum zwischen der Anschaffung und der Veräußerung mehr als zehn Jahre beträgt.

(5) ¹Sonstige inländische Einkünfte sind

1. Einkünfte nach § 49 Absatz 1 des Einkommensteuergesetzes mit Ausnahme der Einkünfte nach § 49 Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe e des Einkommensteuergesetzes, soweit sie nicht von den Absätzen 3 oder 4 erfasst werden, und
2. bei inländischen Investmentfonds in der Rechtsform einer Investmentaktiengesellschaft darüber hinaus
 - a) Einkünfte, die die Investmentaktiengesellschaft oder eines ihrer Teilgesellschaftsvermögen aus der Verwaltung ihres Vermögens erzielt, und

- b) Einkünfte, die die Investmentaktiengesellschaft oder eines ihrer Teilgesellschaftsvermögen aus der Nutzung ihres Investmentbetriebsvermögens nach § 112 Absatz 2 Satz 1 des Kapitalanlagegesetzbuchs erzielt.

²Von gewerblichen Einkünften nach § 49 Absatz 1 Nummer 2 des Einkommensteuergesetzes ist nur auszugehen, wenn der Investmentfonds seine Vermögensgegenstände aktiv unternehmerisch bewirtschaftet.

(6) § 8b des Körperschaftsteuergesetzes ist nicht anzuwenden.

(6a) Die Anschaffung oder Veräußerung einer unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung an einer Personengesellschaft gilt als Anschaffung oder Veräußerung der anteiligen Wirtschaftsgüter.

(7) ¹Die Einkünfte sind als Überschuss der Einnahmen über die Werbungskosten, die in einem wirtschaftlichen Zusammenhang zu den Einnahmen stehen, zu ermitteln. ²§ 4 Absatz 5 bis 7 des Einkommensteuergesetzes gilt bei der Ermittlung der Einkünfte nach Satz 1 entsprechend. ³Bei Einkünften, die einem Steuerabzug unterliegen, sind der Ansatz der Werbungskosten sowie eine Verrechnung mit negativen Einkünften ausgeschlossen. ⁴Weicht das Geschäftsjahr des Investmentfonds vom Kalenderjahr ab, gelten die Einkünfte des Investmentfonds als in dem Kalenderjahr bezogen, in dem sein Geschäftsjahr endet.

(8) ¹Nicht ausgeglichene negative Einkünfte sind in den folgenden Veranlagungszeiträumen abzuziehen. ²§ 10d Absatz 4 des Einkommensteuergesetzes ist sinngemäß anzuwenden.

Autor und Mitherausgeber: Dr. Martin Klein, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 6	1	F. Erläuterungen zu Abs. 5: Sonstige inländische Einkünfte . . .	30
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Fiktion von Zweckvermögen und Vermögensmassen	5	G. Erläuterungen zu Abs. 6: Nichtanwendung von § 8b KStG . . .	31
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Körperschaftsteuerpflicht		H. Erläuterungen zu Abs. 6a: Beteiligung an Personengesellschaften	34
D. Erläuterungen zu Abs. 3: Inländische Beteiligungseinnahmen	20	I. Erläuterungen zu Abs. 7: Einkünfteermittlung	35
E. Erläuterungen zu Abs. 4: Inländische Immobilienerträge	25	J. Erläuterungen zu Abs. 8: Nicht ausgeglichene negative Einkünfte	45

1 A. Allgemeine Erläuterungen zu § 6

Grundinformation: § 6 regelt die KStPflcht in- und ausländ. Investmentfonds mit bestimmten, in Abs. 2 bis 5 definierten inländ. Einkünften. Die Vorschrift ist damit der Kern der InvStReform, die durch eine Abkehr vom zuvor geltenden eingeschränkten Transparenzprinzip und der persönlichen StBefreiung inländ. Investmentvermögen geprägt ist (s. dazu Einf. Anm. 3–5). Abs. 6, 6a und 7 enthalten

Regelungen zu Ermittlung der für Investmentfonds stpfl. Einkünfte, Abs. 8 regelt den Vortrag von Verlusten.

Rechtswicklung: Nach § 11 InvStG aF waren inländ. Investmentfonds von der deutschen KSt und der GewSt befreit und nur die Fondsanleger unterlagen mit von einem Fonds erzielten Einkünften der Steuer. Mit dem Investmentsteuerreformgesetz (InvStRefG) v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731) wurde die Investmentbesteuerung für Investmentfonds neu konzipiert und mit § 6 eine partielle KStPflcht von Investmentfonds eingeführt; s. dazu Einf. Anm. 5.

- ▶ *WElektroMobFördG („JStG 2019“)* v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17): Mit Ergänzungen in Abs. 1 Sätze 1 und 2, nach denen inländ. Investmentfonds ausdrücklich unbeschränkt (Satz 1) bzw. ausländ. Investmentfonds beschränkt kstpfl. (Satz 2) sind, soll Zweifeln begegnet werden, dass inländ. Investmentfonds in Deutschland nicht unbeschränkt stpfl. und damit nicht abkommensberechtigt sein könnten (BTDrucks. 19/13436, 173; s. auch Anm. 5 und Einf. Anm. 8; *Klein/Hörner/Adam*, ISR 2018, 216 [217]; *Neumann*, FR 2018, 457; *Mann in Blümich*, § 6 InvStG 2018 Rz. 90 [5/2020]; *Mann in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 6 Rz. 427). Die Neufassung von Abs. 2 regelt, dass nach Abs. 1 ausdrücklich kstpfl. Investmentfonds grds., dh. mit Ausnahme der in Abs. 2 Satz 2 genannten inländ. Einkünfte stbefreit sind. Abs. 5 wurde um Satz 2 ergänzt, nach dem Einkünfte nicht schon gewerbliche Einkünfte sind, wenn sie dies nach den allgemeinen Abgrenzungskriterien zwischen Vermögensverwaltung und Gewerblichkeit wären, sondern dies erst der Fall ist, wenn der Investmentfonds seine Vermögensgegenstände in wesentlichem Umfang aktiv unternehmerisch bewirtschaftet. Neu eingefügt wurde auch Abs. 6a, nach dem die Anschaffung oder Veräußerung einer unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung an einer PersGes. als Anschaffung oder Veräußerung der anteiligen WG gilt. Die § 23 Abs. 1 Satz 4 EStG entsprechende Regelung soll eine Besteuerungslücke schließen, die für den Fall bestand, dass ein Investmentfonds einen PersGes-Anteil nach Ablauf der zehnjährigen Behaltensfrist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG veräußerte. Schließlich sieht der neu angefügte § 6 Abs. 7 Satz 4 bei Investmentfonds eine geschäftsjahresbezogene Einkünfteermittlung vor. Sämtliche Regelungen sind seit dem 1.1.2020 anzuwenden (§ 57 Nr. 2).

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher Geltungsbereich:* § 6 regelt die KStPflcht in- und ausländ. Fonds im Hinblick auf bestimmte, in den Abs. 2 bis 5 definierte inländ. Einkünfte, nicht die Besteuerung der Anleger im Hinblick auf ihre Einkünfte aus Investmentfonds.
- ▶ *Persönlicher Geltungsbereich:* § 6 gilt für in- und ausländ. Investmentfonds.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* § 6 gilt ab dem 1.1.2018, s. § 56 Abs. 1.

Verhältnis zu anderen Vorschriften:

- ▶ *Verhältnis zu § 8 und § 10:* §§ 8 und 10 regeln StBefreiungen des Investmentfonds, die auf der Beteiligung steuerbegünstigter Anleger beruhen.
- ▶ *Verhältnis zu § 15:* § 15 regelt die GewStPflcht bzw. -Befreiung eines Investmentfonds.
- ▶ *Verhältnis zu § 31 KStG iVm. § 25 Abs. 3 Satz 1 EStG (Körperschaftsteuererklärung):* Ein Investmentfonds hat eine KStErklärung gegenüber der nach § 4 zuständigen Finanzbehörde abzugeben (§ 31 KStG iVm. § 25 Abs. 3 Satz 1 EStG) und wird dann zur KSt veranlagt, wenn er Einkünfte nach § 6 Abs. 2 erzielt, die

einem StAbzug unterliegen, oder wenn er Einkünfte nach § 6 Abs. 2 erzielt, die keinem StAbzug unterliegen, für die aber zu Unrecht kein StAbzug oder ein zu niedriger StAbzug vorgenommen wurde oder ein StAbzug zu Unrecht erstattet wurde). Entsprechendes – also die Möglichkeit der Abgabe einer KStErklärung mit anschließender Veranlagung – gilt nicht, wenn StAbzugsbeträge anderweitig in unzutreffender (also auch in zu hoher) Höhe einbehalten wurden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 6.52, 6.53).

- *Verhältnis zu DBA*: Zu Folgen der in § 6 geregelten StPflicht für die Berechtigung eines Investmentfonds, StErmäßigungen aufgrund eines DBA in Anspruch zu nehmen, s. oben zur Rechtsentwicklung, Anm. 5 mwN sowie Einf. Anm. 8. Besondere Aufmerksamkeit verlangt die Anwendung von DBA auf die als inländ. Beteiligungseinnahmen nach Abs. 3 Nr. 2 der inländ. Steuer unterworfenen Entgelte, Einnahmen und Bezüge nach § 2 Nr. 2 Buchst. a bis c KStG (s. Anm. 20): Eine Einordnung dieser Entgelte, Einnahmen und Bezüge als Dividenden im Sinne eines Dividendenartikels eines anwendbaren DBA (Art. 10 OECD-MA) erscheint – allerdings abhängig von der jeweils geltenden Dividendendefinition des einschlägigen DBA – fraglich (s. dazu auch *Klein/Hörner/Adam*, ISR 2018, 216 [222]). Insbesondere in Dreieckskonstellationen, in denen der Zahlende und der Zahlungsempfänger nicht in Deutschland ansässig sind, der einzige Inlandsbezug also darin besteht, dass Gegenstand der Überlassung Anteile an einer inländ. Gesellschaft sind, sollte die Anwendung des Dividenden-Artikels, aus dem Deutschland als Quellenstaat ein Besteuerungsrecht ableiten könnte, daran scheitern, dass nicht eine in einem Vertragsstaat (nämlich in Deutschland) ansässige Gesellschaft zahlt. Die inländ. Beteiligungseinnahmen nach Abs. 3 Nr. 2 fielen dann unter den „andere Einkünfte“ regelnden Artikel (Art. 21 OECD-MA), nach dem nur der Wohnsitzstaat ein Besteuerungsrecht hat. Die nichtsdestotrotz einzubehaltende (§ 50d Abs. 1 Satz 1 EStG) KapErtrSt ist zu erstatten (§ 50d Abs. 1 Satz 2 EStG). Fälle von Überlassenden verbleiben damit in derartigen Konstellationen für eine Besteuerung in Deutschland ohne DBA-Schutz.

2–4 Einstweilen frei.

5 B. Erläuterungen zu Abs. 1: Fiktion von Zweckvermögen und Vermögensmassen

Inländische Investmentfonds (Abs. 1 Satz 1): Siehe die Definitionen in § 2 Abs. 2 (dazu § 2 Anm. 6), § 1 Abs. 2 (dazu § 1 Anm. 6) und § 1 Abs. 1 KAGB. Anders als noch nach § 11 InvStG aF erstreckt sich die Fiktion als Zweckvermögen nicht mehr nur auf inländ. Sondervermögen, sondern umfasst mit dem weiteren Verweis auf inländ. Investmentfonds auch solche in Gestalt von Investmentgesellschaften (Investmentaktiengesellschaften, Investmentkommanditgesellschaften), die von der Fiktion als Zweckvermögen in § 11 Abs. 1 Satz 1 InvStG aF zuvor nicht erfasst waren (s. dazu auch „Fiktion“). Zudem ist nunmehr aufgrund der Fiktion in Abs. 1 Satz 1 iVm. § 1 Abs. 4 auch ein Teilgesellschaftsvermögen einer inländ. Investmentaktiengesellschaft ein (separates) Zweckvermögen (vgl. BTDrucks. 18/8045, 72).

Zweckvermögen nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG: Siehe die Definition in § 1 KStG Anm. 62, 30a.

Fiktion („gelten als“): Nach Abs. 1 Satz 1 gelten (Fiktion) inländ. Investmentfonds als Zweckvermögen. Aufgrund der Fiktion als Zweckvermögen muss damit für Sondervermögen nicht entschieden werden, ob sie nicht ohnehin unbeschränkt kstpfl. Zweckvermögen iSv. § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG sind (vgl. dazu *Schäfer in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 11 Rz. 33 f.). Für Investmentaktiengesellschaften bedeutet die Erstreckung der Fiktion auf sie ein Dilemma: Sie sind als Aktiengesellschaften KapGes. iSv. § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG (s. § 1 KStG Anm. 30a; *Schäfer in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 11 Rz. 38). Zudem gelten auch sie nun als Zweckvermögen (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG, s. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 6.3), ohne dass die Fiktion regelt, dass sie nicht mehr auch KapGes. sein sollen. Mit der Erstreckung der Fiktion in Abs. 1 Satz 1 auf Investmentaktiengesellschaften ist damit auch für den Fiskus, der in der Vergangenheit bestritten hat, dass Investmentaktiengesellschaften als KapGes. berechtigt sind, sich auf ein DBA-Schachtelprivileg zu berufen, nichts gewonnen.

Unbeschränkte Körperschaftsteuerpflicht: Abs. 1 Satz 1 regelt nunmehr (s. Anm. 1 zur Rechtsentwicklung) ausdrücklich, dass inländ. Investmentfonds unbeschränkt kstpfl. sind. Unseres Erachtens hatte sich das schon zuvor aus ihrer Fiktion als Zweckvermögen iSv. § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG ergeben, so dass diese Ergänzung von Abs. 1 Satz 1 die sich schon zuvor aus § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG ergebende Rechtsfolge („Unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtig sind ...“) nur klarstellt. Hintergrund der Ergänzung von Satz 1 waren Zweifel, inländ. Investmentfonds könnten aufgrund der zuvor geltenden Regelung ihrer StPfl., die sich nur auf bestimmte inländ. Einkünfte erstreckte, in Deutschland nur beschränkt stpfl. und damit nicht abkommensberechtigt sein (BTDrucks. 19/13436, 173; s. auch *Helios/Mann*, Das Gesetz zur Reform der Investmentbesteuerung, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 1 [11]; *Mann in Blümich*, § 6 InvStG 2018 Rz. 91 [5/2020]). Diese Zweifel waren uE schon vor der Ergänzung von Abs. 1 Satz 1 (und der Änderung von Abs. 2, s. dazu Anm. 15) nicht gerechtfertigt (s. Anm. 1, 5 und Einf. Anm. 8; *Klein/Hörner/Adam*, ISR 2018, 216 [217]; *Neumann*, FR 2018, 457).

Ausländische Investmentfonds (Abs. 1 Satz 2): Siehe die Definitionen in § 2 Abs. 3 (dazu § 2), § 1 Abs. 2 (dazu § 1 Anm. 6) und § 1 Abs. 1 KAGB.

Vermögensmassen nach § 2 Nr. 1 KStG: Siehe die Definition in § 2 KStG Anm. 46.

Fiktion („gelten als“): Nach Abs. 1 Satz 2 gelten (Fiktion) ausländ. Investmentfonds als Vermögensmassen nach § 2 Nr. 1 KStG. Sie sind schon damit bei Vorliegen inländ. Einkünfte iSv. Abs. 2 in Deutschland beschränkt kstpfl. nach § 2 Nr. 1 KStG.

Beschränkte Körperschaftsteuerpflicht: Abs. 1 Satz 2 regelt nunmehr (s. Anm. 1 zur Rechtsentwicklung) – entsprechend der Änderung in Satz 1 – ausdrücklich, dass ausländ. Investmentfonds in Deutschland nur beschränkt kstpfl. sind. Auch diese Rechtsfolge hatte sich uE schon zuvor aus der Fiktion ausländ. Investmentfonds als Vermögensmassen nach § 2 Nr. 1 KStG und § 2 KStG („beschränkt körperschaftsteuerpflichtig sind ...“) ergeben.

Einstweilen frei.

6–14

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Körperschaftsteuerpflicht

15

Grundsätzliche Steuerbefreiung von Investmentfonds (Abs. 2 Satz 1): Abs. 2 aF regelte ursprünglich nur die inländ. Einkünfte, mit denen Investmentfonds der Be-

steuerung unterliegen. Im Zusammenhang mit der Ergänzung von Abs. 1 um die ausdrückliche Regelung, dass inländ. Investmentfonds unbeschränkt und ausländ. Investmentfonds beschränkt kstpf. sind (s. dazu Anm. 1 und 5), wurde auch Abs. 2 geändert („Systemwechsel“, s. *Mann in Blümich*, § 6 InvStG 2018 Rz. 16, 24, 26a [5/2020]). Satz 1 regelt nun vorbehaltlich des Satzes 2 die persönliche StBefreiung der in Abs. 1 ausdrücklich als stpf. erklärten Investmentfonds.

Nicht von der Körperschaftsteuer befreite inländische Einkünfte (Abs. 2 Satz 2): Abs. 2 Satz 2 führt die sodann in Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 und Abs. 5 definierten inländ. Einkünfte auf, mit denen in- und ausländ. Investmentfonds trotz der generellen StBefreiung der Investmentfonds nach Satz 1 nicht von der deutschen KSt befreit sind. Mit dort nicht genannten Einkünften, also zB Zinseinkünften (außer bei Sicherung durch inländ. Grundbesitz), Wertpapierveräußerungsgewinnen, Gewinnen aus Termingeschäften, ausländ. Dividenden und ausländ. Immobilienerträgen, unterliegen weder in- noch ausländ. Investmentfonds der deutschen KSt (vgl. auch BTDrucks. 18/8045, 72, 74 zu Nr. 1 aE); s. aber zur Besteuerung dieser Erträge bei Ausschüttung oder Veräußerung der Investmentanteile beim Anleger § 16.

Inländische Beteiligungseinnahmen: Siehe Abs. 3.

Inländische Immobilienerträge: Siehe Abs. 4.

Sonstige inländischen Einkünfte: Siehe Abs. 5.

Inländische Einkünfte nach § 2 Nr. 1 KStG (Abs. 2 Satz 3): Abs. 2 Satz 3 regelt klarstellend (vgl. BTDrucks. 18/8045, 72), dass die inländ. Einkünfte nach Satz 1 bei ausländ. Investmentfonds auch inländ. Einkünfte iSv. § 2 Nr. 1 KStG sind und damit der beschränkten KStPflcht unterliegen.

16–19 Einstweilen frei.

20 D. Erläuterungen zu Abs. 3: Inländische Beteiligungseinnahmen

Einnahmen nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 1a EStG (Abs. 3 Satz 1 Nr. 1): Siehe § 43 EStG Anm. 13–16; im Wesentlichen geht es um Dividenden, die von im Inland ansässigen KapGes. ausgeschüttet werden. Erfasst sind aber auch Bezüge aus Genussrechten, mit denen das Recht am Gewinn und Liquidationserlös einer KapGes. verbunden ist, vGA, Bezüge nach Auflösung oder aus Kapitalherabsetzung sowie Einnahmen aus Hinterlegungsscheinen auf inländ. Aktien und Einkünfte iSv. § 19 Abs. 1 REITG (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 6.5, 6.6).

Entgelte, Einnahmen und Bezüge nach § 2 Nr. 2 Buchst. a bis c KStG (Abs. 3 Satz 1 Nr. 2): § 2 Nr. 2 KStG regelt die beschränkte KStPflcht bestimmter inländ. jPöR (vgl. § 2 KStG Anm. 101), und zwar in § 2 Nr. 2 Halbs. 1 KStG im Hinblick auf inländ. Einkünfte und in dem mit Semikolon abgetrennten zweiten Halbsatz von § 2 Nr. 2 KStG in den Buchst. a bis c im Hinblick auf Einkünfte aus bestimmten Wertpapiergeschäften (ua. Wertpapierleihen, Wertpapierpensionsgeschäfte, vgl. § 2 KStG Anm. 115 ff.). Nur auf Letztere bezieht sich der insofern unpräzise formulierte Rechtsfolgenverweis (vgl. BTDrucks. 18/8045, 73) in Abs. 3 Satz 1 Nr. 2, wonach über den Katalog inländ. Einkünfte iSv. § 49 EStG, mit dem beschränkt Stpf. in Deutschland der ESt oder der KSt unterliegen, hinaus insbes. Dividendenkompensationszahlungen bei Wertpapierleihgeschäften sowohl bei inländ. als auch ausländ. Investmentfonds der KStPflcht und dem StAbzug unter-

worfen werden (s. Abs. 3 Satz 2 mit Verweis auf § 32 Abs. 3 KStG). Für in- und ausländ. Investmentfonds gibt es damit als weitere Kategorie inländ. stpfl. Einkünfte, mit denen – außer Investmentfonds – kein anderer Steuerausländer im Inland der ESt oder KSt unterliegt. Die Regelung, die eingeführt wurde, um „eine Umgehung der Besteuerung von Dividenden zu vermeiden“ (BTDrucks. 18/8045, 73), erscheint seit der Einf. der §§ 36a und 50j EStG im besten Fall obsolet, eher aber überschießend, und auf jeden Fall konzeptionell wenig durchdacht, da sie zu ihrer Umsetzung verschiedener methodischer anspruchsvoller Fortentwicklungen bedarf, um praktikabel zu sein (s. nachfolgend und ausführl. auch *Klein/Hörner/Adam*, ISR 2018, 216 [220]).

- ▶ *Umfang der Entgelte, Einnahmen und Bezüge nach § 2 Nr. 2 Buchst. a bis c KStG:* Nach dem Wortlaut von § 2 Nr. 2 Buchst. a bis c KStG erstreckt sich die StPflcht über Dividendenkompensationszahlungen hinaus auch auf sonstige Entgelte, Einnahmen und Bezüge aus Wertpapierdarlehensgeschäften oder Wertpapierpensionsgeschäften, und das sogar dann, wenn während der Dauer der Laufzeit des Geschäfts aus den zugrunde liegenden Aktien gar keine Dividende gezahlt wird. Eine Orientierung an dem Zweck der Vorschriften, nämlich zu verhindern, dass eine Dividendenbesteuerung umgangen wird (vgl. BTDrucks. 18/8045, 73), spricht allerdings dafür, die Normen einschränkend dahingehend auszulegen, dass nur Dividendenkompensationszahlungen erfasst werden (vgl. *Hahne*, DStR 2017, 2310 [2314]). Die FinVerw. berücksichtigt dies, indem sie zwar Entgelte, Einnahmen und Bezüge umfassend versteht und Dividendenausgleichszahlungen sowie sonstige Leistungen (zB Zinsen oder sonstige Erträge aus als Sicherheit überlassenen Wertpapieren) einbezieht, allerdings die Höhe der hiernach stpfl. Erträge im Wege der teleologischen Reduktion auf den dem Investmentvermögen entgehenden Betrag einschließlich etwaiger StAbzugsbeträge („Brutto-Dividende“) begrenzt (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 6.8, 6.9). Das ändert indes nichts daran, dass die Übertragung des nur Inlandsfälle erfassenden Konzepts der §§ 2 Nr. 2 Buchst. a bis c, 32 Abs. 3 KStG auf Investmentfonds zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Vervielfältigung des deutschen Steueraufkommens zu führen droht, da zusätzlich zu der mit Abgeltungswirkung erhobenen KapErtrSt auf die Dividende auch jene auf die Entgelte, Einnahmen und Bezüge nach § 2 Nr. 2 Buchst. a bis c KStG entsteht (vgl. auch *Hahne*, DStR 2017, 2310 [2316]).
- ▶ *Inlandsbezug:* Erfasst werden die in § 2 Nr. 2 Buchst. a bis c KStG genannten Entgelte, Einnahmen und Bezüge, sofern sie nur (1) von einem Investmentfonds iSd. InvStG erzielt werden (was übrigens zur Folge hat, dass die StPflcht entfällt, wenn der Investmentfonds zur Transparenz optiert, § 30 Abs. 1 Satz 1) und (2) Gegenstand der Überlassung/Übertragung von Anteilen an einer KapGes. mit Sitz oder Geschäftsleitung im Inland (oder nach Auffassung der FinVerw. darauf bezogene *Depositary Receipts* wie ADR, GDR oder EDR, BMF v. 8.11.2017 – IV C 1 – S 1980 – 1/16/10010:010, DStR 2017, 2736, Abschnitt 3) sind. Da Letzteres nach dem Wortlaut der Normen der für die StPflcht in Deutschland einzig erforderliche Inlandsbezug ist (krit. dazu *Hahne*, DStR 2017, 2310 [2316]), besteht eine inländ. beschränkte StPflcht des Investmentfonds auch dann, wenn er und/oder der Entleiher der Anteile bzw. der Wertpapierpensionsnehmer im Inland weder Sitz noch Geschäftsleitung haben, sich also zB ein Steuerausländer von einem ausländ. Investmentfonds deutsche Aktien leiht.

- **Besteuerungsrecht nach DBA:** In Fällen, in denen der Empfänger der Entgelte, Einnahmen und Bezüge nach § 2 Nr. 2 Buchst. a bis c KStG den Schutz eines DBA genießt, das Deutschland mit dem Staat geschlossen hat, in dem er ansässig ist, dürfte dieses DBA Deutschland regelmäßig kein Besteuerungsrecht im Hinblick auf die inländ. Beteiligungseinnahmen nach Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 zuweisen (zu Details s. Anm. 1 „Verhältnis zu DBA“). Die nichtsdestotrotz einzubehaltende (§ 50d Abs. 1 Satz 1 EStG) KapErtrSt ist zu erstatten (§ 50d Abs. 1 Satz 2 EStG). Es verbleiben damit für eine Besteuerung in Deutschland Fälle von Empfängern solcher Entgelte, Einnahmen und Bezüge ohne DBA-Schutz. Siehe dazu auch *Klein/Hörner/Adam*, ISR 2018, 216 (222).

Steuerabzug nach § 32 Abs. 3 KStG (Abs. 3 Satz 2), Modifikation durch BMF: Abs. 3 Satz 2 ist nicht mehr Teil der Definition der inländ. Beteiligungseinnahmen, sondern ordnet (nur) für Entgelte, Einnahmen und Bezüge iSd. Satzes 1 Nr. 2 (vgl. BTDrucks. 18/8045, 73 zu Abs. 3) die entsprechende Geltung der Regelungen zum StAbzug nach § 32 Abs. 3 KStG (s. dazu § 32 KStG Anm. 32) an. Wer – ob In- oder Ausländer (s. § 32 KStG Anm. 32 und § 2 KStG Anm. 116; *Sieger* in *DPM*, § 2 KStG Rz. 226 [10/2009]) – sich zB gegen Zahlung einer Wertpapierleihgebühr von einem Investmentfonds Aktien leiht, ist danach grds. (zur Ausnahme s. unten) zum StAbzug (15 %, grds. zzgl. SolZ, § 32 Abs. 3 Satz 2 KStG, bei Vorlage der Statusbescheinigung 15 % inkl. SolZ, § 7 Abs. 1 und 3) verpflichtet (s. oben und vgl. zudem BTDrucks. 18/8045, 73). Den Entleiher (oder Wertpapierpensionsnehmer) stellt das praktisch vor die Schwierigkeit zu beurteilen, ob sein Gegenüber – wenn er weder Sitz noch Geschäftsleitung im Inland hat – ein Investmentfonds iSd. deutschen InvStG ist, weil nur dann eine inländ. beschränkte StPflcht und die haftungs- und im Zweifel auch strafbewehrte Verpflichtung besteht, KapErtrSt einzubehalten und abzuführen. Im Zweifel soll allerdings Steuer einbehalten und abgeführt und ggf. nach § 37 Abs. 2 AO erstattet werden müssen (s. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 6.16). Verkompliziert wird die Lage, wenn Wertpapiere nicht direkt, sondern über eine zentrale Gegenpartei oder im Wege einer Vermittlung von Wertpapierdarlehens- und Wertpapierpensionsgeschäften (Agency Lending) übertragen werden (StAbzugsverpflichtung bleibt unter bestimmten Voraussetzungen grds. bei ursprünglichem Darlehensnehmer bzw. Pensionsnehmer, vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 6.20, 6.21). Eine StAbzugsverpflichtung besteht nach § 50d Abs. 1 Satz 1 EStG auch, wenn der Bundesrepublik Deutschland aufgrund eines anwendbaren DBA kein Besteuerungsrecht im Hinblick auf die Beteiligungseinnahmen zusteht (s. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 6.15). Allerdings geht die FinVerw. davon aus, dass sie „eine Erhebung und Abführung der Steuerabzugsbeträge bei ausländischen Personen“ nicht sicherstellen kann, weshalb – gegen den Wortlaut des Gesetzes – in diesen Fällen kein StAbzug vorzunehmen sei (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 6.13; s. dazu ausführl. auch *Mann* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 6 Rz. 202 ff.). Gemäß Abs. 3 Satz 2 iVm. § 32 Abs. 3 Satz 2 KStG iVm. §§ 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 44 Abs. 1 Satz 2 EStG muss der ausländ. Abzugsverpflichtete diese Auffassung der FinVerw. beachten, aber auch befolgen dürfen, ohne bei unterlassenem StAbzug für die Steuer zu haften oder gar das Risiko steuerstrafrechtl. Ahndung einzugehen. In diesen Fällen soll der Investmentfonds, der derartige inländ. Beteiligungserträge erzielt, – wiederum unabhängig davon, ob Deutschland aufgrund etwaig anwendbarer DBA überhaupt ein Besteuerungsrecht zusteht – sie in einer abzugebenden KStErklärung angeben, wenn er Einkünfte erzielt, die nicht dem StAbzug unterliegen. Erzielt er ausschließlich inländ. Einkünfte, die dem StAbzug unterliegen bzw. solche, bei denen wie geschil-

dert vom StAbzug abgesehen wurde, soll der Investmentfonds dies dem BZSt. innerhalb von vier Monaten nach seinem relevanten Geschäftsjahresende auf amtlich zur Verfügung gestelltem Vordruck mitteilen (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 6.23, 6.24), damit die FinVerw. die Steuer dann nacherheben kann (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 6.23, 6.25).

Einstweilen frei.

21–24

E. Erläuterungen zu Abs. 4: Inländische Immobilienerträge

25

Einkünfte aus der Vermietung und Verpachtung im Inland belegener Grundstücke oder grundstücksgleicher Rechte (Abs. 4 Satz 1 Nr. 1): Die Vorschrift definiert – zusammen mit Nr. 2 – die inländ. Immobilienerträge, mit denen ein in- oder ausländ. Investmentfonds der beschränkten KStPflcht unterliegt. Für eine Definition von VuV s. § 21 EStG Anm. 50. Anders als § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und § 49 Abs. 1 Nr. 6 EStG spricht Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 nicht umfassend von der VuV von „Grundvermögen, insbes. von Grundstücken, Gebäuden etc. ... und Rechten, die den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Grundstücke unterliegen“ (vgl. dazu § 21 EStG Anm. 101 ff.), sondern nur von der VuV „von im Inland belegenen Grundstücken oder grundstücksgleichen Rechten“. Die Formulierung ist also enger als die des § 21 EStG, ohne dass die Begr. des Gesetzentwurfs (vgl. BTDrucks. 18/8045, 73) erkennen lässt, ob Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 auch die weiteren im EStG geregelten Einkünfte aus der Vermietung inländ. Grundvermögens umfassen soll. Diese wären dann aber wohl von Abs. 5 Nr. 1 erfasst.

Gewinne aus der Veräußerung im Inland belegener Grundstücke oder grundstücksgleicher Rechte (Abs. 4 Satz 1 Nr. 2): Ähnlich wie § 49 Abs. 1 Nr. 8 EStG regelt Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 die Gewinne aus der Veräußerung im Inland belegener Grundstücke oder grundstücksgleicher Rechte als inländ. Einkünfte bzw. Immobilienerträge, mit denen ein in- oder ausländ. Investmentfonds der beschränkten KStPflcht unterliegt. Anders als § 49 Abs. 1 Nr. 8 EStG begrenzt die Vorschrift die inländ. Immobilienerträge aber nicht auf Veräußerungsgewinne, die „private Veräußerungsgeschäfte“ iSd. §§ 22 Nr. 2 EStG wären, erfasst also auch Veräußerungen außerhalb der zehnjährigen Haltefrist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG (s. unten).

Ermittlung des Veräußerungsgewinns (Abs. 4 Satz 2): Die Veräußerungsgewinne werden entsprechend § 23 Abs. 3 Sätze 1 bis 4 EStG als Unterschied zwischen Veräußerungspreis und den Aufwendungen für das Grundstück (WK) ermittelt; s. dazu § 23 EStG Anm. 270–306. Nach Auffassung der FinVerw. sind dabei auch AfA zu berücksichtigen, die ein Investmentfonds vor dem 1.1.2018 bei der Ermittlung der stpfl. Erträge eines Anlegers angesetzt hat, es sei denn, die Wertsteigerungen sind nach § 6 Abs. 4 Satz 3 stfrei (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 6.28).

Verschonung vor dem 1.1.2018 eingetretener Wertveränderungen (Abs. 4 Satz 3): Da Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 die inländ. Immobilienerträge – anders als § 49 Abs. 1 Nr. 8 EStG die entsprechenden inländ. Einkünfte beschränkt Stpfl. – nicht auf Veräußerungsgewinne begrenzt, die „private Veräußerungsgeschäfte“ iSd. § 22 Nr. 2 EStG sind, erfasst die Vorschrift auch Gewinne aus der Veräußerung von Grundstücken, die der Investmentfonds länger als zehn Jahre gehalten hat (s. oben und Mann in Blümich, § 6 InvStG 2018 Rz. 53 [5/2020]). Nach der aufgrund der Beschlussempfehlung des Finanzausschusses (BTDrucks. 18/8739, 18, 101) gegen-

über dem Gesetzesentwurf der BReg. (BTDrucks. 18/8045, 14) abgemilderten Fassung des Satzes 3 bleiben Wertveränderungen, die vor dem 1.1.2018 eingetreten sind, stfrei, sofern der Zeitraum zwischen der Anschaffung und der Veräußerung (und nicht wie ursprünglich vorgeschlagen dem Datum der Verkündung des InvStRefG) mehr als zehn Jahre beträgt. Es empfiehlt sich, diese Wertveränderungen zum 1.1.2018 zeitnah zu dokumentieren; eine fiktive Veräußerung wie in § 56 Abs. 2 ist nicht vorgesehen (zu Details der Ermittlung des Verkehrswerts auf den 31.12.2017 s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 6.31, 6.32, mit Beispiel). Trotz des somit gewährten „partiellen Bestandschutzes“ ist eine stfreie Ausschüttung der geschützten Beträge an die Anleger nicht vorgesehen (s. *Mann in Blümich*, § 6 InvStG 2018 Rz. 55 [5/2020]).

26–29 Einstweilen frei.

30 F. Erläuterungen zu Abs. 5: Sonstige inländische Einkünfte

Sonstige inländische Einkünfte (Abs. 5 Satz 1): Die Vorschrift definiert in zwei Nummern die sonstigen inländ. Einkünfte, mit denen im Fall der Nr. 1 in- und ausländ., im Fall der Nr. 2 nur bestimmte inländ. Investmentfonds neben inländ. Beteiligungserträgen und inländ. Immobilienströmen der beschränkten KStPflcht unterliegen.

Einkünfte nach § 49 Abs. 1 EStG (Abs. 5 Nr. 1): Abs. 5 Nr. 1 verweist auf Einkünfte nach § 49 Abs. 1 EStG mit Ausnahme der Einkünfte nach § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e EStG, soweit sie nicht schon inländ. Beteiligungserträge oder inländ. Immobilienströme sind. Der KSt unterliegen damit zB Einkünfte aus unter der Beachtung von Besonderheiten der Investmentanlage zu beurteilender, nämlich nur bei aktiver unternehmerischer Bewirtschaftung von Vermögensgegenständen anzunehmender (s. Satz 2) gewerblicher Tätigkeit im Inland (§ 49 Abs. 1 Nr. 2 EStG), Erträge aus Wandelanleihen und Gewinnobligationen, wenn der Schuldner Wohnsitz, Geschäftsleitung oder Sitz im Inland hat (§ 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a EStG), Zinsen auf Darlehen, die mit inländ. Grundbesitz besichert sind (§ 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. c Doppelbuchst. aa EStG), Einnahmen aus Fremdkapitalgenussrechten (§ 49 Abs. 1 Buchst. c Doppelbuchst. bb EStG) und Einnahmen aus typisch stillen Gesellschaften und partiarischen Darlehen inländ. Schuldner (§ 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a EStG; vgl. auch *Stadler/Bindl*, DStR 2016, 1953 [1955]).

Ausnahme Beteiligungsveräußerungsgewinne: Ausgenommen sind explizit Einkünfte nach § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e EStG, also Gewinne aus der Veräußerung einer Beteiligung unter den Voraussetzungen des § 17 EStG (sog. wesentliche Beteiligung). Die Ausnahme soll Standortnachteile inländ. Fonds vermeiden, da ausländ. Fonds mit Beteiligungsveräußerungsgewinnen selbst bei inländ. beschränkter StPflcht nach innerstaatlichem Recht regelmäßig aufgrund von DBA in Deutschland nicht der Steuer unterliegen (vgl. BTDrucks. 18/8045, 73).

Ausnahme Beteiligungseinnahmen und Immobilienströme: Mit der Formulierung „soweit sie nicht“ werden inländ. Beteiligungseinnahmen und inländ. Immobilienströme ausgenommen, die schon von den Abs. 3 und 4 erfasst sind (das „sie“ in „soweit sie“ bezieht sich auf „Einkünfte nach § 49 Abs. 1 EStG“, nicht die „Ausnahme der Einkünfte nach § 49 Abs. 1 Nummer 2 Buchstabe e EStG“). Abs. 3 und Abs. 4 gehen also Abs. 5 Nr. 1 vor (vgl. *Haisch*, RdF 2015, 296).

Inländische Investmentaktiengesellschaft (Abs. 5 Nr. 2): Inländische Investmentfonds in der Rechtsform einer Investmentaktiengesellschaft unterliegen mit ihren Einkünften aus der Vermögensverwaltung und aus der Nutzung des Investmentbetriebsvermögens nach § 112 Abs. 2 Satz 1 KAGB der beschränkten KStPflicht.

Vermögensverwaltung (Abs. 5 Nr. 2 Buchst. a): Die Vorschrift entspricht weitgehend § 11 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 InvStG aF und dient dazu, die Verwaltungsvergütungen zu besteuern, die eine intern verwaltete Investmentaktiengesellschaft erzielt. Sie wird insoweit gestellt wie eine Kapitalverwaltungsgesellschaft, die Investmentfonds (in Gestalt von Sondervermögen oder extern verwaltetet Investmentaktiengesellschaften) fremdverwaltet und ihre Einkünfte daraus versteuern muss. Zu Einzelheiten vgl. *Schäfer in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 11 Rz. 47 ff. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass diese Regelung nunmehr nur noch klarstellend ist, da die entsprechenden Einkünfte als solche aus Gewerbebetrieb ohnehin auch von Abs. 5 Nr. 1 erfasst seien, vgl. BTDrucks. 18/8045, 74/75.

Einkünfte aus der Nutzung des Investmentbetriebsvermögens (Abs. 5 Nr. 2 Buchst. b): Anders als früher nach § 11 Abs. 1 Satz 4 Nr. 2 InvStG aF und auch anders als noch der Gesetzentwurf der BReg. versucht Buchst. b in der von dem BRat vorgeschlagenen Fassung (BRDrucks. 119/16, 6) nicht mehr, Einkünfte zu erfassen, die auf die von einer Investmentaktiengesellschaft begebenen Unternehmensaktien (im Gegensatz zu Anlageaktien, vgl. § 109 Abs. 1 KAGB) entfallen. Die Regelung stellt nun sachgerechter ab auf die Einkünfte aus der Nutzung des Investmentbetriebsvermögens (§ 112 Abs. 2 Satz 1 KAGB), das eine intern verwaltete Investmentaktiengesellschaft erwerben darf. Zum Hintergrund des Wechsels s. auch *Schäfer in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 11 Rz. 51.

Gewerbliche Einkünfte nur bei aktiver unternehmerischer Bewirtschaftung (Abs. 5 Satz 2): Der mit WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) angefügte und seit dem 1.1.2020 anzuwendende (§ 57 Nr. 2) Satz 2 modifiziert die Anforderungen an „gewerbliche Einkünfte nach § 49 Abs. 1 Nr. 2 EStG“, also die ebenda geregelten Einkünfte aus Gewerbebetrieb, um Besonderheiten der Investmentanlage Rechnung zu tragen. Hintergrund ist, dass die Investmentanlage eine kollektive Anlageform ist, bei der es naturgemäß zu sehr umfangreichen Vermögensanlagen kommt, die dadurch erstens einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern, und die zweitens durch professionelle Verwalter mit entsprechenden beruflichen Erfahrungen durchgeführt wird (BTDrucks. 19/13436, 173). Dies führte zwar nach allgemeinen Merkmalen (vgl. § 15 EStG Anm. 1100 ff.), nunmehr aber ausdrücklich nicht bei Investmentfonds zur Gewerblichkeit ihrer Einkünfte (s. auch zur GewSt § 15 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und dazu § 15 Anm. 10).

Beteiligung eines Investmentfonds an einer originär gewerblichen oder nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG gewerblich geprägten Personengesellschaft: Noch nicht eindeutig geklärt ist, ob die Beteiligung eines Investmentfonds an einer originär gewerblichen oder nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG gewerblich geprägten PersGes. eine aktive unternehmerische Bewirtschaftung von Vermögen und mithin gewerbliche Einkünfte annehmen lässt. Das BMF verneint das uE zutr. (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 15.39) bei der Erläuterung desselben Tatbestandsmerkmals für Zwecke der GewStPflicht des Investmentfonds, wenn lediglich Beratungs- oder Kontrollfunktionen (zB Entsendung von KVG-Vertretern in ein Aufsichtsgremium), Kommanditistenrechte oder sonstige Verwaltungsrechte ausgeübt werden. Die Beteili-

gung an einer gewerblich geprägten PersGes. stelle keinen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb dar (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 15.42). Demgegenüber vertritt das BMF (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 6.36) zur Bestimmung der für einen Investmentfonds kstpl. inländ. Einkünfte, bei Gewinnanteilen aus Mitunternehmenschaften sei stets von einer aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung und infolgedessen von Einkünften iSd. § 49 Abs. 1 Nr. 2 EStG auszugehen, sofern die weiteren Voraussetzungen des § 49 Abs. 1 Nr. 2 EStG – zB das Vorliegen einer BS im Inland – erfüllt seien. Tatsächlich hatte die Begr. der Änderung von Abs. 5 Satz 2 durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) ausgeführt, bei einer Beteiligung an einer Mitunternehmenschaft sei „generell“ von aktiver Bewirtschaftung auszugehen (BTDrucks. 19/13436, 173). Über dieses „generell“ geht die FinVerw. mit dem Gebrauch von „stets“ hinaus. Aber auch jenseits dieser Semantik erscheint ihre Haltung widersprüchlich; uE stellt das passive Halten von Beteiligungen an jeglichem Vehikel keine aktive unternehmerische Bewirtschaftung dar und sollte daher weder die Schwelle zu kstpl. inländ. Einkünften aus Gewerbebetrieb noch die zur GewSt überschreiten (vgl. auch *Stadler/Mager*, BB 2019, 1760 [1762]).

31 G. Erläuterungen zu Abs. 6: Nichtanwendung von § 8b KStG

§ 8b KStG wird nach Abs. 6 nicht auf die stpl. Einkünfte eines Investmentfonds angewandt. Investmentfonds werden damit im Hinblick auf ihre Beteiligungseinnahmen Inhabern von Streubesitz-Beteiligungen gleichgestellt, deren Dividendeneinnahmen ebenfalls nicht nach § 8b Abs. 1 KStG bei der Einkommensermittlung außer Ansatz bleiben (§ 8b Abs. 4 KStG). Auf Beteiligungsveräußerungsgewinne eines Investmentfonds wirkt sich die Nichtanwendung von § 8b KStG nicht aus, da diese ohnehin nicht zu den stpl. Einkünften von Investmentfonds gehören.

32–33 Einstweilen frei.

34 H. Erläuterungen zu Abs. 6a: Beteiligung an Personengesellschaften

Fiktion unmittelbarer Anschaffung oder Veräußerung von Wirtschaftsgütern: Der mit dem WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) angefügte, § 23 Abs. 1 Satz 4 EStG nachgebildete und seit dem 1.1.2020 anzuwendende (§ 57 Nr. 2) Abs. 6a fingiert („gelten als“) die Anschaffung oder Veräußerung einer unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung an einer PersGes. als Anschaffung oder Veräußerung der anteiligen WG (der PersGes.). Hintergrund der Regelung ist die folgende als „etwaige Besteuerungslücke“ (s. BTDrucks. 19/13436, 174) empfundene Rechtslage vor Einfügung des Abs. 6a: Die Veräußerung eines Anteils an einer inländ. Grundbesitz haltenden PersGes. konnte nicht als eine Veräußerung des Grundbesitzes nach Abs. 4 Satz 1 Nr. 2, bei der es auf die Veräußerung innerhalb einer Behaltefrist nicht ankommt (s. Anm. 25), besteuert werden. Da eine Besteuerung nach dem Auffangtatbestand des Abs. 5 Nr. 1 iVm. § 49 Abs. 1 Nr. 8 EStG (iVm. § 23 Abs. 1 Satz 4 EStG) nur innerhalb der zehnjährigen Behaltefrist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG möglich ist, konnte ein Investmentfonds einen Anteil an einer grundbesitzenden PersGes. nach Ablauf der zehnjährigen Behaltefrist stfrei veräußern. Die Fiktion nach Abs. 6a, bei der Veräuße-

zung der Beteiligung an der PersGes. werde das WG (der PersGes., die inländ. Immobilie) veräußert, soll nun eine Besteuerung gewährleisten (s. BTDrucks. 19/13436, 174). Abgesehen von praktischen Problemen, die Abs. 6a verursacht (s. dazu *Höring*, DStZ 2019, 906 [914], mit dem Hinweis auf börsennotierte ausländ. PersGes., in deren Fall nicht zu ermitteln ist, in welchem Umfang ein Veräußerungsgewinn auf inländ. Immobilien entfällt), erscheint Abs. 6a auch systematisch deplatziert. Gemessen an seinem begrenzten Zweck, eine vermeintliche Regelungslücke bei Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 zu schließen, hätte die Regelung als ergänzender Teilsatz zu Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 gehört. Mit dem Risiko, überschießend zu wirken, in den Status einer übergreifend geltenden Regelung erhoben, drängt sich ein Wertungswiderspruch zu § 2 Abs. 8 Satz 5 Nr. 1 geradezu auf.

I. Erläuterungen zu Abs. 7: Einkünfteermittlung

35

Einkünfteermittlung als Überschuss der Einnahmen über die Werbungskosten (Abs. 7 Satz 1): Nach Abs. 7 Satz 1 sind die Einkünfte als Überschuss der Einnahmen über die WK, die in einem wirtschaftlichen Zusammenhang zu den Einnahmen stehen, zu ermitteln. „Die Einkünfte“ iSv. Abs. 7 Satz 1 sind die Einkünfte von Investmentfonds. Sie werden auch dann als Überschuss der Einnahmen über die WK ermittelt, wenn der Fonds aufgrund gewerblicher Tätigkeit nicht von der GewSt befreit ist (vgl. BTDrucks. 18/8045, 75; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 6.41).

Einnahmen, Werbungskosten: Anders als § 3 Abs. 1 InvStG aF verweist Abs. 7 nicht auf § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG und damit auf die estl. Definitionen von Einnahmen und WK in §§ 8 bis 9a EStG. Der Gesetzgeber sieht Abs. 7 jedoch in der Tradition des § 3 InvStG aF (BTDrucks. 18/8045, 74: „Wie im bisherigen Investmentsteuerrecht ...“) und hält die §§ 8 bis 9a EStG für originär anwendbar (vgl. BTDrucks. 18/8739, 102, s. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 6.42). Das spricht dafür, sich auch ohne formelle Bezugnahme an den estl. Definitionen zu orientieren.

Einnahmen: Siehe § 8 EStG.

Werbungskosten: Siehe §§ 9, 9a EStG. Aufgrund der Anknüpfung der Einkünfteermittlung an die Vorschriften zu Überschusseinkünften möchte die FinVerw. dabei nur Abschreibungssätze für WG des PV anwenden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 6.45).

Wirtschaftlicher Zusammenhang der Werbungskosten mit den Einnahmen: Schon nach § 9 Sätze 1 und 2 EStG sind WK Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung der Einnahmen und bei der Einkunftsart abzuziehen, bei der sie erwachsen sind (s. dazu § 9 EStG Anm. 115 ff.). Abs. 7 Satz 1 verlangt zudem, dass die WK, um abgezogen werden zu können, in einem wirtschaftlichen Zusammenhang zu den Einnahmen stehen (zB AfA bei Einnahmen aus der Vermietung einer Immobilie). Ausweislich der Begr. des Gesetzentwurfs der BReg., die dazu das Ur. BFH v. 28.2.2013 (BFH v. 28.2.2013 – IV R 4/11, BFH/NV 2013, 1081) zitiert, hängt es von den Gründen ab, aus denen der Stpfl. die Aufwendungen vornimmt, ob und inwieweit Aufwendungen in wirtschaftlichem Zusammenhang mit einer Einkunftsart stehen. Die Gründe bildeten das „auslösende Moment“, das den Stpfl. bewogen habe, die Kosten zu tragen (vgl. BTDrucks. 18/8045, 75; s. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 6.44). Bestehe ein wirtschaftlicher Zusammenhang der Aufwendungen mit mehreren Einkunftsarten, entscheide der engere und wirtschaftlich vorrangige Veranlassungszusammenhang. Danach seien

Aufwendungen der Einkunftsart zuzuordnen, die im Vordergrund stehe und die Beziehungen zu den anderen Einkünften verdränge. Die Bezugnahme auf BFH v. 28.2.2013 (BFH v. 28.2.2013 – IV R 4/11, BFH/NV 2013, 1081) zeigt, dass es dem Gesetzgeber in erster Linie um Letzteres, also darum geht, Aufwendungen zuzuordnen zu können, wenn ein Investmentfonds (voll) stpfl. und (teilweise) stfreie Einnahmen erzielt.

Entsprechende Geltung von § 4 Abs. 5 bis 7 EStG (Abs. 7 Satz 2): Hält man mit dem Gesetzgeber die §§ 8 bis 9a EStG auch ohne Bezugnahme im InvStG für anwendbar (s.o. „Einnahmen, Werbungskosten“), so erweitert Satz 2 nur den Umfang der nicht abziehbaren WK des Investmentfonds über § 9 Abs. 5 EStG hinaus (insbes. § 4 Abs. 5b EStG: kein Abzug von GewSt) und knüpft den WK-Abzug bei Aufwendungen nach § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 bis 4, 6b und 7 EStG an die Erfüllung der Aufzeichnungspflichten des § 4 Abs. 7 EStG (vgl. BTDrucks. 18/8739, 102), wofür allerdings eine separate Aufzeichnung der Aufwendungen auf den für die aufsichtsrechtliche Ertragsermittlung vorgehaltenen Konten ausreichend ist (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 6.47).

Kein Werbungskostenansatz und keine Verrechnung mit negativen Einkünften bei Steuerabzug (Abs. 7 Satz 3): Von Einnahmen, die wie insbes. Beteiligungseinnahmen dem StAbzug unterliegen, können weder WK abgezogen noch dürfen sie mit negativen Einkünften verrechnet werden (Abs. 7 Satz 3). Nur innerhalb der nicht dem StAbzug unterliegenden Einkünfte können Verluste verrechnet werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 6.50). Der Gesetzgeber, der sich zur Rechtfertigung auf eine Verfahrensvereinfachung und die Gleichbehandlung in- und ausländ. Fonds beruft (vgl. BTDrucks. 18/8045, 75), geht davon aus, dass die auf die dem StAbzug unterliegenden Einkünfte entfallenden WK für den Anleger nicht verloren sind, sondern den Wert dessen Investmentanteils und damit einen künftigen (stpfl.) Veräußerungsgewinn mindern (so auch *Mann in Blümich*, § 6 InvStG 2018 Rz. 76 [5/2020]). Das kann, muss aber im Falle einer Veräußerung mit Verlust (s. insbes. § 20 Abs. 6 EStG) nicht so sein. Die FinVerw. geht im Übrigen davon aus, dass ein Investmentfonds, der nur dem StAbzug unterliegende Einkünfte erzielt, dazu verpflichtet ist, die zuständige Finanzbehörde zu informieren, wenn ua. ein zu niedrigerer StAbzug vorgenommen wurde (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 6.52, 6.53, letzter Satz „Körperschaftsteuererklärung“). Die Steuer könne dann durch Nacherhebung oder im Wege der KStVeranlagung erhoben werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 6.52). Wählt die FinVerw. Letzteres, zwingen Gründe der Verfahrensvereinfachung nicht mehr dazu, WK und Verluste unberücksichtigt zu lassen.

Geschäftsjahresbezogene Einkünfteermittlung (Abs. 7 Satz 4): Der mit dem WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) angefügte Satz 4 bestimmt, dass Investmentfonds bei vom Kj. abweichendem Geschäftsjahr ihre Einkünfte geschäftsjahresbezogen ermitteln. Dazu gelten (Fiktion) die Einkünfte als in dem Kj. bezogen, in dem das Geschäftsjahr endet.

J. Erläuterungen zu Abs. 8: Nicht ausgeglichene negative Einkünfte

45

Verlustvortrag nach den Verfahrensregelungen des § 10d Abs. 4 EStG: Positive und negative Einkünfte, die nicht dem StAbzug unterliegen, können miteinander verrechnet werden. Soweit eine solche Verrechnung innerhalb eines Jahres nicht möglich ist, werden Verluste in folgende VZ vorgetragen. Ein Verlustrücktrag ist nicht vorgesehen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 6.51). Die Verfahrensregelungen des § 10d Abs. 4 EStG (gesonderte Feststellung des Verlustvortrags, s. dazu § 10d EStG Anm. 120 ff.) sind sinngemäß anzuwenden.

§ 7 Erhebung der Kapitalertragsteuer gegenüber Investmentfonds

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731), zuletzt geändert durch AbzStEntModG v. 2.6.2021 (BGBl. I 2021, 1259; BStBl. I 2021, 787)

(1) ¹Bei Einkünften nach § 6 Absatz 2, die einem Steuerabzug unterliegen, beträgt die Kapitalertragsteuer 15 Prozent des Kapitalertrags. ²Es ist keine Erstattung von Kapitalertragsteuer nach § 44a Absatz 9 Satz 1 des Einkommensteuergesetzes vorzunehmen. ³Wird Solidaritätszuschlag erhoben, so mindert sich die Kapitalertragsteuer in der Höhe, dass die Summe aus der geminderten Kapitalertragsteuer und dem Solidaritätszuschlag 15 Prozent des Kapitalertrags beträgt. ⁴Im Übrigen ist gegenüber Investmentfonds keine Kapitalertragsteuer zu erheben.

(2) Soweit Einkünfte nach § 6 Absatz 2 einem Steuerabzug unterliegen, sind die Körperschaftsteuer und der Solidaritätszuschlag durch den Steuerabzug abgegolten.

(3) ¹Absatz 1 ist nur anzuwenden, wenn der nach § 44 des Einkommensteuergesetzes zum Abzug der Kapitalertragsteuer verpflichteten Person (Entrichtungspflichtiger) eine Bescheinigung vorliegt, in der die zuständige Finanzbehörde den Status als Investmentfonds bestätigt hat (Statusbescheinigung). ²Der Entrichtungspflichtige hat den Tag der Ausstellung der Statusbescheinigung und die darin verwendeten Identifikationsmerkmale aufzuzeichnen.

(4) ¹Die Erteilung der Statusbescheinigung erfolgt auf Antrag, der nach amtlich vorgeschriebenem Muster zu stellen ist. ²Die Gültigkeit der Statusbescheinigung darf höchstens drei Jahre betragen. ³In der Statusbescheinigung ist anzugeben, ob der Investmentfonds unbeschränkt oder beschränkt körperschaftsteuerpflichtig ist. ⁴Die Statusbescheinigung kann rückwirkend für einen Zeitraum von sechs Monaten vor der Antragstellung erteilt werden. ⁵Die zuständige Finanzbehörde kann die Statusbescheinigung jederzeit zurückfordern. ⁶Fordert die zuständige Finanzbehörde die Statusbescheinigung zurück oder erkennt der Investmentfonds, dass die Voraussetzungen für ihre Erteilung weggefallen sind, so ist die Statusbescheinigung unverzüglich zurückzugeben.

(5) ¹Wenn ein unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtiger Investmentfonds innerhalb von 18 Monaten nach Zufluss eines Kapitalertrags eine Statusbescheinigung vorlegt, so hat der Entrichtungspflichtige dem Investmentfonds die Kapitalertragsteuer zu erstatten, die den nach Absatz 1 vorzunehmenden Steuerabzug übersteigt. ²Das Gleiche gilt, soweit der Investmentfonds innerhalb von 18 Monaten nach Zufluss eines Kapitalertrags nachweist, dass die Voraussetzungen für eine Steuerbefreiung nach den §§ 8 bis 10 vorliegen. ³Eine zuvor erteilte Steuerbescheinigung ist unverzüglich im Original zurückzugeben. ⁴Die Erstattung darf erst nach Rückgabe einer bereits erteilten Steuerbescheinigung erfolgen.

Autor und Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 7	1	E. Erläuterungen zu Abs. 4: Statusbescheinigung	25
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Modifikation des Steuerabzugs	5	F. Erläuterungen zu Abs. 5: Nachträgliche Vorlage der Statusbescheinigung und nachträglicher Nachweis einer Steuerbefreiung nach §§ 8 bis 10	35
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Abgeltungswirkung des Steuerabzugs	15		
D. Erläuterungen zu Abs. 3: Vorlage der Statusbescheinigung . .	20		

1 A. Allgemeine Erläuterungen zu § 7

Grundinformation: § 7 regelt – abwechselnd von „Kapitalertragsteuer“ und „Steuerabzug“ sprechend – die Erhebung von KapErtrSt von bestimmten Erträgen eines Investmentfonds gegenüber diesem, also auf der Fondseingangs-, nicht auf der Fondsausgangsseite (s. dazu §§ 43 ff. EStG). Dabei ordnet die Vorschrift nicht an, dass alle Erträge eines Investmentfonds dem KapErtrStAbzug zu unterwerfen sind, sondern modifiziert nur die Regeln, nach denen diejenigen Erträge dem KapErtrStAbzug unterliegen, von denen ohnehin, dh. bereits nach anderen Vorschriften, KapErtrSt einzubehalten und abzuführen ist.

Rechtsentwicklung:

► *AbzStEntModG v. 2.6.2021* (BGBl. I 2021, 1259; BStBl. I 2021, 787): In Abs. 4 wird ein neuer Satz 3 eingefügt, nach dem in der Statusbescheinigung anzugeben ist, ob der Investmentfonds unbeschränkt oder beschränkt kstplf. ist. Diese Information benötigt der Entrichtungspflichtige, dem der Investmentfonds die Statusbescheinigung vorlegt, da er nach dem ebenfalls geänderten Abs. 5 Satz 1, in dem die Wörter „Wenn der Investmentfonds“ durch die Wörter „Wenn ein unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtiger Investmentfonds“ ersetzt werden, bei nachträglicher Vorlage einer Statusbescheinigung eine zuvor zu hoch einbehaltene KapErtrSt nur noch an unbeschränkt kstplf. Investmentfonds erstatten darf; beschränkt kstplf. Investmentfonds werden auf die Erstattung des BZSt. nach § 11 Abs. 1 verwiesen (s. dazu auch § 11 Anm. 1 und 5). Die Reduktion der bis dahin drei beschränkt kstplf. Investmentfonds zur Verfügung stehenden Erstattungsverfahren (nach § 50d Abs. 1 EStG – künftig § 50c EStG –, § 7 Abs. 5 und § 11) um eines dieser Verfahren (nämlich das nach § 7 Abs. 5 aF) soll die Gefahr der Mehrfacherstattung „ausräumen“ bzw. den zu ihrer Kontrolle erforderlichen administrativen Aufwand mindern (vgl. BTDrucks. 19/27632, 73).

Geltungsbereich:

- *Sachlicher Geltungsbereich:* § 7 regelt die Erhebung von KSt (in Gestalt von KapErtrSt) von Einkünften nach § 6 Abs. 2 gegenüber einem Investmentfonds
- *Persönlicher Geltungsbereich:* § 7 gilt für in- und ausländ. Investmentfonds. Er gilt auch für Spezialfonds, soweit für diese in den §§ 30 ff. nichts Abweichendes geregelt ist (§ 29 Abs. 1).
- *Zeitlicher Geltungsbereich:* § 7 gilt ab dem 1.1.2018, s. § 56 Abs. 1, die Änderungen durch das AbzStEntlModG v. 2.6.2021 (s.o.) sind ab 1.7.2021 anzuwenden; bei

Vorlage einer Statusbescheinigung, die nicht die Angaben nach § 7 Abs. 4 Satz 3 idF des AbzStEntlModG enthält, ist ab dem 1.7.2021 eine Erstattung nach § 7 Abs. 5 ausgeschlossen, s. § 57 Abs. 3 und dazu auch § 57 Abs. 3 sowie § 57 Anm. 1 und 16. Nach BMF, Anwendungsfragen, Rz. 7.28a wird es bei einem unbeschränkt kstpfl. Investmentfonds, dessen gültige Statusbescheinigung mit Gültigkeitsbeginn vor dem 1.7.2021 noch nicht die zusätzlichen Angaben nach Abs. 4 Satz 3 idF des AbzStEntlModG enthält, nicht beanstandet, wenn abweichend von § 57 Abs. 3 Satz 2 idF des AbzStEntlModG eine Erstattung nach Abs. 5 Satz 2 durch den Entrichtungspflichtigen durchgeführt wird, sofern dem Entrichtungspflichtigen die unbeschränkte KStPflcht des Investmentfonds bekannt ist. Danach kann auf die Vorlage einer neuen Statusbescheinigung mit den zusätzlichen Angaben nach Abs. 4 Satz in diesen Fällen bis zum Ablauf der noch gültigen Statusbescheinigung verzichtet werden. Diese Übergangsregelung nimmt nicht Bezug auf § 7 Abs. 1, der allerdings durch das AbzStEntlModG auch nicht geändert wurde. Auch für dessen Anwendungsbereich (Begrenzung der KapErtrSt auf 15% für – unverändert – unbeschränkt und beschränkt kstpfl. Investmentfonds bei Vorlage einer Statusbescheinigung) sollte es uE aber (erst recht) dabei bleiben, dass bisher gültige Statusbescheinigungen (bis zu deren Ablauf) nach dem 30.6.2021 auch ohne die ohnehin nur für Abs. 5 inhaltlich relevanten Zusatzangaben weiter zu verwenden und anzuerkennen sind (s. auch unten Anm. 5).

Verhältnis zu anderen Vorschriften:

- ▶ *Verhältnis zu DBA:* § 7 schließt eine weitergehende Ermäßigung deutscher KapErtrSt nach einem DBA nicht aus, s. Anm. 5.
- ▶ *Verhältnis zu § 50d EStG:* Macht ein ausländ. Investmentfonds eine weitergehende Ermäßigung deutscher KapErtrSt nach einem DBA geltend, so gelten für ihn ungeachtet deren inzwischen erwiesener EU-Rechtswidrigkeit (EuGH v. 20.12.2017 – C-504/16, juris) schon nach § 50d Abs. 3 Satz 5 EStG nicht dessen erhöhte Substanzanforderungen (s. dazu § 50d EStG Anm. 61).
- ▶ *Verhältnis zu § 31 KStG iVm. § 25 Abs. 3 Satz 1 EStG (Körperschaftsteuererklärung):* Zur Verpflichtung, eine KStErklärung abzugeben, sowie zur Veranlagung zur KSt s. § 6 Anm. 1.
- ▶ *Verhältnis von § 7 Abs. 5 zu § 11:* Nach BMF (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 11.7) soll von der Erstattungsmöglichkeit nach § 11 nur Gebrauch gemacht werden, wenn die Abstandnahme vom StAbzug zB mangels rechtzeitiger Ausstellung einer Statusbescheinigung fehlgeschlagen ist und die Voraussetzungen für das Erstattungsverfahren beim Entrichtungspflichtigen nach § 7 Abs. 5 nicht vorliegen (s. Anm. 35). Dies kann nach der Ergänzung von § 7 durch das AbzStEntModG (s.o. „Rechtsentwicklung“) künftig nur noch für unbeschränkt kstpfl. Investmentfonds gelten, da Entrichtungspflichtige an beschränkt kstpfl. Investmentfonds bei nachträglicher Vorlag der Statusbescheinigung keine KapErtrSt mehr erstatten dürfen, sondern diese eine solche zwingend beim BZSt. beantragen müssen.

Einstweilen frei.

2–4

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Modifikation des Steuerabzugs

5

Steuerabzug nur bei Einkünften nach § 6 Abs. 2 (Abs. 1 Sätze 1 und 4): Nach den Sätzen 1 und 4 ist (nur) von den Einkünften eines Investmentfonds nach § 6 Abs. 2 KapErtrSt (s. dazu § 6 Anm. 15) zu erheben, die (ohnehin, dh. schon nach

anderen Vorschriften) dem StAbzug unterliegen. Keine KapErtrSt ist damit zu erheben von Einkünften eines Investmentfonds, die nicht zu den (stpfl.) Einkünften nach § 6 Abs. 2 gehören oder die zwar zu den Einkünften nach § 6 Abs. 2 gehören, aber – wie zB regelmäßig Immobilienerträge (Ausnahme: § 50a Abs. 7 EStG) – nicht dem StAbzug unterliegen.

Einkünfte: Dass Abs. 1 Satz 1 von Einkünften nach § 6 Abs. 2 spricht, die einem StAbzug unterliegen, ist sprachlich ungenau, da in § 6 Abs. 2 von Einnahmen, Erträgen und Einkünften die Rede ist. Im Hauptanwendungsfall der inländ. Beteiligungseinnahmen ordnet § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG den Abzug vom Kapitalertrag an und definiert diesen als KapErtrSt. Gemeint sind in Abs. 1 Satz 1 aber wohl – vorbehaltlich der Einschränkung, dass diese einem StAbzug unterliegen haben müssen – die inländ. Beteiligungseinnahmen, die inländ. Immobilienerträge und die sonstigen inländ. Einkünfte.

Steuerabzug: Abs. 1 Satz 1 regelt die Höhe der KapErtrSt von Einkünften nach § 6 Abs. 2, die „einem Steuerabzug unterliegen“. „Ein Steuerabzug“ kann auch der Abzug einer Steuer sein, die nicht KapErtrSt ist (zB Abzugsteuer nach § 50a Abs. 7 EStG). Deshalb ist unklar, ob mit der Formulierung in Satz 1 „Abzugsteuer bei Einkünften, die dem Steuerabzug unterliegen“ oder, wofür systematische Zusammenhänge mit der auf KapErtrSt-Fälle gemünzten Statusbescheinigung sprechen (s. Abs. 3, Vorlage bei nach § 44 EStG zum Abzug von KapErtrSt verpflichteten Person), „Kapitalertragsteuer bei Einkünften, die dem Kapitalertragsteuerabzug unterliegen“ gemeint ist. Das BMF scheint die Vorschrift eher weit zu verstehen und jeden StAbzug von Einkünften eines Investmentfonds, dh. nicht nur den KapErtrStAbzug, auf 15 % begrenzen zu wollen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 7.2, erster Satz „steuerabzugspflichtige Einkünfte“). Hauptanwendungsfall ist allerdings praktisch ohnehin der Abzug von KapErtrSt. Dem KapErtrStAbzug unterliegen in erster Linie inländ. Beteiligungseinnahmen (s. oben und § 6 Anm. 20), aber auch zB ausgeschüttete oder ausschüttungsgleiche inländ. Immobilienerträge aus der Beteiligung eines Investmentfonds an einem Spezial-Investmentfonds (§ 50 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1; vgl. auch BTDrucks. 18/8045, 76) oder Einnahmen aus typisch stillen Gesellschaften und partiarischen Darlehen inländ. Schuldner (§ 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a EStG, vgl. auch *Stadler/Bindl*, DStR 2016, 1953 [1955]).

Steuersatz (Abs. 1 Satz 1) ggf. inklusive Solidaritätszuschlag (Abs. 1 Satz 3): Der StStatz beträgt 15 %, ggf. inklusive SolZ, dh., es fallen 14,218 % KapErtrSt und 0,782 % SolZ an (Satz 3; s. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 7.2).

Weitergehende Ermäßigung nach DBA: Die Absenkung des KapErtrStsatzes auf 15 % nach § 7 schließt es nicht aus, dass ein ausländ. Investmentfonds zB gestützt auf ein DBA eine weitergehende Entlastung von deutscher KapErtrSt erreichen kann (Erstattung durch das BZSt., § 50d Abs. 1 Satz 2 EStG). Anderenfalls wären Vorschriften wie Art. 10 Abs. 2 Buchst. a DBA-Luxemburg 2012 (Ausschluss von Investmentgesellschaften) obsolet. § 7 Abs. 1 Satz 1 ist also schon formell, aber auch inhaltlich kein *treaty override* und lässt – ebenso wie § 44a Abs. 9 EStG, für welchen dessen Satz 3 das klarstellt – damit einen möglicherweise bestehenden weitergehenden Ermäßigungsanspruch nach einem DBA unberührt. Richtigerweise wurde deshalb die in § 50d Abs. 3 Satz 5 EStG geregelte Ausnahme von den Anforderungen des § 50d Abs. 3 EStG für Gesellschaften, für die die Vorschriften des InvStG gelten (s. dazu § 50d EStG Anm. 61), von der InvStReform nicht berührt.

Keine Kapitalertragsteuererstattung nach § 44a Abs. 9 Satz 1 EStG (Abs. 1 Satz 2): § 44a Abs. 9 Satz 1 EStG sieht vor, dass beschränkt stpfl. Körperschaften

zwei Fünftel der KapErtrSt erstattet werden und so die KapErtrSt von 25 % auf 15 % ermäßigt wird (s. dazu § 44a EStG Anm. 21). Abs. 1 Satz 2 schließt diese Erstattung bei Investmentfonds aus, da sich bereits aus Satz 1 ein ermäßigter StStz von 15 % ergibt.

Weiteres Tatbestandsmerkmal Vorlage der Statusbescheinigung (Abs. 3): KapErtrSt darf nur dann nach Abs. 1, dh. insbes. nach dem gegenüber dem regulären Satz (25 %, § 43a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG) reduzierten StStz erhoben werden, wenn dem Entrichtungspflichtigen die Statusbescheinigung nach Abs. 3 vorliegt, s. Anm. 20. Für bis zum 31.12.2018 zufließende Kapitalerträge will es die FinVerw. allerdings nicht beanstanden, wenn ein Entrichtungspflichtiger auf der Grundlage einer ihm vorliegenden und noch gültigen NV-Bescheinigung eines inländ. Investmentfonds (NV-Art. 05), die sogar noch in 2018 mit Gültigkeit bis Ende 2018 auf Antrag erteilt werden soll, den KapErtrStAbzug nach § 7 Abs. 1 vornimmt (BMF v. 8.11.2017 – IV C 1 - S 1980 – 1/16/10010:10, DStR 2017, 2736, Rz. 6; Entwurf des BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 – 1/16/10010:001, Rz. 7.5). Die Vorlage einer Statusbescheinigung ist nicht Voraussetzung für die nach Abs. 2 abgeltende Wirkung des StAbzugs (s. Wortlaut von Abs. 3: „Absatz 1 ist nicht anzuwenden ...“; vgl. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 7.13). Indem Abs. 3 Satz 1 die Vorlage einer Statusbescheinigung zur Voraussetzung für die Anwendung von Abs. 1 und damit der Anwendung des auf 15% ermäßigten StStzes beim StAbzug macht und nachdem nunmehr nach Abs. 4 Satz 3 i.V.m. § 57 Abs. 3 ab dem 1.7.2021 in der Statusbescheinigung anzugeben ist, ob der Investmentfonds unbeschränkt oder beschränkt kstpflichtig ist, stellt sich die Frage, ob nach dem 30.6.2021 der (ermäßigte) StStz von 15% ohne die Gefahr einer Haftung für etwaig zu niedrig einbehaltene Steuer angewandt werden darf, wenn die vorgelegte Statusbescheinigung die ab dem 1.7.2021 verlangten zusätzlichen Angaben noch nicht enthält. Die von der FinVerw. in BMF, Anwendungsfragen, Rz. 7.28a veröffentlichte Übergangsregelung befasst sich nur mit Abs. 5 und schweigt zu den Auswirkungen auf Abs. 1, der allerdings selbst auch nicht durch das AbzStEntlModG geändert wurde. Da allerdings die Berücksichtigung des ermäßigten StStzes – anders als die Erstattung durch den Entrichtungspflichtigen nach Abs. 5 – unverändert auch künftig bei Zahlungen an unbeschränkt und beschränkt stpfl. Investmentfonds vorgesehen ist, die neuen inhaltlichen Anforderungen nach Abs. 4 Satz 3 also dafür irrelevant sind, sollten vor dem 1.7.2021 gültige Statusbescheinigungen (bis zu deren Ablauf) nach dem 30.6.2021 auch ohne die Zusatzangaben nach Abs. 4 Satz 3 für Zwecke des Abs. 1 weiter zu verwenden und anzuerkennen seien.

Einstweilen frei.

6–14

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Abgeltungswirkung des Steuerabzugs 15

Soweit Einkünfte eines Investmentfonds nach § 6 Abs. 2 einem StAbzug unterliegen, sind KSt und SolZ – unabhängig von der Vorlage einer Statusbescheinigung nach Abs. 3 (s. Anm. 5) – durch diesen StAbzug abgegolten, dh., der Investmentfonds wird mit diesen nicht zur KSt veranlagt (s. dazu auch Anm. 1 und § 6 Anm. 1 zum Verhältnis zu § 31 KStG iVm. § 25 Abs. 3 Satz 1 EStG, KStErklärung). Dabei spricht Abs. 2 (s. auch Anm. 5) zwar weit von „einem Steuerabzug“. Die Abgeltungswirkung nach Abs. 2 erstreckt sich aber uE nicht auf einen möglichen StAbzug nach § 50a Abs. 7 EStG, dem inländ. Immobilienerträge unterliegen könnten. Wäre das anders, müsste für diesen Fall entsprechend § 50a Abs. 7 Satz 4

EStG die Abgeltungswirkung des StAbzugs suspendiert werden (s. auch *Mann in Blümich*, § 7 InvStG 2018 Rz. 17a [8/2019]).

16–19 Einstweilen frei.

20 D. Erläuterungen zu Abs. 3: Vorlage der Statusbescheinigung

Vorlage der Statusbescheinigung als Anwendungsvoraussetzung von Abs. 1 (Abs. 3 Satz 1): Dem Abs. 3 vorangestellte Rechtsfolge ist, dass Abs. 1 nur anzuwenden ist, wenn dem Entrichtungspflichtigen eine Statusbescheinigung vorliegt. Dies betrifft den ganzen Abs. 1, also nicht nur die Begrenzung des Abzugsteuersatzes auf 15 % inklusive SolZ, sondern auch, dass nach Abs. 1 Satz 4 im Übrigen keine KapErtrSt zu erheben ist. Liegt also keine Statusbescheinigung vor, unterliegen gegenüber Investmentfonds auch nicht von § 6 Abs. 2 erfasste, generell aber kapertstpfl. Kapitalerträge dem KapErtrStAbzug, wenn dieser nach allgemeinen Regeln für sie vorgesehen ist (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 7.11; s. auch *Mann in Blümich*, § 7 InvStG 2018 Rz. 21 [8/2019]). Allerdings bleiben gegenüber ausländ. Investmentfonds die Beschränkungen des nationalen Besteuerungsrechts bei beschränkter StPflcht zu beachten (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 7.11, mit Hinweis auf BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Rz. 312 ff.), so dass von Kapitalerträgen, von denen gegenüber Steuerausländern schon mangels beschränkter StPflcht nach innerstaatlichem Recht keine KapErtrSt einbehalten wird, auch dann kein StAbzug vorzunehmen ist, wenn keine Statusbescheinigung vorliegt.

Statusbescheinigung (Abs. 3 Satz 1): Satz 1 definiert die Statusbescheinigung als die Bestätigung des Status als Investmentfonds durch die zuständige Finanzbehörde (§ 4). Ihre Erteilung regelt Abs. 4. Die Statusbescheinigung muss dem Entrichtungspflichtigen im Zeitpunkt des Zuflusses des Kapitalertrags beim Investmentfonds (arg. aus Abs. 5 Satz 1 und § 44 Abs. 1 Satz 2 EStG) vorliegen, damit dieser KapErtrSt nach Abs. 1, dh. insbes. nur iHv. 15 % inklusive SolZ bzw. gar nicht (bei Erträgen, die nicht in § 6 Abs. 2 und Abs. 5 iVm. § 49 Abs. 1 EStG genannt sind), erheben muss bzw. darf.

Statusbescheinigung als sonstiger Verwaltungsakt: Die Statusbescheinigung enthält die Verfügung, dass der Entrichtungspflichtige von den Einkünften eines Investmentfonds nach § 6 Abs. 2 KapErtrSt nach Maßgabe des § 7 Abs. 1 erheben darf. Die Statusbescheinigung ist damit – auch nach Auffassung der FinVerw. (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 7.21, „Widerruf“, s. auch *Mann in Blümich*, § 7 InvStG 2018 Rz. 22 [8/2019]) – (sonstiger) Verwaltungsakt (§ 118 AO). Ihrem Inhalt nach ist die Statusbescheinigung vergleichbar mit der Freistellungsbescheinigung nach § 50d Abs. 2 EStG und der Bescheinigung nach § 44a Abs. 2 EStG, die nach der Rspr. des BFH nicht StBescheide, aber sonstige (begünstigende) Verwaltungsakte iSd. § 130 AO sind (vgl. BFH v. 11.10.2000 – I R 34/99, BStBl. II 2000, 291, zur Freistellungsbescheinigung nach § 50d EStG; BFH v. 16.10.1991 – I R 65/90, BStBl. II 1992, 322, zur Bescheinigung nach § 44a Abs. 2 EStG).

Entrichtungspflichtiger (§ 43 Satz 2 AO) ist nach Abs. 3 Satz 1 die nach § 44 EStG zum Abzug der KapErtrSt verpflichtete Person; s. dazu § 44 EStG Anm. 13 ff.

Vorliegen der Statusbescheinigung: Die Statusbescheinigung muss dem Entrichtungspflichtigen vorliegen. Nach Auffassung der FinVerw. setzt dies im Grundsatz deren physische Übergabe im Original voraus (BMF, Anwendungsfragen,

Rz. 7.16). Der Entrichtungspflichtige soll die Echtheit der Bescheinigung prüfen müssen, darauf aber idR vertrauen dürfen, wenn die Bescheinigung die ausstellende Behörde erkennen lässt und ein (ggf. elektronisches) Dienstsiegel dieser Behörde enthält (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 7.17). Das BZSt. hat vor, einem Investmentfonds nicht nur eine, sondern so viele zusätzliche Exemplare der Statusbescheinigung auszustellen, wie er braucht. Nach einem Schreiben des BMF (BMF v. 8.11.2017 – IV C 1 - S 1980 – 1/16/10010:010, DStR 2017, 2736) wird es von der FinVerw. für bis einschließlich 31.12.2018 zufließende Kapitalerträge nicht beanstandet, wenn der Entrichtungspflichtige auf Grundlage einer ihm vorliegenden und noch gültigen NV-Bescheinigung für einen inländ. Investmentfonds (NV-Art. 05) den KapErtrStAbzug nach § 7 Abs. 1 vornahm.

Aufzeichnungspflicht (Abs. 3 Satz 2), keine Aufbewahrungspflicht des Entrichtungspflichtigen: Das Gesetz schreibt vor, dass der Entrichtungspflichtige den Tag der Ausstellung der Statusbescheinigung und die darin verwendeten Identifikationsmerkmale (gemeint wohl: des Investmentfonds) aufzeichnen muss. Nicht geregelt ist, welches die in der Statusbescheinigung verwendeten und aufzuzeichnenden Identifikationsmerkmale sind. Anders als zB in § 50d Abs. 5 Satz 6 EStG für das in dieser Hinsicht ähnliche Kontrollmeldeverfahren ist auch nicht geregelt, dass der Entrichtungspflichtige verpflichtet ist, die Statusbescheinigung aufzubewahren. Auch dass die zuständige Finanzbehörde die Statusbescheinigung vom Investmentfonds jederzeit zurückfordern kann (Abs. 4 Satz 4) und dieser dann (bußgeldbewehrt, vgl. § 55 Abs. 1 Nr. 1) verpflichtet ist, diese unverzüglich zurückzugeben (Abs. 4 Satz 5), belegt, dass der Entrichtungsverpflichtete diese nicht aufbewahren kann. Er sollte uE eine Kopie dennoch schon deshalb zur Beweisvorsorge aufbewahren, weil zurzeit noch nicht absehbar ist, welche der aus der Bescheinigung ersichtlichen Informationen als darin verwendete Identifikationsmerkmale aufgezeichnet werden müssen.

Einstweilen frei.

21–24

E. Erläuterungen zu Abs. 4: Statusbescheinigung

25

Erteilung der Statusbescheinigung/Zuständigkeit: Aus der Definition der Statusbescheinigung in Abs. 3 Satz 1 ergibt sich, dass die Statusbescheinigung von der zuständigen Finanzbehörde (§ 4) erteilt wird. Das ist für ausländ. Investmentfonds, die dem StAbzug unterliegende Einkünfte erzielen, das BZSt. (§ 4 Abs. 2 Nr. 2).

Antrag: Die Statusbescheinigung wird nur auf Antrag erteilt. Wird sie beantragt, ist der Antrag nach amtlich vorgeschriebenem Muster zu stellen. Aus dem Zusammenhang der Norm ergibt sich, dass der Antrag bei der zuständigen Finanzbehörde (§ 4) zu stellen ist. Das Gesetz regelt nicht ausdrücklich, wer den Antrag stellen darf. Jedenfalls ist das der Investmentfonds durch seinen gesetzlichen Vertreter, also regelmäßig die Verwaltungsgesellschaft (vgl. § 3 Abs. 1, 4). Anteilklassen als solche sind nicht antragsberechtigt (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 7.22). Ebenso wenig wird ausdrücklich geregelt, bis wann der Antrag gestellt worden sein muss. Angesichts der Frist, innerhalb derer eine Erstattung von KapErtrSt nach Abs. 5 durch Vorlage der Statusbescheinigung erreicht werden kann, muss der Antrag zumindest bis zum Ablauf dieser 18 Monate nach dem relevanten Zufluss eines Kapitalertrags gestellt werden können.

Gültigkeit (Abs. 4 Satz 2): Die Statusbescheinigung gilt höchstens für drei Jahre.

Angabe zu unbeschränkter oder beschränkter Körperschaftsteuerpflicht (Abs. 4 Satz 2): Nach dem neuen, mit dem AbzStEntModG v. 2.6.2021 (BGBl. I 2021, 1259; BStBl. I 2021, 787) eingefügten Satz 3 ist in der Statusbescheinigung anzugeben, ob der Investmentfonds unbeschränkt oder beschränkt kstplf. ist. Diese Information benötigt der Entrichtungspflichtige, dem der Investmentfonds die Statusbescheinigung vorlegt, da er nach dem ebenfalls geänderten Abs. 5 Satz 1 bei nachträglicher Vorlage einer Statusbescheinigung eine zuvor zu hoch einbehaltene KapErtrSt ab dem 1.7.2021 (§ 57 Abs. 3) nur noch an unbeschränkt kstplf. Investmentfonds erstatten darf; beschränkt kstplf. Investmentfonds werden auf die Erstattung durch das BZSt. nach § 11 Abs. 1 verwiesen (s. dazu auch § 11 Anm. 1 und 5). Vor dem 1.7.2021 ausgestellte gültige Statusbescheinigungen sollten uE aber auch ohne die Angabe der unbeschränkten oder beschränkten StPflcht weiterhin zur Anwendung des ermäßigten StSatzes nach Abs. 1 berechtigten, s. Anm. 5.

Rückwirkung (Abs. 4 Satz 4): Die Statusbescheinigung kann mit Rückwirkung für die Zeit vor der Antragstellung erteilt werden (anders § 50d Abs. 2 Satz 4 EStG für die Freistellungsbescheinigung). Da das aufgrund der nur begrenzten Gültigkeit der Bescheinigung auch nachteilig sein kann, muss die rückwirkende Geltung uE vom Antragsteller gewollt und deshalb ausdrücklich mitbeantragt werden, wenn die Finanzbehörde sie anordnen soll (so auch BMF v. 21.5.2019 – IV C 1 - S 1980 – 1/16/10010:001, BStBl. I 2019, 527, Rz. 7.19, letzter Satz).

Rückforderbarkeit (Abs. 4 Satz 5): Nach Satz 5 soll die zuständige Finanzbehörde die Statusbescheinigung jederzeit zurückfordern können. Zurückgefordert werden kann die Bescheinigung nur von dem Investmentfonds, dem sie erteilt wurde, und auch nur dieser kann sie zurückgeben.

- ▶ **Widerruf und Rückforderung:** Abs. 4 Satz 5 spricht von „zurückfordern“ und meint damit uE die Aufforderung zur physischen Rückgabe der erteilten Statusbescheinigung (zur „Rückforderung“ elektronisch erteilter Statusbescheinigungen s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 7.30). Die bloße Rückforderung berührt damit noch nicht die Wirksamkeit des der Statusbescheinigung innewohnenden (sonstigen) Verwaltungsaktes, der widerrufen werden muss, um nicht mehr gültig zu sein.
- ▶ **Widerrufsvorhalt:** § 131 Abs. 2 Nr. 1 AO knüpft die (jederzeitige) Widerrufbarkeit der Statusbescheinigung als begünstigenden sonstigen Verwaltungsakt daran, dass der Widerruf (und nicht die Rückforderung) durch Rechtsvorschrift zugelassen oder im Verwaltungsakt vorbehalten ist. Nach BMF (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 7.19) ist die Statusbescheinigung mit einem Widerrufsvorbehalt nach § 120 Abs. 2 Nr. 3 AO zu versehen. Als Widerruf verstanden kann die Rückforderung nur Wirkung für die Zukunft haben (§ 131 Abs. 2 AO; dazu Loose in *Tipke/Kruse*, § 131 AO Rz. 31 [1/2014]). Die FinVerw. geht davon aus, dass beides – Rückforderung und Widerruf – parallel geschieht.
- ▶ **Frist:** Die nach dem Wortlaut von Abs. 4 Satz 4 jederzeitige Rückforderbarkeit erfährt eine Einschränkung dadurch, dass, wenn die Behörde von Tatsachen Kenntnis erhält, die einen Widerruf rechtfertigen, der Widerruf nur innerhalb eines Jahres seit dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme zulässig ist (§ 131 Abs. 2 letzter Satz iVm. § 130 Abs. 3 AO). Überdies kann die Behörde ihr Recht verwirken, die Statusbescheinigung zu widerrufen; s. dazu Loose in *Tipke/Kruse*, § 131 AO Rz. 34 (1/2014).
- ▶ **Wirksamwerden:** Der Widerruf wird mit der Bekanntgabe wirksam (§ 124 Abs. 1 AO).

- ▶ *Rechtsfolge*: Die Rückforderung verpflichtet zur Rückgabe (Abs. 4 Satz 5), und nach der Rückgabe (Satz 5) kann der Investmentfonds die Bescheinigung keinem Entrichtungspflichtigen mehr vorlegen und ein solcher also KapErtrSt nicht mehr nach Abs. 1 erheben.
- ▶ *Einspruch*: Der Widerruf kann mit dem Einspruch (§ 347 AO) angefochten werden, vgl. *Loose* in *Tipke/Kruse*, § 131 AO Rz. 37 (8/2019).

Rückgabeverpflichtung (Abs. 4 Satz 6): Der Investmentfonds ist verpflichtet, die Statusbescheinigung in zwei Fällen zurückzugeben:

- ▶ *Rückforderung durch die zuständige Finanzbehörde*: Die Rückgabeverpflichtung entsteht mit dem Wirksamwerden der Rückforderung, also der Bekanntgabe des Widerrufs der Statusbescheinigung (§ 124 Abs. 1 AO).
- ▶ *Erkennen des Wegfalls der Voraussetzungen für die Erteilung*: Die Verpflichtung, die Statusbescheinigung zurückzugeben, entsteht auch, wenn der Investmentfonds bzw. dessen gesetzlicher Vertreter, die Verwaltungsgesellschaft (§ 3 Abs. 1 und 3) erkennt, dass die Voraussetzungen für ihre Erteilung weggefallen sind.
- ▶ *Unverzüglichkeit*: Die Rückgabeverpflichtung ist unverzüglich (dh. ohne schuldhaftes Zögern, s. § 121 BGB; s. dazu *Seer* in *Tipke/Kruse*, § 153 AO Rz. 23 [10/2016]) durch Rückgabe der Statusbescheinigung an die zuständige Finanzbehörde zu erfüllen.
- ▶ *Ordnungswidrigkeit*: Ein vorsätzlicher oder leichtfertiger Verstoß gegen die Rückgabeverpflichtung stellt eine Ordnungswidrigkeit dar, vgl. § 55 Abs. 1 Nr. 1 und dazu § 55 Anm. 5.

Einstweilen frei.

26–34

F. Erläuterungen zu Abs. 5: Nachträgliche Vorlage der Statusbescheinigung und nachträglicher Nachweis einer Steuerbefreiung nach §§ 8 bis 10

35

Nachträgliche Vorlage der Statusbescheinigung (Abs. 5 Satz 1): Abs. 5 Satz 1 regelt den Fall, dass ein unbeschränkt kstplf. Investmentfonds einem Entrichtungspflichtigen eine Statusbescheinigung erst vorlegt, nachdem – und zwar innerhalb von 18 Monaten nachdem – dem Investmentfonds ein Kapitalertrag zugeflossen ist. Nicht ausdrücklich geregelt ist, dass die Statusbescheinigung im Zeitpunkt des Zuflusses des Kapitalertrags schon gültig gewesen sein muss. Der Entrichtungspflichtige ist bei nachträglicher Vorlage der Statusbescheinigung verpflichtet, dem Investmentfonds die Steuer zu erstatten, die den nach Abs. 1 vorzunehmenden StAbzug, also den StBetrag übersteigt, der hätte abgezogen werden dürfen, wenn die Statusbescheinigung dem Entrichtungspflichtigen bei Zufluss des Kapitalertrags vorgelegen hätte. Das ist der Betrag, um den der StAbzug von regulär 25 % zzgl. SolZ den nach Abs. 1 erlaubten StAbzug iHv. 15 % einschließlich SolZ übersteigt (also idR 11,375 % bzw. 0,825 % in den Fällen des § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 iVm. Satz 2 und § 32 Abs. 3 KStG). Das Gesetz geht mit der Formulierung „erstatten“ offenbar davon aus, dass dieser zu erstattende StBetrag auch tatsächlich abgezogen wurde; es regelt das aber anders als zB § 50d Abs. 1 Satz 2 EStG nicht ausdrücklich. Soweit Kapitalerträge vor mehr als 18 Monaten vor der Vorlage der Statusbescheinigung zugeflossen sind, scheidet eine Erstattung nach § 7 Abs. 5 Satz 1 aus, kommt aber nach § 11 in Betracht (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 7.26). Nach

BMF (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 11.7) soll eine Erstattung nach § 7 Abs. 5 einer solchen nach § 11 vorgehen: Von der Erstattungsmöglichkeit nach § 11 solle nur Gebrauch gemacht werden, wenn die Abstandnahme vom StAbzug zB mangels rechtzeitiger Ausstellung einer Statusbescheinigung fehlgeschlagen ist und die Voraussetzungen für das Erstattungsverfahren beim Entrichtungspflichtigen nach § 7 Abs. 5 nicht vorliegen; das Gesetz gibt für eine solche Subsidiarität nichts her. Seit der Ergänzung von Abs. 5 Satz 1 und der Beschränkung des Verfahrens einer Erstattung durch den Entrichtungspflichtigen auf unbeschränkt kstpfl. Investmentfonds (s. Anm. 1 „Rechtsentwicklung“) kann das nur noch für solche Investmentfonds gelten; beschränkt kstpfl. Investmentfonds können bei nachträglicher Vorlage der Statusbescheinigung eine Erstattung von zu hoch einbehaltener KapErtrSt ohnehin nur noch beim BZSt. beantragen (s. auch § 11 Anm. 1 und 5).

Nachträglicher Nachweis einer Steuerbefreiung nach §§ 8 bis 10 InvStG (Abs. 5 Satz 2): Mit der Formulierung „das Gleiche gilt“ soll Abs. 5 Satz 2 regeln, dass der Entrichtungspflichtige dem Investmentfonds (einbehaltene) KapErtrSt erstatten muss, die nicht hätte einbehalten werden müssen, wenn der Fonds im Zeitpunkt des Zuflusses eines Kapitalertrags durch Vorlage von Investmentanteil-Bestandsnachweisen (§ 9 Abs. 1 Nr. 3) nachgewiesen hätte, dass die Voraussetzungen für eine StBefreiung nach §§ 8 bis 10 (StBefreiung aufgrund stbegünstigter Anleger) erfüllt waren (vgl. BTDrucks. 18/8045, 76, zu Abs. 5). Die Formulierung ist sprachlich ungenau, denn „das Gleiche gilt“ führt zur Rechtsfolge des Satzes 1, dass nämlich die Steuer zu erstatten ist, die „den nach Abs. 1 vorzunehmenden Steuerabzug“, also den StBetrag übersteigt, der hätte abgezogen werden dürfen, wenn die Statusbescheinigung dem Entrichtungspflichtigen bei Zufluss des Kapitalertrags vorgelegen hätte. Das ist nicht der StBetrag, der nicht hätte einbehalten werden müssen, wenn die Erfüllung der Voraussetzungen der §§ 8 bis 10 rechtzeitig nachgewiesen worden wäre. Gemeint ist aber wohl die Steuer, die nicht hätte einbehalten werden müssen, wenn die Voraussetzungen der Steuerbefreiung nach den §§ 8 bis 10 bei Zufluss der Erträge nachgewiesen gewesen wären (sowohl auch die FinVerw., s. BMF v. 21.12.2017 – IV C 1 – S 1980 – 1/16/10010:016, DStR 2018, 194, Abschnitt 3). Die FinVerw. versteht Abs. 5 Satz 2 eng dahingehend, dass er nur Steuerbefreiungen nach § 8 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 – nicht also jene von Immobilienerträgen nach § 8 Abs. 2 oder § 10 Abs. 2 – betrifft, weil jene im Veranlagungsverfahren besteuert und die StBefreiungen dabei berücksichtigt werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 7.28; so auch *Mann in Blümich*, § 7 InvStG 2018 Rz. 40 [8/2019]).

Rückgabe der Steuerbescheinigung (Abs. 5 Satz 3): Macht der Investmentfonds eine Erstattung von KapErtrSt nach den Sätzen 1 und 2 geltend, ist er zur Rückgabe einer ihm zuvor erteilten StBescheinigung verpflichtet. StBescheinigung ist die Bescheinigung nach § 45a Abs. 2 bzw. 3 EStG (s. dazu § 45a Anm. 10 bis 13).

Erstattung von Kapitalertragsteuer nach Rückgabe der Steuerbescheinigung (Abs. 5 Satz 4): Der Investmentfonds muss die StBescheinigung im Original zurückgeben, bevor der Entrichtungspflichtige ihm die Steuer nach den Sätzen 1 und 2 erstatten darf. So wird verhindert, dass der Investmentfonds parallel eine Erstattung zu viel einbehaltener KapErtrSt nach § 11 beantragt und erhält (§ 11 Abs. 1 Satz 3). Wurde die StBescheinigung elektronisch übermittelt, kann sie nicht im Original zurückgegeben werden. Dann reicht es aus, wenn der Entrichtungspflichtige in der neuen StBescheinigung, die er ausstellen und in der er auf die Erstattung hinweisen muss, darauf verweist, dass diese an die Stelle der ursprünglich erstellten Bescheinigung tritt (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 7.30).

§ 8 Steuerbefreiung aufgrund steuerbegünstigter Anleger

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731), zuletzt geändert durch WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17)

(1) Einkünfte nach § 6 Absatz 2 sind auf Antrag des Investmentfonds steuerbefreit, soweit

- 1. an dem Investmentfonds Anleger, die die Voraussetzungen des § 44a Absatz 7 Satz 1 des Einkommensteuergesetzes erfüllen, oder vergleichbare ausländische Anleger mit Sitz und Geschäftsleitung in einem Amts- und Beitreibungshilfe leistenden ausländischen Staat beteiligt sind, oder**
- 2. die Anteile an dem Investmentfonds im Rahmen von Altersvorsorge- oder Basisrentenverträgen gehalten werden, die nach den §§ 5 oder 5a des Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetzes zertifiziert wurden.**

(2) Inländische Immobilienerträge sind auf Antrag des Investmentfonds steuerbefreit, soweit an dem Investmentfonds beteiligt sind:

- 1. inländische juristische Personen des öffentlichen Rechts, soweit die Investmentanteile nicht einem nicht von der Körperschaftsteuer befreiten Betrieb gewerblicher Art zuzurechnen sind, oder**
- 2. von der Körperschaftsteuer befreite inländische Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen, soweit sie nicht unter Nummer 1 fallen, oder vergleichbare ausländische Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen mit Sitz und Geschäftsleitung in einem Amts- und Beitreibungshilfe leistenden ausländischen Staat.**

(3) ¹Bei Einkünften, die einem Steuerabzug unterliegen, richtet sich der Umfang der Steuerbefreiung nach dem Anteil, den die steuerbegünstigten Anleger am Gesamtbestand der Investmentanteile eines Investmentfonds zum jeweiligen Zeitpunkt des Zuflusses der Einnahmen halten. ²Bei zu veranlagenden Einkünften richtet sich der Umfang der Steuerbefreiung nach dem Anteil des durchschnittlichen Investmentanteilbesitzes von steuerbegünstigten Anlegern am durchschnittlichen Gesamtbestand der Investmentanteile während des Geschäftsjahres des Investmentfonds.

(4) ¹Die Steuerbefreiung bei inländischen Beteiligungseinnahmen setzt voraus, dass der Investmentfonds die Voraussetzungen für eine Anrechenbarkeit von Kapitalertragsteuer nach § 36a des Einkommensteuergesetzes erfüllt. ²Die Steuerbefreiung nach Absatz 1 Nummer 1 oder Absatz 2 setzt zudem voraus, dass

- 1. der Anleger seit mindestens drei Monaten zivilrechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer der Investmentanteile ist, und**
- 2. keine Verpflichtung zur Übertragung der Anteile auf eine andere Person besteht.**

Autor und Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 8	1	C. Erläuterungen zu Abs. 2: Steuerbefreiung von inländischen Immobilienerträgen	15
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Steuerbefreiung von Einkünften nach § 6 Abs. 2	5	D. Erläuterungen zu Abs. 3: Umfang der Steuerbefreiung	20
		E. Erläuterungen zu Abs. 4: Abschluss von Steuerumgehungen	25

1 A. Allgemeine Erläuterungen zu § 8

Grundinformation: § 8 regelt eine partielle StBefreiung bestimmter Einkünfte eines Investmentfonds. Eine solche gilt auf Antrag, soweit an dem Fonds bestimmte stbefeite Anleger (wie zB Kirchen und gemeinnützige Stiftungen) beteiligt sind oder soweit Fondsanteile im Rahmen von zertifizierten Altersvorsorge- und Basisrentenverträgen gehalten werden. Hintergrund der Regelung ist, dass anderenfalls bestimmte stbefeite Anleger bei einer Anlage in Investmentfonds schlechter gestellt würden, als sie bei einer Direktanlage stünden. Dabei werden Investmentfonds im Hinblick auf bestimmte Anleger, im Wesentlichen gemeinnützige, mildtätige oder kirchliche Institutionen, hinsichtlich aller steuerbaren Einkünfte stbefeit (Abs. 1); bei anderen stbefeiten Anlegern werden nach dem Wortlaut des Gesetzes nur die inländ. Immobilienerträge stbefeit (Abs. 2, s. aber Anm. 15). Die StBefreiungen gelten nur, soweit stbegünstigte Anleger beteiligt sind (Abs. 3) und bestimmte Regelungen zur Verhinderung von Missbräuchen beachtet werden (Abs. 4). Die StBefreiung von Investmentfonds oder Anteilklassen, an denen sich nach deren Anlagebedingungen nur stbegünstigte Anleger beteiligen dürfen, regelt § 10.

Rechtswicklung: Mit dem Gesetz zur weiteren steuerlichen Förderung der Elektromobilität und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften (WElektromobFördG/„JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) wurde Abs. 4 aus Sorge, auch wenn die Investmentanteile im Rahmen von Altersvorsorge- oder Basisrentenverträgen gehalten werden, könne es Gestaltungen zur Umgehung der Dividendenbesteuerung geben, neu gefasst. Nunmehr muss der Investmentfonds, um die StBefreiung nutzen zu können, die Voraussetzungen des § 36a EStG auch dann erfüllen, wenn die Investmentanteile im Rahmen von Altersvorsorge- oder Basisrentenverträgen gehalten werden. Dies war zuvor nicht geregelt, weshalb die Neufassung von Abs. 4 entgegen der Auffassung des Gesetzgebers (BTDrucks. 19/13436, 175) nicht nur eine Klarstellung ist.

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher Geltungsbereich:* § 8 regelt die partielle StBefreiung für Einkünfte nach § 6 Abs. 2 (Abs. 1) und inländ. Immobilienerträge (Abs. 2).
- ▶ *Persönlicher Geltungsbereich:* § 8 gilt für in- und ausländ. Investmentfonds.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* Ab dem 1.1.2018, s. § 56 Abs. 1.

Verhältnis zu anderen Vorschriften:

- ▶ *Verhältnis zu § 10:* § 8 regelt die (anteilige) StBefreiung bestimmter Einkünfte eines Investmentfonds, an dem sich neben anderen Anlegern auch stbegünstigte Anleger beteiligen, § 10 regelt die StBefreiung ganzer Investmentfonds

oder Anteilklassen, an denen sich nach deren Anlagebedingungen nur stbegrünstigte Anleger beteiligen dürfen.

- ▶ *Verhältnis zu §§ 8 bis 14 insgesamt:* § 14 ist Teil des Regelungszusammenhangs der §§ 8 bis 14, welcher die partielle (§ 8) bzw. umfassende (§ 10) StBefreiung eines Investmentfonds aufgrund des nachzuweisenden (§ 9) stbegrünstigten Status seiner Anleger, die Inanspruchnahme (§ 11) und Ausreichung (§ 12) der dadurch erzielten StErmäßigung an die Anleger und die Folgen des Wegfalls der Begünstigungsvoraussetzungen (§ 13) sowie die Haftung für die unberechtigte Inanspruchnahme der StErmäßigung (§ 14) umfasst.

Einstweilen frei.

2–4

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Steuerbefreiung von Einkünften nach § 6 Abs. 2 5

Einkünfte nach § 6 Abs. 2: Abs. 1 regelt die StBefreiung aller Einkünfte eines Investmentfonds nach § 6 Abs. 2, soweit bestimmte Anleger an ihm beteiligt sind. Dass Abs. 1 von „Einkünften“ nach § 6 Abs. 2 spricht, ist sprachlich ungenau, da in § 6 Abs. 2 von „Einnahmen“, „Erträgen“ und „Einkünften“ die Rede ist. Gemeint sind aber wohl inländ. Beteiligungseinnahmen, inländ. Immobilienerträge und sonstige inländ. Einkünfte.

Antrag des Investmentfonds: Nach Abs. 1 kann der in- oder ausländ. Investmentfonds beantragen, dass die Einkünfte nach § 6 Abs. 2 stfrei sein sollen. Der Gesetzgeber versteht den Antrag als (formloses) Geltendmachen der StBefreiung (s. auch BTDrucks. 18/8045, 77), die FinVerw. sieht ihn in der Vorlage der als Nachweis für die Befreiung erforderlichen Unterlagen iSd. § 9 Abs. 1 (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 8.8).

- ▶ *Form:* Mangels anderweitiger Regelungen kann der Antrag formlos zB in elektronischer Form dadurch gestellt werden, dass die als Nachweis für die StBefreiung erforderlichen Unterlagen vorgelegt werden, s. BTDrucks. 18/8045, 77.
- ▶ *Adressat* ist bei dem StAbzug unterliegenden Einkünften entweder (im Erstattungsfall) die für den Investmentfonds zuständige Finanzbehörde (§ 4) oder (im Fall des Absehens vom StAbzug) die zum Abzug von KapErtrSt verpflichtete Person, dh. idR die Verwahrstelle des Investmentfonds. Bei Einkünften, die keinem StAbzug unterliegen oder bei denen der StAbzug unterblieben ist, kann der Antrag im Veranlagungsverfahren gestellt werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 8.9).
- ▶ *Frist:* Da die StBefreiung auch noch nach Ablauf der in § 7 Abs. 5 vorgesehenen 18 Monate für eine Erstattung von KapErtrSt durch den Investmentfonds gegenüber der FinVerw. geltend gemacht werden und zu einer Erstattung von KapErtrSt durch diese führen kann, muss der Antrag gestellt werden können, solange die KapErtrSt vom BSFA des Entrichtungspflichtigen noch erstattet werden kann.
- ▶ *Keine (steuerrechtliche) Pflicht zur Geltendmachung:* Es bleibt dem Investmentfonds überlassen, die StBefreiung geltend zu machen oder darauf angesichts der damit verbundenen Kosten und des administrativen Aufwands bei uU nur geringer Beteiligung stbegrünstigter Anleger oder nur geringer stpfl. Einkünfte zu verzichten (vgl. BTDrucks. 18/8045, 77).

Steuerbegünstigte Anleger (Abs. 1 Nr. 1): Abs. 1 Nr. 1 nennt zwei Gruppen von Anlegern, die an einem Investmentfonds beteiligt sein müssen, damit dessen Einkünfte nach § 6 Abs. 2 insoweit (s. dazu Abs. 3) stbefreit sind.

Anleger, die die Voraussetzungen des § 44a Abs. 7 Satz 1 EStG erfüllen (Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1): Es handelt sich dabei um gemeinnützige, mildtätige oder kirchliche Institutionen, vgl. § 44a EStG Anm. 19.

Vergleichbare ausländische Anleger mit Sitz und Geschäftsleitung in einem Amts- und Beitreibungshilfe leistenden ausländischen Staat (Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2): Es muss sich um inländ. gemeinnützigen, mildtätigen oder kirchlichen Institutionen vergleichbare Anleger handeln. Die vergleichbaren Anleger müssen ihren Sitz und ihre Geschäftsleitung in einem Amts- und Beitreibungshilfe leistenden ausländ. Staat haben; s. dazu § 2 Abs. 15.

Investmentfonds, Dach-Investmentfonds und Dach-Spezial-Investmentfonds: Dürfen sich an ihnen nach ihren Anlagebedingungen nur stbegünstigte Anleger iSd. § 8 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 beteiligen, gelten sie selbst als stbegünstigte Anleger (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 8.10). Bis zum 30.6.2018 konnten Investmentfonds, Dach-Investmentfonds und Dach-Spezial-Investmentfonds sich auch durch Selbstdeklaration als stbegünstigter Anleger qualifizieren, wenn sich an ihnen tatsächlich nur stbegünstigte Anleger beteiligten; zu Details s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 8.11. Seit dem 31.12.2019 werden Spezial-Investmentfonds nur dann als stbegünstigte Anleger nach § 8 Abs. 1 betrachtet, wenn sie ihre Anlagebedingungen an die Anforderungen des § 10 Abs. 3 angepasst haben (zu Details s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 8.11).

Umfang („soweit“) und relevanter Zeitpunkt der Beteiligung: Siehe Abs. 3.

Zertifizierte Altersvorsorge- oder Basisrentenverträge (Abs. 1 Nr. 2): Einkünfte eines Investmentfonds nach § 6 Abs. 2 sind auf Antrag auch stfrei, soweit die Anteile am Investmentfonds im Rahmen von Altersvorsorgeverträgen (§ 1 AltZertG) oder Basisrentenverträgen (§ 2 AltZertG) gehalten werden, die nach §§ 5 oder 5a AltZertG zertifiziert wurden. Dazu gehören auch Investmentanteile, die von VU im sog. Vorstock gehalten werden, vgl. BTDrucks. 18/8045, 77.

Umfang der Steuerbefreiung („soweit“): Siehe Abs. 3.

Weitere Tatbestandsmerkmale: Siehe Abs. 4 und Anm. 25.

Rechtsfolge Steuerbefreiung der Einkünfte nach § 6 Abs. 2: Liegen die Voraussetzungen vor und wird der Antrag gestellt, so sind die Einkünfte des Investmentfonds stbefreit.

- ▶ **Veranlagung:** Wenn und soweit der Investmentfonds mit Einkünften zur Steuer veranlagt wird, wird die (anteilige) StBefreiung im Rahmen dieser Veranlagung von dem dafür zuständigen FA berücksichtigt.
- ▶ **Steuerabzug:** Die Möglichkeiten, eine teilweise StBefreiung eines Investmentfonds im Fall von einem StAbzug unterliegenden Einkünften zu berücksichtigen, sind unübersichtlich geregelt:
 - ▷ **Keine Veranlagung:** Aufgrund der Abgeltungswirkung des StAbzugs (§ 7 Abs. 2) kann die (teilweise) StBefreiung nicht im Rahmen einer Veranlagung des Fonds zur Steuer geltend gemacht werden.
 - ▷ **Erstattung durch Betriebsstättenfinanzamt:** Soweit Einkünfte nach § 6 Abs. 2 einem StAbzug unterliegen, wird die Abzugsteuer dem Investmentfonds vom BSFA des Entrichtungspflichtigen auf Antrag erstattet, soweit der

Fonds aufgrund der Beteiligung stbegünstigter Anleger (teilweise) stbefreit ist (s. § 11 Abs. 1 Satz 1).

- ▷ *Erstattung durch Entrichtungspflichtigen nach § 7 Abs. 5 Satz 2:* Siehe § 7 Anm. 35.
- ▷ *Abstandnahme vom Steuerabzug:* Ob ein Entrichtungspflichtiger (§ 7 Abs. 3 Satz 1) alternativ vom StAbzug absehen kann, soweit der Investmentfonds stbefreit ist, ist für teilweise stbefreite Investmentfonds in § 8 – anders als in § 10 Abs. 5 für vollständig stbefreite Investmentfonds – nicht ausdrücklich geregelt. Dafür, eine Abstandnahme vom StAbzug in den Fällen des § 8 für zulässig zu halten, spricht, dass sie in § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und § 12 Abs. 1 vorausgesetzt wird und dass § 7 Abs. 5 Satz 2 die Erstattung bei nachträglichem Nachweis der StBefreiung nach § 8 erlaubt, so dass der Entrichtungspflichtige vom StAbzug auch absehen dürfen muss, wenn die StBefreiung schon beim Zufluss der Kapitalerträge nachgewiesen ist. Die FinVerw. hält die Abstandnahme vom StAbzug indes nicht für zulässig. Als Nachweis für die StBefreiung sei ein Investmentanteil-Bestandsnachweis vorzulegen, der erst nach Ablauf des Kj. (und damit wohl nicht rechtzeitig genug, um bei der Auszahlung eine Abstandnahme vom StAbzug zu erlauben) erstellt werde (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 8.2). Die KapErtrSt kann danach nur nach § 7 Abs. 5 Satz 2 (s.o.) erstattet werden. Dies ist zwingend zu beachten (§ 44 Abs. 1 Satz 2 EStG).

Einstweilen frei.

6–14

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Steuerbefreiung von inländischen Immobilienerträgen

15

Partielle Steuerbefreiung inländischer Immobilienerträge: Abs. 2 regelt partiell die StBefreiung inländ. Immobilienerträge eines Investmentfonds, soweit bestimmte nicht vollständig von der KSt befreite, sondern nach § 5 Abs. 2 KStG einem abgeltenden StAbzug unterliegende Anleger an dem Fonds beteiligt sind.

Inländische Immobilienerträge: Siehe § 6 Abs. 4. Andere Erträge als inländ. Immobilienerträge (wie zB als sonstige inländ. Einkünfte zu qualifizierende Einkünfte aus Immobilien verwaltenden gewerblich geprägten PersGes., vgl. *Neumann*, DB 2016, 1779) sind entgegen der Absicht des Gesetzgebers, nur inländ. Beteiligungserträge besteuern zu wollen (BTDrucks. 18/8045, 77), nicht stbefreit. Insoweit besteht gesetzgeberischer Korrekturbedarf (StBefreiung aller Einkünfte, die nicht der KapErtrSt nach § 5 Abs. 2 Nr. 1 KStG unterliegen), wenn die Fondsanlage nicht gegenüber der Direktanlage benachteiligt werden soll, vgl. *Stadler/Bindl*, DStR 2016, 1953 (1957); *Bindl/Mager*, BB 2016, 2711 (2713).

Sonstige inländische Einkünfte: Die FinVerw. möchte mit Blick auf den Sinn und Zweck des § 8 Abs. 2, die stbegünstigten Anleger bei der Fondsanlage weitgehend so zu stellen, wie sie bei einer Direktanlage stünden, die StBefreiung über ihren Wortlaut hinaus auch bei sonstigen inländ. Einkünften iSd. § 6 Abs. 5 anwenden, weil diese Einkünfte bei den Anlegern iSd. § 8 Abs. 2 im Falle einer Direktanlage ebenfalls nicht stpfl. sind (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 8.14). Das ist systematisch richtig und zu begrüßen (s. auch *Schneider-Deters* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 8 Rz. 16), sollte aber in Anbetracht der Rspr. des BFH zur Beachtung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (BFH v. 28.11.2016 –

GrS 1/15, BStBl. II 2017, 393; BFH v. 23.8.2017 – I R 52/14, DStR 2017, 2322; BFH v. 23.8.2017 – X R 38/15, DStR 2017, 2326) dringend auch gesetzlich geregelt werden.

Steuerbegünstigte Anleger sind im Fall des Abs. 2 inländ. jPöR und bestimmte von der KSt befreite in- oder ausländ. Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen.

Inländische juristische Personen des öffentlichen Rechts (Abs. 2 Nr. 1): Zum Begriff der jPöR s. § 1 KStG Anm. 65. Inländische jPöR unterliegen nach § 1 Abs. 1 Nr. 6 KStG nur mit ihren BgA der unbeschränkten KStPflcht (und ansonsten nach § 2 Nr. 2 KStG im Hinblick auf bestimmte dem StAbzug unterliegende Einkünfte der beschränkten KStPflcht, s. § 2 KStG Anm. 5, 101). Um einem Investmentfonds eine partielle StBefreiung vermitteln zu können, dürfen die Anteile der jPöR am Investmentfonds – konsequent – keinem nicht von der KSt befreiten BgA der jPöR zuzuordnen sein. Abs. 2 Nr. 1 erstreckt sich nach dem Wortlaut nur auf inländ. und damit anders als Nr. 1 Alt. 2 (s.u.) nicht auch auf vergleichbare ausländ. jPöR, die danach einem Investmentfonds im Hinblick auf inländ. Immobilienerträge keine StBefreiung vermitteln können und damit anders als inländ. jPöR – mittelbar – in Deutschland besteuert werden. Mit der Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 AEUV), deren persönlicher Anwendungsbereich weder eine bestimmte Ansässigkeit in einem EU-Staat noch eine Rechtsform voraussetzt (s. *Reimer in Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht, 2. Aufl. 2020, Rz. 7.99), ist dies uE schwer zu vereinbaren. Zu vergleichbaren Bedenken im Hinblick auf die gegenüber der inländ. jPöR umfangreicheren beschränkten StPflcht ausländ. jPöR s. § 2 KStG Anm. 12 aE mwN.

Von der Körperschaftsteuer befreite inländische (Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1) oder vergleichbare ausländische (Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2) Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen, soweit sie nicht unter Abs. 2 Nr. 1 fallen: Damit beschreibt das Gesetz von der KSt befreite Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, deren StBefreiung nicht gilt, soweit Einkünfte einem StAbzug unterliegen. Das sind nach § 5 Abs. 2 KStG alle nach § 5 Abs. 1 KStG von der KSt befreiten Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen mit Ausnahme ausländ. gemeinnütziger, mildtätiger oder kirchlicher Institutionen (Stpfl. iSv. § 5 Abs. 1 Nr. 9), die damit wie inländ. gemeinnützige, mildtätige oder kirchliche Institutionen – diese allerdings nach § 44a Abs. 7 EStG – keinem abgeltenden StAbzug unterliegen und die hier in Abs. 2 Nr. 2 mit „soweit sie nicht unter Absatz 2 Nummer 1 fallen“ ausgenommen werden. Die hier in Abs. 2 Nr. 2 erfassten KStSubjekte sind also nur im Hinblick auf inländ. Immobilienerträge stbegünstigte Anleger (BTDrucks. 18/8045, 77).

Mehrstufige Strukturen: Bei diesen sieht der Wortlaut der Vorschrift nicht vor, auf stbegünstigte Anleger abzustellen, die über mehrstufige Investmentstrukturen (Master-Zielfonds-Strukturen) investieren. Um hier ungerechtfertigte Mehrbelastungen mit Steuern zu vermeiden, muss die Vorschrift entsprechend ihrem Zweck, stbegünstigte Anleger nicht schlechter als bei der Direktanlage zu stellen, erweiternd ausgelegt werden (s. *Bindl/Mager*, BB 2016, 2711 [2713]; *Bindl/Mager*, DStR 2017, 465 [467]; vgl. auch *Brandl in Blümich*, InvStG 2018 § 8 Rz. 13 [4/2017]).

Umfang („soweit“) und relevanter Zeitpunkt der Beteiligung: Siehe Abs. 3.

Antrag des Investmentfonds: Abs. 2 regelt wie Abs. 1, dass die StBefreiung auf Antrag gewährt wird.

- ▶ *Form*: Mangels anderweitiger Regelungen kann der Antrag formlos – zB in elektronischer Form – dadurch gestellt werden, dass bei Einkünften, die dem StAbzug unterliegen, dem Entrichtungspflichtigen die als Nachweis für die StBefreiung erforderlichen Unterlagen vorgelegt werden (s. BTDrucks. 18/8045, 77; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 8.8 iVm. 8.5).
- ▶ *Adressat*: Der Antrag kann bei Einkünften, die keinem StAbzug unterliegen oder bei denen der StAbzug zu Unrecht unterblieben ist, im Veranlagungsverfahren gestellt werden, in dem die StBefreiung auch gewährt wird (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 8.9). Dann sind die als Nachweis für die StBefreiung erforderlichen Unterlagen der StErklärung beizufügen.
- ▶ *Keine (steuerrechtliche) Pflicht zur Geltendmachung*: Auch insoweit bleibt es dem Investmentfonds überlassen, die StBefreiung geltend zu machen oder darauf angesichts der damit verbundenen Kosten und des administrativen Aufwands bei uU nur geringer Beteiligung stbegünstigter Anleger oder nur geringer stpfl. Einkünfte zu verzichten (vgl. BTDrucks. 18/8045, 77; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 8.9).

Umfang der Steuerbefreiung („soweit“): Siehe Abs. 3.

Weitere Tatbestandsmerkmale: Siehe Abs. 4 und Anm. 25.

Rechtsfolge Steuerbefreiung der inländischen Immobilienerträge: Siehe Anm. 5 „Rechtsfolge Steuerbefreiung der Einkünfte nach § 6 Abs. 2“ entsprechend.

Einstweilen frei.

16–19

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Umfang der Steuerbefreiung

20

Dem Steuerabzug unterliegende Einkünfte (Abs. 3 Satz 1): Der Umfang der StBefreiung richtet sich nach Abs. 3 Satz 1 nach dem Anteil, den die stbegünstigten Anleger am Gesamtbestand der Investmentanteile eines Investmentfonds zum jeweiligen Zeitpunkt des Zuflusses der Einnahmen halten. Maßgebend soll nach dem Willen des Gesetzgebers der Bestand am Ende des Geschäftstages vor dem Zufluss der Einnahmen sein (vgl. BTDrucks. 18/8045, 78). Bei Dividenden kommt es nach Auffassung der FinVerw. auf den Bestand der Hauptversammlung an (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 8.21). Beeinflusst wird die Bestimmung des Umfangs der StBefreiung zudem dadurch, dass nach Abs. 4 Satz 2 der Anleger seit mindestens drei Monaten zivilrechtl. und wirtschaftlicher Eigentümer der Investmentanteile sein muss, ohne verpflichtet sein zu dürfen, die Anteile auf eine andere Person zu übertragen. Das Erfordernis einer dreimonatigen vorherigen Besitzzeit soll Steuerumgehungen durch kurzfristige Übertragungen von Investmentanteilen an stbegünstigte Anleger ausschließen. (vgl. BTDrucks. 18/8045, 78). Das komplexe Zusammenspiel der Regelungen in Abs. 3 Satz 1 und Abs. 4 Satz 2 erscheint wenig durchdacht: Relevant sind danach nämlich abweichend vom Wortlaut des Abs. 3 Satz 1 nicht alle stbegünstigten Anleger, die zum jeweiligen Zeitpunkt des Zuflusses der Einnahmen oder am Ende des Geschäftstages vor dem Zufluss Anteile halten, sondern nur die, die das zu diesem Zeitpunkt schon seit drei Monaten tun.

Zu veranlagende Einkünfte (Abs. 3 Satz 2): Der Umfang der StBefreiung richtet sich nach Satz 2 nach dem Anteil des durchschnittlichen Investmentanteilbesitzes von stbegünstigten Anlegern am durchschnittlichen Gesamtbestand der Investmentanteile während des Geschäftsjahres des Investmentfonds. Die Durchschnitts-

werte sollen bewertungstäglich, aber auch anhand von Monatsendwerten ermittelt werden können (vgl. BTDrucks. 18/8045, 78). Auch in diesem Fall ist zu beachten, dass nach Abs. 4 Nr. 1 die StBefreiung nach Abs. 1 Nr. 1 oder Abs. 2 voraussetzt, dass der Anleger seit mindestens drei Monaten zivilrechtl. und wirtschaftlicher Eigentümer der Investmentanteile ist, ohne verpflichtet sein zu dürfen, die Anteile auf eine andere Person zu übertragen. Während das aber bei dem StAbzug unterliegenden Einkünften im Falle des Satzes 1 noch so verstanden werden kann, dass nur die stbegünstigten Anleger zählen, die ihre Anteile im Zeitpunkt des Zuflusses der Einnahmen seit drei Monaten halten, ist das zusätzliche Erfordernis des Abs. 4 Nr. 1 im Fall der zu veranlagenden Einkünfte schlicht perplex, da es unmöglich sein wird, in die Durchschnittsberechnung nach Satz 2 nur die Anleger einzubeziehen, die ihre Anteile für mindestens drei Monate halten. Aufgrund der in Satz 2 vorgesehenen Durchschnittsbetrachtung stellt sich aber auch praktisch nicht das Problem, dass Steuerumgehungen durch kurzfristige Übertragungen von Investmentanteilen an stbegünstigte Anleger ausgeschlossen werden müssen (vgl. BTDrucks. 18/8045, 78). Abs. 4 Nr. 1 kann im Regelungsbereich des Satzes 2 nicht angewandt werden.

21–24 Einstweilen frei.

25 E. Erläuterungen zu Abs. 4: Ausschluss von Steuerumgehungen

Investmentfonds erfüllt Voraussetzungen des § 36a EStG (Abs. 4 Satz 1): Ein Investmentfonds muss nach Abs. 4 Satz 1 die Voraussetzungen für eine Anrechenbarkeit von KapErtrSt nach § 36a EStG (s. dazu § 36a EStG Anm. 6) erfüllen, um die an den Anleger knüpfende StBefreiung im Hinblick auf inländ. Beteiligungseinnahmen erreichen zu können. Im Wesentlichen bedeutet dies, dass auch der Investmentfonds im Fall von Kapitalerträgen iSd. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a EStG (Dividenden aus sammelverwahrten Aktien) während einer Mindesthaltedauer von 45 Tagen ununterbrochen der wirtschaftliche Eigentümer der Aktien sein und ein Mindestwertänderungsrisiko tragen muss sowie nicht verpflichtet sein darf, die Kapitalerträge ganz oder überwiegend, unmittelbar oder mittelbar anderen Personen zu vergüten. Seit der seit dem 1.1.2020 geltenden Neufassung des Abs. 4 gilt dies auch für Fälle des Abs. 1 Nr. 2, also solche, in denen Anteile an dem Investmentfonds im Rahmen von Altersvorsorge- oder Basisrentenverträgen gehalten werden. Zuvor hatte die FinVerw. Abs. 4 Nr. 2 aF über den Wortlaut hinaus auch in Fällen von Altersvorsorge- oder Basisrentenverträgen anwenden wollen (vgl. Entwurf des BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:001, Rz. 8.18, sowie auch noch in BMF, Anwendungsfragen, Rz. 8.29). Dazu bedurfte es aber einer gesetzlichen Regelung, da nicht erkennbar war, dass das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthielt. Der Verweis in Abs. 4 Nr. 2 aF auf § 36a EStG ging ohnehin ins Leere, soweit mit der StBefreiung nach Abs. 1 Nr. 1 oder Abs. 2 andere als die Kapitalerträge iSd. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a EStG erfasst wurden.

Weitere Tatbestandsmerkmale für Steuerbefreiungen nach Abs. 1 und Abs. 2 (Abs. 4 Satz 2): Abs. 4 Satz 2 knüpft die StBefreiungen nach Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 an die Erfüllung weiterer Voraussetzungen, die praktisch nur im Fall von dem StAbzug unterliegenden Einkünften erfüllt werden können; für die StBefreiung nach Abs. 2 gehen jedenfalls die in Abs. 4 Nr. 2 formulierten Anforderungen ins Leere.

Zivilrechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer für drei Monate (Abs. 4 Satz 2 Nr. 1): Ein stbegünstigter Anleger muss nach dem Wortlaut des Gesetzes zunächst seit mindestens drei Monaten zivilrechtl. und wirtschaftlicher Eigentümer der Investmentanteile sein, damit der Investmentfonds die an den Anleger knüpfende StBefreiung nach Abs. 1 Nr. 1 oder Abs. 2 erreichen kann. Für Zwecke des StAbzugs darf ein Entrichtungspflichtiger auf eine zu dokumentierende Selbsterklärung des Anlegers vertrauen, dass er zivilrechtl. und wirtschaftlicher Eigentümer ist (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 8.28).

Maßgeblichkeit des wirtschaftlichen Eigentums: Dass das Gesetz auch auf das zivilrechtl. Eigentum abstellt, scheint ein Redaktionsversehen zu sein, da das InvStG nach § 2 Abs. 10 den sog. wirtschaftlichen Eigentümer als Anleger versteht und die Formulierung an eine Entwurfsfassung von § 36a EStG erinnert, der – ursprünglich wie § 36 Abs. 2a EStG konzipiert – gleichfalls zivilrechtl. und wirtschaftliches Eigentum vorausgesetzt hatte, schließlich aber zu Recht auf das Erfordernis des wirtschaftlichen Eigentums begrenzt wurde (vgl. BTDrucks. 18/8739, 77 f., 115). Nachdem also §§ 36a und auch 50j EStG entgegen ersten Entwürfen aus guten Gründen nur noch verlangen, dass der Stpfl. bzw. Gläubiger der Kapitalerträge während der Mindesthaltedauer wirtschaftlicher (und nicht mehr auch zivilrechtl.) Eigentümer der Anteile war bzw. ist, sollte auch in Abs. 4 die Bezugnahme auf das zivilrechtl. Eigentum gestrichen werden. Die Gelegenheit dazu wurde mit der Neufassung des Abs. 4 durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) vorerst verpasst.

Beschränkung auf Steuerabzugsfälle: Die Regelung lässt sich uE entgegen ihrem weiten, nicht auf bestimmte Einkünfte begrenzten Wortlaut praktisch nur bei einem StAbzug unterliegenden Einkünften und damit idR nicht bei den hier in Bezug genommenen und von Abs. 2 erfassten inländ. Immobilienerträgen umsetzen (s. dazu Anm. 20 zu Abs. 3). Da sich die StBefreiungen im Fall zu veranlagender Einkünfte ohnehin an einer Durchschnittsbetrachtung orientieren (Abs. 3 Satz 2), stellt sich aber auch praktisch nicht das Problem, dass Steuerumgehungen durch kurzfristige Übertragungen von Investmentanteilen an stbegünstigte Anleger ausgeschlossen werden müssen (vgl. BTDrucks. 18/8045, 78); Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 ist uE insoweit teleologisch zu reduzieren.

Drei Monate: Für Zwecke des StAbzugs hat der Entrichtungspflichtige anhand des Investmentanteil-Bestandsnachweises zu prüfen, ob die Besitzzeit von drei Monaten erreicht wurde (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 8.28).

Keine Verpflichtung, die Anteile auf eine andere Person zu übertragen (Abs. 4 Satz 2 Nr. 2): Der Anleger darf zudem nicht verpflichtet sein, die Anteile auf eine andere Person zu übertragen, damit der Investmentfonds die an den Anleger knüpfende StBefreiung nach Abs. 1 Nr. 1 oder Abs. 2 erreichen kann. Dieses aus Abs. 4 aF übernommene Kriterium ist neben dem Erfordernis, dass der Anleger ohnehin schon zivilrechtl. und wirtschaftlicher Eigentümer sein muss, besonders fragwürdig. Es ist unklar, welche Steuerumgehung dadurch vermieden werden soll, dass sich ein Anleger, ohne seinen Status als zivilrechtl. und wirtschaftlicher Eigentümer zu beeinträchtigen, verpflichtet, die Anteile zu übertragen. Für Zwecke des StAbzugs darf ein Entrichtungspflichtiger auf eine zu dokumentierende Selbsterklärung des Anlegers vertrauen, dass keine Verpflichtung zur Übertragung besteht (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 8.28).

§ 9 Nachweis der Steuerbefreiung

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731)

(1) Die Steuerbefreiung nach § 8 Absatz 1 Nummer 1 ist nachzuweisen durch

1. eine Bescheinigung nach § 44a Absatz 7 Satz 2 des Einkommensteuergesetzes oder
2. eine vom Bundeszentralamt für Steuern auszustellende Bescheinigung über die Vergleichbarkeit des ausländischen Anlegers mit Anlegern nach § 44a Absatz 7 Satz 1 des Einkommensteuergesetzes (Befreiungsbescheinigung) und
3. eine von der depotführenden Stelle des Anlegers nach Ablauf des Kalenderjahres nach amtlichem Muster erstellte Bescheinigung über den Umfang der durchgehend während des Kalenderjahres vom Anleger gehaltenen Investmentanteile sowie den Zeitpunkt und Umfang des Erwerbs oder der Veräußerung von Investmentanteilen während des Kalenderjahres (Investmentanteil-Bestandsnachweis).

(2) ¹Die Befreiungsbescheinigung ist nur auszustellen, wenn der ausländische Anleger die Vergleichbarkeit nachweist. ²Eine Vergleichbarkeit setzt voraus, dass der ausländische Anleger eine Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse ist, die nach der Satzung, dem Stiftungsgeschäft oder der sonstigen Verfassung und nach der tatsächlichen Geschäftsführung ausschließlich und unmittelbar gemeinnützigen, mildtätigen oder kirchlichen Zwecken dient (§§ 51 bis 68 der Abgabenordnung). ³§ 7 Absatz 4 ist auf die Befreiungsbescheinigung entsprechend anzuwenden.

(3) Die Steuerbefreiung nach § 8 Absatz 1 Nummer 2 setzt voraus, dass der Anbieter eines Altersvorsorge- oder Basisrentenvertrags dem Investmentfonds innerhalb eines Monats nach dessen Geschäftsjahresende mitteilt, zu welchen Zeitpunkten und in welchem Umfang Anteile erworben oder veräußert wurden.

Autor und Mitherausgeber: Dr. Martin Klein, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 9	1	D. Erläuterungen zu Abs. 3: Mitteilung des Anbieters eines Altersvorsorge- oder Basisrentenvertrags	15
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Nachweis der Steuerbefreiung	5		
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Befreiungsbescheinigung	10		

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 9

1

Grundinformation: § 9 regelt die Anforderungen an den Nachweis der Voraussetzungen für die partielle StBefreiung bestimmter Einkünfte eines Investmentfonds nach § 8 Abs. 1.

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher Geltungsbereich:* § 9 regelt in den Abs. 1 und 2 Nachweisanforderungen für die StBefreiungen nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 und in Abs. 3 Nachweisanforderungen für die StBefreiung nach § 8 Abs. 1 Nr. 2. § 9 gilt nicht für die partielle StBefreiung nach § 8 Abs. 2.
- ▶ *Persönlicher Geltungsbereich:* § 9 gilt für in- und ausländ. Investmentfonds und deren Anleger sowie für Anbieter von Altersvorsorge- oder Basisrentenverträgen, die die geforderten Nachweise erbringen müssen, wenn der Investmentfonds die StBefreiung nach § 8 beanspruchen soll.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* § 9 gilt ab dem 1.1.2018, s. § 56 Abs. 1.

Verhältnis zu anderen Vorschriften:

- ▶ *Verhältnis zu § 8:* § 9 ergänzt § 8 um Vorschriften zum Nachweis der Voraussetzungen einer partiellen StBefreiung nach § 8 Abs. 1.
- ▶ *Verhältnis zu § 10:* § 10 regelt anders als § 8 nicht nur eine partielle, sondern eine vollständige StBefreiung von Investmentfonds bzw. Anteilklassen. Die Nachweise dafür, dass die Voraussetzungen dieser StBefreiung nach § 10 erfüllt sind, regelt § 10 Abs. 4 mit Verweis ua. auf § 9; s. dazu § 10 Anm. 25. Anders als § 10 Abs. 4 Satz 1 regelt § 9 allerdings nicht ausdrücklich, sondern nur inzident, dass die Anleger ihren stl. Status gegenüber dem Investmentfonds nachzuweisen haben.
- ▶ *Verhältnis zu §§ 8 bis 14 insgesamt:* § 9 ist Teil des Regelungszusammenhangs der §§ 8 bis 14, welcher die partielle (§ 8) bzw. umfassende (§ 10) StBefreiung eines Investmentfonds aufgrund des nachzuweisenden (§ 9) stbegünstigten Status seiner Anleger, die Inanspruchnahme (§ 11) und Ausreichung (§ 12) der dadurch erzielten StErmäßigung an die Anleger und die Folgen des Wegfalls der Begünstigungsvoraussetzungen (§ 13) sowie die Haftung für die unberechtigte Inanspruchnahme der StErmäßigung (§ 14) umfasst.

2–4 Einstweilen frei.

5 B. Erläuterungen zu Abs. 1: Nachweis der Steuerbefreiung

Nachweis der Steuerbefreiung nach § 8 Abs. 1 Nr. 1: Mit der Formulierung „die Steuerbefreiung nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 ist nachzuweisen“ meint das Gesetz, dass der Investmentfonds den stl. Status seiner stbegünstigten Anleger nachweisen muss, um eine StBefreiung nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 beanspruchen zu können (so auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 8.1). Den Status seiner inländ. stbegünstigten Anleger weist der Investmentfonds durch die Bescheinigung (des Anlegers) nach § 44a Abs. 7 Satz 2 EStG und den seiner ausländ. steuerbegünstigten Anleger durch die in Abs. 1 Nr. 2 definierte Befreiungsbescheinigung nach. § 9 Abs. 1 setzt damit anders als § 10 Abs. 4, der eine Verpflichtung der Anleger zum Nachweis ihrer Steuerbefreiung ausdrücklich regelt, voraus, dass die Anleger dem Investmentfonds diese zum Nachweis der Steuerbefreiung erforderlichen Dokumente übermitteln (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 8.1). Hinzu kommt in beiden Fällen das Erfordernis eines Investmentanteil-Bestandsnachweises (Abs. 1 Nr. 3).

Bescheinigung nach § 44a Abs. 7 Satz 2 EStG (Abs. 1 Nr. 1) ist die Bescheinigung des FA des Anlegers, dass dieser zu den nach § 44a Abs. 7 Satz 1 EStG begünstigten Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen gehört

(NV-Art 03-Bescheinigung): Sie ist für solchermaßen nach § 44a Abs. 7 Satz 1 EStG begünstigte inländ. Anleger vorzulegen; s. dazu auch § 44a EStG Anm. 19. Das BMF will zulassen, dass die (partielle) StBefreiung des Investmentfonds statt der mit Bescheinigung nach § 44a Abs. 7 Satz 2 EStG durch Übermittlung amtlich beglaubigter oder von Mitarbeitern des Investmentfonds bzw. der Verwahrstelle bestätigter Kopien eines Freistellungsbescheides, Körperschaftsteuerbescheides oder Feststellungsbescheides nach § 60a AO nachgewiesen wird (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 9.2 f.).

Befreiungsbescheinigung (Abs. 1 Nr. 2) ist nach der Definition der Nr. 2 eine vom BZSt. auszustellende Bescheinigung über die Vergleichbarkeit des ausländ. Anlegers mit Anlegern nach § 44a Abs. 7 Satz 1 EStG. Die Befreiungsbescheinigung ist für ausländ., den stbegünstigten inländ. Anlegern vergleichbare Anleger vorzulegen. Details der Befreiungsbescheinigung regelt Abs. 2. Die Bescheinigung gilt nur für Zwecke der StBefreiung nach dem InvStG, nicht aber für Zwecke des SA-Abzugs und berechtigt daher nicht zum Ausstellen von Zuwendungsbestätigungen nach § 50 EStDV (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 9.6).

Investmentanteil-Bestandsnachweis ist nach der Definition in Abs. 1 Nr. 3 eine von der (in- oder ausländ., vgl. BTDrucks. 18/8045, 78) depotführenden Stelle des Anlegers nach Ablauf des Kj. nach amtlichem Muster erstellte Bescheinigung über den Umfang der durchgehend während des Kj. vom Anleger gehaltenen Investmentanteile sowie den Zeitpunkt und Umfang des Erwerbs oder der Veräußerung von Investmentanteilen während des Kj. Nach der Begr. des Gesetzentwurfs der BReg. soll auch die Art der Investmentanteile und dazu die jeweilige Wertpapierkennnummer anzugeben sein, vgl. BTDrucks. 18/8045, 78.

Einstweilen frei.

6–9

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Befreiungsbescheinigung

10

Ausstellen der Befreiungsbescheinigung: Das BZSt. (oder die andere Finanzbehörde, auf die die Zuständigkeit übertragen werden könnte, § 4 Abs. 3) muss die Bescheinigung ausstellen („ist auszustellen“), wenn die Vergleichbarkeit des ausländ. Anlegers mit Anlegern nach § 44a Abs. 7 Satz 1 EStG nachgewiesen ist.

Vergleichbarkeit (Abs. 2 Satz 2): Um mit inländ. Anlegern nach § 44a Abs. 7 Satz 1 EStG vergleichbar zu sein (und damit den Investmentfonds für die partielle StBefreiung zu qualifizieren), muss der ausländ. Anleger zunächst eine Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse sein. Als solche muss er sodann nach der Satzung, dem Stiftungsgeschäft oder der sonstigen Verfassung und nach der tatsächlichen Geschäftsführung (§ 63 AO) ausschließlich und unmittelbar gemeinnützigen, mildtätigen oder kirchlichen Zwecken dienen (§§ 51 bis 68 AO). Der Anleger muss seinen Sitz und seine Geschäftsleitung in einem Amts- und Beitreibungshilfe leistenden ausländ. Staat haben (§ 8 Abs. 1 Nr. 1; s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 9.13). Die Investmentanteile dürfen schließlich nicht einem stpfl. wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb oder einem nicht von der KSt befreiten BgA des steuerbegünstigten ausländ. Anlegers zuzurechnen sein (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 9.12).

Nachweis der Vergleichbarkeit: Das Gesetz regelt nicht, wie die Vergleichbarkeit des ausländ. Anlegers mit Anlegern nach § 44a Abs. 7 Satz 1 nachgewiesen wird. Grundsätzlich wird man davon ausgehen müssen, dass die Nachweisanforderun-

gen denen des § 59 AO entsprechen (so auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 9.12), sich also aus der Satzung, dem Stiftungsgeschäft oder der sonstigen Verfassung des Anlegers ergeben muss, welchen Zweck er verfolgt, dass dieser Zweck den Anforderungen an gemeinnützige, mildtätige oder kirchliche Zwecke entspricht und dass der Zweck ausschließlich und unmittelbar verfolgt wird. Anforderungen an den Nachweis, dass die tatsächliche Geschäftsführung den Satzungsbestimmungen entspricht, also auf die ausschließliche und unmittelbare Erfüllung der stbegünstigten Zwecke gerichtet ist, regelt § 63 Abs. 3 AO; s. dazu § 63 und *Seer in Tipke/Kruse*, § 63 AO Rz. 9ff. (4/2020).

Entsprechende Anwendung von § 7 Abs. 4 (Abs. 2 Satz 3): Für die Befreiungsbescheinigung gilt § 7 Abs. 4 entsprechend, der die Erteilung der Statusbescheinigung (§ 7 Abs. 3 Satz 1) regelt. Aus dem Verweis auf § 7 Abs. 4 ergibt sich ua., dass die Befreiungsbescheinigung auf Antrag erteilt wird, der nach amtlich vorgeschriebenem Muster zu stellen ist. Die Befreiungsbescheinigung kann bis zu drei Jahre gültig sein, kann aber zurückgefordert bzw. muss zurückgegeben werden, wenn die Voraussetzungen für ihre Erteilung entfallen. Zu Einzelheiten s. § 7 Abs. 4 und § 7 Anm. 25.

11–14 Einstweilen frei.

15 D. Erläuterungen zu Abs. 3: Mitteilung des Anbieters eines Altersvorsorge- oder Basisrentenvertrags

Steuerbefreiung nach § 8 Abs. 1 Nr. 2: Siehe § 8 Anm. 5.

Mitteilung des Anbieters eines Altersvorsorge- oder Basisrentenvertrags: Der Anbieter eines Altersvorsorge- oder Basisrentenvertrags muss dem Investmentfonds (nur) mitteilen (nach dem Wortlaut, insbes. in Anbetracht des nur für die StBefreiung nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 geltenden Abs. 1 Nr. 3 aber nicht nachweisen), zu welchen Zeitpunkten und in welchem Umfang Anteile erworben oder veräußert wurden.

Frist: Die Frist für diese Mitteilung beträgt einen Monat nach Geschäftsjahresende des Investmentfonds.

§ 10 Investmentfonds oder Anteilklassen für steuerbegünstigte Anleger; Nachweis der Steuerbefreiung

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731), zuletzt geändert durch JStG 2020 v. 21.12.2020 (BGBl. I 2020, 3096; BStBl. I 2021, 6)

(1) ¹Investmentfonds oder Anteilklassen sind steuerbefreit, wenn sich nach den Anlagebedingungen nur steuerbegünstigte Anleger nach § 8 Absatz 1 beteiligen dürfen. ²Inländische Beteiligungseinnahmen sind nur steuerbefreit, wenn der Investmentfonds die Voraussetzungen für eine Anrechenbarkeit der Kapitalertragsteuer nach § 36a des Einkommensteuergesetzes erfüllt.

(2) Inländische Immobilienerträge eines Investmentfonds oder einer Anteilklasse sind steuerbefreit, wenn sich nur steuerbegünstigte Anleger nach § 8 Absatz 1 oder 2 beteiligen dürfen.

(3) Die Steuerbefreiung nach den Absätzen 1 und 2 setzt voraus, dass die Anlagebedingungen nur eine Rückgabe von Investmentanteilen an den Investmentfonds zulassen und die Übertragung von Investmentanteilen ausgeschlossen ist.

(4) ¹Die Anleger haben ihre Steuerbefreiung gegenüber dem Investmentfonds nachzuweisen. ²Zum Nachweis der Steuerbefreiung hat

1. ein Anleger nach § 8 Absatz 1 Nummer 1 oder Absatz 2 eine gültige Bescheinigung nach § 9 Absatz 1 an den Investmentfonds zu übermitteln und
2. der Anbieter eines Altersvorsorge- oder Basisrentenvertrags gegenüber dem Investmentfonds mitzuteilen, dass er die Investmentanteile ausschließlich im Rahmen von Altersvorsorge- und Basisrentenverträgen erwirbt.

(5) Bei der Auszahlung von Kapitalerträgen an steuerbefreite Investmentfonds oder Anteilklassen im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 ist kein Steuerabzug vorzunehmen.

Autor und Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 10	1	D. Erläuterungen zu Abs. 3: Nur Rückgabe, keine Übertragung . . .	20
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Steuerbefreiung von Investmentfonds und Anteilklassen, Steuerbefreiung von Beteiligungseinnahmen	5	E. Erläuterungen zu Abs. 4: Nachweis der Steuerbefreiung der Anleger	25
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Steuerbefreiung inländischer Immobilienerträge	15	F. Erläuterungen zu Abs. 5: Kein Steuerabzug bei Auszahlung von Kapitalerträgen an steuerbefreite Investmentfonds oder Anteilklassen	30

1 A. Allgemeine Erläuterungen zu § 10

Grundinformation: § 10 regelt die nicht nur partielle (s. § 8), sondern grds. umfassende StBefreiung von Investmentfonds oder Anteilklassen, an denen sich nach den Anlagebedingungen nur stbegünstigte Anleger beteiligen dürfen. Dabei unterscheidet die Norm im Hinblick auf alle Einkunftsarten stbefreite Investmentfonds, an denen sich nur stbegünstigte Anleger nach § 8 Abs. 1 (Abs. 1), und solche Investmentfonds, an denen sich nur stbegünstigte Anleger nach Abs. 1 oder 2 beteiligen dürfen und in deren Fall alle Einkunftsarten mit Ausnahme der Einkünfte, die dem KapErtrStAbzug unterliegen, stbefreit sind (Abs. 2).

Rechtsentwicklung:

- ▶ *JStG 2020 v. 21.12.2020* (BGBl. I 2020, 3096, BStBl. I 2021, 6): In Abs. 5 wurden hinter den Worten „Bei der Auszahlung von Kapitalerträgen an steuerbefreite Investmentfonds oder Anteilklassen“ die Worte „im Sinne des Absatzes 1 Satz 1“ eingefügt, um die Befreiung vom StAbzug explizit auf Investmentfonds oder Anteilklassen im Sinne Abs. 1 Satz 1 zu beschränken (BRDrucks. 503/20, 113), sie also nicht mehr – wie zuvor – bei nach Abs. 2 iVm. § 8 Abs. 2 nur partiell steuerbefreiten Investmentfonds zu gestatten (s. dazu auch Anm. 30)

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher Geltungsbereich:* § 10 gilt für die Befreiung von Investmentfonds von KSt.
- ▶ *Persönlicher Geltungsbereich:* § 10 gilt für in- und ausländ. Investmentfonds oder Anteilklassen (einschließlich Teilfonds, also Teilsondervermögen iSd. § 96 Abs. 2 Satz 1 KAGB und Teilgesellschaftsvermögen iSd. §§ 117 oder 132 KAGB und vergleichbarer rechtl. getrennter Einheiten ausländ. Investmentvermögen).
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* § 10 gilt ab dem 1.1.2018, s. § 56 Abs. 1.

Verhältnis zu anderen Vorschriften:

- ▶ *Verhältnis zu § 8:* § 8 regelt die (anteilige) StBefreiung bestimmter Einkünfte eines Investmentfonds, an dem sich neben anderen Anlegern auch stbegünstigte Anleger beteiligen, § 10 regelt die gänzliche Befreiung von deutscher KSt für Investmentfonds oder Anteilklassen, an denen sich nach deren Anlagebedingungen nur stbegünstigte Anleger beteiligen dürfen. Zur Überführung von Investmentfonds mit gemischter Anlegerstruktur in steuerprivilegierte Investmentfonds iSd. § 10 s. *Schäfer*, BB 2020, 23; *Schäfer* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 10 Rz. 142.
- ▶ *Verhältnis zu §§ 8 bis 14:* § 10 ist Teil des Regelungszusammenhangs der §§ 8 bis 14, welcher die partielle (§ 8) bzw. umfassende (§ 10) StBefreiung eines Investmentfonds aufgrund des nachzuweisenden (§ 9) stbegünstigten Status seiner Anleger, die Inanspruchnahme (§ 11) und Ausreichung (§ 12) der dadurch erzielten StErmäßigung an die Anleger und die Folgen des Wegfalls der Begünstigungsvoraussetzungen (§ 13) sowie die Haftung für die unberechtigte Inanspruchnahme der StErmäßigung (§ 14) umfasst.

2–4 Einstweilen frei.

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Steuerbefreiung von Investmentfonds und Anteilklassen, Steuerbefreiung von Beteiligungseinnahmen 5

Ausschließliche Beteiligung steuerbegünstigter Anleger (Abs. 1 Satz 1): Die vollständige StBefreiung eines Investmentfonds oder einer Anteilklasse setzt nach Abs. 1 Satz 1 voraus, dass sich an dem Investmentfonds bzw. der Anteilklasse nach den Anlagebedingungen nur stbegünstigte Anleger nach § 8 Abs. 1 beteiligen dürfen. Nach BMF (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 10.2) ist es für den Status als Investmentfonds oder Anteilklasse iSv. § 10 unschädlich, wenn eine KVG bei neu aufgelegten Investmentfonds in begrenztem Umfang (bis zu 1 Mio. € für bis zu maximal drei Monaten) Kapital (*Seed-Money*) zur Verfügung stellt. Unschädlich ist es danach auch, wenn Investmentanteile für die Zwecke der technischen Abwicklung von Anteilscheingeschäften oder zur Orderabwicklung von Personen gehalten werden, die nicht die Voraussetzungen des § 10 Abs. 1 oder Abs. 2 erfüllen.

Investmentfonds und Anteilklassen:

- ▶ *Zu den Investmentfonds zählen Investmentfonds einschließlich Teilfonds*, s. auch § 1 Abs. 2 und dazu § 1 Anm. 6.
- ▶ *Teilfonds:* Als eigenständige Investmentfonds gelten nach § 1 Abs. 4 auch haftungs- und vermögensrechtl. voneinander getrennte Teile eines Investmentfonds, sog. Teilfonds (s. dazu § 1 Anm. 11). Dies sind die Teilsondervermögen iSd. § 96 Abs. 2 Satz 1 KAGB und Teilgesellschaftsvermögen iSd. §§ 117 oder 132 KAGB und vergleichbare rechtl. getrennte Einheiten eines ausländ. Investmentvermögens (vgl. BTDrucks. 18/8045, 79). Als Investmentfonds kann auch ein Teilfonds (vollständig) stbefreit sein.
- ▶ *Anteilklassen eines Investmentfonds, in denen Anteile nach Ausgestaltungsmerkmalen zusammengefasst sein können* (vgl. § 96 Abs. 1 Satz 1 KAGB), können (vollständig) stbefreit sein, wenn sich nur stbegünstigte Anleger an ihnen beteiligen können. Zu Wirtschaftlichkeitserwägungen, für bestimmte Anlegergruppen, getrennte Investmentfonds oder Teilfonds aufzulegen oder unterschiedliche Anteilklassen zu bilden, die dann je nach Anlegern stbefreit sein können (s. Schäfer in Moritz/Jesch/Mann, 2. Aufl. 2020, § 10 Rz. 35).

Steuerbegünstigte Anleger nach § 8 Abs. 1: Abs. 1 verweist umfassend auf „steuerbegünstigten Anleger nach § 8 Absatz 1“. § 8 Abs. 1 regelt in Nr. 1 und 2 die (partielle) StBefreiung eines Investmentfonds in zwei Fällen, nämlich dem der Beteiligung bestimmter in- oder ausländ. gemeinnütziger, mildtätiger oder kirchlicher Anleger (§ 8 Abs. 1 Nr. 1) und dem des Haltens von Fondsanteilen im Rahmen von nach §§ 5 oder 5a Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetz zertifizierter Altersvorsorge- oder Basisrentenverträge (§ 8 Abs. 1 Nr. 2).

- ▶ *Gemeinnützige, mildtätige oder kirchliche Anleger:* Anleger nach § 8 Abs. 1 sind zum einen die Anleger nach § 8 Abs. 1 Nr. 1, dh. die inländ. Anleger, die die Voraussetzungen des § 44a Abs. 7 Satz 1 EStG erfüllen, also gemeinnützige, mildtätige oder kirchliche Anleger, sowie vergleichbare ausländ. Anleger. Zu Details s. § 8 Anm. 5.
- ▶ *Altersvorsorge- oder Basisrentenvertrag:* § 10 Abs. 1 Satz 1 verweist insgesamt auf § 8 Abs. 1 und damit auch auf § 8 Abs. 1 Nr. 2, so dass, auch wenn darin nicht von „Anlegern“ die Rede ist, die Voraussetzungen des § 10 Abs. 1 Satz 1 auch erfüllt sind, wenn Anteile im Rahmen von Altersvorsorge- oder Basisrentenverträgen gehalten werden (s. auch BTDrucks. 18/8045, 79 und Abs. 4, der Nachweise auch für Altersvorsorge- oder Basisrentenverträge regelt).

- ▶ *Nach den Anlagebedingungen:* Die Beschränkung auf stbegünstigte Anleger muss sich aus den Anlagebedingungen des Fonds ergeben. Die FinVerw. (BMF v. 21.9.2017 – IV C 1 - S 1980 – 1/16/10010:009, DStR 2017, 2123; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 10.8) betrachtet die Voraussetzungen für eine StBefreiung nach § 10 Abs. 1 Satz 1 oder § 10 Abs. 2 aber auch dann als erfüllt, wenn die Anlagebedingungen erst bis einschließlich 30.6.2018 an die Vorgaben des § 10 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 angepasst wurden. Finanzdienstleister und Entrichtungspflichtige dürfen bis einschließlich 30.6.2018 auf entsprechende schriftliche, vom gesetzlichen Vertreter eigenhändig unterschriebene Eigenerklärungen von Investmentfonds (Selbstdeklaration), dass die Voraussetzungen der StBefreiung vorliegen, vertrauen.
- ▶ *Nachweis der Steuerbefreiung:* Nach BMF (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 10.3) hat der Investmentfonds die StBefreiung gegenüber dem Entrichtungspflichtigen dadurch nachzuweisen, dass er alle seine steuerbegünstigten Anleger angibt bzw. auflistet und deren Bescheinigung nach § 44a Abs. 7 Satz 2 EStG, eine Befreiungsbescheinigung nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 InvStG oder eine sonstige Bescheinigung vorlegt, aus der sich der steuerbegünstigte Status ergibt. Vergleichbares gilt bei zu veranlagenden Einkünften gegenüber dem veranlagenden FA (so auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 10.9). Nur wenn sich neue Anleger an dem Investmentfonds beteiligen, soll der Investmentfonds einen erneuten Nachweis gegenüber dem Entrichtungspflichtigen bzw. dem FA zu erbringen haben; bei einem Ausscheiden einzelner Anleger oder bei bloßen Veränderungen des Anteilsumfangs sei kein erneuter Nachweis erforderlich. Darüber hinaus hat der Investmentfonds die Anlagebedingungen vorzulegen, aus denen sich ergibt, dass die Voraussetzungen des § 10 Abs. 3 erfüllt werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 10.5).

Anteilsrückgabe an den Fonds, Ausschluss der Übertragbarkeit (Abs. 3): Abs. 3 knüpft die StBefreiung nach Abs. 1 (und Abs. 2) an die Erfüllung weiterer Tatbestandsmerkmale, nämlich daran, dass die Anlagebedingungen nur eine Rückgabe von Investmentanteilen an den Investmentfonds zulassen und die Übertragung von Investmentanteilen ausgeschlossen ist (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 10.2, s. auch Anm. 20).

Kein Antrag: Anders als § 8 für die teilweise StBefreiung eines Investmentfonds (s. § 8 Anm. 5 und 20) setzt § 10 nicht voraus, dass der vollständig stbefreite Investmentfonds die StBefreiung beantragen muss. Ein solches Antragerfordernis wird im Fall der nur partiellen StBefreiung nach § 8 damit begründet, dass es angesichts der damit verbundenen Kosten einem Investmentfonds überlassen bleiben soll, die StBefreiung in Anspruch zu nehmen oder auch nicht (s. § 8 Anm. 6). Dass ein solches Wahlrecht nicht auch im Fall der StBefreiung nach § 10 besteht, zumal sie nach Abs. 4 Satz 1 mit der Verpflichtung der Anleger einhergeht, die Voraussetzungen der StBefreiung nachzuweisen, erklärt sich daraus, dass der Investmentfonds, wenn sich an ihm nach den Anlagebedingungen nur stbegünstigte Anleger beteiligen dürfen, auf die Inanspruchnahme der StBefreiung ausgerichtet ist.

Voraussetzungen des § 36a EStG (Abs. 1 Satz 2): Inländische Beteiligungseinnahmen sind nach Abs. 1 Satz 2 zudem nur stbefreit, wenn der Investmentfonds die Voraussetzungen für eine Anrechenbarkeit der KapErtrSt nach § 36a EStG (s. § 36a EStG Anm. 10) erfüllt. Eine hohe Hürde ist dabei insbes. das Erfordernis, während der Mindesthaltedauer (§ 36a Abs. 2 EStG) ein Mindestwertveränderungsrisiko (§ 36a Abs. 3 EStG) zu tragen (§ 36a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG) und da-

bei nach § 36a Abs. 3 EStG auch Absicherungsgeschäfte nahestehender Personen einbeziehen zu müssen (s. dazu und insbes. zu investmentrechtl. Folgen und Anlegerinteressenkonflikten *Jensch/Rüdiger*, RdF 2016, 319; *Schäfer* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 10 Rz. 66 ff.).

- ▶ *Auswirkung beim Entrichtungspflichtigen*: Nach BMF (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 10.13) soll der Entrichtungspflichtige aber grds. darauf vertrauen können, dass der Investmentfonds die Mindesthaltedauer erreichen wird und das Mindestwertveränderungsrisiko trägt. Der Entrichtungspflichtige soll aber nachträglich KapErtrSt erheben müssen, wenn er nach Abstandnahme vom KapErtrStEinbehalt feststellt, dass ein Investmentfonds die Aktien vor dem Erreichen der Mindesthaltedauer veräußert (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 10.14).
- ▶ *Auswirkung beim Investmentfonds*: Nach BMF (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 10.16) soll ein Investmentfonds, wenn er erkennt, dass er nicht wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien war oder dass der Entrichtungspflichtige zu Unrecht von einem Erreichen der Mindesthaltedauer nach § 36a Abs. 2 EStG ausgeht oder dass er das Mindestwertveränderungsrisiko nach § 36a Abs. 3 EStG nicht getragen hat, dies gegenüber der nach § 4 zuständigen Finanzbehörde anzeigen und eine Zahlung nach § 36a Abs. 4 EStG leisten müssen.
- ▶ *Anzeige-, Anmeldungs- und Zahlungspflicht nach § 36a Abs. 4 EStG*: Nach Ansicht des BMF (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 10.16) hat ein Investmentfonds, wenn er (nachträglich, also nach Bruttoauszahlung von Kapitalerträgen) erkennt, dass er die Voraussetzungen des § 36a EStG nicht erfüllt, dies gegenüber der nach § 4 zuständigen Finanzbehörde anzuzeigen und eine Zahlung nach § 36a Abs. 4 EStG zu leisten. Für eine Anwendung auch von § 36a Abs. 4 spricht Abs. 1 Satz 2, dagegen der insoweit uneingeschränkte Wortlaut von Abs. 5 (deshalb krit. *Schäfer* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 10 Rz. 83; *Hahne/Völker*, BB 2017, 858).

Rechtsfolge: Erfüllt ein Investmentfonds bzw. eine Anteilklasse all diese Voraussetzungen, so ist er bzw. sie insgesamt von der KSt befreit.

Einstweilen frei.

6–14

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Steuerbefreiung inländischer Immobilienerträge

15

Inländische Immobilienerträge: Entsprechend Abs. 1 und anders als § 8 Abs. 2, der eine StBefreiung nur vorsieht, soweit stbegünstigte Anleger beteiligt sind, regelt Abs. 2 für inländ. Immobilienerträge (s. dazu § 8 Anm. 15) die vollständige StBefreiung, wenn sich nur – also gerade nicht soweit sich – stbegünstigte Anleger an dem Fonds beteiligen dürfen.

Steuerbegünstigter Anleger nach § 8 Abs. 1 oder 2: Anders als Abs. 1, der nur auf § 8 Abs. 1 verweist, erstreckt sich Abs. 2 auf stbegünstigte Anleger nach § 8 Abs. 1 und Abs. 2; s. dazu § 8 Anm. 7, 8 und 17 und § 10 Anm. 7. Anders als in Abs. 1 ist in Abs. 2 zudem nicht ausdrücklich geregelt, dass sich die Beschränkung auf Anleger nach § 8 Abs. 1 oder 2 aus den Anlagebedingungen des Investmentfonds ergeben muss.

Kein Antrag: Die StBefreiung erfordert keinen Antrag, ist aber im Rahmen der StVeranlagung geltend zu machen (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 10.18).

Weiteres Tatbestandsmerkmal Rückgabe: Siehe Abs. 3 und Anm. 20.

Sonstige inländische Einkünfte: Die FinVerw. möchte mit Blick auf den Sinn und Zweck des § 10, stbegünstigte Anleger bei der Fondsanlage weitgehend so zu stellen, wie sie bei einer Direktanlage stünden, die StBefreiung über ihren Wortlaut hinaus auch bei sonstigen inländ. Einkünften iSd. § 6 Abs. 5 anwenden, weil diese Einkünfte bei den Anlegern iSd. § 8 Abs. 2 im Falle einer Direktanlage ebenfalls nicht stpfl. sind (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 10.17). Auch das ist systematisch richtig und zu begrüßen, sollte aber wie bei § 8 (s. dazu § 8 Anm. 15) in Anbetracht der Rspr. des BFH zur Beachtung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (BFH v. 28.11.2016 – GrS 1/15, BStBl. II 2017, 393; BFH v. 23.8.2017 – I R 52/14, DStR 2017, 2322; BFH v. 23.8.2017 – X R 38/15, DStR 2017, 2326) auch gesetzlich geregelt werden.

16–19 Einstweilen frei.

20 D. Erläuterungen zu Abs. 3: Nur Rückgabe, keine Übertragung

Abs. 3 normiert als weitere Tatbestandsmerkmale der StBefreiungen nach den Abs. 1 und 2 („setzt voraus...“), dass die Anlagebedingungen nur eine Rückgabe von Investmentanteilen an den Investmentfonds zulassen und die Übertragung von Investmentanteilen ausgeschlossen ist. Damit soll sichergestellt werden, dass sich nur stbegünstigte Anleger an dem Fonds oder der Anteilklasse beteiligen.

Nach den Anlagebedingungen: Die Beschränkung auf die Rückgabe an den Investmentfonds muss sich aus den Anlagebedingungen ergeben.

Ausschluss der Übertragbarkeit: Dieser kann sich nach dem insoweit offenen Wortlaut des Abs. 3 auch aus anderen Umständen ergeben. Ausreichen soll zB, dass Namensanteilscheine ausgegeben werden oder die Wirksamkeit der Übertragung von Anteilen von der Zustimmung des Investmentfonds abhängig gemacht wird (vgl. BTDrucks. 18/8045, 80). Auch könnte in den Anlagebedingungen die Wirksamkeit der Übertragung von Investmentanteilen von der Zustimmung des Investmentfonds abhängig gemacht oder dem Investmentfonds eine Untersagungsmöglichkeit hinsichtlich einer Übertragung eingeräumt werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 10.20).

21–24 Einstweilen frei.

25 E. Erläuterungen zu Abs. 4: Nachweis der Steuerbefreiung der Anleger

Verpflichtung zum Nachweis der Anleger-Steuerbefreiung (Abs. 4 Satz 1): Die Anleger sind verpflichtet, gegenüber dem Investmentfonds ihre StBefreiung nachzuweisen (Abs. 4 Satz 1). Nach BMF (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 10.22) ist der Nachweis bei erstmaligem Anteilserwerb sowie bei Ablauf einer Bescheinigung nach § 44a Abs. 7 Satz 2 EStG, nach § 44a Abs. 8 Satz 2 EStG oder einer Befreiungsbescheinigung nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 zu erbringen.

Nachweis der Steuerbefreiung durch Vorlage einer gültigen Bescheinigung (Abs. 4 Satz 2 Nr. 1): Um seine StBefreiung nachzuweisen, hat ein Anleger nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 oder Abs. 2 (s. dazu § 8 Anm. 5 und 15) dem Investmentfonds

„eine gültige Bescheinigung nach § 9 Abs. 1“ zu übermitteln (Abs. 4 Satz 2 Nr. 1). Das ist sprachlich ungenau, da § 9 Abs. 1 in seinen drei Nummern zwei Bescheinigungen, nämlich die nach § 44a Abs. 7 Satz 2 EStG für inländ. stbegünstigte Anleger und die Befreiungsbescheinigung für ausländ. stbegünstigte Anleger sowie darüber hinaus auch den Investmentanteil-Bestandsnachweis regelt. Letzterer ist keine Bescheinigung. Gemeint sind also in Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 nur die beiden ersten, also die Bescheinigung nach § 44a Abs. 7 Satz 2 EStG (so BTDrucks. 18/8045, 80) und im Fall ausländ. stbegünstigter Anleger die Befreiungsbescheinigung. Nach BMF (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 10.22) ist auch eine NV-Bescheinigung nach § 44a Abs. 8 Satz 2 EStG anzuerkennen. Das Gesetz verlangt – anders als zB in § 9 Abs. 1 Nr. 1 – die Vorlage einer Bescheinigung, die gültig sein soll. Das wirft die Frage auf, ob es damit für den Fall, dass die Gültigkeit der Bescheinigung nicht ausdrücklich verlangt wird, darauf nicht ankommt (was wohl nicht gemeint sein kann), zumal für die Bescheinigung nach § 44a Abs. 7 Satz 2 EStG – anders als zB für die Befreiungsbescheinigung iSv. § 9 Abs. 1 Nr. 2 iVm. § 9 Abs. 2 Satz 3 und § 7 Abs. 4 – keine Gültigkeit vorgesehen ist, die ablaufen kann. Nach BMF (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 10.23) unterliegt die Art der Übermittlung des Nachweises keinen Formvorgaben, kann also schriftlich, elektronisch oder durch ein automatisiertes Datenübermittlungsverfahren erfolgen.

Altersvorsorge- oder Basisrentenvertrag (Abs. 4 Satz 2 Nr. 2): Zum Nachweis der Anleger-StBefreiung muss ein Anbieter eines Altersvorsorge- oder Basisrentenvertrags einem Investmentfonds nur mitteilen, dass er die Investmentanteile ausschließlich im Rahmen von Altersvorsorge- und Basisrentenverträgen erwirbt.

Einstweilen frei.

26–29

F. Erläuterungen zu Abs. 5: Kein Steuerabzug bei Auszahlung von Kapitalerträgen an steuerbefreite Investmentfonds oder Anteilklassen 30

An stbefreite Investmentfonds oder Anteilklassen werden nach Abs. 5 Kapitalerträge ohne Abzug von Steuern ausgezahlt. Dabei wollte die FinVerw. schon bislang, dh. schon nach der Fassung von Abs. 5 vor seiner Ergänzung durch das JStG 2020, nach der Systematik von § 10 unterscheiden zwischen im Hinblick auf alle Einkunftsarten stbefreiten Investmentfonds, an denen sich nur stbegünstigte Anleger nach § 8 Abs. 1 beteiligen dürfen (Abs. 1), und Fällen, in denen sich an Investmentfonds nur stbegünstigte Anleger nach Abs. 1 oder 2 beteiligen dürfen und die im Hinblick auf alle Einkunftsarten mit Ausnahme der Einkünfte, die dem KapErtrStAbzug unterliegen, stbefreit sind (Abs. 2). Nur bei ersteren soll ausnahmslos vom StAbzug abgesehen werden können, KapErtrSt jedoch zu erheben sein, wenn einem Investmentfonds, an dem sich nur stbegünstigte Anleger nach Abs. 1 oder 2 beteiligen dürfen, inländ. Beteiligungseinnahmen oder sonstige dem KapErtrStAbzug unterliegende inländ. Einkünfte zufließen (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 10.25). Dieses Anliegen ist angesichts der sich nur auf bestimmte Einkunftsarten erstreckenden Befreiung nach Abs. 2 inhaltlich berechtigt, findet aber im weiten Wortlaut von Abs. 5, der nicht zwischen Fällen des Abs. 1 und des Abs. 2 unterscheidet, keinen Anklang. Die Auffassung der FinVerw. ist gleichwohl zwingend zu beachten (§ 44 Abs. 1 Satz 2 EStG). Wird entgegen der Erlaubnis, vom StAbzug abzusehen, Steuer abgezogen, bleibt dem Investmentfonds (nur) die

Möglichkeit der Erstattung durch das BSFA des Entrichtungspflichtigen (§ 11); eine Berücksichtigung im Rahmen einer Veranlagung ist wegen der Abgeltungswirkung des StAbzugs (§ 7 Abs. 2) ausgeschlossen. Nach Auffassung der FinVerw. kann bei stbegünstigten Anlegern vom StAbzug auch bei inländ. Immobilienerträgen und sonstigen inländ. Einkünften Abstand genommen werden können, die von einem Spezial-Investmentfonds ausgeschüttet werden oder als ausschüttungsgleiche Erträge zugerechnet werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 10.24; s. dazu auch § 33 Anm. 10). Seit der Ergänzung von Abs. 5 durch die Worte „im Sinne des Absatzes 1 Satz 1“ (s. Anm. 1 „Rechtsentwicklung“) und für die Zeit ab dem 1.1. 2021 (s. § 57 Abs. 2 Nr. 2) sieht nun auch der Wortlaut des Gesetzes die Beschränkung auf Fälle des Abs. 1 vor. Anders als der Gesetzgeber meint (s. BRDrucks. 503/20, 113), handelt es sich dabei allerdings aufgrund des zuvor uneingeschränkten Wortlauts nicht nur um eine Klarstellung.

Anzeige-, Anmeldungs- und Zahlungspflicht nach § 36a Abs. 4 EStG: Siehe Anm. 5.

§ 11 Erstattung von Kapitalertragsteuer an Investmentfonds durch die Finanzbehörden

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731), zuletzt geändert durch AbzStEntModG v. 2.6.2021 (BGBl. I 2021, 1259; BStBl. I 2021, 787)

(1) ¹Das Betriebsstättenfinanzamt des Entrichtungspflichtigen erstattet auf Antrag des Investmentfonds die einbehaltene Kapitalertragsteuer, wenn

1. auf nicht nach § 6 Absatz 2 steuerpflichtige Kapitalerträge Kapitalertragsteuer und Solidaritätszuschlag einbehalten und abgeführt wurde und der Entrichtungspflichtige keine Erstattung vorgenommen hat,
2. oder in über § 7 hinausgehender Höhe Kapitalertragsteuer und Solidaritätszuschlag einbehalten und abgeführt wurde und der Entrichtungspflichtige keine Erstattung vorgenommen hat oder
3. in den Fällen der §§ 8 und 10 nicht vom Steuerabzug Abstand genommen wurde

und eine Statusbescheinigung, eine Steuerbescheinigung und eine Erklärung des Entrichtungspflichtigen vorgelegt werden, aus der hervorgeht, dass eine Erstattung weder vorgenommen wurde noch vorgenommen wird. ²Die Erstattung nach Satz 1 Nummer 3 setzt zusätzlich voraus, dass die die Bescheinigungen und die Mitteilungen nach den §§ 8 und 10 beigefügt werden. ³Bei beschränkt körperschaftsteuerpflichtigen Investmentfonds tritt das Bundeszentralamt für Steuern an die Stelle des Betriebsstättenfinanzamtes des Entrichtungspflichtigen. ⁴Eine Steuerbescheinigung gilt als vorgelegt, soweit bei beschränkt körperschaftsteuerpflichtigen Investmentfonds Angaben nach § 45a Absatz 2a des Einkommensteuergesetzes übermittelt wurden.

(2) ¹Der Antrag auf Erstattung der Kapitalertragsteuer ist innerhalb von zwei Jahren nach Ablauf des Geschäftsjahres des Investmentfonds für das Geschäftsjahr nach amtlich vorgeschriebenem Muster zu stellen. ²Beträgt der Zeitraum zwischen dem Zugang eines Antrags auf Erteilung einer Statusbescheinigung als Investmentfonds oder eines Antrags auf Erteilung einer Bescheinigung nach § 9 Absatz 1 und der Bestandskraft der Entscheidung über diesen Antrag mehr als sechs Monate, so verlängert sich die Antragsfrist entsprechend. ³Im Übrigen kann die Antragsfrist nicht verlängert werden. Eine Erstattung ist ausgeschlossen, wenn die Unterlagen nach Absatz 1 Satz 1 oder 2 nicht innerhalb der Antragsfrist eingereicht werden.

Autor und Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 11	1	C. Erläuterungen zu Abs. 2: Verfahrensvorschriften zur Erstattung von Kapitalertragsteuer	10
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Erstattung von Kapitalertragsteuer	5		

1 A. Allgemeine Erläuterungen zu § 11

Grundinformation: Investmentfonds unterliegen nur mit bestimmten Einkünften der KSt iHv. 15 % (inklusive SolZ). Deshalb beträgt auch die KapErtrSt auf Kapitalerträge, mit denen ein Investmentfonds der Steuer unterliegt, statt 25 % (§ 43a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG) zzgl. SolZ (§ 3 Abs. 1 Nr. 5 SolZG) nur 15 % inklusive SolZ (§ 7 Abs. 1 Sätze 1 und 3). Sind an einem Investmentfonds stbegünstigte Anleger beteiligt (§§ 8, 10), kann sogar ganz (§ 10 Abs. 5) vom StAbzug Abstand genommen werden (zur von der FinVerw. nicht zugelassenen Abstandnahme vom StAbzug in den Fällen des § 8 s. § 8 Anm. 20). § 11 regelt, dass einem Investmentfonds KapErtrSt zu erstatten ist, die über die Beträge hinaus einbehalten wurde, mit denen er nach §§ 6ff. belastet werden soll.

Rechtsentwicklung:

- ▶ *WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019* (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17): Abs. 1 wurde neu gefasst und damit die Voraussetzungen einer Erstattung von KapErtrSt dahingehend vereinheitlicht, dass unabhängig davon, aus welchem der in § 11 genannten Gründe zu viel KapErtrSt erhoben wurde, der Investmentfonds mit dem Erstattungsantrag eine Statusbescheinigung, eine StBescheinigung und eine Erklärung des Entrichtungspflichtigen vorlegen muss, aus der hervorgeht, dass eine Erstattung weder vorgenommen wurde noch vorgenommen wird. Die neuen Regelungen sind seit dem 1.1.2020 anzuwenden (§ 57 Nr. 2).
- ▶ *AbzStEntModG v. 2.6.2021* (BGBl. I 2021, 1259; BStBl. I 2021, 787): Abs. 1 wird um die neuen Sätze 3 und 4 erweitert. Satz 3 setzt wie § 7 Abs. 4 Satz 3 und die Ergänzung von § 7 Abs. 5 um, dass beschr. kstpfl. Investmentfonds bei nachträglicher Vorlage der Statusbescheinigung eine Erstattung nicht mehr von dem Entrichtungspflichtigen erhalten können (so noch § 7 Abs. 5 vor der Änderung durch das AbzStEntlModG), sondern diese bei der FinVerw. – und zwar nach dem neuen Abs. 1 Satz 3 bei dem BZSt – beantragen müssen. Der neue Satz 4 berücksichtigt, dass nach dem ebenfalls neuen § 45a Abs. 2a EStG (s. dazu § 45a EStG Anm. 11a) Steuerbescheinigungsdaten auch elektronisch übermittelt werden. Schließlich wird Satz 4 redaktionell an die die Änderung des Abs. 1 Satz 1 und 2 durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 angepasst.

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher Geltungsbereich:* § 11 betrifft (nur) die Erstattung von KapErtrSt.
- ▶ *Persönlicher Geltungsbereich:* § 11 gilt für in- und ausländ. Investmentfonds.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* § 11 gilt ab dem 1.1.2018, s. § 56 Abs. 1. Die Neufassung von Abs. 1 ist seit dem 1.1.2020 anzuwenden (§ 57 Nr. 2). Die Ergänzung durch das AbzStEntlModG ist mit Ausnahme der redaktionellen Anpassung von Abs. 2 Satz 4, die ab dem 9.6.2021 (Tag nach der Verkündung im BGBl. I vom 8.6.2021, s. Art. 15 AbzStEntlModG v. 2.6.2021, BGBl. I 2021, 1259) ab dem 1.7.2021 anzuwenden (§ 57 Abs. 3).

Verhältnis zu anderen Vorschriften:

- ▶ *Verhältnis zu DBA:* Die Erstattung nach § 11 und die Möglichkeit einer KapErtrStErmäßigung nach einem DBA (s. § 7 Anm. 5) können parallel bestehen (so auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 11.8) und sich sogar überschneiden, wenn ein ausländ. Investmentfonds einen Anspruch auf Ermäßigung deutscher

KapErtrStErmäßigung auf weniger als 26,375 % (inkl. SolZ) hat. Je nach Rechtsgrund der Erstattung ist dann dafür entweder das BSFA des Entrichtungspflichtigen (Erstattung nach § 11) oder das BZSt. (Erstattung nach § 50d Abs. 1 Satz 2 EStG in Verbindung mit einem DBA) zuständig. § 11 Abs. 1 Satz 2 berücksichtigt dieses Nebeneinander der Erstattungsmöglichkeiten nicht. Es versteht sich von selbst, dass eine Erstattung desselben Betrags nicht parallel in beiden Verfahren, also nicht doppelt verlangt werden kann (so auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 11.8). Im Einzelfall mag die Erstattung nach § 50d Abs. 1 Satz 2 EStG, die zu beantragen der ausländ. Fonds vier Jahre Zeit hat (§ 50d Abs. 1 Satz 9 EStG), vorteilhafter sein als die innerhalb von zwei Jahren (§ 11 Abs. 2 Satz 1) zu beantragende Erstattung nach § 11.

- ▶ *Verhältnis zu § 50d Abs. 3 EStG:* § 50d Abs. 3 EStG gilt nicht für Erstattungen nach § 11, und für Investmentfonds galt § 50d Abs. 3 EStG vor dessen Neufassung durch das AbzStEntModG nicht (§ 50d Abs. 3 Satz 5 EStG aF).
- ▶ *Verhältnis zu § 7 Abs. 5:* Siehe Anm. 5 und § 7 Anm. 1.
- ▶ *Verhältnis zu §§ 8 bis 14:* § 11 ist Teil des Regelungszusammenhangs der §§ 8 bis 14, welcher die partielle (§ 8) bzw. umfassende (§ 10) StBefreiung eines Investmentfonds aufgrund des nachzuweisenden (§ 9) stbegünstigten Status seiner Anleger, die Inanspruchnahme (§ 11) und Ausreichung (§ 12) der dadurch erzielten StErmäßigung an die Anleger und die Folgen des Wegfalls der Begünstigungsvoraussetzungen (§ 13) sowie die Haftung für die unberechtigte Inanspruchnahme der StErmäßigung (§ 14) umfasst.

Einstweilen frei.

2–4

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Erstattung von Kapitalertragsteuer

5

Erstattung von Kapitalertragsteuer und Solidaritätszuschlag (Abs. 1 Satz 1): Abs. 1 regelt in Satz 1 drei Fälle, in denen das BSFA eines Entrichtungspflichtigen einem unbeschränkt kstplf. Investmentfonds bzw. das BZSt einem beschränkt kstplf. Investmentfonds auf Antrag des Investmentfonds (s. dazu Anm. 10 „Antrag“) KapErtrSt nebst SolZ in bestimmter Höhe zu erstatten hat. Dabei spricht der Einleitungssatz von „einbehaltener Kapitalertragsteuer“, Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 aber, ohne dass damit uE eine Differenzierung bezweckt ist, von „Kapitalertragsteuer und Solidaritätszuschlag“, die „einbehalten und abgeführt wurde“.

Erstattung von Kapitalertragsteuer, die von für einen Investmentfonds nicht nach § 6 Abs. 2 steuerpflichtige Kapitalerträgen einbehalten wurde (Abs. 1 Satz 1 Nr. 1): Nr. 1 regelt die Erstattung von KapErtrSt nebst SolZ, die von Kapitalerträgen einbehalten und abgeführt wurde, mit denen der Investmentfonds gem. § 6 gar nicht der KSt unterliegt; s. dazu § 6 Anm. 6–15. Eine Erstattung von KapErtrSt und SolZ nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 setzt voraus, dass diese nicht schon vom Entrichtungspflichtigen (§ 7 Abs. 3) erstattet wurde (Fall der nachträglichen Vorlage der Statusbescheinigung, § 7 Abs. 5 Satz 1, s. dazu § 7 Anm. 35).

Kapitalertragsteuer in über § 7 hinausgehender Höhe auf steuerpflichtige Erträge (Abs. 1 Satz 1 Nr. 2): Mit der sprachlich verkürzten Formulierung „in über § 7 hinausgehender Höhe“ ist gemeint, dass KapErtrSt (nebst SolZ) erstattet wird, die die KapErtrSt (nebst SolZ) übersteigt, welche § 7 von den Kapitalerträgen zu erheben erlaubt, mit denen ein Investmentfonds der Steuer unterliegt (Absenkung

von 25 % zzgl. SolZ auf 15 % inklusive SolZ, s. § 7 Anm. 5). Auch in diesem Fall setzt eine Erstattung durch das BSFA voraus, dass die KapErtrSt (nebst SolZ) nicht schon vom Entrichtungspflichtigen (§ 7 Abs. 3) erstattet wurde (Fall der nachträglichen Vorlage der Statusbescheinigung, § 7 Abs. 5 Satz 1, s. dazu § 7 Anm. 35).

Keine Abstandnahme vom Steuerabzug in den Fällen der §§ 8 und 10 (Abs. 1 Satz 1 Nr. 3): Dies sind die Fälle der partiellen bzw. vollständigen StBefreiung von Investmentfonds nach §§ 8 und 10. Für Investmentfonds, an denen nur stbegünstigte Anleger beteiligt sein dürfen und die deshalb vollständig stbefreit sind (§ 10 Abs. 1 Satz 1), regelt § 10 Abs. 5, dass von an den Investmentfonds auszahlenden Kapitalerträgen keine KapErtrSt abzuziehen ist. Für aufgrund der Beteiligung von stbegünstigten und nicht stbegünstigten Anlegern nur zT stbefreiten Investmentfonds ist die Abstandnahme vom StAbzug in § 8 nicht ausdrücklich geregelt (und sie wird von der FinVerw. für unzulässig gehalten, s. § 8 Anm. 5); sie wird aber vom Gesetz ua. hier in der Nr. 3 vorausgesetzt. Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 greift nur ein, wenn entgegen diesen Möglichkeiten, vom StAbzug abzusehen, Steuern einbehalten wurden. Anders als Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 setzt Nr. 3 nur voraus, dass die Steuer abgezogen wurde (keine Abstandnahme vom StAbzug), nicht aber auch, dass sie abgeführt wurde. Angesichts der Diskussion darüber, wem anzulasten ist, wenn ein zum StAbzug Verpflichteter seine Pflicht verletzt, abgezogene Steuer auch abzuführen (vgl. § 50d EStG Anm. 17), fällt es schwer, diese vom Wortlaut der Nr. 1 abweichende Formulierung als ein bloßes Versehen zu begreifen und deshalb auch in Nr. 3 zu verlangen, dass die Steuer auch abgeführt wurde. Nach BMF (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 11.7) soll von der Erstattungsmöglichkeit nur Gebrauch gemacht werden, wenn die Abstandnahme vom StAbzug zB mangels rechtzeitiger Ausstellung einer Statusbescheinigung fehlgeschlagen ist und die Voraussetzungen für das Erstattungsverfahren beim Entrichtungspflichtigen nach § 7 Abs. 5 nicht vorliegen; das Gesetz gibt für eine solche Subsidiarität nichts her.

Vorlage von Statusbescheinigung, Steuerbescheinigung und Erklärung des Entrichtungspflichtigen (Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2): Seit der Vereinheitlichung der Voraussetzungen einer KapErtrStErstattung in Abs. 1 durch WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) muss nunmehr in allen drei o.g. Fällen eine Statusbescheinigung (s. dazu § 7 Abs. 3 und § 7 Anm. 20), eine StBescheinigung (§ 45a Abs. 2 bzw. 3 EStG) und eine Erklärung des Entrichtungspflichtigen vorgelegt werden, aus der hervorgeht, dass eine Erstattung weder vorgenommen wurde noch vorgenommen wird. Letzteres erscheint übertrieben, da schon der Umstand, dass das BSFA nur bei Vorlage der StBescheinigung erstattet, diese aber dem Entrichtungspflichtigen zurückgegeben werden muss, bevor dieser erstatten darf (§ 7 Abs. 5 Satz 4), sicherstellt, dass nicht zweimal erstattet wird. Anders als in der Begr. des Gesetzentwurfs ausgeführt (vgl. BTDrucks. 18/8045, 81) setzte die Erstattung nach Nr. 1 ursprünglich nicht voraus, dass die Statusbescheinigung vorgelegt wurde (geregelt in Abs. 1 Satz 3 aF nur für die Erstattung nach Satz 1 Nr. 2 aF).

Bescheinigungen und Mitteilungen nach §§ 8 und 10 (Abs. 1 Satz 2): Nach Abs. 1 Satz 2 setzt die Erstattung nach Satz 1 Nr. 3, also in Fällen unterlassener Abstandnahme vom StAbzug, die Vorlage von „Bescheinigungen und Mitteilungen nach den §§ 8 und 10“ voraus. Das ist sprachlich ungenau; gemeint sind wohl über Statusbescheinigung und StBescheinigung hinaus („zusätzlich“ die nicht in §§ 8 und 10, sondern in § 9 geregelten Bescheinigungen zum Nachweis der StBefreiung,

dh. die Bescheinigung nach § 44a Abs. 7 Satz 2 EStG (§ 9 Abs. 1 Nr. 1) und die Befreiungsbescheinigung (§ 9 Abs. 1 Nr. 2), sowie der Investmentanteil-Bestandsnachweis (§ 9 Abs. 1 Nr. 3, vgl. BTDrucks. 18/8045, 81). „Mitteilungen“ sind die Mitteilung des Anbieters eines Altersvorsorge- oder Basisrentenvertrags nach § 9 Abs. 3 und § 10 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2. Den Investmentanteil-Bestandsnachweis (§ 9 Abs. 1 Nr. 3) nennt das Gesetz weder Bescheinigung noch Mitteilung, aber auch er dürfte nach der Begr. des Gesetzentwurfs beizufügen sein (s. dazu auch das noch nicht an die Neufassung von § 11 Abs. 1 angepasste Schreiben des BMF, Anwendungsfragen, Rz. 11.6). Über den Wortlaut des Gesetzes hinaus verlangt die FinVerw. von ausländ. Investmentfonds die Erklärung, dass keine Erstattung nach § 50d EStG beantragt wurde und dass auch kein (solcher) Antrag gestellt wird (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 11.6). Die Unterlagen können schriftlich oder in elektronischer Form übermittelt werden (vgl. BTDrucks. 18/8045, 81; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 11.11).

Wenn, nicht soweit: Das Gesetz verpflichtet das BSFA zur KapErtrStErstattung, „wenn“ – und nicht nur soweit – die Erstattungsvoraussetzungen vorliegen. Nach der Entsch. des BFH (BFH v. 20.5.2015 – I R 68/14, BStBl. II 2016, 90) und dem daraufhin erfolgten Austausch von „wenn“ durch „soweit“ in § 50d Abs. 9 EStG durch das Gesetz zur Umsetzung der Änderungen der EU-Amtshilferichtlinie und von weiteren Maßnahmen gegen Gewinnverkürzungen und -verlagerungen v. 20.12.2016 (BGBl. I 2016, 3000) sollte man annehmen, dass der Unterschied zwischen einem qualitativ-konditionalen „wenn“ und einem quantitativ konditionierenden „soweit“ bekannt ist. Relevant wird der Unterschied insbes. bei den nur zum Teil stbefreiten Investmentfonds.

Antrag des Investmentfonds (Abs. 1 Satz 1): Erstattet wird auf Antrag des Investmentfonds. Zu Details s. Abs. 2.

Erstattung durch das Betriebsstättenfinanzamt des Entrichtungspflichtigen: Zur Erstattung verpflichtet ist das BSFA des Entrichtungspflichtigen, also der zum Abzug der KapErtrSt verpflichteten Person (§ 7 Abs. 3).

Zuständigkeit des BZSt für Erstattungen an beschränkt kstpfl. Investmentfonds (Abs. 1 Satz 3): Satz 3 setzt (zusammen mit § 7 Abs. 4 Satz 3 und der Ergänzung von § 7 Abs. 5) um, dass beschr. kstpfl. Investmentfonds bei nachträglicher Vorlage der Statusbescheinigung eine Erstattung nicht mehr von dem Entrichtungspflichtigen erhalten können (so noch § 7 Abs. 5 vor der Änderung durch das AbzStEntlModG), sondern diese bei der FinVerw. – und zwar nach dem neuen Abs. 1 Satz 3 bei dem BZSt – beantragen müssen. S. dazu auch § 7 Anm. 1 und § 7 Anm. 5 und § 7 Anm. 35 sowie § 57 Abs. 3.

Elektronische Übermittlung der Steuerbescheinigungsdaten an das BZSt (Abs. 1 Satz 4): Der neue Abs. 1 Satz 4 ist vor dem Hintergrund des ebenfalls durch das AbzStEntlModG neu geschaffenen § 45a Absatz 2a EStG zu sehen, der regelt, dass bei beschränkt Stpfl. auf deren Verlangen die Steuerbescheinigungsdaten elektronisch an das BZSt zu übermitteln sind. Die elektronische Übermittlung ersetzt die bisherige Ausstellung einer Steuerbescheinigung gemäß § 45a Absatz 2 EStG des zum Steuerabzug verpflichteten Kreditinstituts gegenüber dem Kunden bzw. dem Gläubiger der Kapitalerträge. Eshalb fingiert Abs. 1 Satz 4 für diese Fälle, dass die in Abs. 1 Satz 2 vorausgesetzte Steuerbescheinigung als vorgelegt gilt, sofern die Steuerbescheinigungsdaten übermittelt wurden (s. auch BTDrucks. 19/27632, 64).

Einstweilen frei.

6–9

10 C. Erläuterungen zu Abs. 2: Verfahrensvorschriften zur Erstattung von Kapitalertragsteuer

Antrag (Abs. 1 Satz 1): Eine Erstattung nach § 11 setzt einen Antrag des Investmentfonds voraus (Abs. 1 Satz 1).

Antragsfrist: Der Antrag auf Erstattung der KapErtrSt ist innerhalb von zwei Jahren nach Ablauf des Geschäftsjahres des Investmentfonds zu stellen (Abs. 2 Satz 1). Die Frist ist damit länger als die für eine Erstattung durch den Entrichtungspflichtigen (§ 7 Abs. 5: 18 Monate nach Zufluss des Kapitalertrags), kann aber grds. nicht verlängert werden (Abs. 2 Satz 3). Nur ausnahmsweise verlängert sie sich nach Abs. 2 Satz 2, wenn der Investmentfonds die Erteilung einer Statusbescheinigung oder einer Bescheinigung nach § 9 Abs. 1 (gemeint ist die Befreiungsbescheinigung nach § 9 Abs. 1 Nr. 2, s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 11.10) beantragt und soweit („entsprechend“) der Zeitraum zwischen dem Zugang eines solchen Antrags (bei der zuständigen Finanzbehörde oder dem BZSt.) und der Bestandskraft einer Entsch. darüber mehr als sechs Monate beträgt. Verzögerungen in einem vor dem Erstattungsverfahren durchzuführenden Antragsverfahren auf Erteilung einer Statusbescheinigung als Investmentfonds oder als stbegünstigter Anleger (zB aufgrund langer Bearbeitungsdauer der Finanzbehörden oder aufgrund eines Rechtsbehelfsverfahrens) gehen also nicht zu Lasten des Investmentfonds (vgl. BTDrucks. 18/8045, 81). Zur vierjährigen Antragsfrist für eine für eine auf ein DBA gestützte Erstattung nach § 50d Abs. 1 Satz 9 EStG s. Anm. 1.

Form: Der Antrag ist nach amtlich vorgeschriebenem Muster zu stellen (Abs. 2 Satz 1), dem (innerhalb der Antragsfrist, s. Abs. 2 Satz 4) die in Abs. 1 genannten Unterlagen beizufügen sind.

Adressat: Aus Abs. 1 ergibt sich, dass der Antrag im Fall von unbeschr. kstpfl. Investmentfonds an das BSFA des Entrichtungspflichtigen und im Fall von beschränkt kstpfl. Investmentfonds an das BZSt zu richten ist.

Ausschluss der Erstattung bei Nichteinreichung von Unterlagen innerhalb der Antragsfrist: Innerhalb der Antragsfrist muss nicht nur der Erstattungsantrag gestellt, sondern müssen auch die Unterlagen nach Abs. 1 Satz 1 oder Satz 2 (s. dazu Anm. 5 und Anm. 1 redaktionellen Anpassung von Satz 4 an die die Änderung des Abs. 1 Satz 1 und 2 durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019) eingereicht werden. Nach dem Wortlaut von Abs. 2 Satz 4 ist die Erstattung andernfalls ausgeschlossen.

Für das Geschäftsjahr ist der Antrag zu stellen. Damit ist gemeint, dass keine Einzelanträge für einzelne steuerbelastete Einnahmen gestellt werden können und das BSFA die KapErtrSt vielmehr im Rahmen eines einheitlichen Bescheides für das gesamte Geschäftsjahr erstattet. Es kann also pro BSFA nur ein Antrag für ein Geschäftsjahr eines Investmentfonds gestellt werden, der sich auf das gesamte Geschäftsjahr bezieht und sämtliche Erstattungsgründe umfassen muss (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 11.9).

§ 12 Leistungspflicht gegenüber steuerbegünstigten Anlegern

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731)

(1) Der Investmentfonds hat den steuerbegünstigten Anlegern einen Betrag in Höhe der aufgrund der §§ 8 und 10 nicht erhobenen Steuer und der nach § 7 Absatz 5 oder nach § 11 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 erstatteten Steuer (Befreiungsbetrag) auszuführen.

(2) ¹Die Anbieter von Altersvorsorge- oder Basisrentenverträgen haben den Befreiungsbetrag zugunsten der Berechtigten aus den Altersvorsorge- oder Basisrentenverträgen wieder anzulegen. ²Ein Anspruch auf Wiederanlage besteht nur, wenn zum Zeitpunkt des Zuflusses des Befreiungsbetrags an den Anbieter (Stichtag) ein Altersvorsorge- oder Basisrentenvertrag besteht. ³Die Höhe des wieder anzulegenden Betrags richtet sich nach der Anzahl der Investmentanteile, die im Rahmen des Vertrags am Stichtag gehalten werden, im Verhältnis zum Gesamtzufluss.

Autor und Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 12	1	C. Erläuterungen zu Abs. 2: Anspruch auf Wiederanlage des Befreiungsbetrags	15
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Anspruch auf Auszahlung des Befreiungsbetrags	5		

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 12

1

Grundinformation: § 12 Abs. 1 regelt die Verpflichtung des Investmentfonds, StBeträge, die einem Investmentfonds aufgrund der Beteiligung stbegünstigter Anleger erstattet oder die aufgrund von deren Beteiligung nicht erhoben werden, an die stbegünstigten Anleger auszuführen. Dies soll verhindern, dass diese Beträge anderen als den stbegünstigten Anlegern zugutekommen. Besonders relevant ist das im Fall eines nur teilweise nach § 8 stbefreiten Investmentfonds, da an ihm neben stbegünstigten Anlegern auch solche beteiligt sein können, die nicht von der StBefreiung anderer Anleger profitieren sollen. Der Wortlaut schließt indes auch die Fälle des § 10 ein, in denen an einem Investmentfonds ausschließlich stbegünstigte Anleger beteiligt sind. In deren Fall besteht nicht die Gefahr, dass die erstatteten oder nicht erhobenen StBeträge nicht begünstigten Anlegern zugutekommen. Deshalb will das BMF es nicht beanstanden, wenn ein Investmentfonds, der nach § 10 Abs. 1 (insgesamt) stbefreit ist, weil an ihm ausschließlich stbegünstigte Anleger beteiligt sind, im Einvernehmen mit den Anlegern auf die Auszahlung des Befreiungsbetrags verzichtet und ihn stattdessen dem Fondsvermögen zuführt (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 12.4, mit der Einschränkung, dass das nur für nach § 7 Abs. 5 Satz 1 erstattete StBeträge und Steuern auf nach § 10 Abs. 2 stbe-

freite Erträge gilt, wenn an dem Investmentfonds sowohl stbegünstigte Anleger nach § 8 Abs. 1 als auch nach Abs. 2 beteiligt sind). Auch Berechtigte aus Altersvorsorge- oder Basisrentenverträgen kommen grds. in den Genuss von Befreiungsbeträgen. Ihnen wird der Befreiungsbetrag aber nicht erstattet. Stattdessen regelt § 12 Abs. 2, dass Anbieter von Altersvorsorge- oder Basisrentenverträgen den Befreiungsbetrag wieder anlegen müssen. § 12 ist innerhalb des InvStG insofern ein Fremdkörper, als er keine strechtl. Regelungen trifft, sondern zivilrechtl. Ansprüche stbegünstigter Anleger auf Auszahlung bzw. Berechtigter aus Altersvorsorge- oder Basisrentenverträgen auf Wiederanlage begründet.

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher Geltungsbereich:* § 12 begründet zivilrechtl. Ansprüche stbegünstigter Anleger eines Investmentfonds.
- ▶ *Persönlicher Geltungsbereich:* § 12 gilt für in- und ausländ. Investmentfonds und deren in- und ausländ. Anleger.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* § 12 gilt ab dem 1.1.2018, s. § 56 Abs. 1.

Verhältnis zu §§ 8 bis 14: § 12 ist Teil des Regelungszusammenhangs der §§ 8 bis 14, welcher die partielle (§ 8) bzw. umfassende (§ 10) StBefreiung eines Investmentfonds aufgrund des nachzuweisenden (§ 9) stbegünstigten Status seiner Anleger, die Inanspruchnahme (§ 11) und Ausreichung (§ 12) der dadurch erzielten StErmäßigung an die Anleger und die Folgen des Wegfalls der Begünstigungsvoraussetzungen (§ 13) sowie wie die Haftung für die unberechtigte Inanspruchnahme der StErmäßigung (§ 14) umfasst.

2–4 Einstweilen frei.

5 B. Erläuterungen zu Abs. 1: Anspruch auf Auszahlung des Befreiungsbetrags

Verpflichtung, den Befreiungsbetrag auszuführen (Abs. 1): Abs. 1 verpflichtet den Investmentfonds, seinen stbegünstigten Anlegern den Befreiungsbetrag auszuführen.

Befreiungsbetrag ist nach der Klammerdefinition in Abs. 1 ein Betrag in Höhe der aufgrund der §§ 8 und 10 nicht erhobenen Steuer und der nach § 7 Abs. 5 oder nach § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 (s. dazu unten) erstatteten Steuer. Mit der aufgrund der §§ 8 und 10 „nicht erhobenen Steuer“ sind die StBeträge gemeint, die auf die anteilig den stbegünstigten Anlegern zuzurechnenden Einkünfte entfallen, mit denen der Investmentfonds zur Steuer veranlagt wird (vgl. BTDrucks. 18/8045, 81).

Aufgrund der §§ 8 und 10 nicht erhobene Steuer: Mit der aufgrund der §§ 8 und 10 „nicht erhobenen Steuer“ sind zum einen die hypothetischen StBeträge gemeint, die auf die den stbegünstigten Anlegern zuzurechnenden Einkünfte entfallen, mit denen der Investmentfonds zur Steuer veranlagt wird (vgl. BTDrucks. 18/8045, 81; s. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 12.2). Zum anderen betrifft dies den Fall eines aufgrund der Beteiligung stbegünstigter Anleger unterbliebenen StAbzugs; s. dazu auch § 8 Anm. 5 und § 10 Anm. 30.

Nach § 7 Abs. 5 erstattete Steuer: Nach § 7 Abs. 5 ist einem Investmentfonds Steuer aus zwei Gründen zu erstatten, nämlich aufgrund der nachträglichen Vorlage der Statusbescheinigung (§ 7 Abs. 5 Satz 1, s. dazu § 7 Anm. 35) und des nachträglichen Nachweises einer StBefreiung nach §§ 8 bis 10 (§ 7 Abs. 5 Satz 2, s. dazu § 7 Anm. 35). Nach dem weiten, die beiden ersten Sätze des § 7 Abs. 5 er-

fassenden Wortlaut des § 12 Abs. 1 beschränkt sich die Verpflichtung eines Investmentfonds, erstattete Beträge an die stbegünstigten Anleger auszuzahlen, nicht auf die Erstattungen nach § 7 Abs. 5 Satz 2 (nachträglicher Nachweis einer StBefreiung nach §§ 8 bis 10, s. auch nachfolgend zu § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2), sondern sie erstreckt sich auch auf die Steuer, die dem Investmentfonds erstattet wird, weil er erst nachträglich nachweist, dass er Investmentfonds ist. Das ist insofern unstim- mig, als die Steuer, die einem Investmentfonds erstattet wird, nur weil er Invest- mentfonds ist (und dies nachträglich belegt), allen Anlegern, dh. nicht nur die stbegünstigten zusteht. Einen Auszahlungsanspruch regelt § 12 Abs. 1 aber nur für stbegünstigte, nicht auch für andere Anleger. In deren Fall wäre es wohl auch nicht richtig, die Auszahlung für nicht stpfl. zu halten (s. unten „Steuerfreiheit der Aus- zahlung“). Das spricht dafür, § 12 Abs. 1 einschränkend dahingehend zu verste- hen, dass ein Investmentfonds gegenüber stbegünstigten Anlegern nur verpflichtet ist, nach § 7 Abs. 5 Satz 2 erstattete Steuern auszuzahlen, soweit die zugrunde lie- genden Einkünfte des Investmentfonds auf diese stbegünstigten Anleger entfallen.

Nach § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 erstattete Steuer: Siehe zunächst § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 11 Anm. 5. Es handelt sich – mittlerweile, dh. seit der Neufassung von § 11 Abs. 1 durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17, s. § 11 Anm. 1) – um die „in über § 7 hinausgehen- der Höhe“ einbehaltene und abgeführte KapErtrSt nebst SolZ. Zuvor hatte § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 aF die jetzt in § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 angesprochene Erstat- tung von Steuern in Fällen der §§ 8 und 10 geregelt, in denen nicht vom StAbzug Abstand genommen wurde. Um diese Fälle weiter zu erfassen, hätte § 12 Abs. 1 red- aktionell an die Neufassung von § 11 Abs. 1 angepasst werden müssen. Der Ge- setzgeber hat das versäumt, was besonders unglücklich ist, weil schon der ohnehin enthaltene Verweis auf die nach § 7 Abs. 5 erstattete Steuer (s.o.) zu weit ist und auf die nach § 7 Abs. 5 Satz 2 erstattete Steuer begrenzt werden müsste. Diese Un- genauigkeit enthält § 12 Abs. 1 nun doppelt. All das spricht dafür, den redaktionell inzwischen verunglückten Verweis auf § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 zugunsten der be- troffenen Anleger als auf § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 gerichtet zu erachten.

Steuerbegünstigte Anleger: Abs. 1 definiert nicht ausdrücklich, wer die stbegüns- tigten Anleger sind. Anders als § 10 Abs. 1 wird noch nicht einmal auf „steuerbe- günstigte Anleger im Sinne von § 8 Absatz 1“ verwiesen. Aus dem Zusammenhang der Norm und insbes. daraus, dass ihnen die Befreiungsbeträge zu erstatten sind, die auf der Beteiligung stbegünstigter Anleger nach §§ 8 und 10 beruht, ergibt sich uE, dass in Abs. 1 die Anleger iSv. § 8 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 (s. aber undifferen- ziert BMF, Anwendungsfragen, Rz. 12.1) gemeint sind, nicht aber die von § 8 Abs. 1 Nr. 2 betroffenen und hier in § 12 Abs. 2 gesondert angesprochenen Be- rechtigten aus Altersvorsorge- oder Basisrentenverträgen.

Steuerfreiheit der Auszahlung: Der ausgezahlte Befreiungsbetrag ist nach Auffas- sung des BMF (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 12.1 Satz 2) beim Anleger nicht stbar.

Rechtsfolge: Der auf den Befreiungsbetrag gerichtete zivilrechtl. Auszahlungsan- spruch nach Abs. 1 steht den stbegünstigten Anlegern zu. Damit korrespondiert die Verpflichtung der Anleger, Begünstigungsbeträge zurückzuzahlen, wenn bei ihnen die Voraussetzungen für eine StBefreiung wegfallen (§ 13 Abs. 3). Die Fin- Verw. erachtet die mit dem Anleger vereinbarte Wiederanlage der Beträge gegen Ausgabe neuer Investmentanteile als Auszahlung iSd. § 12 Abs. 1 (BMF, Anwen- dungsfragen, Rz. 12.3).

Einstweilen frei.

6–14

15 **C. Erläuterungen zu Abs. 2: Anspruch auf Wiederanlage des Befreiungsbetrags**

Wiederanlagepflicht von Anbietern von Altersvorsorge- oder Basisrentenverträgen (Abs. 2 Satz 1): Anbieter von Altersvorsorge- oder Basisrentenverträgen haben den Befreiungsbetrag (Abs. 1) zugunsten der Berechtigten aus den Altersvorsorge- oder Basisrentenverträgen wieder anzulegen. Eine Erstattung an die Berechtigten ist nicht vorgesehen.

Stichtagslösung (Abs. 2 Sätze 2 und 3): Abs. 2 Sätze 2 und 3 regeln ein vereinfachtes Verfahren für die Verteilung von Befreiungsbeträgen an die aus diesen Verträgen Berechtigten. Eigentlich müsste nämlich der Befreiungsbetrag für jede einzelne Dividendenzahlung, die ein Investmentfonds erhält, unter den Berechtigten aus den Altersvorsorge- oder Basisrentenverträgen gesondert verteilt werden (s. § 8 Abs. 3 Satz 1). Um die Verteilung administrativ zu erleichtern, sehen die Sätze 2 und 3 des Abs. 2 vor, die Befreiungsbeträge nicht nach dem Bestand an Investmentanteilen zum Zeitpunkt des Entstehens eines Befreiungsanspruchs, sondern nach dem Bestand zum Zeitpunkt des Zuflusses der Befreiungsbeträge an den Anbieter der Altersvorsorge- oder Basisrentenverträge (definiert als Stichtag) zu verteilen. Dazu wird geregelt, dass ein Anspruch (des Berechtigten) nur besteht, wenn (für ihn) am Stichtag, also bei Zufluss des Befreiungsbetrags, ein Altersvorsorge- oder Basisrentenvertrag besteht (Abs. 2 Satz 2).

Verteilungsschlüssel für den wieder anzulegenden Befreiungsbetrag ist nach dem Wortlaut von Abs. 2 Satz 3 die „Anzahl der Investmentanteile, die im Rahmen des Vertrags am Stichtag gehalten werden, im Verhältnis zum Gesamtzufluss“. Das ist unklar formuliert, da die Anzahl der Investmentanteile, die im Rahmen des Vertrags am Stichtag gehalten werden, kein Verhältnis zum Gesamtzufluss bildet. Die Begr. des Gesetzentwurfs spricht davon, die Befreiungsbeträge würden nach dem Bestand an Investmentanteilen am Stichtag verteilt (vgl. BTDrucks. 18/8045, 81 f.). Nach BMF (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 12.6) hat der Anbieter die zur Wiederanlage verwendeten Befreiungsbeträge nach dem Bestand der den einzelnen Altersvorsorge- und Basisrentenverträgen zuzurechnenden Investmentanteile am auszahlenden Investmentfonds am Stichtag „quotale“ zuzuordnen. Die Formulierung „im Verhältnis zum Gesamtzufluss“ ist uE damit so zu verstehen, dass der für einen Berechtigten wieder anzulegende Befreiungsbetrag nach dem Verhältnis der auf diesen Berechtigten entfallenden Investmentanteile zum Gesamtbetrag der Investmentanteile, für die ein Befreiungsbetrag gezahlt wird, zu bemessen ist.

§ 13 Wegfall der Steuerbefreiung eines Anlegers

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731)

(1) ¹Fallen die Voraussetzungen für eine Steuerbefreiung eines Anlegers eines Investmentfonds oder einer Anteilklasse nach § 10 weg, so ist der Anleger verpflichtet, dies dem Investmentfonds innerhalb eines Monats nach dem Wegfall der Voraussetzungen mitzuteilen. ²Das Gleiche gilt, wenn ein Anleger seine Investmentanteile an einem Investmentfonds oder einer Anteilklasse nach § 10 auf einen anderen Anleger überträgt.

(2) Die Steuerbefreiung eines Investmentfonds oder einer Anteilklasse nach § 10 entfällt in dem Umfang, in dem bei den Anlegern des Investmentfonds die Voraussetzungen für eine Steuerbefreiung wegfallen oder die Investmentanteile auf einen anderen Anleger übertragen werden.

(3) Der Anleger hat unverzüglich die in den Fällen des Absatzes 2 zu Unrecht gewährten Befreiungsbeträge an den Investmentfonds zurückzuzahlen.

(4) ¹Der Investmentfonds hat in den Fällen des Absatzes 2 die zurückgezahlten Befreiungsbeträge und die noch nicht ausgezahlten Befreiungsbeträge unverzüglich an die nach § 4 Absatz 1 oder Absatz 2 Nummer 1 zuständige Finanzbehörde zu zahlen. ²Fehlt eine nach § 4 Absatz 1 oder Absatz 2 Nummer 1 zuständige Finanzbehörde, so hat der Investmentfonds die zurückgezahlten Befreiungsbeträge und die noch nicht ausgezahlten Befreiungsbeträge unverzüglich an den Entrichtungspflichtigen zu zahlen.

Autor und Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 13	1	D. Erläuterungen zu Abs. 3: Rückzahlung zu Unrecht gewährter Befreiungsbeträge durch den Anleger	15
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Mitteilungsverpflichtung	5	E. Erläuterungen zu Abs. 4: Zahlung der Befreiungsbeträge durch den Investmentfonds . .	20
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Umfang des Wegfalls der Steuerbefreiung des Investmentfonds . .	10		

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 13

1

Grundinformation: § 13 regelt Folgen des Wegfalls der StBefreiung eines Anlegers eines Investmentfonds oder der Anteilklasse eines Investmentfonds, der bzw. dessen Anteilklasse aufgrund der ausschließlichen Beteiligung stbegünstigter Anleger insgesamt nach § 10 stbefreit ist. Der Wegfall der StBefreiung des Anlegers wirkt sich aus auf die StBefreiung des Fonds (Abs. 2) und begründet Verpflichtungen des Anlegers (Abs. 1 und 3) und des Fonds (Abs. 4). Nach seinem insoweit klaren Wortlaut regelt § 13 nicht Folgen des Wegfalls der StBefreiung eines Anlegers eines Investmentfonds, der nach § 8 nur zT stbefreit ist, weil nur einige, nicht aber alle seine Anleger stbegünstigte Anleger sein müssen.

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher Geltungsbereich:* § 13 gilt (nur) für den Wegfall der StBefreiung nach § 10.
- ▶ *Persönlicher Geltungsbereich:* § 13 gilt für einen aufgrund der Beschränkung seines zulässigen Anlegerkreises auf stbefreite Anleger insgesamt nach § 10 stbefreiten in- oder ausländ. Investmentfonds und seine in- oder ausländ. Anleger.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* § 13 gilt ab dem 1.1.2018, s. § 56 Abs. 1.

Verhältnis zu §§ 8 bis 14: § 13 ist Teil des Regelungszusammenhangs der §§ 8 bis 14, welcher die partielle (§ 8) bzw. umfassende (§ 10) StBefreiung eines Investmentfonds aufgrund des nachzuweisenden (§ 9) stbefreiten Status seiner Anleger, die Inanspruchnahme (§ 11) und Ausreichung (§ 12) der dadurch erzielten StErmäßigung an die Anleger und die Folgen des Wegfalls der Befreiungsvoraussetzungen (§ 13) sowie die Haftung für die unberechtigte Inanspruchnahme der StErmäßigung (§ 14) umfasst.

2–4 Einstweilen frei.

5 B. Erläuterungen zu Abs. 1: Mitteilungsverpflichtung

Mitteilungsverpflichtung des Anlegers: Abs. 1 Sätze 1 und 2 regelt zwei Fälle einer Verpflichtung des stbefreiten Anlegers eines insgesamt nach § 10 stbefreiten Fonds bzw. einer Anteilklasse:

Wegfall der Voraussetzungen für eine Steuerbefreiung eines Anlegers (Abs. 1 Satz 1): Der Anleger muss dem Investmentfonds den „Wegfall der Voraussetzungen seiner Steuerbefreiung“ mitteilen. Da Voraussetzungen nicht wegfallen, sondern erfüllt oder nicht erfüllt werden, ist Abs. 1 Satz 1 so zu verstehen, dass der (stbefreite) Anleger es dem Investmentfonds mitteilen muss, wenn er die Voraussetzungen seiner StBefreiung nicht mehr erfüllt.

Voraussetzungen für eine Steuerbefreiung eines Anlegers: Abs. 1 Satz 1 spricht von den „Voraussetzungen für eine Steuerbefreiung eines Anlegers eines Investmentfonds nach § 10“. Über § 10 erschließt sich aus § 8 Abs. 1, auf den § 10 mit dem Erfordernis der ausschließlichen Beteiligung stbegünstigter Anleger nach § 8 Abs. 1 verweist, dass damit die Merkmale gemeint sind, die einen Anleger zum stbegünstigten Anleger iSd. § 8 Abs. 1 machen. Dies sind die Merkmale, mit denen inländ. Anleger die Voraussetzungen des § 44a Abs. 7 Satz 1 EStG erfüllen und aufgrund derer sie mithin gemeinnützige, mildtätige oder kirchliche Anleger sind. Entsprechendes gilt für vergleichbare ausländ. Anleger (§ 8 Abs. 1 Nr. 1). Nach dem weiten Wortlaut von § 10, der auf § 8 Abs. 1 insgesamt und nicht nur auf § 8 Abs. 1 Nr. 1 verweist, sind auch Anleger in Fällen einbezogen, in denen Anteile im Rahmen von Altersvorsorge- oder Basisrentenverträgen gehalten werden (§ 8 Abs. 1 Nr. 2); s. dazu § 10 Anm. 5.

Wegfall: Die Formulierung, die Voraussetzungen für eine StBefreiung eines Anlegers eines Investmentfonds oder einer Anteilklasse nach § 10 „fallen weg“, ist uE so zu verstehen, dass der Anleger sie nicht mehr erfüllt, also nicht mehr stbegünstigter Anleger nach § 8 Abs. 1 ist (s.o.).

Übertragung von Anteilen an Fonds oder Anteilklasse auf einen anderen Anleger nach § 10 (Abs. 1 Satz 2): Mitzuteilen ist auch die Übertragung von Anteilen „auf“ einen anderen Anleger.

Nach § 10: Nicht ganz klar ist, ob sich die Worte „nach § 10“ auf „überträgt“ (das Übertragen) oder „einem Investmentfonds oder einer Anteilklasse“ bezieht. Aus dem Zusammenhang mit derselben Formulierung in Satz 1 und daraus, dass § 10 keine Übertragung regelt, ergibt sich, dass mit „der Investmentfonds oder die Anteilklasse nach § 10“, also der aufgrund der ausschließlichen Beteiligung stbegünstigter Anleger insgesamt nach § 10 stbefreite Investmentfonds bzw. eine ebensolche Anteilklasse gemeint ist.

Übertragung: Nach § 10 Abs. 3 muss eine Übertragung von Anteilen an einem nach § 10 stbefreiten Investmentfonds bzw. einer ebensolchen Anteilklasse ausgeschlossen sein (s. dazu § 10 Anm. 20). Das Gesetz geht aber wohl davon aus, dass eine solche Übertragung entgegen der Vorgabe von § 10 Abs. 3 nicht auszuschließen ist.

Anderer Anleger ist jeder Anleger, der nicht der Übertragende ist. Das schließt nach dem Wortlaut auch andere stbegünstigte Anleger ein. Berücksichtigt man aber, dass es um einen durch die Übertragung verursachten anteiligen Entfall der StBefreiung des Investmentfonds geht (s. Abs. 2, vgl. auch BTDrucks. 18/8045, 82), so spricht das dafür, die Mitteilungsverpflichtung (jedenfalls aber die Rechtsfolge des Satzes 2, s. dazu Anm. 10) auf Fälle der Übertragung von Anteilen auf nicht stbegünstigte Anleger zu beschränken. Andere Anleger sind also andere, nicht stbegünstigte Anleger.

Adressat der Mitteilungen ist in beiden Fällen der Investmentfonds bzw. dessen gesetzlicher Vertreter (§ 3 Abs. 1 Satz 2), also die Kapitalverwaltungsgesellschaft eines inländ. (§ 3 Abs. 2) bzw. die Verwaltungsgesellschaft eines ausländ. Investmentfonds (§ 3 Abs. 3).

Einmonatige Frist: Den Wegfall der Voraussetzungen für seine StBefreiung muss der Anleger dem Investmentfonds innerhalb eines Monats nach dem Wegfall mitteilen (Abs. 1 Satz 1). Im Fall der Übertragung von Anteilen auf einen anderen Anleger gilt für die Mitteilung der Übertragung ebenfalls eine Monatsfrist, die angesichts des nicht ganz klaren Wortlauts der Norm sinnvollerweise mit der Übertragung beginnt.

Einstweilen frei.

6–9

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Umfang des Wegfalls der Steuerbefreiung des Investmentfonds

10

Anteiliger Wegfall der Steuerbefreiung des Investmentfonds oder einer Anteilklasse: Der Wegfall der Voraussetzungen einer StBefreiung eines Anlegers, also dass ein Anleger die Voraussetzungen seiner StBefreiung nicht mehr erfüllt, oder die Übertragung von Anteilen an einem Investmentfonds bzw. einer Anteilklasse nach § 10 führen zum anteiligen Wegfall der StBefreiung des Investmentfonds bzw. der Anteilklasse.

Wegfall der Voraussetzungen für eine Steuerbefreiung bei den Anlegern: Es handelt sich dabei um die individuellen Merkmale des stbegünstigten Anlegers, die Grund für seine StBefreiung waren.

Übertragung der Investmentanteile auf einen anderen Anleger: Siehe Anm. 5 zur Übertragung. Im Fall einer solchen Übertragung von Anteilen ist der Wegfall der StBefreiung des Investmentfonds aufgrund einer solchen Übertragung nur gerechtfertigt, wenn die Anteile nicht an einen ebenso stbegünstigten Anleger über-

tragen werden. Überträgt also ein gemeinnütziger, mildtätiger oder kirchlicher Anleger seine Anteile an einen anderen gemeinnützigen, mildtätigen oder kirchlichen Anleger, besteht uE kein Grund dafür, dass die StBefreiung des Investmentfonds oder der Anteilklasse entfällt. Abs. 2 ist uE insoweit teleologisch zu reduzieren und „andere Anleger“ im Sinne dieser Vorschrift sind nur andere, nicht stbegünstigte Anleger. Dafür spricht auch, dass der stbegünstigte Anleger nur für Steuern haftet, wenn er seine Anteile (entgegen § 10) auf einen Anleger überträgt, der die Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 oder 2 nicht erfüllt (§ 14 Abs. 2).

Zeitpunkt des Wegfalls der Steuerbefreiung des Investmentfonds bzw. der Anteilklasse: Das Gesetz regelt nicht ausdrücklich, ab wann die StBefreiung des Investmentfonds oder der Anteilklasse anteilig wegfällt. Abs. 2 lässt aber die Auslegung zu, dass das unabhängig vom Erhalt einer Mitteilung nach Abs. 1 der Fall ist, sobald Anleger des Investmentfonds die Voraussetzungen ihrer StBefreiung nicht mehr erfüllen oder die Investmentanteile auf einen anderen Anleger übertragen werden. Dafür spricht auch, dass es eine Zwischenzeit geben kann, für die von den Anlegern Befreiungsbeträge als zu Unrecht gewährt zurückgezahlt werden müssen (Abs. 3).

Umfang: Die StBefreiung entfällt nach dem Gesetzeswortlaut in dem Umfang, in dem bei den Anlegern des Investmentfonds die Voraussetzungen für eine StBefreiung wegfallen, dh. indem Anleger die Voraussetzungen ihrer StBefreiung nicht mehr erfüllen und es damit unter den Anlegern des Fonds nicht stbegünstigte Anleger gibt, oder die Investmentanteile auf einen anderen (nicht stbegünstigten) Anleger übertragen werden.

11–14 Einstweilen frei.

15 D. Erläuterungen zu Abs. 3: Rückzahlung zu Unrecht gewährter Befreiungsbeträge durch den Anleger

Rückzahlungsverpflichtung: Folge des Wegfalls der StBefreiung des Investmentfonds ist, dass der Anleger zu Unrecht gewährte Befreiungsbeträge (§ 12 Abs. 1) an den Investmentfonds zurückzahlen muss. Das Gesetz spricht ausdrücklich nur von „zurückzahlen“. Da die FinVerw. aber uE zu Recht die mit dem Anleger vereinbarte Wiederanlage der Befreiungsbeträge gegen Ausgabe neuer Investmentanteile als Auszahlung iSd. § 12 Abs. 1 erachtet (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 12.3), wird man in diesen Fällen eine Verpflichtung zur Rückgabe solchermaßen gewährter Anteile als umfasst ansehen können.

Zu Unrecht gewährte Befreiungsbeträge sind die Befreiungsbeträge iSv. § 12 Abs. 1, die dem Anleger gewährt, dh. in erster Linie ausgezahlt (§ 12 Abs. 1) wurden, nachdem wegen des Wegfalls der Voraussetzungen seiner StBefreiung bzw. der Übertragung seiner Anteile auf einen anderen (uE nur nicht stbegünstigten) Anleger die StBefreiung des Investmentfonds bzw. der Anteilklasse anteilig entfallen sind.

Rückzahlungsverpflichteter ist der Anleger, dessen StBefreiung weggefallen ist bzw. der seine Anteile auf einen anderen (nicht stbegünstigten) Anleger übertragen hat.

Unverzüglich, dh. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs. 1 Satz 1 BGB) muss der Anleger die Befreiungsbeträge zurückzahlen. Fraglich ist, ab wann der Zeitraum läuft, während dessen der Anleger noch nicht schuldhaft gezögert hat. Stellt man

hierfür auf die Kenntnis vom Wegfall der Voraussetzungen für seine StBefreiung bzw. seiner Anteilsübertragung (so wohl die Begr. des Gesetzentwurfs, BTDrucks. 18/8045, 82) oder den Erhalt eines Befreiungsbetrags ab, so wirkt das wenig abgestimmt auf die Monatsfrist für die Mitteilung nach Abs. 1. „Unverzüglich“ ist uE daher zu verstehen als unverzüglich nach Übermittlung der Mitteilung nach Abs. 1.

Einstweilen frei.

16–19

E. Erläuterungen zu Abs. 4: Zahlung der Befreiungsbeträge durch den Investmentfonds 20

Zahlungsverpflichtung des Investmentfonds: Befreiungsbeträge (§ 12 Abs. 1), die ein Anleger zurückzahlt oder die ihm nicht mehr ausgezahlt werden, weil wegen des Wegfalls der Voraussetzungen seiner StBefreiung oder der Übertragung seiner Anteile an einen anderen (nicht stbegünstigten) Anleger anteilig die StBefreiung des Investmentfonds oder der Anteilklasse entfallen ist („Fälle des Absatzes 2“), muss der Investmentfonds an die Finanzbehörde zahlen (Abs. 4 Satz 1).

Zurückgezahlte Befreiungsbeträge: Siehe Abs. 3.

Noch nicht ausgezahlte Befreiungsbeträge sind Befreiungsbeträge (§ 12 Abs. 1), bei denen der Investmentfonds vor ihrer Auszahlung an den Anleger nach § 12 Abs. 1 zB durch die Mitteilung des Anlegers nach Abs. 1 erfährt, dass der Anleger durch den Wegfall der Voraussetzungen seiner StBefreiung oder die Übertragung seiner Anteile das (partielle) Entfallen der StBefreiung des Investmentfonds verursacht hat.

Zahlung an die nach § 4 Abs. 1 oder Abs. 2 Nr. 1 zuständige Finanzbehörde (Abs. 4 Satz 1): Siehe § 4 Anm. 5 f.

Zahlung an den Entrichtungspflichtigen bei Fehlen einer zuständigen Finanzbehörde (Abs. 4 Satz 2): Das Gesetz geht in § 4 davon aus, dass es Fälle geben kann, in denen keine Finanzbehörde nach § 4 Abs. 1 oder Abs. 2 Nr. 1 und deshalb das BZSt. nach § 4 Abs. 2 Nr. 2 zuständig ist. Warum dann nicht an das BZSt., sondern an den Entrichtungspflichtigen gezahlt werden soll, ist unklar. Die Begr. des Gesetzentwurfs sieht als Fall des Satzes 2 die Situation, dass die zuständige Finanzbehörde aus Sicht des Investmentfonds nicht zweifelsfrei und unverzüglich bestimmbar ist und die Auffangregelung (Zahlung an den Entrichtungsverpflichteten) dann sicherstellen soll, dass die Rückzahlung von StBeträgen an den Fiskus nicht aufgrund von Schwierigkeiten bei der Bestimmung der zuständigen Finanzbehörde verzögert wird. Das ist ein legitimes Anliegen, wird aber mit dem Tatbestandsmerkmal „fehlt eine ... zuständige Finanzbehörde“ so nicht beschrieben.

Unverzüglich: Der Regelungszusammenhang spricht dafür, dass der Investmentfonds die Befreiungsbeträge unverzüglich, dh. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs. 1 Satz 1 BGB) nach der Rückzahlung durch den Anleger bzw. der Erkenntnis (aufgrund der Mitteilung nach Abs. 1), dass die Beträge an den Anleger nicht mehr auszahlen sind, an die Finanzbehörde zahlen muss, wenn eine solche nicht iSv. Abs. 4 Satz 2 „fehlt“. Bevor der Investmentfonds im Fall des Satzes 2 nicht mehr unverzüglich an den Entrichtungspflichtigen zahlt, wird er aber zur Vermeidung einer Haftung seines gesetzlichen Vertreters (§ 14 Abs. 5 Nr. 2) prüfen und feststellen dürfen, dass eine Finanzbehörde „fehlt“.

§ 14 Haftung bei unberechtigter Steuerbefreiung oder -erstattung

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731)

(1) ¹Der Anleger nach § 8 Absatz 1 oder 2, der zum Zeitpunkt des Zuflusses der Einnahmen bei dem Investmentfonds die Voraussetzungen für eine Steuerbefreiung nicht oder nicht mehr erfüllt, haftet für die Steuer, die einem Investmentfonds oder einer Anteilklasse zu Unrecht erstattet wurde oder bei dem Investmentfonds oder der Anteilklasse zu Unrecht nicht erhoben wurde. ²Die Haftung ist beschränkt auf die Höhe des dem Anleger zugewendeten und nicht an den Investmentfonds zurückgezahlten Befreiungsbetrags.

(2) ¹Der Anleger nach § 8 Absatz 1 oder 2, der einen Investmentanteil an einem Investmentfonds oder an einer Anteilklasse nach § 10 auf einen Erwerber überträgt, der nicht die Voraussetzungen des § 8 Absatz 1 oder 2 erfüllt, haftet für die Steuer, die dem Investmentfonds oder der Anteilklasse zu Unrecht erstattet wurde oder bei dem Investmentfonds oder der Anteilklasse zu Unrecht nicht erhoben wurde. ²Die Haftung ist beschränkt auf die Höhe der erstatteten oder nicht erhobenen Steuer, die auf den Erwerber entfällt und von dem Erwerber nicht an den Investmentfonds zurückgezahlt wurde.

(3) ¹Der Anbieter eines Altersvorsorge- oder Basisrentenvertrags haftet für die Steuer, die einem Investmentfonds oder einer Anteilklasse zu Unrecht erstattet wurde oder bei einem Investmentfonds oder einer Anteilklasse zu Unrecht nicht erhoben wurde. ²Die Haftung ist beschränkt auf die Höhe der Kapitalertragsteuer, die aufgrund falscher, unterlassener oder verspäteter Mitteilungen des Anbieters zu Unrecht erstattet oder nicht erhoben wurde. ³Die Haftung ist ausgeschlossen, wenn der Anbieter eines Altersvorsorge- oder Basisrentenvertrags nachweist, dass er nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat.

(4) Die depotführende Stelle haftet für die Steuer, die aufgrund eines falschen Investmentanteil-Bestandsnachweises einem Investmentfonds zu Unrecht erstattet wurde oder bei einem Investmentfonds zu Unrecht nicht erhoben wurde.

(5) Der gesetzliche Vertreter des Investmentfonds haftet für die Steuer, die einem Investmentfonds oder einer Anteilklasse zu Unrecht erstattet wurde oder bei einem Investmentfonds oder einer Anteilklasse zu Unrecht nicht erhoben wurde, wenn der gesetzliche Vertreter

1. bei der Geltendmachung einer Steuerbefreiung wusste oder bei Anwendung einer angemessenen Sorgfalt hätte erkennen können, dass die Voraussetzungen für die Steuerbefreiung nicht vorlagen, oder
2. zu einem späteren Zeitpunkt erkennt, dass die Voraussetzungen für eine Steuerbefreiung nicht vorlagen, aber die zuständige Finanzbehörde daraufhin nicht unverzüglich unterrichtet.

(6) ¹Soweit die Haftung reicht, sind der Investmentfonds und die Haftungsschuldner nach den Absätzen 1 bis 5 Gesamtschuldner. ²Die zuständige Finanzbehörde kann die Steuerschuld oder Haftungsschuld nach pflichtgemäßem Ermessen gegenüber jedem Gesamtschuldner geltend machen. ³Vorrangig in Anspruch zu nehmen sind die Haftungsschuldner nach den Absätzen 1 bis 5. ⁴Sind Tatbestände der Absätze 1 bis 5 nebeneinander erfüllt, so ist vorrangig der Haftungsschuldner nach den Absätzen 1, 2 oder 3 in Anspruch zu nehmen,

danach der Haftungsschuldner nach Absatz 4 und zuletzt der Haftungsschuldner nach Absatz 5. Die Inanspruchnahme des Investmentfonds ist ausgeschlossen, soweit der Investmentfonds nachweist, dass er dem Anleger oder dem Anbieter eines Altersvorsorge- oder Basisrentenvertrags den zu Unrecht gewährten Befreiungsbetrag zugewendet hat und dass eine Rückforderung gegenüber dem Anleger oder dem Anbieter eines Altersvorsorge- oder Basisrentenvertrags ausgeschlossen oder uneinbringlich ist.

Autor und Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 14	1	tersvorsorge- oder Basisrentenvertrags	15
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Haftung des Anlegers bei Nichterfüllen der Voraussetzungen für eine Steuerbefreiung	5	E. Erläuterungen zu Abs. 4: Haftung der depotführenden Stelle	20
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Haftung des Anlegers bei Anteilsübertragung an nicht qualifizierten Erwerber	10	F. Erläuterungen zu Abs. 5: Haftung des gesetzlichen Vertreters des Investmentfonds	25
D. Erläuterungen zu Abs. 3: Haftung eines Anbieters eines Al-		G. Erläuterungen zu Abs. 6: Gesamtschuldner; Reihenfolge der Inanspruchnahme	30

1 A. Allgemeine Erläuterungen zu § 14

Grundinformation: § 14 regelt in Abs. 1 bis 5 verschiedene Haftungstatbestände, mit denen in Fällen zu Unrecht in Anspruch genommener StBefreiungen der Kreis derjenigen, von denen die Erfüllung des StAnspruchs über den Investmentfonds als StSchuldner hinaus auf diejenigen erweitert wird, die einen Haftungstatbestand verwirklichen. Dabei gelten unterschiedliche Anforderungen an Kausalitäten und Verschulden. Der StSchuldner und ein oder möglicherweise mehrere Haftungsschuldner sind Gesamtschuldner (Abs. 6). Grundsätzlich kann die Finanzbehörde die Steuer gegenüber jedem Gesamtschuldner nach pflichtgemäßem Ermessen geltend machen; Abs. 6 regelt die vorrangige Inanspruchnahme bestimmter Schuldner in bestimmten Fällen in den Sätzen 3 bis 5.

Geltungsbereich:

- *Sachlicher Geltungsbereich:* § 14 gilt für die Inanspruchnahme von Haftungsschuldnern neben – und in den Fällen des Abs. 6 Satz 5 sogar vor – dem Investmentfonds als StSchuldner. Dabei gilt auch für die Haftungstatbestände des § 14, dass Haftung ein Entstehenmüssen für eine fremde StSchuld, dh. im Fall des § 14 die des Investmentfonds, ist (vgl. BFH v. 2.5.1984 – VIII R 239/82, BStBl. II 1984, 695) und dass der Haftungsanspruch entsteht, ohne dass es dazu eines Haftungsbescheides bedarf (BFH v. 15.10.1996 – VII R 46/96, BStBl. II 1997, 171), sobald der Tatbestand verwirklicht ist, an den das Gesetz die Haftung knüpft (§§ 37 Abs. 1, 38 AO, s. dazu *Loose in Tipke/Kruse*, Vor § 69 AO Rz. 2 [2/2018]).

- ▶ *Persönlicher Geltungsbereich:* § 14 regelt die mögliche Haftung verschiedener Beteiligter für Steuern, die aufgrund zu Unrecht in Anspruch genommener StBefreiungen erstattet oder nicht erhoben wurden. Er gilt damit für Anleger (Abs. 1 und 2), Anbieter eines Altersvorsorge- oder Basisrentenvertrags (Abs. 3), eine depotführende Stelle (Abs. 4) und gesetzliche Vertreter von Investmentfonds (Abs. 5). § 14 gilt, soweit die Gesamtschuld geregelt wird (Abs. 6), auch für Investmentfonds als primäre StSchuldner.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* § 14 gilt ab dem 1.1.2018, s. § 56 Abs. 1.

Verhältnis zu anderen Vorschriften:

- ▶ *Verhältnis zu §§ 8 bis 14:* § 14 ist Teil des Regelungszusammenhangs der §§ 8 bis 14, welcher die partielle (§ 8) bzw. umfassende (§ 10) StBefreiung eines Investmentfonds aufgrund des nachzuweisenden (§ 9) stbegünstigten Status seiner Anleger, die Inanspruchnahme (§ 11) und Ausreichung (§ 12) der dadurch erzielten StErmäßigung an die Anleger und die Folgen des Wegfalls der Begünstigungsvoraussetzungen (§ 13) sowie die Haftung für die unberechtigte Inanspruchnahme der StErmäßigung (§ 14) umfasst.
- ▶ *Verhältnis zu anderen Haftungstatbeständen:* Die Haftungstatbestände des § 14 sind nicht abschließend und verdrängen für die Betroffenen damit nicht eine mögliche Inanspruchnahme auch aus anderen Gründen, wie etwa im Fall der generellen Haftung gesetzlicher Vertreter nach § 69 AO oder des an einer Steuerhinterziehung etwa durch Beihilfe Beteiligten nach § 71 AO (s. auch *Brandl* in *Blümich*, § 14 InvStG 2018 Rz. 3 [8/2019]).

Einstweilen frei.

2–4

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Haftung des Anlegers bei Nichterfüllen der Voraussetzungen für eine Steuerbefreiung

5

Haftung des Anlegers bei Nichterfüllen von Steuerbefreiungsvoraussetzungen (Abs. 1 Satz 1): Nach Abs. 1 Satz 1 haftet ein Anleger nach § 8 Abs. 1 oder 2 verschuldensunabhängig, wenn einem Investmentfonds bzw. einer Anteilklasse mit Rücksicht auf eine StBefreiung des Anlegers Steuern erstattet werden bzw. ihnen gegenüber Steuern aus diesem Grund nicht erhoben werden, der Anleger aber zu diesem Zeitpunkt die Voraussetzungen der StBefreiung nicht mehr erfüllt.

Anleger nach § 8 Abs. 1 oder 2: Siehe § 8 Anm. 5, 15.

Dem Investmentfonds bzw. der Anteilklasse muss die Steuer erstattet oder ihm bzw. ihr gegenüber muss die Steuer nicht erhoben worden sein.

Erstattung bzw. Nichterhebung von Steuern zu Unrecht: Gemeint ist, dass Steuern mit Rücksicht auf eine StBefreiung des Anlegers erstattet bzw. nicht erhoben werden, der Anleger aber zu diesem Zeitpunkt die Voraussetzungen der StBefreiung nicht mehr erfüllt.

Relevanter Zeitpunkt ist der des Zuflusses der Einnahmen beim Investmentfonds.

Weder Kausalität noch Verschulden: Die Haftung nach Abs. 1 dient dazu, vom Anleger die Herausgabe eines ungerechtfertigten StVorteils verlangen zu können (BTDrucks. 18/8045, 82). Auf eine Kausalität eines Anlegerfehlverhaltens oder ein Verschulden des Anlegers, also etwa darauf, ob der Anleger den Investmentfonds möglicherweise pflichtwidrig (in den Fällen des § 10, s. § 13 Abs. 1 Satz 1) darüber

in Unkenntnis gelassen hat, dass er und damit auch der Investmentfonds die Voraussetzungen für eine StBefreiung nicht oder nicht mehr erfüllt, kommt es nicht an.

Beschränkung der Haftung auf Befreiungsbetrag (Abs. 1 Satz 2): Die Haftung des Anlegers ist begrenzt auf den Befreiungsbetrag (§ 12 Abs. 1), der ihm zugewandt und von ihm nicht (wie in § 13 Abs. 3 vorgesehen) an den Investmentfonds zurückgezahlt wurde.

6–9 Einstweilen frei.

10 C. Erläuterungen zu Abs. 2: Haftung des Anlegers bei Anteilsübertragung an nicht qualifizierten Erwerber

Haftung des Anlegers bei Übertragung von Anteilen an nicht steuerbegünstigten Anleger (Abs. 2 Satz 1): Ein Anleger eines nach § 10 stbefreiten Investmentfonds bzw. einer nach § 10 stbefreiten Anteilklasse haftet nach Abs. 2 für einem Investmentfonds zu Unrecht erstattete bzw. diesem gegenüber zu Unrecht nicht erhobene Steuern, wenn er einen Investmentanteil an dem Investmentfonds oder der Anteilklasse auf einen Erwerber überträgt, der nicht die Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 oder 2 erfüllt.

Anleger nach § 8 Abs. 1 oder 2: Siehe § 8 Anm. 5, 15. Es muss sich um Anleger eines nach § 10 vollständig stbefreiten und es kann sich also nicht auch um Anleger eines nach § 8 nur partiell stbefreiten Investmentfonds handeln.

Investmentanteil am Investmentfonds oder an einer Anteilklasse nach § 10: Übertragen werden muss ein Investmentanteil am Investmentfonds oder an einer Anteilklasse nach § 10, also ein Anteil an einem Investmentfonds bzw. einer Anteilklasse, der bzw. die aufgrund der ausschließlichen Beteiligung stbegünstigter Anleger insgesamt nach § 10 stbefreit ist (s. § 10 Anm. 5).

Erwerber muss (nach dem Wortlaut des Gesetzes, s. aber auch § 13 Anm. 5) ein Anleger sein, der anders als der die Anteile übertragende Anleger nicht die Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 oder 2 erfüllt.

Zu Unrecht erstattete bzw. nicht erhobene Steuer:

- ▶ *Erstattet bzw. nicht erhoben* wurde eine Steuer, wenn der Investmentfonds damit nicht belastet wurde, weil sie ihm entweder vom Entrichtungspflichtigen (§ 7 Abs. 5 Satz 2) oder vom BSFA des Entrichtungspflichtigen (§ 11 Abs. 1) erstattet wurde oder der Entrichtungsverpflichtete von vornherein von ihrem Abzug Abstand genommen hat (arg. aus § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2).
- ▶ *Zu Unrecht* wurden Steuern erstattet bzw. nicht erhoben, wenn sie erhoben und nicht erstattet worden wären, wenn die Anteile, auf die die Steuer entfällt, nicht von einem (vermeintlich) stbegünstigten Anleger gehalten worden wären.

Dem Investmentfonds bzw. der Anteilklasse muss die Steuer erstattet oder ihm bzw. ihr gegenüber muss die Steuer nicht erhoben worden sein.

Kausalität/Verschulden: Die Haftung des Anlegers, der anders als im Fall des Abs. 1 den StVorteil nicht erhalten hat, setzt nach Abs. 2 voraus, dass Anteile unter Verstoß gegen § 10 Abs. 3 auf einen anderen Anleger übertragen wurden. Mithin sanktioniert die Haftung nach Abs. 2 eine Pflichtverletzung des Anlegers, ohne dass es allerdings auf ein Verschulden des Anlegers ankommt.

Beschränkung der Haftung (Abs. 2 Satz 2): Die Haftung des Anlegers nach Abs. 2 ist beschränkt auf die Höhe der erstatteten oder nicht erhobenen Steuer, die auf den Erwerber entfällt und vom Erwerber nicht an den Investmentfonds zurückgezahlt wurde (Satz 2). Auf den Erwerber entfällt eine Steuer, wenn sie für vom Fonds erzielte Einnahmen oder Einkünfte geschuldet wird, die auf den Erwerber entfallen. Daraus, dass es eine Steuer sein muss, die der Erwerber nicht zurückgezahlt hat, ergibt sich, dass die Steuer zudem an den Erwerber (aufgrund seiner vermeintlichen StBegünstigung) ausgezahlt worden sein muss (§ 12 Abs. 1).

Nicht ausdrücklich geregelte Rückzahlungsverpflichtung des Erwerbers: Flankiert werden müsste die Haftung des seine Anteile veräußernden stbegünstigten Anlegers durch eine (primäre) Rückzahlungsverpflichtung des nicht stbegünstigten Erwerbers, dem eine Steuer zu Unrecht ausgezahlt wurde. Ausdrücklich ist diese Verpflichtung des Erwerbers nicht geregelt. Sie ergibt sich jedoch daraus, dass § 12 den Investmentfonds nur zur Auszahlung des Befreiungsbetrags an stbegünstigte Anleger verpflichtet, der Erwerber, der nicht stbegünstigt ist, darauf also keinen Anspruch hat und den Befreiungsbetrag mithin rechtsgrundlos erhält, ihn folglich grds. zurückzahlen muss (§§ 812 ff. BGB).

Nicht ausdrücklich im InvStG geregelte Rückgriffsmöglichkeit des übertragenden Anlegers gegenüber Erwerber: Haftet der Anleger, der Anteile an einen nicht qualifizierenden Erwerber übertragen hat (verschuldensunabhängig, s.o.), für eine beim Anteilserwerber zu Unrecht verbleibende Steuer, so kommt ein zivilrechtl. (ggf. vertraglicher oder bereicherungsrechtl.) Herausgabeanspruch des übertragenden Anlegers gegen den erwerbenden Anleger auf Herausgabe der Steuern in Betracht.

Einstweilen frei.

11–14

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Haftung eines Anbieters eines Altersvorsorge- oder Basisrentenvertrags

15

Haftung des Anbieters eines Altersvorsorge- oder Basisrentenvertrags (Abs. 3 Satz 1): Der Anbieter eines Altersvorsorge- oder Basisrentenvertrags haftet für die Steuer, die einem Investmentfonds oder einer Anteilklasse zu Unrecht erstattet wurde oder bei einem Investmentfonds oder einer Anteilklasse zu Unrecht nicht erhoben wurde.

Anbieter eines Altersvorsorge- oder Basisrentenvertrags können die in § 1 Abs. 2 AltZertG genannten Institute sein.

Steuer: Aus Abs. 3 Satz 2 ergibt sich, dass es sich hierbei nur um KapErtrSt, nicht aber KSt auf Einkünfte, die nicht dem KapErtrStAbzug unterliegen, handelt.

Unberechtigte Erstattung bzw. Nichterhebung von Steuern: Damit, dass die Steuern zu Unrecht erstattet bzw. nicht erhoben worden sein müssen, ist gemeint, dass sie erhoben und nicht erstattet worden wären, wenn die Anteile am Investmentfonds nicht (vermeintlich) im Rahmen eines Altersvorsorge- oder Basisrentenvertrags gehalten worden wären (§ 8 Abs. 1 Nr. 2).

Dem Investmentfonds bzw. der Anteilklasse muss die Steuer erstattet oder ihm bzw. ihr gegenüber muss die Steuer nicht erhoben worden sein.

Beschränkung der Haftung (Abs. 3 Satz 2): Die Haftung ist beschränkt auf die Höhe der KapErtrSt, die aufgrund falscher, unterlassener oder verspäteter Mitteilungen des Anbieters zu Unrecht erstattet oder nicht erhoben wurde.

Mitteilung: Siehe § 9 Abs. 3 und dazu § 9 Anm. 15.

Falsch, unterlassen oder verspätet muss die Mitteilung sein. Da der Anbieter eines Altersvorsorge- oder Basisrentenvertrags dem Investmentfonds innerhalb eines Monats nach dessen Geschäftsjahresende mitteilen muss, zu welchen Zeitpunkten und in welchem Umfang Anteile erworben oder veräußert wurden (§ 9 Abs. 3), ist neben dem Fall, dass gar keine Mitteilung gemacht wird, insbes. relevant, dass sie zu spät, dh. nach Ablauf der Monatsfrist übermittelt wird oder inhaltlich falsch ist, also die Erwerbs- oder Veräußerungszeitpunkte und/oder den Umfang der erworbenen oder veräußerten Anteil falsch angibt.

Kausalität: Aufgrund der falschen, unterlassenen oder verspäteten Mitteilung muss dem Investmentfonds gegenüber Steuer erstattet oder nicht erhoben worden sein.

Verschulden und Ausschluss der Haftung bei Nachweis nicht vorsätzlichen oder nicht grob fahrlässigen Handelns: Die Haftung ist ausgeschlossen, wenn der Anbieter eines Altersvorsorge- oder Basisrentenvertrags nachweist, dass er nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat. Sie setzt damit ein Verschulden des Anbieters des Altersvorsorge- oder Basisrentenvertrags voraus. Das Gesetz kehrt mit der Formulierung des Haftungsausschlusses allerdings die Nachweisverpflichtung um: Nicht die FinVerw. muss dem Anbieter eines Altersvorsorge- oder Basisrentenvertrags nachweisen, dass er die Mitteilung vorsätzlich oder grob fahrlässig falsch, verspätet oder gar nicht abgegeben hat, sondern der Anbieter des Altersvorsorge- oder Basisrentenvertrags muss nachweisen, dass er dabei nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat.

16–19 Einstweilen frei.

20 E. Erläuterungen zu Abs. 4: Haftung der depotführenden Stelle

Die depotführende Stelle haftet für die Steuer, die aufgrund eines falschen Investmentanteil-Bestandsnachweises einem Investmentfonds zu Unrecht erstattet wurde oder bei einem Investmentfonds zu Unrecht nicht erhoben wurde.

Depotführende Stelle: Siehe § 9 Anm. 5.

Investmentanteil-Bestandsnachweises: Siehe § 9 Abs. 1 Nr. 3 und dazu § 9 Anm. 5.

Falsch ist ein Investmentanteil-Bestandsnachweis, wenn er den Umfang der durchgehend während des Kj. vom Anleger gehaltenen Investmentanteile sowie den Zeitpunkt und Umfang des Erwerbs oder der Veräußerung von Investmentanteilen während des Kj. nicht zutr. wiedergibt.

Steuern, für die die depotführende Stelle haften kann, sind solche, für deren Nichterhebung bzw. Erstattung die Vorlage des Investmentanteil-Bestandsnachweises relevant ist. Dies ist nach § 9 Abs. 1 Nr. 3 nur für aufgrund der StBefreiung nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 nicht erhobene oder erstattete Steuern der Fall.

Dem Investmentfonds bzw. der Anteilklasse muss die Steuer erstattet oder ihm bzw. ihr gegenüber muss die Steuer nicht erhoben worden sein.

Unberechtigte Erstattung bzw. Nichterhebung von Steuern: Damit, dass die Steuern zu Unrecht erstattet bzw. nicht erhoben worden sein müssen, ist gemeint, dass sie erhoben und nicht erstattet worden wären, wenn der Investmentanteil-Bestandsnachweis nicht falsch gewesen wäre.

Kausalität/Verschulden: Aufgrund des falschen Investmentanteil-Bestandsnachweises muss dem Investmentfonds gegenüber Steuer erstattet oder nicht erhoben worden sein. Ein Verschulden der depotführenden Stelle wird nicht vorausgesetzt.

Einstweilen frei.

21–24

F. Erläuterungen zu Abs. 5: Haftung des gesetzlichen Vertreters des Investmentfonds

25

Der gesetzliche Vertreter des Investmentfonds haftet nach Abs. 5 unter bestimmten Umständen für einem Investmentfonds oder einer Anteilklasse zu Unrecht erstattete oder für eine bei einem Investmentfonds oder einer Anteilklasse zu Unrecht nicht erhobene Steuer.

Gesetzlicher Vertreter des Investmentfonds: Siehe § 3 Abs. 2 bis 4.

Dem Investmentfonds bzw. der Anteilklasse muss die Steuer erstattet oder ihm bzw. ihr gegenüber muss die Steuer nicht erhoben worden sein.

Nichtvorliegen der Voraussetzungen einer Steuerbefreiung und deshalb unberechtigte Erstattung bzw. Nichterhebung von Steuern: Gemeinsames, nicht in allen Details explizit ausgeschriebenes Merkmal der Konstellationen, in denen der gesetzliche Vertreter eines Investmentfonds für eine Steuer haftet, ist, dass die Voraussetzungen einer (geltend zu machenden) StBefreiung nicht vorlagen, sie aber dennoch berücksichtigt und deshalb Steuern zu Unrecht an den Investmentfonds bzw. eine Anteilklasse erstattet bzw. diesem oder dieser gegenüber nicht erhoben wurden. Daraus, dass es nach Abs. 5 Nr. 1 auf Umstände bei der Geltendmachung der StBefreiung durch den gesetzlichen Vertreter des Investmentfonds ankommt, folgt, dass es eine geltend zu machende StBefreiung des Investmentfonds sein muss. In Betracht kommen uE nach dem engen Wortlaut, der voraussetzt, dass eine StBefreiung geltend gemacht wird, nur die zu beantragenden StBefreiungen nach § 8 Abs. 1 und 2, bei denen die Begr. des Gesetzentwurfs von einem „formlosen Geltend machen“ spricht (BTDrucks. 18/8045, 77; s. auch § 8 Anm. 5). Die StBefreiung nach § 10 wird hingegen nicht geltend gemacht; sie ergibt sich daraus, dass sich am Investmentfonds nur stbegünstigte Anleger beteiligen dürfen, und gilt dann auch ohne, dass sie beantragt bzw. geltend gemacht wird (s. § 10 Anm. 5). Der gesetzliche Vertreter des Investmentfonds haftet in zwei Fällen für die Steuer:

Wissen oder vorwerfbares Nichtwissen bei Geltendmachung der Steuerbefreiung: Der Vertreter haftet, wenn er bei Geltendmachung der StBefreiung wusste oder bei Anwendung einer angemessenen Sorgfalt hätte erkennen können, dass die Voraussetzungen für die StBefreiung nicht vorlagen (Abs. 5 Nr. 1).

- ▶ *Wissen:* In der schwerwiegenderen Form von Fehlverhalten muss der gesetzliche Vertreter des Investmentfonds wissen, dass Anleger nicht stbegünstigt sind, während er gegenüber einer Finanzbehörde oder einer zum Abzug von KapErtrSt verpflichteten Person (s. § 8 Anm. 6) geltend macht, die Anleger seien stbegünstigt und der Investmentfonds damit (partiell) stbefreit (Abs. 5 Nr. 1 Alt. 1). In einem solchen, praktisch kaum vorstellbaren Fall kommt parallel eine Haftung nach § 71 AO in Betracht (s. auch Anm. 1).
- ▶ *Verwertbares Nichtwissen:* Der Vertreter haftet nach Abs. 5 Nr. 1 Alt. 2 aber auch, wenn er bei Anwendung einer angemessenen Sorgfalt hätte erkennen können, dass die Voraussetzungen einer StBefreiung nicht vorlagen. Auch hier

muss also der Vertreter des Investmentfonds die unberechtigte Gewährung der StBefreiung, deren Voraussetzungen nicht erfüllt sind, vorwerfbar herbeigeführt haben. Allerdings verwendet das Gesetz mit der geforderten „angemessenen Sorgfalt“ einen auf den ersten Blick wenig konkreten Maßstab. Dieser ist wohl strenger als das generell für die Inanspruchnahme gesetzlicher Vertreter nach § 69 AO geforderte Verschulden des Vertreters, das in Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit bestehen muss (*Loose in Tipke/Kruse*, Vor § 69 AO Rz. 23 ff. [7/2017]). Praktisch greifbarer wird der in § 14 nur für den engen Ausschnitt des Handelns eines Vertreters eines Investmentfonds im Zusammenhang mit der Geltendmachung der StBefreiung nach § 8 geregelte Verschuldensmaßstab nur, wenn man berücksichtigt, dass Anleger einem Investmentfonds zum Nachweis ihrer StBegünstigung größtenteils amtliche Nachweise vorlegen müssen (s. § 8 Anm. 5). Auf diese muss der Vertreter des Investmentfonds vertrauen dürfen. Lässt er sie sich vorlegen, bleibt für die Annahme eines Verstoßes gegen die vom Gesetz inzident für angemessen gehaltene Sorgfalt kein Raum.

- *Unterlassen unverzüglicher Unterrichtung nach späterem Erkennen (nicht erkennen können)*: Der gesetzliche Vertreter des Investmentfonds haftet auch, wenn er zu einem späteren Zeitpunkt, dh. nach Geltendmachung der StBefreiung erkennt, dass die Voraussetzungen für eine StBefreiung nicht vorlagen, die zuständige Finanzbehörde aber daraufhin nicht unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs. 1 Satz 1 BGB) darüber unterrichtet, dass die Voraussetzungen der StBefreiung nicht erfüllt waren. Damit sanktioniert das Gesetz ein Unterlassen, ohne – anders als z.B. § 13 Abs. 1 Satz 1 für den Anleger im Fall der StBefreiung nach § 10 – ausdrücklich eine Pflicht zum Handeln geregelt zu haben. Als Äußerung, die Einfluss auf die Fest- oder Durchsetzung einer Steuer hat (*Seer in Tipke/Kruse*, § 153 AO Rz. 10 [10/2016]), dürfte das Geltendmachen einer StBefreiung aber Erklärung iSv. § 153 AO sein und sich folglich daraus die Berichtigungspflicht ergeben.

26–29 Einstweilen frei.

30 G. Erläuterungen zu Abs. 6: Gesamtschuldner; Reihenfolge der Inanspruchnahme

Gesamtschuldner, Inanspruchnahme nach pflichtgemäßem Ermessen (Abs. 6 Sätze 1 und 2): Haften neben dem Investmentfonds (als StSchuldner) Haftungsschuldner nach Abs. 1 bis 5, also Anleger, Anbieter eines Altersvorsorge- oder Basisrentenvertrags, die depotführende Stelle oder der gesetzliche Vertreter des Fonds für Steuern, so sind der Investmentfonds und der bzw. die Haftungsschuldner – soweit die Haftung reicht – Gesamtschuldner (§ 44 Abs. 1 Satz 1 AO), dh., die Finanzbehörde kann grds. nach pflichtgemäßem Ermessen (Abs. 6 Satz 2), von jedem den ganzen StBetrag verlangen und den Innenausgleich den Gesamtschuldnern überlassen (s. dazu im Detail auch *Schäfer/Enders/Lebioda in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 14 Rz. 114 ff.).

Vorrangige Inanspruchnahme der Haftungsschuldner nach Abs. 1 bis 5 (Abs. 6 Satz 3): Satz 3 ordnet an, dass, wenn neben dem Investmentfonds Haftungsschuldner haften, vorrangig die Haftungsschuldner nach Abs. 1 bis 5 in Anspruch zu nehmen sind (zur Reihenfolge der Inanspruchnahme von StSchuldner und Haftungsschuldner s. generell *Loose in Tipke/Kruse*, § 191 AO Rz. 36 ff. [8/2018]).

Reihenfolge der Inanspruchnahme der Haftungsschuldner nach Abs. 1 bis 5 (Abs. 6 Satz 4): Haften mehrere Haftungsschuldner nach verschiedenen Absätzen des § 14 nebeneinander, so sind nach Satz 4 zunächst – grds. gleichrangig – die Haftungsschuldner nach Abs. 1, 2 (Anleger) oder 3 (Anbieter eines Altersvorsorge- oder Basisrentenvertrags), danach der Haftungsschuldner nach Abs. 4 (depotführende Stelle) und zuletzt der Haftungsschuldner nach Abs. 5 (gesetzlicher Vertreter des Investmentfonds) in Anspruch zu nehmen.

Ausschluss der Inanspruchnahme des Investmentfonds (Abs. 6 Satz 5): Satz 5 regelt einen Fall, in dem nicht nur die grundsätzliche Subsidiarität der Haftung gegenüber dem StSchuldner (s. dazu generell *Loose in Tipke/Kruse*, Vor § 69 AO Rz. 20 [2/2018]) aufgehoben ist, die hier ohnehin schon durch Satz 3 durchbrochen ist. Nach Satz 5 ist die Inanspruchnahme des Investmentfonds (als StSchuldner) im Hinblick auf einen Befreiungsbetrag (§ 12 Abs. 1) sogar ausgeschlossen, soweit der Investmentfonds zweierlei nachweist:

- ▶ *Zuwendung des Befreiungsbetrags:* Der Investmentfonds muss nachweisen, dass er dem Anleger oder dem Anbieter eines Altersvorsorge- oder Basisrentenvertrags den zu Unrecht gewährten Befreiungsbetrag (§ 12 Abs. 1) zugewendet hat. Zu Einzelheiten des Befreiungsbetrages s. § 12 Anm. 5.
- ▶ *Ausschluss oder Uneinbringlichkeit der Rückforderung:* Der Investmentfonds muss auch nachweisen, dass eine Rückforderung gegenüber dem Anleger oder dem Anbieter eines Altersvorsorge- oder Basisrentenvertrags ausgeschlossen (laut Begr. des Gesetzentwurfs zB bei Verjährung, BTDrucks. 18/8045, 83) oder uneinbringlich ist (laut Begr. des Gesetzentwurfs zB bei Insolvenz des Anlegers, BTDrucks. 18/8045, 83).

§ 15 Gewerbesteuer

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731), zuletzt geändert durch WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17)

(1) Investmentfonds gelten als sonstige juristische Personen des privaten Rechts nach § 2 Absatz 3 des Gewerbesteuergesetzes.

(2) ¹Ein Investmentfonds ist von der Gewerbesteuer befreit, wenn

1. sein objektiver Geschäftszweck auf die Anlage und Verwaltung seiner Mittel für gemeinschaftliche Rechnung der Anleger beschränkt ist und
2. er seine Vermögensgegenstände nicht in wesentlichem Umfang aktiv unternehmerisch bewirtschaftet.

²Satz 1 Nummer 2 ist nicht auf Beteiligungen an Immobilien-Gesellschaften nach § 1 Absatz 19 Nummer 22 des Kapitalanlagegesetzbuchs anzuwenden.

(3) Die Voraussetzungen des Absatzes 2 gelten als erfüllt, wenn die Einnahmen aus einer aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung in einem Geschäftsjahr weniger als 5 Prozent der gesamten Einnahmen des Investmentfonds betragen.

(4) ¹Die aktive unternehmerische Tätigkeit eines gewerbesteuerpflichtigen Investmentfonds bildet einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb. ²Der Gewinn des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs ist als Überschuss der Betriebseinnahmen über die Betriebsausgaben zu ermitteln. Der so ermittelte Gewinn ist der Gewinn nach § 7 Satz 1 des Gewerbesteuergesetzes zur Ermittlung des Gewerbeertrags.

Autor und Mitherausgeber: Dr. Martin Klein, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 15	1	D. Erläuterungen zu Abs. 3: Bagatellgrenze	15
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Gewerbesteuerpflicht	5	E. Erläuterungen zu Abs. 4: Gewerbesteuerpflichtiger Investmentfonds	20
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Gewerbesteuerbefreiung	10		

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 15

1

Grundinformation: § 15 regelt die grundsätzliche GewStBefreiung von Investmentfonds. Diese gelten als juristische Personen des privaten Rechts nach § 2 Abs. 3 GewStG (Abs. 1). Sie sind grds. von der GewSt befreit, können aber, wenn sie Vermögen in wesentlichem Umfang aktiv unternehmerisch bewirtschaften, persönlich gewstpfl. werden (Abs. 2) und eine Bagatellgrenze überschritten wird (Abs. 3), wobei sich die GewStPflicht dann sachlich auf das Erg. des durch ihre gewerblichen Tätigkeit (dh. richtigerweise: ihre nicht unwesentliche aktive unternehmerische Bewirtschaftung von Vermögen) gebildeten wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs beschränkt (Abs. 4). Die Anforderungen an die GewStBefreiung entsprechen im Wesentlichen denen des § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 3 InvStG aF.

Rechtsentwicklung:

- ▶ *WElektroMobFördG* („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17): In Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 wurden die Worte „Anteils- oder Aktieninhaber“ durch den Begriff „Anleger“ ersetzt, um den Sprachgebrauch im InvStG zu vereinheitlichen (BTDrucks. 19/13436, 175). In Abs. 4 wurde der Begriff „gewerbliche“ durch die Worte „aktive unternehmerische“ ersetzt, um klarzustellen, dass die allgemeinen Abgrenzungskriterien zwischen Vermögensverwaltung und Gewerblichkeit angesichts der Besonderheiten der Fondsanlage nicht uneingeschränkt maßgeblich sind (s. dazu Anm. 20 und § 6 Anm. 30 zu § 6 Abs. 5 Satz 2). Die Änderungen sind seit dem 1.1.2020 anzuwenden (§ 57 Nr. 2).

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher Geltungsbereich:* § 15 regelt die GewStPflicht eines Investmentfonds sowie die Voraussetzungen der Befreiung davon.
- ▶ *Persönlicher Geltungsbereich:* § 15 gilt für Investmentfonds und über § 29 Abs. 4 auch für Spezial-Investmentfonds.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* § 15 gilt ab dem 1.1.2018, s. § 56 Abs. 1.

Verhältnis zu anderen Vorschriften:

- ▶ *Verhältnis zu § 26:* Gemäß § 26 kann ein Investmentfonds nur Spezial-Investmentfonds sein, wenn er die Anlagebestimmungen des § 26 und die Voraussetzungen einer GewStBefreiung nach § 15 Abs. 2 und 3 erfüllt. Dennoch regelt nicht § 15 oder § 26 die GewStBefreiung eines Spezial-Investmentfonds, sondern § 29 Abs. 4.
- ▶ *Verhältnis zu § 29 Abs. 4:* § 15 regelt die GewStBefreiung von Investmentfonds, § 29 Abs. 4 die von Spezial-Investmentfonds, obgleich die Erfüllung der Voraussetzungen des § 15 Abs. 2 und 3 zu den den Spezial-Investmentfonds ausmachenden Merkmalen gehört.

2–4 Einstweilen frei.

5 B. Erläuterungen zu Abs. 1: Gewerbesteuerpflicht

Gewerbesteuerpflicht kraft Fiktion: Nach Abs. 1 gilt ein Investmentfonds als sonstige juristische Person des privaten Rechts nach § 2 Abs. 3 GewStG, und damit gilt seine Tätigkeit nach § 2 Abs. 3 GewStG als Gewerbebetrieb, soweit er einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb unterhält. Abs. 1 begründet damit in einem ersten Schritt (s. aber Abs. 2) zusammen mit § 2 Abs. 3 GewStG die GewStPflicht kraft Fiktion (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 15.1; vgl. auch *Keß* in *Lenski/Steinberg*, § 2 GewStG Rz. 4050 ff. [6/2020]).

Umfang der Gewerbesteuerpflicht: Ist ein Investmentfonds gewstpfl., erstreckt sich die GewStPflicht (nur) auf den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb, welcher beim Fonds durch seine gewerbliche Tätigkeit gebildet wird (Abs. 4 Satz 1, s. Anm. 20) und dessen Gewinn nach Abs. 4 Satz 3 der Gewinn nach § 7 Satz 1 GewStG ist. Anhand dieses Gewinns wird der Gewerbeertrag des Investmentfonds nach § 7 Satz 1 GewStG unter weiterer Berücksichtigung der §§ 8 bis 11 GewStG ermittelt (zu Besonderheiten bei der Ermittlung des Gewinns s. Abs. 4 und dazu Anm. 20). Dabei werden z.B. ausländ. gewerbliche Einkünfte des Investmentfonds bei der Ermittlung des Gewerbeertrags nach Maßgabe des § 9 Nr. 3 GewSt gekürzt,

so dass Einkünfte aus einer ausländ. BS nicht der GewStPflcht unterliegen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 15.43). Zur Vermeidung von Standortnachteilen für inländ. Fonds soll die GewStPflcht eines Investmentfonds auf seine inländ. Einkünfte beschränkt sein (BTDrucks. 18/8045, 84, s. auch *Helios/Mann*, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 1 [13]), so dass Einkünfte, mit denen ein Fonds nicht der partiellen KSt unterliegt, auch nicht der GewSt unterliegen (*Stadler/Bindl*, DStR 2016, 1953 [1956]).

Einstweilen frei.

6–9

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Gewerbesteuerbefreiung

10

Regelmäßige Gewerbesteuerbefreiung (Abs. 2 Satz 1): Regelmäßig ist ein Investmentfonds von der GewSt befreit, wenn er die Voraussetzungen des Abs. 2 Satz 1 erfüllt oder diese beiden (s. Abs. 3 Anm. 15) nach Abs. 3 als erfüllt gelten. Die Anforderungen an die GewStBefreiung entsprechen im Wesentlichen denen des § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 3 InvStG aF. Hintergrund der GewStBefreiung und ihrer beiden Voraussetzungen (Satz 1 Nr. 1 und 2) ist, dass wie schon bisher nach Auffassung der FinVerw. (BMF v. 3.3.2015 – IV C 1 - S 1980 – 1/13/10007:003, BStBl. I 2015, 227, unter 1.) auch nach Auffassung des Gesetzgebers (vgl. BTDrucks. 18/8045, 84 und BTDrucks. 19/13436, 173 im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens zum WElektroMobFördG/„JStG 2019“ v. 12.12.2019, BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) die allgemeinen Grundsätze zur Abgrenzung einer gewerblichen von einer vermögensverwaltenden Tätigkeit (s. § 15 EStG Anm. 1100 ff.) bei Investmentfonds nur in eingeschränktem Maße geeignet sind, weil es bei der Investmentanlage als kollektiver Anlageform naturgemäß zu sehr umfangreichen Vermögensanlagen kommt, die dadurch einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern. Außerdem werde die Investmentanlage durch professionelle Verwalter mit entsprechenden beruflichen Erfahrungen durchgeführt. Insbesondere diese beiden Merkmale seien daher für eine Abgrenzung ungeeignet (s. auch § 6 Anm. 30).

Beschränkung des objektiven Geschäftszwecks auf Anlage und Verwaltung der Mittel des Fonds für gemeinschaftliche Rechnung der Anteils- oder Aktieninhaber:

- ▶ *Beschränkung des objektiven Geschäftszwecks:* Da der Zweck eines Geschäfts begrifflich notwendig abhängig ist von einem subjektiven Willen, der darauf gerichtet sein muss, etwas mit dem Geschäft zu erreichen, meint das Gesetz mit dem Begriff „objektiver Geschäftszweck“ wohl eher den Gegenstand eines Investmentfonds (entsprechend etwa dem Gegenstand zB einer AG, vgl. § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG). Dieser Gegenstand muss objektiv sein. Auch das ist eher sprachlich verunglückt formuliert; gemeint ist, dass sich der Gegenstand des Investmentfonds nicht nur aus seiner Beschreibung in den Anlagebedingungen ergeben soll (vgl. BTDrucks. 18/8045, 84; ebenso kommen ggf. eine Satzung oder ein Gesellschaftsvertrag in Betracht, s. *Gottschling/Schatz* in *Moritz/Jeschl Mann*, 2. Aufl. 2020, § 1 Rz. 90), sondern dass auch die tatsächlich durchgeführten Geschäfte maßgebend sein sollen (s. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 15.3). Es müssen damit sowohl subjektive als auch objektive Merkmale für eine Vermögensverwaltung, dh. für die Beschränkung auf das Ziehen von Nutzen aus den angeschafften Vermögensgegenständen sprechen (BTDrucks. 18/8045, 84; s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 15.3). Das Tatbestandsmerkmal

überschneidet sich damit mit denen der Nr. 2 (keine unternehmerische Bewirtschaftung der Vermögensgegenstände des Fonds im wesentlichen Umfang).

- ▶ *Anlage und Verwaltung seiner Mittel für gemeinschaftliche Rechnung der Anteils- oder Aktieninhaber:* Darauf, dh. die Vermögensverwaltung, muss der objektive Geschäftszweck des Investmentfonds beschränkt sein. Für die gemeinschaftliche Rechnung der Anteils- oder Aktieninhaber wird Vermögen auch verwaltet, wenn der Investmentfonds nur einen Anleger hat oder die Zahl der Anleger in den Anlagebedingungen auf eine Person beschränkt ist; s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 15.4).
- ▶ *Keine aktive unternehmerische Bewirtschaftung der Vermögensgegenstände in wesentlichem Umfang:* Der Ausschluss einer aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung ist insbes. darauf gerichtet, dass der Verwalter eines Investmentfonds nicht in das operative Geschäft von Unternehmen eingreift, an denen der Investmentfonds Anteile hält (BTDrucks. 18/8045, 84). Derartige Eingriffe sollen als unternehmerisches Handeln eine Gewerblichkeit indizieren (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 15.7), womit allerdings ein Gegenbeweis möglich ist (s. *Stadler/Mager*, BB 2019, 1760 [1763]). Nach der Begr. des Gesetzentwurfs zu Abs. 3 sind „die Besonderheiten der Investmentanlage“ zu berücksichtigen, also zB, dass es sich bei der kollektiven Anlage von Vermögen zwangsläufig um ein größeres Vermögen handelt, das schon aus investimentrechtl. Gründen eine professionelle Betreuung (mit allen Begleiterscheinungen wie zB Einsatz von *Asset Managern*) verlangt. Bei Beteiligungen an Immobiliengesellschaften führt eine aktive unternehmerische Bewirtschaftung nicht zur GewStPflcht (Abs. 2 Satz 2), weil es aufsichtsrechtl. zulässig ist, dass Immobilienfonds „ihre“ Immobilien mittelbar über Immobilien-Gesellschaften halten (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 15.15). Zur Beteiligung an originär gewerblichen oder nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG gewerblich infizierten PersGes. s. § 6 Anm. 30 und die widersprüchliche Auffassung des BMF (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 15.39 und Rz. 6.36); s. auch *Stadler/Mager*, BB 2019, 1760.

Einzelfragen: Zu Einzelfragen der Abgrenzung von Vermögensverwaltung und aktiver unternehmerischer Bewirtschaftung s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 15.16 f., betr. eine Vermietungstätigkeit und Rz. 15.18 bis 15.34 betr. Veräußerungen von Immobilien. Siehe dazu auch *Hensel*, RdF 2019, 204 (207 f.).

- ▶ *Wesentlicher Umfang:* Die Bagatellgrenze des Abs. 3 gibt vor, was in quantitativer Hinsicht jedenfalls kein wesentlicher Umfang ist (s. auch Anm. 15). Weitere Anhaltspunkte dafür, was jenseits dieser Bagatellgrenze in qualitativer Hinsicht einen wesentlichen Umfang ausmacht, gibt uE die Begr. des Gesetzentwurfs zu § 26, in der ausgeführt wird, die in § 1 Abs. 1b Satz 2 InvStG aF geregelten Anforderungen an einen Investmentfonds, die für den Bereich der Spezial-Investmentfonds fortgeführt werden, seien jetzt die Voraussetzungen für die GewSt-Befreiung nach § 15. Diese Voraussetzungen seien nur dann nicht erfüllt, wenn ein wesentlicher Verstoß gegen die Anlagebestimmungen vorliege. Die Aberkennung des Status als Spezial-Investmentfonds sei nur als Ultima Ratio für besondere Ausnahmefälle, nämlich beispielsweise für den Fall gedacht, dass ein Verstoß bewusst und zweckgerichtet für missbräuchliche Steuergestaltungen herbeigeführt wurde (BTDrucks. 18/8045, 94). Das spricht dafür, auch bei Investmentfonds, die nicht Spezial-Investmentfonds sind, eine zur GewStPflcht führende aktive wesentliche unternehmerische Bewirtschaftung von Vermögen nicht nur quantitativ zu beurteilen, sondern nur ganz ausnahmsweise anzuneh-

men, wenn ein Fonds missbräuchlich für die unternehmerische Bewirtschaftung von Vermögen eingeschaltet wird.

- ▶ *Ausnahme Beteiligung an Immobilien-Gesellschaften (Abs. 2 Satz 2)*: Das negative Tatbestandsmerkmal, in Satz 1 Nr. 2, ein Investmentfonds dürfe, um die GewStBefreiung nicht zu verlieren, seine Vermögensgegenstände nicht in wesentlichem Umfang aktiv unternehmerisch bewirtschaften, gilt nach Abs. 2 Satz 2 nicht für die Beteiligung an Immobilien-Gesellschaften nach § 1 Abs. 19 Nr. 22 KAGB, also Gesellschaften, die nach Gesellschaftsvertrag oder Satzung nur Immobilien sowie die zur Bewirtschaftung der Immobilien erforderlichen Gegenstände erwerben dürfen.
- ▶ *Verknüpfung mit „wenn“*: Der Investmentfonds ist (persönlich) von der GewSt befreit, wenn er die beiden genannten Voraussetzungen erfüllt (bzw. sie nach Abs. 3 als erfüllt gelten). Dieses Konzept einer persönlichen StBefreiung bringt es – anders als eine sachliche StBefreiung, die man mit „soweit“ hätte abgrenzen können – mit sich, dass der Umfang der sachlichen GewStPflcht auf die Gewinne eines Fonds aus der aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung von Vermögensgegenständen begrenzt werden muss (s. Abs. 4 und *Bindl/Mager*, BB 2016, 2711 [2714]).

Einstweilen frei.

11–14

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Bagatellgrenze

15

Bagatellregelung (Abs. 3): Nach dem Wortlaut des Abs. 3 gelten die Voraussetzungen der Befreiung eines Investmentfonds von der GewSt als erfüllt (Fiktion), wenn seine Einnahmen aus einer aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung in einem Geschäftsjahr weniger als 5 % seiner gesamten Einnahmen betragen. Mit Einnahmen sind die zugeflossenen Güter in Geld oder Geldeswert ohne Berücksichtigung von Werbungskosten gemeint, s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 15.35.

5 % der gesamten Einnahmen: Es ist auf alle weltweit erzielten Einnahmen, nicht nur auf die inländ. abzustellen (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 15.35). Einnahmen sind alle zugeflossenen Güter in Geld oder Geldeswert ohne Berücksichtigung von WK (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 15.35).

Reichweite der Fiktion: Das Gesetz verwendet den Plural („die Voraussetzungen ... gelten“) und erstreckt damit die Fiktion auf beide Voraussetzungen der GewStBefreiung in Abs. 2 (so auch *Bindl/Mager*, BB 2016, 2711 [2714]; *Stadler/Bindl*, DStR 2016, 1953; aA – Bagatellgrenze nur für Abs. 2 Nr. 2 – *Lechner*, RdF 2016, 208 [213]), also die Beschränkung des objektiven Geschäftszwecks (Abs. 2 Satz 1 Nr. 1) und den nicht wesentlichen Umfang der aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung der Vermögensgegenstände (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2). Betragen also die Einnahmen eines Investmentfonds aus einer aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung in einem Geschäftsjahr weniger als 5 % seiner gesamten Einnahmen, kommt es nicht mehr darauf an, ob der objektive Geschäftszweck des Fonds auf die Anlage und Verwaltung seiner Mittel tatsächlich beschränkt ist oder ob der Umfang der aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung der Vermögensgegenstände wesentlich oder unwesentlich ist. Man wird diese Erstreckung der Bagatellgrenze auf die beiden Voraussetzungen der StBefreiung nach Abs. 2 und insbes. auch auf die des Abs. 2 Nr. 1 nicht für ein Versehen halten dürfen, da nach dem Willen des Gesetzgebers auch dort nicht nur die Beschränkung des Geschäftszwecks in Anlagebedin-

gungen etc., sondern die tatsächlich durchgeführten Geschäfte („objektiver Geschäftszweck“) maßgebend sein sollen.

Fiktion als unbeachtliche Bagatell- statt Schmutzgrenze: Anders als bei der in § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 5 InvStG aF definierten Höchstgrenze für die Anlage in nicht zugelassene Vermögensgegenstände (sog. Schmutzgrenze), die nach Auffassung der FinVerw. nicht „bewusst und planmäßig dauerhaft“ ausgenutzt werden können sollte (BMF v. 23.10.2014 – IV C 1 - S 1980 – 1/13/10007:007, DStR 2014, 2346, Rz. 4), kann es im Fall der als Fiktion geregelten Bagatellgrenze nach Abs. 3 nicht darauf ankommen, ob ein Fonds bewusst oder unbewusst geringfügige Einnahmen aus einer unternehmerischen Bewirtschaftung von Vermögensgegenständen erzielt.

16–19 Einstweilen frei.

20 E. Erläuterungen zu Abs. 4: Gewerbesteuerpflichtiger Investmentfonds

Gewerbliche Tätigkeit als wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb (Abs. 4 Satz 1): Nach Satz 1 bildet (nur) die gewerbliche Tätigkeit eines gewstpfl. Investmentfonds einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb.

Sachliche Beschränkung der Gewerbesteuerpflicht: Die GewStPflcht eines Investmentfonds ist sachlich beschränkt auf seine aktive unternehmerische Tätigkeit, dh., ein Investmentfonds, der persönlich gewstpfl. wird, weil er Vermögensgegenstände in wesentlichem Umfang aktiv unternehmerisch bewirtschaftet (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2), wird nicht in vollem Umfang gewstpfl., sondern nur, „soweit er – unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Investmentanlage – gewerbliche Tätigkeiten ausübt“ (BTDrucks. 18/8045, 84). Die vermögensverwaltenden Tätigkeiten bleiben gewstfrei (s. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 15.38).

Gewerbliche versus aktive unternehmerische Tätigkeit: Dass Abs. 4 aF vor der Änderung durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) auf die gewerbliche Tätigkeit abstellte, während es in Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 die persönliche GewStPflcht daran knüpft, dass Vermögensgegenstände in wesentlichem Umfang aktiv unternehmerisch bewirtschaftet werden, war nicht sachgerecht (s. *Bindl/Mager*, BB 2016, 2711 [2714]). Sachgerechter und folgerichtiger war schon zuvor, auch in Abs. 4 auf den enger zu verstehenden Begriff der aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung der Vermögensgegenstände (und das Erg. aus einer solchen) abzustellen. Anderenfalls hätte nämlich das Erg. gewerblicher Tätigkeiten, die selbst noch nicht dazu führten, dass eine unternehmerische Bewirtschaftung und damit eine persönliche GewStPflcht des Investmentfonds angenommen würde, sachlich dann doch der GewSt unterlegen (vgl. *Bindl/Mager*, BB 2016, 2711 [2714], mit dem Beispiel eines aus anderen Gründen persönlich gewstpfl. Fonds, der auch mit seinen Grundstücksveräußerungen die sog. Drei-Objekte-Grenze und damit die Schwelle zur Gewerblichkeit überschreitet, was wiederum alleine nicht zu Annahme einer aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung und damit zur persönlichen GewStPflcht geführt hätte, vgl. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 – 1/16/10010:001 Rz. 15.11; s. auch schon BMF v. 3.3.2015 – IV C 1 - S 1980 – 1/13/10007:003, BStBl. I 2015, 227, unter 1. und 4.). Da es dem Willen des Gesetzgebers entspricht, vermögensverwaltende Tätigkeiten gewstfrei zu belassen und deshalb bei der Bestimmung des Umfangs der

GewStPflicht die „Besonderheiten der Investmentanlage“ zu berücksichtigen (BTDrucks. 18/8045, 85), war Abs. 4 Satz 1 teleologisch dahingehend zu reduzieren, dass nur die auch zur persönlichen StPflicht führende aktive unternehmerische Bewirtschaftung den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb bildet und nur ihr Erg. der GewSt unterlag. Seit der Ersetzung von „gewerbliche“ durch „aktive unternehmerische“ in Abs. 4 Satz 1 durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) ergibt sich das auch aus dem Wortlaut der Norm.

Keine (gewerbesteuerschädliche) gewerbliche Tätigkeit ist eine Beteiligung an einer originär gewerblichen oder nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG gewerblich infizierten PersGes., wenn lediglich Beratungs- oder Kontrollfunktionen (Entsendung von Vertretern in ein Aufsichtsgremium) oder sonstige Verwaltungsrechte ausgeübt werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 15.39). Die Beteiligung an einer gewerblich geprägten PersGes. iSd. § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG ist kein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb (s. BFH v. 25.5.2011 – I R 60/10, BStBl. II 2011, 858; s. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 15.42). Siehe aber auch § 6 Anm. 30.

Beschränkung auf das Inland: Der GewSt unterliegt auch ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb eines Fonds nur, soweit er im Inland betrieben wird (§ 2 Abs. 3 iVm. Abs. 1 Satz 1 GewStG), was voraussetzt, dass für ihn eine inländ. BS unterhalten wird (§ 2 Abs. 1 Satz 3 GewStG). Nicht der GewSt unterliegt daher der Gewinn, den ein Investmentfonds aus einer aktiven unternehmerischen Verwaltung von Vermögen in einer Auslandsbetriebsstätte erzielt, wobei inländ. Geschäftsleitungsaktivitäten zu einer inländ. Geschäftsleitungsbetriebsstätte (§ 12 Satz 2 Nr. 1 AO) führen können, vgl. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 – 1/16/10010:001, Rz. 15.15.

Gewinnermittlung durch Überschussrechnung: Nach Abs. 4 Satz 2 ist der Gewinn des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs als Überschuss der BE über die BA zu ermitteln. Laut Begr. des Gesetzentwurfs ist damit die Einnahmenüberschussrechnung iSd. § 4 Abs. 3 EStG (s. dazu § 4 EStG Anm. 530 ff.) gemeint (s. auch Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 – 1/16/10010:001, Rz. 15.16); ein BV-Vergleich anhand von Bilanzen ist danach nicht vorgesehen, weil erwartet wird, dass Investmentfonds idR Vermögensverwaltung betreiben und nur in Ausnahmefällen der GewSt unterliegen, was dann ggf. auch erst im Rahmen einer Betriebsprüfung festgestellt werde (BTDrucks. 18/8045, 85; s. auch Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 – 1/16/10010:001, Rz. 15.16).

Gewerbeertrag: Der nach Abs. 4 Satz 2 durch Einnahmenüberschussrechnung iSd. § 4 Abs. 3 EStG ermittelte Gewinn ist der Gewinn nach § 7 Satz 1 GewStG, anhand dessen unter weiterer Berücksichtigung der §§ 8 bis 11 GewStG der Gewerbeertrag ermittelt wird.

Abschnitt 2 Besteuerung des Anlegers eines Investmentfonds (§§ 16–22)

§ 16 Investmenterträge

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731)

(1) Erträge aus Investmentfonds (Investmenterträge) sind

1. Ausschüttungen des Investmentfonds nach § 2 Absatz 11,
2. Vorabpauschalen nach § 18 und
3. Gewinne aus der Veräußerung von Investmentanteilen nach § 19.

(2) ¹Investmenterträge sind nicht anzusetzen, wenn die Investmentanteile im Rahmen von Altersvorsorge- oder Basisrentenverträgen gehalten werden, die nach § 5 oder § 5a des Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetzes zertifiziert wurden. ²Vorabpauschalen sind nicht anzusetzen, wenn die Investmentanteile gehalten werden

1. im Rahmen der betrieblichen Altersvorsorge nach dem Betriebsrentengesetz
2. von Versicherungsunternehmen im Rahmen von Versicherungsverträgen nach § 20 Absatz 1 Nr. 6 Satz 1 und 4 des Einkommensteuergesetzes oder
3. von Kranken- und Pflegeversicherungsunternehmen zur Sicherung von Alterungsrückstellungen.

(3) Auf Investmenterträge aus Investmentfonds sind § 3 Nr. 40 des Einkommensteuergesetzes und § 8b des Körperschaftsteuergesetzes nicht anzuwenden.

(4) ¹Ist die Ausschüttung eines ausländischen Investmentfonds nach einem Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung von der Bemessungsgrundlage der deutschen Steuer auszunehmen, so wird die Freistellung ungeachtet des Abkommens nur gewährt, wenn

1. der Investmentfonds in dem Staat, dem nach dem Abkommen das Besteuerungsrecht zusteht, der allgemeinen Ertragsbesteuerung unterliegt und
2. die Ausschüttung zu mehr als 50 Prozent auf nicht steuerbefreiten Einkünften des Investmentfonds beruht.

²Satz 1 ist auch dann anzuwenden, wenn nach dem Abkommen die Besteuerung der Ausschüttung in diesem Staat 0 Prozent nicht übersteigen darf. ³Von einer allgemeinen Ertragsbesteuerung ist auszugehen, wenn der Anleger nachweist, dass der Investmentfonds einer Ertragsbesteuerung in Höhe von mindestens 10 Prozent unterliegt und nicht von ihr befreit ist.

Autor: Dr. Matthias *Remmel*, LL.M., EMBA, Rechtsanwalt, Bad Nauheim

Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

Anm.	Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 16	
1	
B. Erläuterungen zu Abs. 1:	
Investmenterträge	
5	
<ul style="list-style-type: none"> I. Investmenterträge II. Ausschüttungen 6 III. Vorabpauschalen gem. § 18 (Abs. 1 Nr. 2) 7 IV. Gewinne aus der Veräußerung eines Investmentfonds gem. § 19 (Abs. 1 Nr. 3) 8 	<ul style="list-style-type: none"> V. Investmenterträge gem. § 16 Abs. 1 – Besteuerung der Investmenterträge bei den jeweiligen steuerlichen Anlegergruppen 9
C. Erläuterungen zu Abs. 2:	
Kein Ansatz von Investmenterträgen oder Vorabpauschalen	
10	
<ul style="list-style-type: none"> I. Kein Ansatz von Investmenterträgen bei zertifizierten Altersvorsorge- oder Rentenversicherungsverträgen (Abs. 2 Satz 1) II. Kein Ansatz (nur) der Vorabpauschalen bei Anbietern der betrieblichen oder privaten Altersvorsorge (Abs. 2 Satz 2) 11 1. Grundsätzliches 2. Halten im Rahmen der betrieblichen Altersvorsorge nach dem Betriebsrentengesetz (Abs. 2 Satz 2 Nr. 1) 12 	<ul style="list-style-type: none"> 3. Halten von Versicherungsunternehmen im Rahmen von Versicherungsverträgen nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 1 und 4 EStG (Abs. 2 Satz 2 Nr. 2) 13 4. Halten von Kranken- und Pflegeversicherungsunternehmen zur Sicherung von Altersrückstellungen (Abs. 2 Satz 2 Nr. 3) 14 5. Rechtsfolge des Abs. 2 Satz 2: Nichtansatz 14a
D. Erläuterungen zu Abs. 3:	
Keine Anwendung von § 3 Nr. 40 EStG und § 8b KStG	
15	
E. Erläuterungen zu Abs. 4:	
Subject to tax-Klausel	
20	

1 A. Allgemeine Erläuterungen zu § 16

Grundinformation: § 16 Abs. 1 regelt die stpfl. Erträge (der Anleger) aus Investmentfonds. Diese sind Ausschüttungen, Vorabpauschalen und die Gewinne aus der Veräußerung/Rückgabe von Investmentfondsanteilen. Die Ausschüttungen treten hierbei an die Stelle der bisherigen ausgeschütteten Erträge (§ 1 Abs. 3 Satz 2 InvStG 2004) und die Vorabpauschalen an die der ausschüttungsgleichen Erträge (§ 1 Abs. 3 Satz 3 InvStG 2004), (*Carlé*, ErbStB 2017, 20 [23]). Die Investmenterträge sind insgesamt nicht anzusetzen, wenn die Investmentfondsanteile im Rahmen von Altersvorsorge- oder Basisrentenverträgen gehalten werden, die durch das Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetz zertifiziert wurden (§ 16 Abs. 2 Satz 1). § 16 Abs. 2 Satz 2 regelt für bestimmte Einrichtungen der betrieblichen bzw. privaten Altersvorsorge den Nichtansatz der Vorabpauschale. Abs. 3 regelt die Nichtanwendung von § 3 Nr. 40 EStG bzw. § 8b KStG für betriebliche An-

leger. Abs. 4 regelt ein *Treaty Override* für Ausschüttungen eines ausl. Investmentfonds an inländ. Anleger, die nach einem DBA aufgrund einer Schachtelbeteiligung stfreie Einkünfte erzielen würden.

Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit des § 16:

- ▶ *Kapitalrückzahlungen:* Verfassungsrechtlich bedenklich ist, dass im Rahmen der Ausschüttungen des § 16 Abs. 1 Nr. 1 auch etwaige Kapitalrückzahlungen stpfl. (§ 16 Anm. 5) sind (§ 20 EStG Anm. J 16-6).
- ▶ *Treaty Override in § 16 Abs. 4:* Die von einem DBA vorgesehene Freistellung der Ausschüttung aufgrund eines Schachtelprivilegs wird nur unter den weiteren Voraussetzungen des § 16 Abs. 4 Satz 1, Teils. 2 (*Treaty Override*-Klausel) gewährt. Nach Auffassung des BVerfG ist eine solche Klausel zulässig (BVerfG v. 15.12.2015 – 2 BvL 1/12, IStR 2016, 191). Im Detail s. § 16 Anm. 20.

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher Geltungsbereich:* § 16 regelt die stpfl. Erträge aus in- und ausl. Investmentfonds.
- ▶ *Persönlicher Geltungsbereich:* § 16 gilt für in- und ausl. Investmentfonds und (nur) für inländ. Anleger (§ 1 Abs. 1 EStG, § 1 Abs. 1 KStG) solcher Investmentfonds (vgl. *Elser in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, Investment, § 16 InvStG 2018 Rz. 20 [9/2017]). Für ausl. Anleger wird keine beschränkte StPfl. gem. § 49 EStG begründet (s. Anm. 5 „Ausländische Anleger“). Ein Sonderfall besteht für ausl. Anleger, die über einen inländ. Investmentfonds an inländ. Immobilien-Spezial-Investmentfonds beteiligt sind. In diesem Fall gelten gem. § 33 Abs. 2 Satz 4 Nr. 1 InvStG die inländ. Immobilieneinkünfte als unmittelbar zugeflossen.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* § 16 gilt ab dem 1.1.2018, s. § 56 Abs. 1 Satz 1. Erträge aus Investmentanteilen, die den Anlegern ab dem 1.1.2018 zufließen bzw. zugerechnet werden, sind gem. § 16 stpfl. Das InvStG 2018 sieht anders als bei Einf. der Abgeltungsteuer keine komplexen Übergangsregelungen vor. Die „Alt“-Fondsanteile galten zum 31.12.2017 als fiktiv veräußert und am 1.1.2018 als fiktiv wieder angeschafft (*Elser in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, Investment, § 16 InvStG 2018 Rz. 3 [9/2017]).

Verhältnis zu anderen Vorschriften:

- ▶ *Verhältnis zu § 6:* Während § 16 die stpfl. Erträge eines Anlegers aus Investmentfonds regelt, normiert § 6 Abs. 2, dass ein Investmentfonds selbst mit bestimmten Einkünften der KSt und unter besonderen Voraussetzungen des § 15 der GewSt unterliegt (intransparentes Besteuerungsregime, s. Einf. Anm. 5). Dies sind gem. § 6 Abs. 2 inländ. Beteiligungseinnahmen (§ 6 Abs. 3), inländ. Immobilienerträge (§ 6 Abs. 4) und sonstige inländ. Einkünfte (§ 6 Abs. 5); s. § 6 Anm. 30. Aufgrund der Spezialnorm des § 33 Abs. 2 werden ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche inländ. Immobilienerträge eines Spezial-Investment-Zielfonds in Immobilienerträge nach § 6 Abs. 4 umqualifiziert, wenn der Anteilseigner ein Investmentfonds (bzw. ein Spezial-Investmentfond) ist (§ 33 Abs. 2 Satz 1). § 33 Abs. 4 enthält eine entsprechende Regelung für sonstige nicht abzugspflichtige inländ. Einkünfte gem. § 6 Abs. 5 (*Bindl/Stadler*, BB 2017, 1943 [1944]).
- ▶ *Verhältnis zu § 18:* § 18 regelt die Vorabpauschalen, auf die als Ertrag iSd. § 16 Abs. 1 Nr. 2 verwiesen wird (§ 18 Anm. 1).

- ▶ *Verhältnis zu § 19:* § 19 regelt die Gewinne aus der Veräußerung eines Investmentfonds, auf den als Ertrag (§ 16 Abs. 1 Nr. 3) verwiesen wird; s. § 19 Anm. 1.
- ▶ *Verhältnis zu § 22:* Die ab dem Zeitpunkt der fiktiven Veräußerung (§ 22) zufließenden Erträge des § 16 Abs. 1 unterliegen dem geänderten Teilfreistellungssatz des § 22 (§ 22 Anm. 5).
- ▶ *Verhältnis zu § 34:* § 34 definiert die Erträge aus Spezial-Investmentfonds. § 34 Abs. 3 Satz 2 enthält einen Rechtsgrundverweis auf § 16 Abs. 4 (*Ebner*, NWB 2017, 479 [486]). Zu einem Vergleich der Anlegerbesteuerung zwischen Investmentfonds und Spezial-Investmentfonds im Sinne eines Belastungsvergleichs s. *Ebner*, RdF 2018, 132.
- ▶ *Verhältnis zu § 20 Abs. 1 Nr. 3 EStG:* Bei den Investorerträgen handelt es sich um Einkünfte aus Kapitalvermögen gem. § 20 Abs. 1 Nr. 3 EStG (§ 20 EStG Anm. J 16-4).
- ▶ *Verhältnis zu § 20 Abs. 6 Satz 10 EStG:* Bei fondsgebundenen LV wird eine stl. Vorbelastung der Erträge aus Investmentfonds berücksichtigt, indem bei einem Versicherungsvertrag der als stpfl. anzusetzende Unterschiedsbetrag insoweit freigestellt wird, als er aus ab dem 1.1.2018 zufließenden Investmentfondserträgen oder aus Wertveränderungen des Investmentfonds ab 2018 stammt (§ 20 EStG Anm. J 16-4). Im Detail s. BMF v. 29.9.2017 – IV C1 - S2252/15/10008:011, 2017/0796174, BStBl. I 2017, 1314.
- ▶ *Verhältnis zu § 43 EStG:* Bei inländ. Depotverwahrung unterliegen die Erträge aus in- und ausländ. (§ 43 Abs. 1) Investmentfonds der KapErtrSt: Gemäß § 43 Abs. 1 Nr. 5 EStG wird KapErtrSt erhoben auf Kapitalerträge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 3 mit Ausnahme der Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Investmentfonds iSd. § 16 Abs. 1 Nr. 3 iVm. § 2 Abs. 13 (vgl. § 43 EStG Anm. J 16-4; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 16.4). Gemäß § 43 Abs. 1 Nr. 9 EStG wird KapErtrSt erhoben auf Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Investmentfonds iSd. § 16 Abs. 1 Nr. 3 iVm. § 2 Abs. 13. Die Regelung der Veräußerungsgewinne in Nr. 9 hat zum Ziel, die Freistellung vom StAbzug bei betrieblichen Anlegern nach § 43 Abs. 2 Satz 2 EStG zu erreichen (vgl. *Hoffmann in Frotscher/Geurts*, § 43 EStG Rz. 101a [2/2017]). Bei unbeschränkt kstpfl. Anlegern ist unter den Voraussetzungen des § 43 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 EStG und bei betrieblichen Anlegern unter den Voraussetzungen des § 43 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 EStG vom StAbzug auf Gewinne aus der Veräußerung von Investmentanteilen Abstand zu nehmen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 16.8). Zur Abstandnahme vom StAbzug auf Investorerträge aufgrund von NV-Bescheinigungen s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 16.7.
- ▶ *Verhältnis zu § 43a EStG:* Auch in Fällen des für den StAbzug bei Investmentfonds relevanten § 43 Abs. 1 Nr. 5 und 9 beträgt die KapErtrSt 25 % (§ 43a Abs. 1 Nr. 1 EStG). Dem StAbzug unterliegen die vollen Kapitalerträge ohne Abzug (Abs. 2 Satz 1). Dies gilt gem. Abs. 2 Satz 2 nicht für Erträge aus Investmentfonds nach § 16 Abs. 1, auf die nach § 20 eine Teilfreistellung anzuwenden ist. Da gem. § 43a Abs. 2 Satz 3 EStG die § 20 Abs. 1 Satz 2 bis 4 nicht gelten, sind beim StAbzug die Teilfreistellungssätze für den Privatanleger iHv. 30 % für alle strechtl. Anlegergruppen, die dem KapErtrStAbzug unterliegen, anzuwenden. Bei betrieblichen Anlegern wird der höhere Teilfreistellungssatz damit erst in der Veranlagung berücksichtigt. Im Fall des § 43 Abs. 1 Nr. 9 EStG bemisst sich der StAbzug bei Gewinnen aus der Veräußerung von Anteilen an In-

vestmentfonds iSd. § 16 Abs. 1 Nr. 3 iVm. § 2 Abs. 13 nach § 19 (ausführl. § 43a EStG Anm. J 16-4).

- ▶ *Verhältnis zu § 44 EStG:* Die KapErtrSt auf Investorerträge hat die inländ. auszahlende Stelle (§ 44 Abs. 1 Satz 3 EStG) einzubehalten und abzuführen (§ 44 Abs. 1 Satz 5 EStG), für weitere Details *Häuselmann*, Investmentanteile, 2019, Kap. 7 Rz. 24f. § 44 Abs. 1 Satz 4 Nr. 5 EStG idF des JStG 2020 regelt, dass ein inländ. Investmentfonds selbst den StAbzug durchzuführen hat, wenn die Investmentanteile weder im Inland noch im Ausland bei einem depotführenden Kredit- oder Finanzleistungsinstitut oder einem Wertpapierhandelsunternehmen oder einer Wertpapierhandelsbank verwahrt werden (vgl. BRDrucks. 503/20, 89). Inländische Investmentfonds können nicht nur als Sondervermögen oder Investment-AG aufgelegt werden, sondern unter bestimmten Voraussetzungen auch in der Rechtsform einer GmbH oder einer KGaA. In diesem Falle werden die Anteile grds. nicht durch ein depotführendes Institut verwahrt, die als Investorerträge auszahlende Stelle die KapErtrSt erhebt. Insofern wurde die Erhebung der KapErtrSt in diesem Fällen dem Investmentfonds selbst übertragen (vgl. *Knaupp in Kirchhoff/Seer*, 20. Aufl. 2021, § 44 EStG Rz. 6; BTDrucks. 19/22850, 82). Korrespondierend trifft diese dann auch die Pflicht zur Ausstellung von Steuerbescheinigungen gemäß § 45a Abs. 2 nach amtlich vorgeschriebenem Muster (Anemüller, ErbStB 2021, 58, 62)
- ▶ *Verhältnis zu § 45a Abs. 2 und 3 EStG:* Siehe Neuveröffentlichung des BMF-Schreibens Kapitalertragsteuer; Ausstellung von Steuerbescheinigungen für Kapitalerträge nach § 45a Abs. 2 und 3 EStG (BMF v. 15.12.2017 – IV C 1 - S 2401/08/10001:018, BStBl. I 2018, 13, letzte Änderung durch BMF v. 18.02.2021 – IV C 1-S 2401/19/10003:001, 2021/0191434, BStBl I 2021, 295). Das neu veröffentlichte BMF-Schreiben erläutert die Ausstellung der StBescheinigungen (auch) im Rahmen des InvStG 2018. Zur stl. Behandlung der Erträge aus Investmentfondsanteilen im Rahmen der EStErklärung s. *Anemüller/Kasprowiak*, ErbStB 2019, 205; *Schalburg/Muster in Schalburg/Muster*, Einkommensteuer-Erklärung, 14. Aufl. 2019, Teil 1; *Ronig*, NWB 2019, 1287.
- ▶ *Verhältnis zu § 49 EStG:* Ausländische Anleger unterliegen mit ihren Erträgen aus Investmentfonds nicht der beschränkten EStPflicht, da § 49 EStG keinen Verweis auf § 20 Abs. 1 Nr. 3 EStG enthält (im Detail s. Anm. 5).
- ▶ *Verhältnis des § 16 Abs. 4 zu Subject to tax-Klauseln in DBA:* In DBA bestimmen *Subject to tax*-Klauseln, dass die nach Abkommensrecht gebotene Freistellung nur gewährt wird, wenn in einem anderen Mitgliedstaat eine Besteuerung erfolgt, so dass hierdurch eine internationale Minderbesteuerung vermieden wird (*Schaumburg in Schaumburg*, 4. Aufl. 2017, Rz. 5.16). Einige Länder haben diese entsprechenden bilateralen *Subject to tax*-Klauseln in ihren DBA verankert, wie zB im neuen DBA Deutschland – Luxemburg (Art. 22 Abs. 1 Buchst. a DBA 2012, s. *Lauermann/Birker*, RdF 2013, 51 [56]; *Fort/Neugebauer/Willvonseder*, IWB 2012, 391 [396]; *Käshammer/Kestler*, IStR 2012, 477 [481]). Aufgrund der Tatsache, dass diese bilateralen *Subject to tax*-Klauseln nicht in allen DBA enthalten sind, wurde mit § 16 Abs. 4 eine unilaterale *Subject to tax*-Klausel eingeführt, um auch in diesen Fällen eine Minderbesteuerung zu vermeiden. Im Einzelnen s. § 16 Anm. 20.
- ▶ *Verhältnis zu § 15 Sätze 3 und 4 KStG:* § 15 Sätze 3 und 4 KStG regelt die Nachweisverpflichtungen des OT im Rahmen von § 16 Abs. 4, für den Fall, dass eine OG Anleger in einen Investmentfonds ist (im Einzelnen *Neumann in Gosch*, 4. Aufl. 2020, § 15 KStG Rz. 35f.).

- ▶ *Verhältnis zu § 138 Abs. 2 AO:* § 138 Abs. 2 AO regelt die Meldepflichten des Stpfl. bei Auslandsbeteiligungen. Diese Meldepflicht kann auch durch Investmentfonds ausgelöst werden (s. BMF v. 5.2.2018 – IV B 5 - S 1300/07/10087, IV A 3 - S 0303/17/10001, 2018/0071347, BStBl. I 2018, 289, idF des BMF v. 28.12.2020 – IV B 5 - S 0301/19/10009:001, 2020/1341401, BStBl. I 2021, 55, zB Rz. 1.3.5; s. auch Häuselmann, Investmentanteile, 2019, Kap. 9 Rz. 18).
- ▶ *Verhältnis zu §§ 138d ff. AO:* §§ 138d ff. AO regeln die Mitteilungspflichten bei grenzüberschreitenden Steuergestaltungen. Diese Mitteilungspflicht kann auch durch Investmentfonds ausgelöst werden (s. BMF v. 29.3.2021 – IV A 3 - S 0304/19/10006:010; IV B 1 - S 1317/19/10058:0111, BStBl. I 2021, 582, „Anwendung der Vorschriften über die Pflicht zur Mitteilung grenzüberschreitender Steuergestaltungen“, Rz. 26 ff., Besonderheiten bei Investmentfonds und Spezial-Investmentfonds).

2–4 Einstweilen frei.

5 B. Erläuterungen zu Abs. 1: Investorerträge

I. Investorerträge

Regelungsinhalt: Abs. 1 definiert (Legaldefinition) in drei Nummern die Erträge aus Investmentfonds als Investorerträge: Ausschüttungen (Abs. 1 Nr. 1), Vorabpauschalen nach § 18 (Abs. 1 Nr. 2) und Gewinne aus der Veräußerung von Investmentanteilen nach § 19 (Abs. 1 Nr. 3); vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 16.1. Diese werden gem. § 20 Abs. 1 Nr. 3 EStG den Einkünften aus Kapitalvermögen zugeordnet, wenn nicht die Anteile am Investmentfonds zu einem BV gehören und die Investorerträge dann im Rahmen anderer Einkunftsarten zu erfassen sind (§ 20 Abs. 8 EStG; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 16.3).

6 II. Ausschüttungen

Ausschüttungen nach § 2 Abs. 11 (Abs. 1 Nr. 1): Ausschüttungen sind die dem Anleger gezahlten oder gutgeschriebenen Beträge einschließlich des StAbzugs (im Detail s. § 2 Abs. 11; Anm. 20). Damit gehören Ausschüttungen für das abgelaufene Geschäftsjahr eines Investmentfonds ebenso wie unterjährige Vorabausschüttungen oder Zwischenausschüttungen zu den Ausschüttungen (vgl. Häuselmann, Investmentanteile, 2019, Kap. 7 Rz. 41). Als Ausschüttungen kommen insbes. Barausschüttungen, die Wiederanlage der Erträge unter Ausgabe neuer Anteile und ggf. auch Sachausschüttungen in Betracht (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.44). Sofern keine Barausschüttung erfolgt, ist der Geldeswert der dem Anleger stattdessen zufließenden Beträge der Besteuerung (§ 8 Abs. 2 EStG) zugrunde zu legen (Häuselmann, Investmentanteile, 2019, Kap. 7 Rz. 43). Gemäß BMF (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 16.2) gehören zu den Investorerträgen auch besondere Entgelte oder Vorteile nach § 20 Abs. 3 iVm. Abs. 1 Nr. 3 EStG wie Schadensersatz- oder Kulanzzahlungen oder Bestandsprovisionen (im Detail s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 16.2 mwN). Diese Zahlungen sollten der Ertragsart Ausschüttungen des Abs. 1 Nr. 1 zuzuordnen sein. Die Zusammensetzung der Ausschüttung ist bis auf die Liquidationsphase unbeachtlich; es wird nicht auf die in der Ausschüttung enthaltenen Bestandteile abgestellt (Delp, DB 2017, 447 [449]; Böcker,

NWB 2016, 2789 [2792]). Es wird nicht (mehr) unterschieden zwischen Ausschüttungsbetrag und stpfl. Erträgen.

Auch wenn ein Anteil an einem Investmentfonds erst kurz vor der Ausschüttung erworben wird, ist die volle Ausschüttung stpfl. Sofern der Investmentfonds von der Ausschüttung in einem Kj. absieht, tritt eine StPfl. der Werterhöhungen für den Anleger jedoch grds. über die Vorabpauschale (§ 18 Anm. 1) ein. Die Ausschüttungen sind bei Anteilen im PV und im Rahmen der Gewinnermittlung gem. § 4 Abs. 3 EStG mit Zufluss zu erfassen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.47; *Wenzel in Blümich*, § 16 InvStG 2018 Rz. 10 [8/2019]). Bei bilanzierenden Anlegern gelten die allgemeinen steuerbilanzrechtl. Grundsätze. Somit sind die Ausschüttungen mit Anspruchsentstehung zu bilanzieren (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.46, mit Besonderheiten). Es ist auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem der Ausschüttungsbeschluss gefasst wird (*Warnke*, EStB 2016, 305 [307]).

Auswirkung auf die Höhe der Ausschüttung (Beispiele):

- ▶ *Steuerabzug auf den Kapitalertrag:* Der StAbzug auf den Kapitalertrag ist dem Ausschüttungsbetrag hinzuzurechnen. Dies sind alle StAbzugsbeträge, die bei der Ausschüttung, also auf der Ausgangsseite eines Investmentfonds, erhoben werden (s. im Detail BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.44), sowie ausländ. Quellensteuern (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.45, § 2 Anm. 22) auf den Kapitalertrag.
- ▶ *Gezahlte in- und ausländische Steuer:* Die von einem Investmentfonds im In- oder Ausland gezahlte Steuer ist auf die Steuer auf Investmenterträge nicht anrechenbar bzw. von diesen abziehbar (vgl. *Elser in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, Investment, § 16 InvStG 2018 Rz. 11 [9/2017]; s. jedoch § 20 zur Teilfreistellung). Die vom Investmentfonds gezahlte KSt (§ 6) auf bestimmte inländ. Erträge ist nicht auf Ebene des Anlegers anrechenbar, da es sich aufgrund des Trennungsprinzips beim intransparenten Besteuerungssystem (s. Einf. Anm. 5) um eine fremde Steuer handelt (*Brünning*, BB 2017, 1066 [1068]). Entsprechendes gilt bei ausländ. Steuern. Erträge aus ausländ. Anlagen des Investmentfonds können einer Besteuerung im jeweiligen Ausland unterfallen. Da jedoch das Trennungsprinzip aufgrund des intransparenten Systems bei Investmentfonds gilt, kommt eine Anrechnungsmöglichkeit dieser Steuern auf Anlegerebene ebenso nicht in Betracht (*von Freeden in Schaumburg*, 4. Aufl. 2017, Rz. 12.74, 12.76; *Kammeter*, ISR 2016, 99 [102]).
- ▶ *Fondsausgangsquellensteuer:* Entsprechend einer ausländ. Dividendenzahlung wird auf Ausschüttungen von Investmentfonds eine Fondsausgangsquellensteuer zB in den USA, in Belgien und in der Schweiz erhoben (*Ebner*, RdF 2017, 305 [307] Fn. 20). Diese Fondsausgangsquellensteuer ist beim Anleger nach den allgemeinen Regelungen der §§ 32d Abs. 5 EStG, 26 KStG anrechnungs- bzw. berücksichtigungsfähig (*Elser in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, Investment, § 16 InvStG 2018 Rz. 24 [9/2017]; *Jung in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 16 Rz. 32 [1/2020]). Im Rahmen der Abgeltungsteuer wird diese grds., sofern die entsprechenden Werte vorliegen, von der depotführenden Stelle berücksichtigt. Dies sollte ebenso in den Fällen des § 44 Abs. 1 Satz 4 Nr. 5 EStG idF JStG 2020 (s. Anm. 1) der Fall sein, in denen der inländ. Investmentfonds selbst den StAbzug durchzuführen hat.
- ▶ *Kapitalrückzahlungen:* Dies sind Auszahlungen von in einen Investmentfonds geleisteten Einlagen. Auch Kapitalrückzahlungen zählen zu den stpfl. Invest-

menterträgen (s. § 2 Abs. 11 Anm. 22), soweit diese nicht in der Liquidationsphase eines Investmentfonds unter den Voraussetzungen des § 17 (§ 17 Anm. 5) ausgeschüttet werden. Nach Auffassung des Gesetzgebers ist es notwendig, um eine tatsächliche Vereinfachung der Besteuerungsregeln für Investmentfonds zu erreichen, dass alle Ausschüttungen grds. als stpfl. Ertrag behandelt und damit auch stfreie Kapitalrückzahlungen grds. nicht anerkannt werden (BTDrucks. 18/8045, 85; so auch mit weiterer Begr. *Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, Anh. 1 § 16 InvStG 2018 Rz. 1). Da Kapitalrückzahlungen auch stpfl. sind, ist die Bildung eines passiven Ausgleichspostens diesbezüglich nicht notwendig (*Zinowsky/Grabowski*, IRZ 2017, 201 [205] Fn. 40). Bei Veräußerung bzw. Rückgabe der Investmentfondsanteile kommt es im Rahmen der Veräußerungsgewinnermittlung durch Abzug der AK von den Einnahmen aus der Veräußerung zur Berücksichtigung der AK (s. § 19). Die AK werden damit am Laufzeitende oder durch Teilveräußerungen/-rückgaben berücksichtigt. Zur Berücksichtigung im Falle der Liquidation eines Investmentfonds s. § 17 Anm. 5. Sofern der Veräußerungsgewinn negativ ist, liegt ein verrechenbarer negativer Kapitalertrag vor. Für die Verrechnung ist jedoch erforderlich, dass der abgeltungsteuerpflichtige Anleger (dann) über (ausreichende) verrechnungsfähige positive Erträge in der Schedule der Abgeltungsteuer verfügt. Bei betrieblichen Anlegern sollte am Laufzeitende der Kapitalanlage die Substanzausschüttung durch ausschüttungsbedingte Teilwertabschreibungen bei der ursprünglichen Kapitalanlage und den damit verbundenen AK berücksichtigt werden (s. § 19 Anm. 5).

- *Besonderheiten bei Alternative Investments*, die als KapGes. ausgestaltet sind und während der Laufzeit Substanz ausschütten, sind besonders von der Neuregelung der StPfl. von Kapitalrückzahlungen betroffen (s. auch § 17 Anm. 5). Zu den alternativen Investments gehören ua. Private Equity-Fonds, Infrastruktur-Fonds und Darlehensfonds, die als geschlossene Fonds mit einer festen Laufzeit ausgestaltet sind. Bei diesen Fonds ist es üblich, dass bereits während der Laufzeit Zielinvestments veräußert und die Erlöse (inklusive des ursprünglich investierten Kapitals) an die Anleger ausgezahlt werden (*Bindl/Mager*, DStR 2016, 2711 [2715]) oder nach Auslaufen von Darlehensforderungen Kapital an die Anleger zurückgezahlt wird. Der Gesetzgeber verweist auf die Möglichkeit, dass der Investmentfonds keine Ausschüttungen in diesem Fall vornimmt, sondern Anteile zurücknimmt (BTDrucks. 18/8045, 85), s. auch *Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, Anh. 1 § 16 InvStG 2018 Rz. 2. In diesem Fall ist die Differenz zwischen dem Rücknahmepreis und den AK der zurückgenommenen Anteile gem. § 19 (§ 19 Anm. 5) stpfl. (*Stadler/Mager*, DStR 2016, 697 [701]). Das Verhältnis zwischen Veräußerungsgewinn und AK der Investmentfondsanteile bei Anteilsteilrücknahmen wird jedoch wohl nicht immer generell dem Verhältnis zwischen dem Veräußerungsgewinn und den AK des Zielinvestments entsprechen (vgl. *Bindl/Mager*, BB 2016, 2711 [2715]; vgl. *Ernst* in *Moritz/Strohm*, Handbuch Besteuerung privater Kapitalanlagen, 2017, Kap. C, Rz. 484). Die vom Gesetzgeber vorgeschlagene Möglichkeit der Anteilsrücknahme kann bei geschlossenen Investmentfonds tatsächlich aber durch wirtschaftliche, rechtl. oder bilanzielle Gründe ausgeschlossen sein (*Stadler/Mager*, DStR 2016, 697 [701]). Die Möglichkeit der Anteilsrücknahme ist auch bei Investmentfonds mit für die KVG unbekanntem Anlegerkreis in der Praxis schwer umsetzbar, dies gilt zB für die mit dem AIFM-Umsetzungsgesetz vom Gesetzgeber neu eingeführte inländ. geschlossene Investmentaktien-

gesellschaft. Der Gesetzgeber hat zudem im Rahmen von § 17 ausgeführt (BTDrucks. 18/8045, 138, zu § 44b Abs. 1 EStG), dass § 17 während der Liquidationsphase eine Ausnahme mache, weil „in dieser Phase typischerweise auch steuerneutrale Kapitalrückzahlungen erfolgen“. Bei geschlossenen Fonds besteht die Besonderheit, dass eben auch während der Laufzeit typischerweise Kapital an die Anleger zurückgezahlt wird und die tatsächliche Liquidationsphase des Investmentfonds selbst oft nur einen sehr kurzen Zeitraum umfasst. Die temporäre „Zuviel“-Besteuerung wird wohl durch die Regelung des § 17 nicht beseitigt (vgl. im Erg. auch *Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, Anh. 1 § 17 InvStG 2018 Rz. 1, der AIFs, bei denen während der Laufzeit Ziel-Investments veräußert werden, nicht von § 17 erfasst sieht) und kann nur dadurch abgemildert werden, dass die Auskehrungen aufgrund der Veräußerung von Zielinvestments mit Anteilsrückgaben verbunden werden (vgl. *Elser in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, Investment, § 17 InvStG 2018 Rz. 8 [2/2018]). Die FinVerw. (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.50) vertritt (neuerdings) die Auffassung, dass von einer Veräußerung auch bei einer beendeten Abwicklung eines Investmentfonds auszugehen ist. Durch das WElektroMob-FördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) wurde § 2 Abs. 13 dahingehend ergänzt, dass auch eine beendete Abwicklung oder Liquidation des Investmentfonds von der Veräußerung erfasst ist. Jedenfalls ist dann jedoch auch erforderlich, dass der abgeltungspflichtige Anleger über (ausreichende) verrechnungsfähige positive Erträge in der Schedule der Abgeltungsteuer verfügt (s. insgesamt auch § 19 Anm. 5 und § 17 Anm. 5). Bei betrieblichen Anlegern sollte am Laufzeitende der Kapitalanlage die Substanzausschüttung durch ausschüttungsbedingte Teilwertabschreibungen bei der ursprünglichen Kapitalanlage und den damit verbundenen AK berücksichtigt werden. Auch besteht eine Benachteiligung gegenüber (in- und ausländ.) KapGes., für die nicht das InvStG gilt und die daher die Möglichkeit haben, im Rahmen von § 27 KStG eine stfreie Rückzahlung zu gewährleisten (s. § 27 KStG: *Mayer-Theobald/Süß*, DStR 2017, 137). Bisher wurden diese alternativen Investments durch § 18 InvStG 2004 erfasst, soweit diese in der Rechtsform einer PersGes. oder einer vergleichbaren ausländ. Rechtsform ausgestaltet waren (*Elser in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, Investment, § 18 InvStG 2004 Rz. 14 [9/2015]). Wurden diese in der Rechtsform einer KapGes. oder einer vergleichbaren ausländ. Rechtsform strukturiert, wurde § 19 InvStG 2008 angewendet (*Elser in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, Investment, § 19 InvStG 2004 Rz. 18 f. [9/2015]). § 18 InvStG 2004 regelte, dass auf sog. Personen-Investitionsgesellschaften und deren Anleger bzw. Gesellschafter die allgemeinen stl. Regelungen angewendet fanden (*Ernst in Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, § 18 InvStG 2004 Rz. 1). Diese alternativen Investments in der Rechtsform als PersGes. werden nun gem. § 1 Abs. 3 Nr. 2 nicht mehr vom InvStG erfasst (§ 1 Anm. 10), so dass sich ein Verweis auf die allgemeinen stl. Regelungen erübrigt und sich die Besteuerung der Gesellschaft bzw. deren Gesellschafter durch das neue InvStG materiell nicht geändert hat, da weiterhin die allgemeinen stl. Regelungen für PersGes. bzw. deren Gesellschafter – nun direkt – Anwendung finden. Sofern die oben beschriebenen alternativen Investments in der Rechtsform einer KapGes. ausgestaltet sind (zB Investment-Aktiengesellschaft, Luxemburger SICAV-SIF SA), findet das neue InvStG Anwendung (§ 1 Abs. 2). Da aufgrund der Ausgestaltung dieser alternativen Investments weitestgehend nicht davon auszugehen ist, dass diese die Anforderungen der Anlagebedingungen eines Spe-

zial-Investmentfonds nach § 26 (§ 26 Anm. 1 ff.) erfüllen, werden die Anleger ihre Erträge gem. § 16 zu versteuern haben. Damit werden dann auch die Substanzausschüttungen bei diesen als KapGes. ausgestalteten geschlossenen Fonds stpfl. Bei denen, die als PersGes. ausgestaltet sind, tritt die Substanzbesteuerung nicht ein, da für diese die allgemeinen Regelungen zur Besteuerung von PersGes. (weiter) gelten. Bisher waren Zahlungen aus einem stl. Einlagekonto und Nennkapitalrückzahlungen aufgrund des Verweises von § 19 Abs. 2 Satz 2 InvStG 2004 auf § 20 EStG auf Anlegerebene nicht stbar (*Helios/Kröger in Moritz/Jesch*, InvStG 2004, 2017, § 19 Rz. 32 mwN). Sofern Anleger vor dem 1.1. 2018 an einem als Kapital-Investitionsgeschäft qualifizierten alternativen Investmentfonds beteiligt waren, qualifiziert dieser nach dem InvStG 2018 nun ebenfalls als Investmentfonds iSd. § 16 (zur fiktiven stl. Veräußerung am 31.12. 2017 bzw. zur fiktiven stl. Neuanschaffung s. § 56 Abs. 2, § 56 Anm. 1 ff.).

7 III. Vorabpauschalen gem. § 18 (Abs. 1 Nr. 2)

Siehe auch § 18 Anm. 1. Sofern die Voraussetzungen des § 18 Abs. 1 Satz 1 vorliegen, hat der Anleger die Vorabpauschale als Ertrag gem. § 16 Abs. 1 Nr. 2 zu versteuern. Ist die im Fonds erzielte tatsächliche Rendite größer als die gem. § 18 Abs. 1 errechnete Vorabpauschale, tritt ein Steuerstundungseffekt bei thesaurierenden Fonds bis zur Veräußerung des Investmentfondsanteils durch den Anleger ein. Bei einem thesaurierenden Investmentfonds hat der Anleger, soweit der Wert des Investmentfonds im Kj. gestiegen ist, die Vorabpauschale zu versteuern. Bei einem ausschüttenden Investmentfonds hat der Anleger nur die Ausschüttungen und keine Vorabpauschale zu versteuern, wenn diese im Kj. den Basisertrag übersteigen. Sind die Ausschüttungen niedriger als der Basisertrag im Kj., hat der Anleger neben den Ausschüttungen den Betrag als Vorabpauschale zu versteuern, um den die Ausschüttungen den Basisertrag unterschreiten. Die Vorabpauschale kommt nicht zum Ansatz, wenn der Rücknahmepreis im jeweiligen Kj., für das die Vorabpauschale nach Abs. 1 berechnet wird, nicht gestiegen ist oder die Ausschüttungen die Vorabpauschale im Kj. in der Weise übersteigen, dass diese null oder negativ ist (*Kral/Watzlaw*, BB 2015, 2198 [2200]). Bei einem Wertverlust eines Investmentfonds kommt kein Ansatz der Vorabpauschale zum Tragen.

8 IV. Gewinne aus der Veräußerung eines Investmentfonds gem. § 19 (Abs. 1 Nr. 3)

Siehe auch § 19 Anm. 1. Beim Gewinn aus der Veräußerung von Investmentanteilen handelt es sich um einen Investorertrag gem. § 16 Abs. 1 Nr. 3. § 16 Abs. 1 Nr. 3 verweist zur Ermittlung des Gewinns aus der Veräußerung von Investmentanteilen auf § 19. § 19 Abs. 1 Satz 1 regelt, dass für die Veräußerungsgewinnermittlung von im PV gehaltenen Investmentanteilen § 20 Abs. 4 EStG entsprechend anzuwenden ist. Bei betrieblichen Anlegern sind hingegen die Besonderheiten der Einkünfteermittlung durch BV-Vergleich bzw. der Einnahmenüberschussrechnung zu berücksichtigen.

V. Investmenterträge gem. § 16 Abs. 1 – Besteuerung der Investmenterträge bei den jeweiligen steuerlichen Anlegergruppen

Die Ausschüttungen, Vorabpauschalen und Gewinne aus der Veräußerung eines Investmentfonds sind bei den Anlegern grds. (voll) stpfl., sofern nicht alle (§ 16 Abs. 2 Satz 1) oder einzelne (§ 16 Abs. 2 Satz 2) Ertragsarten bei bestimmten Anlegergruppen von der Besteuerung ausgenommen sind, oder es sich um vollständig stbefeite Anleger handelt, oder, falls die StPflcht gegeben ist, das Teilfreistellungssystem (§ 20) zur Anwendung kommt. Besonderheiten gelten auch bei Erträgen in der Abwicklungsphase eines Investmentfonds (§ 17).

Privatanleger, die Anteile an Investmentfonds im PV halten, unterliegen der Abgeltungsteuer (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 iVm. § 32d EStG zzgl. SolZ und ggf. KiSt). Die Regelungen zur Teilfreistellung (§ 20) finden Anwendung.

Bei Personengesellschaften und Einzelunternehmern, die Anteile an Investmentfonds im BV halten, sind die Erträge estpfl. und gewstpfl. Erträge, die von betrieblichen Anlegern erzielt werden, sind gem. § 20 Abs. 8 EStG den gewerblichen oder den anderen Gewinneinkunftsarten zuzurechnen (*Moritz/Strohm in Moritz/Jeschl Mann*, 2. Aufl. 2020, § 16 Rz. 29). Im InvStG muss dies nicht speziell geregelt werden (BTDrucks. 18/8045, 85). Die Regelungen zur Teilfreistellung (§ 20) werden angewendet, nicht jedoch das Teileinkünfteverfahren (s. Anm. 15).

Bei regelbesteuerten Körperschaften sind die Erträge kstpfl. und gewstpfl. Die Regelungen zur Teilfreistellung (§ 20) finden Anwendung, nicht jedoch § 8b KStG (s. Anm. 15). Das InvStG hat auch Auswirkung auf die Steuerabgrenzung bei bilanzierenden Anlegern. Die Abgrenzung latenter Steuern für Fondsinvestments soll grds. die künftigen stl. Konsequenzen abbilden, die durch die (fingierte) Veräußerung der Investmentfondsanteile ausgelöst werden. Daher hat die Ermittlung der latenten Steuern auch unter Berücksichtigung der neuen investmentstrechl. Regelungen zu erfolgen (im Detail *Zinowsky/Grabowski*, IRZ 2017, 201; *Zinowsky/Grabowski*, IRZ 2017, 236 [Beispielsfall inklusive Übergangsregelungen]). Wenn Zinserträge auf Fondsebene erzielt werden, wirkt sich das für die Anwendung der Zinsschranke auf Ebene der Anleger nicht aus (*Kammeter*, ISR 2016, 99 [102]). Für Spezial-Investmentfonds-Erträge regelt § 46, dass und wie Zinserträge im Rahmen der Ermittlung des Anlegers in einem Spezial-Investmentfonds bei der Anwendung der Zinsschrankenregelung berücksichtigt werden (§ 46 Anm. 1).

Investmentfonds: Sofern ein Investmentfonds an einem anderen Investmentfonds beteiligt ist, sind die Erträge gem. § 20 Abs. 1 Nr. 3 EStG auf Ebene des Dach- bzw. Master-Investmentfonds selbst nicht stpfl., da diese nicht zu den stpfl. Erträgen gem. § 6 Abs. 2 zählen. Beim Ziel-Investmentfonds sind die inländ. Erträge jedoch gem. § 6 Abs. 2 stpfl. und damit ist die einmalige Besteuerung der inländ. Erträge sichergestellt. Bei inländ. stpfl. Anlegern des Dach- bzw. Master-Investmentfonds sind diese – durchgeleiteten Erträge – dann im Rahmen des § 16 (vgl. *Elser in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, Investment, § 16 InvStG 2018 Rz. 33 [9/2017]), unter Berücksichtigung der jeweiligen anwendbaren Teilfreistellungssätze, stpfl. Ausländische Anleger sind, da Erträge gem. § 20 Abs. 1 Nr. 3 und 3a nicht zu den beschränkt stpfl. Erträgen zählen (s. Anm. 1 und 5), mit diesen nicht stpfl. Aufgrund der Spezialnorm des § 33 Abs. 2 werden ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche inländ. Immobilienerträge eines Spezial-Investment-Zielfonds in Immobilienerträge nach § 6 Abs. 4 umqualifiziert, wenn der Anteilseigner ein Investmentfonds

(bzw. ein Spezial-Investmentfonds) ist (§ 33 Abs. 2 Satz 1). § 33 Abs. 4 enthält eine entsprechende Regelung für sonstige nicht abzugsfähige inländ. Einkünfte von § 6 Abs. 5 (*Bindl/Stadler*, BB 2017, 1943 [1944]). Die Steuer wird durch KapErTrSt gem. §§ 50, 33 Abs. 2 Satz 2 erhoben. Die KapErTrSt ist gem. § 7 Abs. 2 definitiv. Damit ist sichergestellt, dass auch die von einem ausländ. Anleger erzielten Immobilienerträge einmalig in Deutschland der StPfl. unterliegen, auch wenn dieser sich über einen Investmentfonds an einem Spezial-Investmentfonds beteiligt, der inländ. Immobilienerträge erzielt (ausführl. *Bindl/Stadler*, BB 2017, 1943; *Behrens*, RdF 2017, 297 [300 ff.]). Steuerbegünstigte Anleger können unter den Voraussetzungen der §§ 8–10 eine Befreiung von der KSt auf die fiktiven inländ. Immobilienerträge beantragen (*Behrens*, RdF 2017, 297 [301]; *Bindl/Stadler*, BB 2017, 1943 [1944]).

Bei Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen und Pensionsfonds, bei denen die Investmentfondsanteile den Kapitalanlagen zuzurechnen sind (s. § 16 Abs. 2 Nr. 2 und 3, s. Anm. 10), sind die Erträge kstpfl. und gewstpfl., sofern keine stl. anzuerkennenden Rückstellungen aufgebaut werden können. Sofern die Anteile von Versicherungsunternehmen im Rahmen von Versicherungsverträgen und von Kranken- und Pflegeversicherungsunternehmen zur Sicherung von Altersrückstellungen gehalten werden, kommt es unter den Voraussetzungen von § 16 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 bzw. Nr. 3 zu keinem Ansatz der Vorabpauschale. Die Regelungen zur Teilfreistellung (§ 20) finden Anwendung (zur Höhe *Haisch*, RdF 2016, 329 [331]; § 20 Anm. 5).

Bei steuerbegünstigten Anlegern ist zwischen auf Investmentfondsebene stpfl. Erträgen und nicht auf Investmentfondsebene stpfl. Erträgen zu unterscheiden.

- ▶ **Steuerbegünstigte Anleger iSv. § 8 Abs. 1 Nr. 1** (StFreiheit für alle Einkünfte gem. § 6 Abs. 2 auf Ebene des Investmentfonds): Anleger iSd. § 8 Abs. 1 Nr. 1 sind gemeinnützige, mildtätige oder kirchliche Anleger gem. § 44a Abs. 7 Satz 1 EStG und vergleichbare ausländ. Anleger mit Sitz und Geschäftsleitung in einem Amts- und Beitreibungshilfe leistenden Staat (im Detail s. § 8 Anm. 5). Da diese gem. § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG und § 3 Nr. 6 GewSt von der KSt und GewSt befreit sind, können diese sich die auf Investmentfondsebene erhobene Steuer, sofern diese erhoben wurde, anteilig zu ihrer Besitzzeit erstatten lassen, sofern nicht eigenständige stbefeite Anteilklassen (§ 10) eingerichtet wurden. Im Detail s. § 12 Anm. 5.
- ▶ **Steuerbegünstigte Anleger iSv. § 8 Abs. 1 Nr. 2** (StFreiheit für alle Einkünfte gem. § 6 Abs. 2 auf Ebene des Investmentfonds): Von § 8 Abs. 1 Nr. 2 werden Anleger erfasst, die sich im Rahmen von zertifizierten Altersvorsorge- oder Basisrentenverträgen an Investmentfonds beteiligen (im Detail § 8 Anm. 5). Diese Anleger können sich die auf Investmentfondsebene erhobene Steuer anteilig zu ihrer Besitzzeit erstatten lassen, sofern nicht eigenständige stbefeite Anteilklassen (§ 10) eingerichtet wurden. Im Detail s. § 12 Anm. 5.
- ▶ **Steuerbegünstigte Anleger iSv. § 8 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2** (StFreiheit [nur] für inländ. Immobilienerträge gem. § 6 Abs. 4 auf Ebene des Investmentfonds): § 8 Abs. 2 Nr. 1 begünstigt inländ. KdöR, soweit die Investmentfondsanteile nicht in einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gehalten werden (im Detail s. § 8 Anm. 5). Mit den inländ. Beteiligungseinnahmen ist der Investmentfonds hingegen zu 15 % stpfl. Da sich der stbegünstigte Anleger iSd. § 8 Abs. 2 Nr. 1 die stl. Vorbelastung auf Fondsebene weder anrechnen noch erstatten lassen kann, bleibt es wirtschaftlich bei einer Besteuerung von 15 % der inländ. Beteiligungs-

einnahmen auch beim Anleger (vgl. *Jansen/Greger*, RdF 2017, 138 [143]). Aufgrund der Tatsache, dass Sinn und Zweck des § 8 Abs. 2 ist, die stbegünstigten Anleger bei der Fondsanlage weitgehend so zu stellen wie bei einer Direktanlage, ist die StBefreiung über ihren Wortlaut hinaus auch bei sonstigen inländ. Einkünften iSd. § 6 Abs. 5 anzuwenden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 8.14 mit weiteren Details). Auf Fondsebene ist der SolZ in der KSt enthalten, so dass dieser nicht zusätzlich anfällt. Die StBefreiung der Einkünfte auf Ebene des Investmentfonds setzt gem. § 8 Abs. 4 jedoch voraus, dass sowohl der Investmentfonds als auch der stbegünstigte Anleger diese dort normierten besonderen Voraussetzungen erfüllen (im Detail s. § 8 Anm. 25). Gleiches gilt für die gem. § 8 Abs. 2 Nr. 2 erfassten Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen, die nicht vollständig von der KSt befreit sind, sondern nach § 5 Abs. 2 KStG einem abgeltenden StAbzug unterliegen (im Detail s. § 8 Anm. 25). Durch die Neufassung des § 8 Abs. 4 InvStG ist diese Norm auch bei Anlegern anzuwenden, die die Investmentanteile im Rahmen von zertifizierten Altersvorsorge- oder Basisrentenverträgen halten (Klarstellung: BTDrucks. 19/13436, 174). Daher sind auch bei diesen Anlegern die Voraussetzungen des § 36a EStG zu prüfen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 8.29).

Ausländische Anleger unterliegen mit ihren Erträgen aus Investmentfonds nicht der beschränkten EStPflcht, da § 49 EStG für die Bestimmung der inländ. Einkünfte nicht auf § 20 Abs. 1 Nr. 3 EStG verweist (*Helios/Mann*, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 15; *Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, Anh. 1 § 16 InvStG 2018 Rz. 1; *Elser* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, Investment, § 16 InvStG 2017 Rz. 21 [9/2017]). Dies gilt auch für inländ. Beteiligungserträge (§ 6 Abs. 3), inländ. Immobilienerträge (§ 6 Abs. 4) und sonstige inländ. Einkünfte (§ 6 Abs. 5), da diese auf Fondsebene besteuert werden (s. § 6 Anm. 1) und daher nicht mehr auf Anlegerebene besteuert werden müssen (vgl. *von Freeden* in *Schaumburg*, 4. Aufl. 2017, Rz. 12.74, 12.76; *Elser/Stiegler*, IStR 2017, 567 [568]). Aufgrund der StPflcht auf Ebene des Investmentfonds für diese bestimmten inländ. Erträge wird jedoch sichergestellt, dass diese (im Inland) besteuert werden. Die Veräußerung von Anteilen an Investmentfonds unterliegt – wie bisher – keiner beschränkten StPflcht. Zu einem Sonderfall s. § 16 Anm. 1.

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Kein Ansatz von Investmenterträgen oder Vorabpauschalen 10

I. Kein Ansatz von Investmenterträgen bei zertifizierten Altersvorsorge- oder Rentenversicherungsverträgen (Abs. 2 Satz 1)

Werden die Anteile an Investmentfonds im Rahmen von Altersvorsorge- oder Basisrentenverträgen gehalten, die nach §§ 5 oder 5a AltZertG zertifiziert wurden, sind Investmenterträge nicht anzusetzen.

Investmenterträge sind alle Erträge aus Investmentfonds (§ 16 Abs. 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 ohne Einschränkungen).

Investmentanteile, die nach im Rahmen von §§ 5 oder 5a AltZertG zertifizierten Altersvorsorge- oder Basisrentenverträgen gehalten werden: Gehalten werden müssen die Investmentanteile von Anbietern (§ 1 Abs. 2 AltZertG) von Altersvorsorgeverträgen (§ 1 Abs. 1 und Abs. 1a AltZertG) – oder von Anbietern (§ 2

Abs. 2 AltZertG) von Basisrentenverträgen (§ 2 Abs. 1 und Abs. 1a AltZertG) – für die nach §§ 5 oder 5a AltZertG zertifizierten Verträge (s. auch § 8 Anm. 5).

Rechtsfolge Nichtansatz: Die Investorserträge sind nicht anzusetzen. Das heißt, dass sie von der Besteuerung ausgenommen sind. In der Anspar- bzw. Laufzeitphase von zertifizierten Altersvorsorge- oder Rentenversicherungsverträgen fließen die Erträge aus den Investmentanteilen dem jeweiligen Versicherungsvertrag eines Anbieters für die jeweiligen Versicherungsnehmer daher weiterhin ohne Abzug von Steuern zu. Auf Ebene des Versicherungsunternehmens bzw. des Produktanbieters sind die entsprechenden Produkte keiner renditeschmälernden Definitivbelastung ausgesetzt (*Elser in Beckmann/Scholtz/Vollmer, Investment, § 16 InvStG 2018 Rz. 36 [9/2017]*). Auch bereits auf Ebene des Investmentfonds sind die sonst stpfl. Einkünfte des Investmentfonds gem. § 6 Abs. 2 unter den Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 Nr. 2 stbefreit, sofern sich Anbieter von zertifizierten Altersvorsorge- oder Basisrentenverträgen an dem Investmentfonds beteiligen (§ 8 Anm. 5). Damit bleiben die Einkünfte sowohl auf Ebene des Investmentfonds als auch auf Ebene des Versicherungsvertrags des Anbieters für den jeweiligen Versicherungsnehmer in der Anspar- bzw. Laufzeitphase stfrei. Bei den Versicherungsnehmern findet die Besteuerung der Erträge in der Auszahlungsphase (nachgelagerte Besteuerung) bei zertifizierten Altersvorsorgeverträgen nach § 22 Nr. 5 EStG (s. im Einzelnen § 22 EStG Anm. 495 ff.) und bei zertifizierten Basisrentenverträgen gem. § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. bb EStG (s. im Einzelnen § 22 EStG Anm. 301 f.) statt (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 16.9; *Moritz/Strohm in Moritz/Jesch/Mann, 2. Aufl. 2020, § 16 Rz. 36*).

11 II. Kein Ansatz (nur) der Vorabpauschalen bei Anbietern der betrieblichen oder privaten Altersvorsorge (Abs. 2 Satz 2)

1. Grundsätzliches

Abs. 2 Satz 2 regelt, dass in drei Fällen (Satz 2 Nr. 1 bis 3) Vorabpauschalen nicht anzusetzen sind (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 16.10).

Vorabpauschalen: Im Gegensatz zu Abs. 2 Satz 1, der auf alle Investorserträge gem. § 16 Abs. 1 Abs. 1 ohne Einschränkungen abstellt, sieht Satz 2 „nur“ den Nichtansatz der Vorabpauschale vor.

Halten: Die Befreiung von der Vorabpauschale ist nur anwendbar, wenn der Anleger die Investmentanteile unmittelbar oder mittelbar über eine PersGes. hält (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 16.10). Die Befreiung ist nicht anwendbar, soweit ein Anleger Spezial-Investmentanteile und dieser Fonds seinerseits Investmentanteile hält (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 16.10; krit. *Stadler/Mager, BB 2019, 1760 [1764]; Ebner, RdF 2019, 314 [315]*, zur Auswirkung bezüglich des Erwerbs von thesaurierenden Investmentfonds durch Anleger der betrieblichen oder privaten Altersvorsorge).

► *Halten der Investmentanteile im Rahmen des jeweiligen Zwecks der betrieblichen bzw. privaten Altersvorsorge:* Die Anteile an Investmentfonds sind bei den in Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 3 aufgeführten Unternehmen zu halten. Das Halten der Investmentanteile setzt zunächst voraus, dass der Anleger eine Einrichtung der betrieblichen oder privaten Altersvorsorge ist und diesem die Investmentanteile auch als Anleger zugerechnet werden. Anleger ist gem. § 2 Abs. 10 derjenige,

dem der Investmentanteil nach § 39 AO zuzurechnen ist (§ 2 Anm. 21; *Patzner* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, Investment, § 2 InvStG 2018 Rz. 37 ff. [4/2017, 4/2018]). Des Weiteren müssen diese Anteile bei diesen Anlegern dem jeweiligen Zweck der betrieblichen oder privaten Altersvorsorge zugeordnet sein.

2. Halten im Rahmen der betrieblichen Altersvorsorge nach dem Betriebsrentengesetz (Abs. 2 Satz 2 Nr. 1)

12

Halten im Rahmen der betrieblichen Altersvorsorge: In diesem Rahmen werden Investmentanteile gehalten, wenn diese im Rahmen der fünf Durchführungswege der betrieblichen Altersvorsorge gehalten werden. Dies ist der Fall, wenn der ArbG die Investmentanteile zur Absicherung von Verpflichtungen aus einer Direktversicherung hält oder ein VU, bei dem die Investmentanteile zur Sicherung von Verpflichtungen aus einer Direktversicherung dienen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 16.13), oder diese von einer Pensionskasse, UKasse oder einem Pensionsfonds gehalten werden (vgl. BTDrucks. 18/8045, 85; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 16.12). Es wurde zunächst diskutiert, ob auch Investmentanteile, die im Rahmen eines CTA gehalten werden, von der Vorabpauschale befreit sind (dazu *Jansen/Greger*, RdF 2017, 138 [142]). Nach Auffassungen des BMF werden CTA von der Besteuerung der Vorabpauschale ausgenommen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 16.12). Dem ist zuzustimmen (ebenso *Ernst*, BB 2017, 2723 [2726]). Auch ist bei Pensionssicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit (PSV aG) iSd. § 5 Nr. 15 KStG keine Vorabpauschale anzusetzen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 16.12).

Nach dem Betriebsrentengesetz: Gemäß Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (Betriebsrentengesetz – BetrAVG) muss es sich um eine Leistung handeln, die einen Versorgungszweck erfüllt, indem sie der Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenensicherung dient. Diese Leistung muss dem ArbN aus Anlass des Arbeitsverhältnisses vom ArbG zugesagt worden sein (im Detail *Steinmeyer* in *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 21. Aufl. 2021, § 1 BetrAVG Rz. 2; *Rolfs* in *Blomeyer/Rolfs/Otto*, Betriebsrentengesetz 7. Aufl. 2018, § 1 BetrAVG Rz. 5). Gemäß § 1 Abs. 1 Sätze 1 und 2 BetrAVG stehen dem ArbG fünf verschiedene Durchführungswege zur Verfügung. Diese fünf Durchführungswege sind alle von § 16 Abs. 2 Nr. 1 erfasst (BTDrucks. 18/8045, 85). Der ArbG kann die versprochenen Leistungen entweder unmittelbar aus dem Unternehmensvermögen erbringen (Direktzusage; § 1 Abs. 1 Satz 2, 1. Var. BetrAVG) oder sich externer, rechtl. selbständiger Versorgungsträger bedienen. Dies sind Unterstützungskassen (§ 1b Abs. 4 BetrAVG), die keinen Rechtsanspruch auf ihre Leistung gewähren, Lebensversicherungsverträge, bei denen der ArbG Versicherungsnehmer und deshalb Beitragspflichtiger und der ArbN Versicherter ist (Direktversicherung; § 1b Abs. 2 BetrAVG), Pensionskassen (§ 1b Abs. 3 BetrAVG), die vom ArbG und häufig auch vom ArbN finanziert sind, und Pensionsfonds (§ 1b Abs. 3 BetrAVG; *Rolfs* in *Blomeyer/Rolfs/Otto*, Betriebsrentengesetz 7. Aufl. 2018, § 1 BetrAVG Rz. 201, dort auch im Detail zu den fünf Durchführungsweisen, Rz. 202 bis 267).

3. Halten von Versicherungsunternehmen im Rahmen von Versicherungsverträgen nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 1 und 4 EStG (Abs. 2 Satz 2 Nr. 2)

13

Von Versicherungsunternehmen: Die Investmentfondsanteile müssen von VU gehalten werden.

Im Rahmen von Versicherungsverträgen gem. § 20 Abs. 1 Nr. 6 Sätze 1 und 4 EStG (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 16.14): § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 1 erfasst Investmentanteile, die zur Sicherung von Verpflichtungen aus klassischen Lebensversicherungsprodukten (Kapital- und Rentenversicherungen) eingesetzt werden (*Elser in Beckmann/Scholtz/Vollmer, Investment, § 16 InvStG 2018 Rz. 40 [9/2017]*). § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 4 EStG ergänzt die Regelungen in § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 1 EStG für fondsgebundene Lebensversicherungsverträge (vgl. *Wenzel in Blümich, InvStG 2018 § 16 Rz. 18 [8/2019]*). Ein VU kann Anteile an Investmentfonds sowohl im Rahmen von Versicherungsverträgen gem. § 20 Abs. 1 Nr. 6 Sätze 1 und 4 EStG im Anlagestock halten als auch in der direkten Kapitalanlage (ein Nichtansatz der Vorabpauschale gilt auch für Investmentanteile im Vorstock, BMF, Anwendungsfragen, Rz. 16.14 iVm. 8.12). Versicherungsverträge gem. § 20 Abs. 1 Nr. 6 Sätze 1 und 4 EStG unterscheiden sich von einer Vermögensanlage ohne Versicherungscharakter dadurch, dass mindestens ein wirtschaftliches Risiko abgedeckt wird, das aus der Unsicherheit und Unberechenbarkeit des menschlichen Lebens herrührt, zB Todeszeitpunkt oder ungewisse Lebensdauer einer Person (Absicherung eines biometrischen Risikos). Kein biometrisches Risiko ist gegeben, wenn nur eine Leistung in Höhe der angesammelten und verzinsten Sparanteile zzgl. einer Überschussbeteiligung vereinbart ist (vgl. *Leins in Präve, Lebensversicherung, 2016, ALB, § 1 Rz. 5; § 20 EStG Anm. 262, vgl. auch BMF v. 1.10.2009 – IV C 1 - S 2252/07/0001, BStBl. I 2009, 1172, Rz. 1 ff.*). Mit einer Rentenversicherung wird grds. das Risiko der Langlebigkeit des Versicherten abgesichert (*Leins in Präve, Lebensversicherung, 2016, ARB-F, § 2 Rz. 6*). Bei einer kapitalbildenden Lebensversicherung ist neben dem Sparvorgang die Absicherung des Todesfallrisikos charakterisierend (*Leins in Präve, Lebensversicherung, 2016, ALB, § 1 Rz. 6*). Von § 16 Abs. 2 Nr. 2 werden nicht die sog. vermögensverwaltenden Versicherungsverträge gem. § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 5 EStG erfasst, da diese nicht zu den Verträgen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 6 Sätze 1 und 4 EStG gehören.

14 4. Halten von Kranken- und Pflegeversicherungsunternehmen zur Sicherung von Altersrückstellungen (Abs. 2 Satz 2 Nr. 3)

Von Nr. 3 werden die Fälle erfasst, in denen Kranken- oder Pflegeversicherungsunternehmen Investmentanteile zur Sicherung von Altersrückstellungen einsetzen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 16.15):

Kranken- und Pflegeversicherungsunternehmen sind private Kranken- und Pflegeversicherungsunternehmen iSd. § 1 VAG, da diese zur Bildung von Altersrückstellungen verpflichtet sind. Dies ergibt sich bei der nach Art der Lebensversicherung betriebenen Kranken- bzw. Pflegeversicherungsunternehmen gem. § 203 Abs. 1 Satz 1 iVm. § 146 Abs. 1 Nr. 2 VAG und § 341f Abs. 3 HGB (*Boetius in MüKo VVG, 2. Aufl. 2017, § 203 VAG Rz. 332*).

Zur Sicherung von Altersrückstellungen: Die Kranken- und Pflegeversicherungsunternehmen halten Investmentfondsanteile zur Sicherung von Altersrückstellungen. Sofern Investmentfonds zur Sicherung von Altersrückstellungen von privaten Kranken- und Pflegeversicherungen genutzt werden, sind diese von § 16 Abs. 2 Nr. 2 erfasst. Die Altersrückstellung bei der Kranken- bzw. Pflegeversicherung beruht auf dem Gedanken, dass die von den Versicherungsnehmern zu zahlenden Risikobeiträge mit zunehmendem Alter wegen der erhöhten Krankheitsanfälligkeit bzw. Pflegebedürftigkeit kontinuierlich steigen müssten. Um das zu vermeiden

und im Ansatz während der gesamten Vertragslaufzeit – bei sonst gleichen Voraussetzungen – gleichbleibend hohe Prämien zu garantieren, werden die Prämien in den ersten Jahren höher als der aktuelle Risikobeitrag kalkuliert und die Überschüsse bilanziell in eine Alterungsrückstellung nach § 341f Abs. 3 HGB eingestellt (BGH v. 11.5.2006 – III ZR 228/05, NJW-RR 2006, 1403 mwN; vgl. auch *Boetius* in MüKo VVG, 2. Aufl. 2017, § 203 VAG Rz. 332).

5. Rechtsfolge des Abs. 2 Satz 2: Nichtansatz

14a

Rechtsfolge des Abs. 2 Satz 2 ist, dass die Vorabpauschale von der Besteuerung der Erträge der Investmentanteile unter den Voraussetzungen der Nr. 1 bis 3 auf Ebene des jeweiligen Anbieters der betrieblichen Altersvorsorge (Nr. 1), des VU (Nr. 2) oder des Kranken- bzw. Pflegeversicherungsunternehmens (Nr. 3) ausgenommen ist. Im Gegensatz zu stpfl. Ausschüttungen können Altersvorsorgeeinrichtungen eine stl. Belastung bei Vorabpauschalen, die rein stl. als zugeflossen gelten, nicht durch Bildung von Rückstellungen vermeiden, so dass es zu einer nicht sachgerechten definitiven Steuerlast käme (BTDrucks. 18/8045, 85; *Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, Anh. 1 § 16 InvStG 2018 Rz. 6; *Ernst* in *Moritz/Strohm*, Handbuch Besteuerung privater Kapitalanlagen, 2017, Kap. C, Rz. 498). Unabhängig davon sind jedoch die Leistungen, die ein ArbN, ein Versicherter usw. aus den Verträgen erzielt, entsprechend den dafür geltenden allgemeinen strechtl. Regelungen stpfl.

- ▶ *Die StBefreiung gem. § 16 Abs. 2 Satz 2 wird erst im Rahmen der Veranlagung und nicht bereits schon im KapErtrStAbzugsverfahren gewährt, sofern nicht entsprechende NV-Bescheinigungen oder andere Rechtsgründe für die Abstandnahme vorliegen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 16.11 mit Begr.).*

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Keine Anwendung von § 3 Nr. 40 EStG und § 8b KStG

15

Bei betrieblichen Anlegern und stpfl. Körperschaften unterliegen die Erträge aus Investmentfonds uneingeschränkt der ESt bzw. KSt und damit auch der GewSt, da § 3 Nr. 40 EStG und § 8b KStG nicht anzuwenden sind. Dies gilt auch für Schachtelbeteiligungen gemäß § 8b Abs. 4 Satz 1 KStG (*Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 16 InvStG 2018 Rz. 7). Da der Gewerbeertrag auf dem nach dem EStG und KStG zu ermittelndem Gewinn beruht (§ 7 Satz 1 GewStG), reduziert sich durch die Nichtanwendung von § 3 Nr. 40 EStG und § 8b KStG auch der Gewerbeertrag nicht. Auf Investorerträge ist daher ausschließlich das Teilfreistellungsverfahren anwendbar (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 16.16). Investorerträge sind den Kapitaleinkünften gem. § 20 Abs. 1 Nr. 3 EStG zugeordnet. Da auf diese § 3 Nr. 40 EStG und § 8b KStG nicht angewendet werden, hat § 16 Abs. 3 nur deklaratorischen Charakter (BTDrucks. 18/8045, 85; *Wenzel* in *Blümich*, § 16 InvStG 2018 Rz. 22 [8/2019]; krit. *Jung* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 16 Rz. 115 [6/2020]).

Einstweilen frei.

16–19

20 E. Erläuterungen zu Abs. 4: Subject to tax-Klausel

Abs. 4 regelt eine unilaterale *Subject to tax*-Klausel, nach der Ausschüttungen eines ausländ. Investmentfonds an inländ. Anleger, die nach einem DBA von deutscher Steuer freizustellen wären, unabhängig von der Regelung im jeweiligen DBA nur freigestellt werden, wenn der Investmentfonds einer Ertragsbesteuerung im Ansässigkeitsstaat von mindestens 10 % unterliegt und die Ausschüttung zu mindestens 50 % aus nicht stbefreiten Einkünften besteht (vgl. *Lechner*, RdF 2016, 208 [214]; *Roth*, GWR 2016, 457 [460]). Eine *Subject to tax*-Klausel regelt, dass die an sich nach Abkommensrecht gebotene Freistellung nur gewährt wird, wenn im anderen Staat eine Besteuerung erfolgt, so dass dadurch eine internationale Minderbesteuerung vermieden wird (*Schaumburg* in *Schaumburg*, 4. Aufl. 2017, Rz. 5.15).

Freistellung von Ausschüttungen eines ausländischen Fonds aufgrund eines DBA (Abs. 4 Satz 1 Halbs. 1):

- ▶ *Ausschüttungen*: Siehe grds. § 16 Abs. 1 Nr. 1 iVm. § 2 Abs. 11 (§ 2 Anm. 22). In der Literatur wird die Frage aufgeworfen, ob die Vorabpauschale als rein fiktive Ausschüttung vom jeweiligen Abkommenswortlaut gedeckt ist und damit zu den Ausschüttungen zählt (vgl. *Kammeter*, ISR 2016, 99 [105] und Fn. 55; *von Freeden* in *Schaumburg*, 4. Aufl. 2017, Rz. 12.78; zum Meinungsstand bezüglich ausschüttungsgleicher Erträge: *Tischbirek/Specker* in *Vogel/Lehner*, DBA, 6. Aufl. 2015, Art. 10 OECD-MA Rz. 230; *Lübbehüsen* in *Berger/Steck/Lübbehüsen*, 2010, § 2 Rz. 55f.). Aus systematischen Gründen wäre es geboten, da die Vorabpauschale die Ertragsausschüttung als Bemessungsgrundlage für eine Besteuerung auf Anlegerebene ersetzt (*von Freeden* in *Schaumburg*, 4. Aufl. 2017, Rz. 12.78). Von der DBA-Anwendung auf die Vorabpauschale ist die Anwendung des § 16 Abs. 4 zu unterscheiden. Die Anwendung des § 16 Abs. 4 bezieht sich nach Auffassung von Mann nur auf die Ausschüttungen und nicht auf Vorabpauschalen und Veräußerungsgewinne (*Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 16 InvStG 2018 Rz. 8). Dem ist aufgrund des klaren Wortlauts des § 16 Abs. 4, der eben auf die „Ausschüttung eines ausländischen Investmentfonds“ abstellt, zuzustimmen.
- ▶ *Ausländischer Investmentfonds*: Zum Begriff s. § 2 Abs. 3 (§ 2 Anm. 7). Anwendungsfälle von § 16 Abs. 4 sind grds. ausländ. Investmentfonds in der Rechtsform einer KapGes (vgl. auch *Jung* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 16 Rz. 126 [6/2020]).
- ▶ *Freistellung nach einem DBA*: Schüttet ein ausländ. Investmentfonds an einen Steuerinländer aus, kann ein DBA anwendbar sein (*von Freeden* in *Schaumburg*, 4. Aufl. 2017, Rz. 12.78), sofern die Ausschüttungen von Investmentfonds in das entsprechende DBA explizit einbezogen oder den Dividenden gleichgestellt sind und eine Abkommensberechtigung besteht. In diesen Fällen rechnet Deutschland als Wohnsitzstaat die einbehaltenen Quellensteuern des ausländ. Investmentfonds grds. (bis zu einem Höchstsatz) an, sofern eine Streubesitzbeteiligung am Investmentfonds vorliegt. Bei den Voraussetzungen einer Schachtelbeteiligung erfolgt eine Freistellung (vgl. *von Freeden* in *Schaumburg*, 4. Aufl. 2017, Rz. 12.79).
- ▷ *Gemäß Art. 10 Abs. 1 OECD-MA* können Dividenden vom Ansässigkeitsstaat (Wohnsitzstaat) des Nutzungsberechtigten besteuert werden. Aufgrund von Art. 10 Abs. 2 OECD-MA kann jedoch auch der Staat, in dem die Dividende zahlende Gesellschaft ansässig ist (Quellenstaat), die Dividende

nach seinem Recht besteuern (grds. im Wege des StAbzugs). Hierbei verzichtet der Ansässigkeitsstaat bei Streubesitzdividenden nicht auf die Besteuerung, rechnet aber die Steuer des Quellenstaats (für Streubesitzdividenden gilt eine Obergrenze von 15 %) an (*Bödecker in Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, Einl. Rz. 29; *Lübbehüsen in Berger/Steck/Lübbehüsen*, 2010, Vor §§ 11 ff. Rz. 96). Das abkommensrechtl. Schachtelprivileg ermäßigt den Quellensteuersatz nach dem OECD-MA auf 5 % (*Bödecker in Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, Einl. Rz. 30). Fast sämtliche deutschen DBA (anders als das OECD-MA) gewähren für Dividenden ein abkommensrechtl. Schachtelprivileg, welches auf Ausschüttungen zwischen Gesellschaften iSv. Art. 3 Abs. 1 Buchst. b bzw. auf KapGes. bei Vorliegen einer bestimmten unmittelbaren Beteiligungshöhe und ggf. der Erfüllung weiterer Voraussetzungen Anwendung findet (*Schönfeld/Häck in Schönfeld/Ditz*, DBA, 2. Aufl. 2019, Art. 23A/B OECD-MA Rz. 67). In diesen Fällen wird dem Quellenstaat kein oder nur ein ermäßigtes Quellenbesteuerungsrecht gewährt und im Ansässigkeitsstaat werden die Dividenden bei der empfangenden Muttergesellschaft von der inländ. Steuer freigestellt. (*Schönfeld/Häck in Schönfeld/Ditz*, DBA, 2. Aufl. 2019, Art. 23A/B OECD-MA Rz. 67).

- ▷ *Das OECD-MA* (anders als die deutsche Verhandlungsgrundlage) regelt die Einkünfte eines Anlegers aus Investmentfonds nicht explizit. Art. 10 OECD-MA findet auf Ausschüttungen von Investmentvermögen, die aus Sicht beider Vertragsstaaten als KapGes. qualifizieren, Anwendung (*Lübbehüsen in Berger/Steck/Lübbehüsen*, 2010, Vor §§ 11 ff. Rz. 96). Sofern ein ausländ. Vehikel aufgrund des Rechtstypenvergleichs (s. hierzu BMF v. 19.3.2004 – IV B 4 - S 1301 USA - 22/04, BStBl. I 2004, 411; OFD Frankfurt v. 15.6.2016 – S 2241 A - 107 - St 213, IStR 2016, 860; *Micker/Schwarz*, IBW 2019, 512 [512 f.]) als KapGes. qualifiziert, greifen die abkommensrechtl. Vorschriften für KapGes. (*Schmidt in Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, § 19 Rz. 9a.1). In einer Vielzahl von deutschen DBA (auch der deutschen Verhandlungsgrundlage zum OECD-MA) sind Ausschüttungen auf Anteilsscheine an einem Investmentvermögen ausdrücklich und pauschal in den Dividendenbegriff einbezogen (*Tischbirek/Specker in Vogel/Lehner*, DBA, 6. Aufl. 2015, Art. 10 OECD-MA Rz. 230). Sofern Investmenterträge explizit in den Dividendenbegriff aufgenommen wurden, kommt es auf das Vorliegen der Voraussetzungen der abkommensrechtl. Dividendendefinition dann nicht mehr an (*Bödecker in Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, Einl. Rz. 31.1).
- ▶ *Relevanz des DBA-Schachtelprivilegs aufgrund § 16 Abs. 3*: Grundsätzlich war die Bedeutung des abkommensrechtl. Schachtelprivilegs aus deutscher Sicht durch § 8b Abs. 1 Satz 1 KStG erheblich reduziert, da auch bei Beteiligungen an ausländ. Gesellschaften vor allem die Bezüge gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG, von der inländ. Besteuerung freizustellen sind (*Schönfeld/Häck in Schönfeld/Ditz*, DBA, 2. Aufl. 2019 Art. 23A/B OECD-MA Rz. 70). § 8b Abs. 1 KStG differenziert für die 95 %ige StBefreiung nicht zwischen Schachtel- und Portfolio- bzw. Streubesitzdividenden und knüpft auch nicht an Aktivitätsvorbehalte, Mindestbeteiligungshöhen oder Haltefristen an (vgl. § 8b KStG Anm. 40). Einkünfte aus Investmentfonds werden nun nicht mehr fiktiv („gehören zu“) den Einkünften gem. § 20 Abs. 1 EStG zugeordnet (§ 2 Abs. 1 Halbs. 1 InvStG 2004), sondern für diese ist ein spezieller Tatbestand in § 20 Abs. 1 Nr. 3 geschaffen worden. Gemäß § 16 Abs. 3 ist § 8b KStG jedoch nicht anzuwenden, so dass da-

durch das abkommensrechtl. Schachtelprivileg im Hinblick auf Beteiligungen an Investmentfonds wieder an Bedeutung erlangt (vgl. *Elser in Beckmann/Scholtz/Vollmer, Investment*, § 16 InvStG 2018 Rz. 52 [9/2017]).

Die *Mutter-Tochter-Richtlinie* (Richtlinie 90/435/EWG des Rates v. 23.7.1990 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten, ABl. EG 1990 Nr. L 225, 6) findet keine Anwendung. Diese Richtlinie zielt darauf ab, Dividendenzahlungen und andere Gewinnausschüttungen von Tochtergesellschaften an ihre Muttergesellschaften von Quellensteuern zu befreien und die Doppelbesteuerung derartiger Einkünfte auf Ebene der Muttergesellschaft zu beseitigen (Richtlinie 2003/123/EG des Rates v. 22.12.2003 zur Änderung der Richtlinie 90/435/EWG über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten, ABl. EU 2004 Nr. L 7, 41). Gemäß Art. 7 Abs. 2 Mutter-Tochter-Richtlinie ist diese neben einem DBA anwendbar. In Deutschland wurden die Vorgaben der Mutter-Tochter-Richtlinie in § 8b KStG dahingehend normiert, dass beim Erhalt von Dividenden ausländ. Tochtergesellschaften durch ihre inländ. Mutter-KapGes. die Dividenden bei der inländ. Muttergesellschaft von der Besteuerung freigestellt werden (vgl. § 8b KStG Anm. 250). Gemäß § 16 Abs. 3 ist § 8b KStG jedoch nicht anzuwenden

Weitere unilaterale Voraussetzungen für die Freistellung der Ausschüttungen (Abs. 4 Satz 1 Halbs. 2):

Abs. 4 Satz 1 Halbs. 2 knüpft die Freistellung von Ausschüttungen ausländ. Investmentfonds nach DBA an die kumulative Erfüllung zweier weiterer Voraussetzungen:

- ▶ *Ausländischer Investmentfonds unterliegt im Ansässigkeitsstaat der allgemeinen Ertragsbesteuerung (Abs. 4 Satz 1 Halbs. 2 Nr. 1):* Der StBelastung muss der Investmentfonds selbst (*Elser in Beckmann/Scholtz/Vollmer, Investment*, § 16 InvStG 2018 Rz. 54 [9/2017]) unterliegen, das Gesetz stellt nicht auf die Quellenbesteuerung der von ihm ausgeschütteten Dividenden ab, wie es beispielsweise die Subject to Tax-Klausel des Art. 22 Abs. 1 Buchst. a DBA-Luxemburg 2012 macht (vgl. zum DBA-Luxemburg 2012 *Lauer mann/Birker, RdF* 2013, 51 [56]). Ausländ. Investmentfonds sind vielfach von der Steuer befreit oder steuerlich transparent (vgl. *Wenzel in Blümich*, § 16 InvStG 2018 Rz. 25 [8/2019]; *Elser in Beckmann/Scholtz/Vollmer, Investment*, § 16 InvStG 2018 Rz. 53 [9/2017]).
 - ▷ *Allgemeine Ertragsbesteuerung:* Das Tatbestandsmerkmal der allgemeinen Ertragsbesteuerung wird in Satz 3 definiert.
 - ▷ *Staat, dem nach dem DBA das Besteuerungsrecht zusteht:* Dies ist der Ansässigkeitsstaat des Investmentfonds (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 16.19).
- ▶ *Ausschüttung beruht zu mehr als 50 % auf nicht steuerbefreiten Einkünften (Abs. 4 Satz 1 Halbs. 2 Nr. 2):*
 - ▷ *Ausschüttung:* Zum Begriff s. § 16 Anm. 5.
 - ▷ *Nicht steuerbefreite Einkünfte:* Aufgrund der Gesetzesbegründung (BTDrucks. 18/8045, 86) und der Auffassung der FinVerw. (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 16.20) zählen zu den stbefreiten Einkünften Fälle, in denen der Investmentfonds eine sachliche StBefreiung einzelner Ertragsarten in Anspruch nehmen kann oder wenn ausgeschüttete Erträge von der stl. Bemessungsgrundlage des Investmentfonds ausgenommen werden (entsprechend auch *Helios/Mann*, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 14). Nach der Gesetzesbegründung (BTDrucks. 18/8045, 86) und der Auffassung der Fin-

Verw. (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 16.20) würde es dem Vereinfachungszweck und der Grundkonzeption der neuen Besteuerungsvorschriften für Investmentfonds widersprechen, wenn hierbei eine Durchschau durch den Investmentfonds auf etwaige stl. Vorbelastung auf Ebene von Portfolio-Unternehmen erfolgen würde. Es wird jedoch verkannt, dass gerade im Bereich der alternativen Investments diese Investmentfonds Holdingcharakter haben und damit auf Ebene der Zielinvestments bzw. Objektgesellschaften bereits eine stl. Vorbelastung gegeben ist (vgl. bereits zu Kapital-Investitionsgesellschaften *Elser in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, Investment, § 19 InvStG 2004 Rz. 53 [9/2015]). Zur StBelastung des Investmentfonds bei mehrstufigen Strukturen s. hinsichtlich der vergleichbaren Regelung des § 19 Abs. 2 Satz 2 InvStG 2004 ausführl. *Watrin/Eberhardt*, DB 2014, 795 [796]; *Jansen/Lübbehüsen*, RdF 2014, 28 [34]; *Mann in Blümich*, § 19 InvStG 2004 Rz. 10 [5/2016]). Dass die tatsächliche StBelastung nicht beachtet wird, lässt sich mE nicht mit dem Vereinfachungszweck und der Grundkonzeption der neuen Besteuerungsvorschriften für Investmentfonds rechtfertigen.

- ▷ *Beruhem*: Die Ausschüttung des Investmentfonds muss zu mehr als 50 % auf nicht stbefreiten Einkünften beruhen. Der Nachweis wird in der Praxis nicht immer leicht zu erbringen sein (vgl. ausführl. *Elser in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, Investment, § 16 InvStG 2018 Rz. 58 [9/2017]).
- ▷ *50 %-Grenze*: Die der Ausschüttung des Investmentfonds zugrunde liegenden Einkünfte müssen zu mehr als 50 % auf Ebene des Investmentfonds stpfl. sein (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 16.20; wohl aA *Rüsch*, ISR 2020, 140 [142]). Die stpfl. Einkünfte auf Ebene des Investmentfonds müssen höher sein als die stbefreiten Einkünfte.

Ungeachtet des Abkommens: Diese Formulierung ist eine *Treaty overriding*-Klausel, mit der Folge, dass das innerstaatliche abweichende Recht gegenüber dem völkerrechtl. Vertrag zum spezielleren Recht wird. Das *Treaty overriding* wird zunehmend auch durch den deutschen Gesetzgeber insofern genutzt, dass in einzelne Normen von DBA eingegriffen wird (*Schaumburg in Schaumburg*, 4. Aufl. 2017, Rz. 3.24). Derartige Vertragsverstöße sind nach innerstaatlichem deutschen Recht zulässig (BVerfG v. 15.12.2015 – 2 BvL 1/12, IStR 2016, 191; krit. *Haendel*, IStR 2017, 436). Sofern diese – nach dem BVerfG – zulässige *Treaty overriding*-Klausel nicht für diesen Fall einschlägig wäre, würde das DBA Vorrang vor dem InvStG haben, da völkerrechtl. Verträge iSd. Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG den allgemeinen stl. Regeln als spezialgesetzliche Normen vorgehen (vgl. *Lübbehüsen in Berger/Steck/Lübbehüsen*, 2010, Vor §§ 11 ff. Rz. 103 mwN). Aufgrund der Gesetzesbegründung (BTDrucks. 18/8045, 86) bedarf es, da Investmentfonds auch in der Rechtsform einer KapGes. aufgelegt werden können und typischerweise bei Investmentfonds keine Ertragsteuern erhoben werden, einer Regelung, um zu verhindern, dass Ausschüttungen aus Investmentfonds unversteuert bleiben (sog. weiße Einkünfte; BTDrucks. 18/8045, 86). Im Diskussionsentwurf des BMF wurde hervorgehoben, dass diese bereits zu erheblichen Steuerausfällen geführt haben (Diskussionsentwurf BMF v. 21.7.2015, 58). Das Schachtelprivileg wird in diesen Fällen ungeachtet entgegenstehender Bestimmungen eines DBA nur gewährt, soweit nicht anderenfalls unversteuerte oder nahezu unversteuerte Einkünfte entstehen, so dass die Freistellung von den zwei weiteren Voraussetzungen gem. Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 abhängig ist (BTDrucks. 18/8045, 86). Zwei Finanzgerichte (FG Düss. v. 17.10.2017 – 6 K 1141/14 K,G,F, EFG 2017, 1939, rkr.; FG Sachs.-Anh. v. 22.3.2017 –

3 K 383/16, EFG 2017, 1943, Az. BFH I R 61/17) haben unter dem DBA-Luxemburg (in der bis 2013 geltenden Fassung) bestätigt, dass Ausschüttungen aus einer stbefeierten SICAV SA als Schachteldividenden einzuordnen und damit von deutscher Steuer freizustellen waren. Erst in dem neuen, ab dem 1.1.2014 gültigen DBA-Luxemburg wurde eine abkommensrechtl. *Subject-to-Tax* Klausel eingefügt (Art. 22 Abs. 1 Buchst. a).

0 %-Besteuerung der Ausschüttung (Abs. 4 Satz 2): Abs. 4 Satz 1 wird auch dann angewendet, wenn nach dem Abkommen die Besteuerung der Ausschüttung in diesem Staat 0 % nicht übersteigen darf (Abs. 4 Satz 2): Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Satzes 1 sollen damit auch dann Anwendung finden, wenn in dem Staat, in dem der Investmentfonds ansässig ist, durch das entsprechende DBA nur ein Quellensteuerhöchstsatz von 0 % vorgesehen ist (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 16.21; *Wenzel in Blümich*, § 16 InvStG 2018 Rz. 28 [8/2019]).

Ausgehen von allgemeiner Ertragsbesteuerung (Abs. 4 Satz 3): Nach Abs. 4 Satz 3 ist von einer allgemeinen Ertragsbesteuerung auszugehen, wenn der Anleger nachweist, dass der Investmentfonds einer Ertragsbesteuerung iHv. mindestens 10 % unterliegt.

- ▶ *Ertragsbesteuerung des Investmentfonds iHv. mindestens 10 %:* Der Investmentfonds muss einer allgemeinen Ertragsbesteuerung unterliegen. Hierfür ist eine jährliche Abschnittsbesteuerung auf Grundlage einer Gewinn- bzw. Überschussermittlung erforderlich (vgl. *Elser in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, Investment, § 19 InvStG 2004 Rz. 48 [9/2015], § 16 InvStG 2018 Rz. 55 [9/2017]; *Jung in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 16 Rz. 134 [12/2020]; aA *Rüsch*, ISR 2020, 140 [142]). Eine nominelle (abstrakte) StBelastung ist ausreichend (BTDrucks. 18/8045, 86; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 16.22; *Helios/Mann*, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 14; *Ebner*, NWB 2017, 479 [486]; *Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 16 InvStG 2018 Rz. 9; *Wenzel in Blümich*, § 16 InvStG 2018 Rz. 26 [8/2019]; *Elser in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, Investment, § 16 InvStG 2018 Rz. 57 [9/2017]). Grundsätzlich wird zwischen einer nominellen (abstrakten) StBelastung (unter Außerachtlassung sachlicher StBefreiungen bzw. Verlustverrechnungsmöglichkeiten und einer konkreten (tatsächlichen) StBelastung unterschieden (hinsichtlich der vergleichbaren Regelung des § 19 Abs. 2 Satz 2 InvStG 2004 und zum Meinungsstand ausführl. *Watrin/Eberhardt*, DB 2014, 795 [796]; *Mann in Blümich*, § 19 InvStG 2004 Rz. 10 [5/2016]; *Elser in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, Investment, vor 420 Rz. 90 [12/2015] und § 19 Rz. 51 [9/2015]; *Schmidt in Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, § 19 InvStG 2004 Rz. 13, jeweils mwN). Weitere Voraussetzung ist, dass der Investmentfonds nicht von der Ertragsbesteuerung befreit ist („Nicht von ihr befreit“). Hier ist wohl eine persönliche StBefreiung des Investmentfonds schädlich (*Helios/Mann*, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 14; *Ebner*, NWB 2017, 479 [487]; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:001, Rz. 16.19; *Elser in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, Investment, § 16 InvStG 2018 Rz. 56 [9/2017]). Es wird zwischen einer persönlichen StBefreiung (zB Luxemburger SICAV- SIF) und einer sachlichen StBefreiung (zB Luxemburger SICAR für Einkünfte aus Risikokapital) differenziert (hinsichtlich der vergleichbaren Regelung des § 19 Abs. 2 Satz 2 InvStG 2004 und zum Meinungsstand ausführl. *Watrin/Eberhardt*, DB 2014, 795 [796]; *Mann in Blümich*, § 19 InvStG 2004 Rz. 10 [5/2016]; *Elser in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, Investment, vor 420 Rz. 90 [5/2015]; *Schmidt in Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, § 19 InvStG 2004 Rz. 13, jeweils

mwN). Eine sachliche StBefreiung von einzelnen Einkunftsarten (zB von Beteiligungseinkünften) ist auch nach Auffassung der FinVerw. grds. unschädlich (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 16.22; auch *Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 16 InvStG 2018 Rz. 9; *Wenzel* in *Blümich*, § 16 InvStG 2018 Rz. 26 [8/2019]). Eine allgemeine Ertragsbesteuerung liegt nach Auffassung der FinVerw. (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 16.22) jedoch dann nicht vor, wenn alle oder fast alle Einkunftsarten bei Investmentfonds sachlich stbefreit sind. In diesem Fall wäre jedoch wohl bereits das Tatbestandsmerkmal (§ 16 Abs. 4 Satz 1 Teils. 2 Nr. 2), dass die Ausschüttung zu mehr als 50 % auf nicht stbefreiten Einkünften beruht, nicht erfüllt.

- *Nachweis durch den Anleger*: Der jeweilige Anleger – und nicht der Investmentfonds – muss diesen Nachweis im Rahmen der Veranlagung (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 16.17) führen. Hierfür sollte bspw. eine StBescheinigung oder ein StBescheid der Finanzbehörde ausreichend sein, in dem der Investmentfonds ansässig ist (hinsichtlich der vergleichbaren Regelung des § 19 Abs. 2 Satz 2 InvStG 2004 und zur Nachweisproblematik ausführl. *Mann* in *Blümich*, § 19 InvStG 2004 Rz. 10 [5/2016]; *Watrín/Eberhardt*, DB 2014, 795 [796]; *Helios/Kröger* in *Moritz/Jesch*, 2004, § 19 InvStG 2004 Rz. 38; *Demleiter* in *Haase*, 2. Aufl. 2015, § 19 Rz. 73 ff. [zum Zeitpunkt], Rz. 75 [zur Regelmäßigkeit des Nachweises]; Zum InvStG 2018: *Jung* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 16 Rz. 153 [6/2020];).

Rechtsfolge: Die vom DBA vorgesehene Freistellung der Ausschüttung von der deutschen Steuer wird gewährt. Abs. 4 Satz 3 regelt im Rahmen einer Vermutung („ist auszugehen“), unter welchen Voraussetzungen die allgemeine Ertragsbesteuerung gegeben ist.

Anwendung: Die Regelungen des Abs. 4 sind nur im Veranlagungsverfahren und nicht im StAbzugsverfahren anzuwenden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 16.17).

§ 17 Erträge bei Abwicklung eines Investmentfonds

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731), zuletzt geändert durch WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17)

(1) ¹Während der Abwicklung eines Investmentfonds gelten Ausschüttungen eines Kalenderjahres insoweit als steuerfreie Kapitalrückzahlung, wie der letzte in diesem Kalenderjahr festgesetzte Rücknahmepreis die fortgeführten Anschaffungskosten unterschreitet. ²Maßgeblich für die Zwecke des Satzes 1 sind bei bestandsgeschützten Alt-Anteilen die fiktiven Anschaffungskosten nach § 56 Absatz 2 Satz 2 und 3. ³Im Übrigen ist auf die tatsächlichen Anschaffungskosten abzustellen. ⁴Satz 1 ist höchstens für einen Zeitraum von fünf Kalenderjahren nach dem Kalenderjahr, in dem die Abwicklung beginnt, anzuwenden.

(2) ¹Als Beginn der Abwicklung eines inländischen Investmentfonds gilt der Zeitpunkt, zu dem das Recht der Kapitalverwaltungsgesellschaft zur Verwaltung des Investmentfonds erlischt. ²Als Beginn der Abwicklung eines ausländischen Investmentfonds gilt der Zeitpunkt, zu dem das Recht der Verwaltungsstelle zur Verwaltung des Investmentfonds erlischt, es sei denn, der gesetzliche Vertreter des ausländischen Investmentfonds weist einen davon abweichenden Beginn der Abwicklung nach.

(3) Die Anschaffungskosten eines Investmentanteils sind um die Ausschüttungen, die nach Absatz 1 nicht zu den Erträgen gehören, zu mindern.

Autor: Dr. Matthias *Rommel*, LL.M., EMBA, Rechtsanwalt, Bad Nauheim

Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

Anm. |

Anm.

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 17 1

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Steuerfreie Kapitalrückzahlungen

I. Begrenzung des steuerpflichtigen Ertrags der Ausschüttungen auf den Wertzuwachs im Kalenderjahr (Abs. 1 Satz 1 idF bis zum 31.12.2019)	5	dem Ausschüttungen in bestimmter Höhe mittels Fiktion als steuerfreie Kapitalrückzahlungen gelten (Abs. 1 Satz 1 idF ab 1.1.2020) . . .	6a
II. Ermittlung des Wertzuwachses für den steuerpflichtigen Ertragsanteil der Ausschüttung (Abs. 1 Sätze 2 und 3 idF bis zum 31.12.2019) . . .	6	IV. Fiktive oder tatsächliche Anschaffungskosten als fortgeführte Anschaffungskosten (Abs. 1 Sätze 2 und 3 idF ab 1.1.2020)	6b
III. Begrenzung des steuerpflichtigen Ertrags der Ausschüttungen, in-		V. Begrenzung der steuerfreien Kapitalrückzahlung auf einen Zeitraum von fünf Jahren (Abs. 1 Satz 4) . . .	7

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Beginn der Abwicklungsphase 10

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Minderung der Anschaffungskosten um Kapitalrückzahlungen . . . 15

1 A. Allgemeine Erläuterungen zu § 17

Grundinformation: Alle Ausschüttungen eines Investmentfonds sind grds. unabhängig von ihren Ertragsbestandteilen gem. § 16 Abs. 1 Nr. 1 stpfl. Dies hat zur Folge, dass auch Kapitalrückzahlungen (Auszahlungen von in einen Investmentfonds geleisteten Einlagen, s. § 16 Anm. 5) eines Investmentfonds stpfl. sind (s. § 16 Anm. 6). § 17 Abs. 1 durchbricht diesen Grundsatz für die Abwicklungsphase eines Investmentfonds für einen maximalen Zeitraum von fünf Kj., so dass in diesem Zeitraum nur der Teil der Ausschüttungen stpfl. ist, der als Wertzuwachs im jeweiligen Kj. qualifiziert (in der Fassung bis 31.12.2019). Seit der ab 1.1.2020 geltenden Fassung sind Kapitalrückzahlungen in der Abwicklungsphase stfrei, wenn der letzte im Kj. festgesetzte Rücknahmepreis die fortgeführten AK unterschreitet. Abs. 2 definiert den Beginn der Abwicklungsphase und unterscheidet diesbezüglich zwischen inländ. (Satz 1) und ausländ. (Satz 2) Investmentfonds. Abs. 3 regelt die Minderung der AK des Investmentfonds entsprechend der stfreien Substanzausschüttung des Abs. 1.

Rechtsentwicklung: § 17 wurde durch das Investmentsteuerreformgesetz (InvSt-ReFG) v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731) eingeführt.

- ▶ *WElektroMobFördG („JStG 2019“)* v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17): § 17 Abs. 1 Sätze 1 bis 3 wurden neu gefasst, da die bisherige Fassung der Norm nicht sicherstellte, dass erst die von den Anlegern erzielten Wertsteigerungen aus vergangenen Geschäftsjahren versteuert wurden, bevor es zu stfreien Kapitalrückzahlungen kommt. Auch sollen mit der Neufassung negative AK vermieden werden, denn in diesem Falle könnten Investmentfonds sämtliche Vermögenswerte ausschütten, ohne dass es zu einer Besteuerung der Anleger käme. Nach dem Wortlaut des § 17 Abs. 1 Satz 1 idF bis zum 31.12.2019 war es möglich, dass Ausschüttungsbeträge als stfreie Kapitalrückzahlungen höher waren als der Betrag der AK der Investmentfondsanteile. Der Anleger könne durch Verzicht auf die Veräußerung der Investmentfondsanteile die Besteuerung der Wertzuwächse dauerhaft vermeiden (BTDrucks. 19/13436, 175; vgl. auch *Hensel*, RdF 2019, 204 [208], bereits zum BMF, Anwendungsfragen).

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher Geltungsbereich:* § 17 ersetzt in der Abwicklungsphase eines Investmentfonds als Spezialnorm zu § 16 Abs. 1 Nr. 1 iVm. § 2 Abs. 11 die Berechnung der stpfl. Erträge einer Ausschüttung.
- ▶ *Persönlicher Geltungsbereich:* § 17 gilt für in- und ausländ. Investmentfonds und (nur) für inländ. Anleger solcher Investmentfonds. Zu einem Sonderfall siehe § 16 Anm. 1.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* § 17 gilt ab dem 1.1.2018, s. § 56 Abs. 1. Die Abwicklung beginnt für Zwecke des § 17 Abs. 2 Satz 1 oder 2 frühestens am 1.1.2018 (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 17.28; *Wenzel* in *Blümich*, § 17 InvStG 2018 Rz. 17 [3/2020]; *Jung* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 17 Rz. 44 [12/2020]; *Jesch* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 17 InvStG 2018 Rz. 7), so dass bei vor diesem Zeitpunkt aufgelegten Investmentfonds der Abwicklungszeitraum erheblich länger dauern kann (*Hensel*, RdF 2019, 204 [208]). Die Änderungen in Abs. 1 Sätze 1 bis 3 durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) gelten ab dem 1.1.2020 (§ 57 Satz 1 Nr. 6).

Verhältnis zu anderen Vorschriften:

- ▶ *Verhältnis zu § 3 Abs. 3:* Im Zeitraum der Abwicklung eines inländ. Investmentfonds ist die inländ. Verwahrstelle oder der an ihrer Stelle bestellte Liquidator der gesetzliche Vertreter des Investmentfonds (*Wenzel in Blümich, InvStG 2018 § 17 Rz. 7 [3/2020]; im Detail s. § 3 Anm. 7.*)
- ▶ *Verhältnis zu § 3 Abs. 4:* Bei einem ausländ. Investmentfonds gilt die Verwaltungsgesellschaft als gesetzlicher Vertreter, sofern kein davon abweichender gesetzlicher Vertreter nachgewiesen wird.
- ▶ *Verhältnis zu § 19:* Aufgrund von § 17 Abs. 3 sind die AK eines Investmentanteils um die stfreien Kapitalrückzahlungen gem. § 17 Abs. 1 zu mindern, daher haben die stfreien Kapitalrückzahlungen Einfluss auf die Ermittlung des Veräußerungserlöses eines Investmentanteils gem. § 19 (§ 19 Anm. 5).
- ▶ *Verhältnis zu § 20:* Die Teilfreistellung findet, sofern die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind, auch auf den stpfl. Teil der Ausschüttungen gem. § 17 in der Liquidationsphase Anwendung; s. § 20 Anm. 5.
- ▶ *Verhältnis zu § 22:* Gemäß § 22 kommt es aufgrund von Änderungen des Teilfreistellungssatzes zu fiktiven Veräußerungen, bei denen ebenfalls fiktive AK iSd. § 22 ermittelt werden. Diese bleiben für Zwecke des § 17 jedoch unberücksichtigt, so dass für die Ermittlung der fortgeführten AK weiterhin auf die nach § 17 Abs. 1 Satz 2 oder 3 maßgebenden AK abzustellen ist (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 17.11).
- ▶ *Verhältnis zu § 44b Abs. 1 EStG:* § 44b Abs. 1 EStG regelt die Erstattung von KapErtrSt eines in der Liquidationsphase befindlichen Investmentfonds auf stfreie Kapitalrückzahlungen des § 17 (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 19). Da für die Berechnung der stfreien Kapitalrückzahlung im Rahmen des § 17 ua. der letzte im Kj. festgesetzte Rücknahmepreis relevant ist, kann § 17 erst nach Ablauf des Kj. angewendet werden, so dass die depotführenden Stellen zunächst während des jeweiligen Kj. auf volle Ausschüttung, dh. ohne Berücksichtigung von § 17, die KapErtrSt einbehalten und erst nach Ablauf des Kj. den steuerneutralen Anteil der Kapitalrückzahlungen ermitteln und die KapErtrSt auf den steuerneutralen Anteil dem Anleger erstatten. Die depotführenden Stellen erhalten dann die an die Anleger erstatteten Beträge im Rahmen ihrer KapErtrSt-Anmeldung vom BSFA zurück (BTDrucks. 18/8045, 138; BMF v. 3.5.2017 – GZ IV C1 - S 2252/08/10004:020, BStBl. I 2017, 739, Rz. 308a; § 44b EStG Anm. J 16-4). Zur Nichtanwendung des § 17 im KapErtrStAbzugsverfahren bei fehlenden AK und entsprechender Nichtbeanstandungsregelung für Fälle vor bzw. nach dem 1.1.2020 s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 15 und 17 f.

Einstweilen frei.

2–4

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Steuerfreie Kapitalrückzahlungen

I. Begrenzung des steuerpflichtigen Ertrags der Ausschüttungen auf den Wertzuwachs im Kalenderjahr (Abs. 1 Satz 1 idF bis zum 31.12.2019) 5

Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 in der bis zum 31.12.2019 geltenden Fassung ist der in den Ausschüttungen eines Kj. enthaltene Wertzuwachs zu versteuern (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 16; *Jesch in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 17 Rz. 16).

Ausschüttung: Siehe § 2 Abs. 11, s. auch § 16 Anm. 5.

Begrenzung des steuerpflichtigen Ertrags auf Wertzuwachs: Der stpfl. Ertrag einer Ausschüttung wird während der Abwicklungsphase eines Investmentfonds auf den Wertzuwachs des Investmentfonds im jeweiligen Kj. begrenzt.

- ▶ **Steuerpflichtiger Ertrag:** einer Ausschüttung bestimmt sich grds. gem. § 16 Abs. 1 Nr. 1 (s. § 16 Anm. 6).
- ▶ **Begrenzung auf Wertzuwachs:** Im Abwicklungszeitraum eines Investmentfonds wird der stpfl. Ertrag der Ausschüttungen auf den Wertzuwachs des Investmentfonds im jeweiligen Kj. der Abwicklung begrenzt. Abweichend von § 16 Abs. 1 Nr. 1, der nicht nach der Zusammensetzung der Ertragsbestandteile einer Ausschüttung unterscheidet (§ 16 Anm. 5), regelt § 17 mittels einer Fiktion („gelten“), dass nur der Teil der Ausschüttungen, der als Wertzuwachs im jeweiligen Kj. qualifiziert, während der Abwicklungsphase als stpfl. Ertrag gilt (vgl. auch *Wenzel in Blümich*, § 17 InvStG 2018 Rz. 10 [3/2020]). Der dann stpfl. Teil der Ausschüttungen gem. § 17 unterliegt, sofern die Voraussetzungen des § 20 vorliegen, ebenfalls der jeweiligen Teilfreistellung, denn § 17 ist Spezialnorm zur Ermittlung der stpfl. Ausschüttung in der Abwicklungsphase. Kritisch zu sehen ist nach Auffassung von *Stadler/Mager* (DStR 2016, 697 [701] Fn. 14), dass die Vorabpauschale im Rahmen der Liquidation nach § 17 nicht angerechnet wird (*Jesch in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 17 Rz. 16). Die Ermittlung des Wertzuwachses wird in Abs. 1 Sätze 2 und 3 geregelt.

Während der Abwicklung: Siehe in der ab 1.1.2020 geltenden Fassung, Anm. 6.

Investmentfonds: Siehe in der ab 1.1.2020 geltenden Fassung, Anm. 6.

Rechtsfolge: Aufgrund der Fiktion des Abs. 1 gelten die Ausschüttungen eines Investmentfonds in der Abwicklungsphase für einen maximalen Zeitraum von fünf Kj. nur insoweit als Ertrag, als die Ausschüttungen als Wertzuwachs im jeweiligen Kj. qualifizieren. Steuerpflichtig ist damit jeweils der Mehrbetrag, um den die ermittelte Summe aller Ausschüttungen den Rücknahmepreis am Anfang des Kj. übersteigt (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 17.16).

Die FinVerw. begrenzt – über den Wortlaut des Gesetzes hinaus – die steuerneutrale Kapitalrückzahlung gem. Abs. 1 insgesamt auf die Höhe der AK der Anteile an einem Investmentfonds. Der die AK übersteigende Betrag ist als stbare Ausschüttung zu behandeln (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 17.30; aA *Elser in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, Investment, § 17 InvStG 2018 Rz. 15 [5/2020]).

6 II. Ermittlung des Wertzuwachses für den steuerpflichtigen Ertragsanteil der Ausschüttung (Abs. 1 Sätze 2 und 3 idF bis zum 31.12.2019)

Für die Berechnung des Wertzuwachses werden im ersten Schritt alle Ausschüttungen im Kj. und der letzte Rücknahmepreis am Ende des Kj. zusammengerechnet (Abs. 1 Satz 2).

Summe der Ausschüttungen für ein Kalenderjahr: Es ist die Summe aller Ausschüttungen gem. § 16 Abs. 1 Nr. 1 eines Kj. des Investmentfonds zu bilden. Siehe in der ab 1.1.2020 geltenden Fassung, Anm. 6..

Letzter im Kalenderjahr festgesetzter Rücknahmepreis: Siehe in der ab 1.1.2020 geltenden Fassung, Anm. 6.

Zusammenrechnen: Die Summe der Ausschüttungen und der letzte im Kj. festgesetzte Rücknahmepreis sind zu addieren.

Wertzuwachs (Abs. 1 Satz 3)

Satz 3 definiert den Wertzuwachs als die Differenz zwischen der Summe nach Satz 2 und dem ersten im Kj. festgesetzten Rücknahmepreis.

- ▶ *Summe:* Siehe Abs. 1 Satz 2. Summe iSd. Satzes 2 ist die Summe der Ausschüttungen plus der letzte im Kj. festgesetzte Rücknahmepreis.
- ▶ *Erster im Kalenderjahr festgesetzter Rücknahmepreis:* Die Erläuterungen zum letzten im Kj. festgesetzten Rücknahmepreis gelten entsprechend.
- ▶ *Differenz:* Von der Summe gem. Abs. 1 Satz 2 wird der erste im Kj. festgesetzte Rücknahmepreis subtrahiert.

Wertzuwachs = (Summe der Ausschüttungen/Kj. + letzter im Kj. festgesetzter Rücknahmepreis) – erster im Kj. festgesetzter Rücknahmepreis (vgl. auch *Jesch* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 17 Rz. 18).

Ist der nach Abs. 1 Satz 2 errechnete Wert größer als der erste im Kj. festgesetzte Rücknahmepreis, liegt ein stpfl. Wertzuwachs vor (vgl. BTDrucks. 18/8045, 87; BMF v. 3.5.2017 – GZ IV C1 - S 2252/08/10004:020, BStBl. I 2017, 739, Rz. 308a). Ist der Wert null oder negativ, sind für das entsprechende Jahr keine stpfl. Ausschüttungen anzusetzen (*Jesch* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 17 Rz. 19). In den Fällen eines unterjährigen Erwerbs oder einer unterjährigen Veräußerung eines Investmentanteils ist ebenfalls der letzte festgesetzte Rücknahmepreis am Anfang und Ende des Kj. sowie die gesamte Ausschüttung zu berücksichtigen (BMF v. 3.5.2017 – GZ IV C1 - S 2252/08/10004:020, BStBl. I 2017, 739, Rz. 308a: Eine Erstattung im Rahmen von § 44b Abs. 1 EStG ist jedoch nur insoweit vorzunehmen, wie dem Anleger eine steuerneutrale Kapitalrückzahlung zugeflossen ist). Zu Berechnungsbeispielen (auch bei mehreren Ausschüttungen) s. BMF v. 3.5.2017 – GZ IV C1 - S 2252/08/10004:020, BStBl. I 2017, 739, Rz. 308a; BTDrucks. 18/8045, 87.

III. Begrenzung des steuerpflichtigen Ertrags der Ausschüttungen, indem Ausschüttungen in bestimmter Höhe mittels Fiktion als steuerfreie Kapitalrückzahlungen gelten (Abs. 1 Satz 1 idF ab 1.1.2020)

6a

Nach der ab 1.1.2020 anzuwendenden Fassung sind stfreie Kapitalrückzahlungen in der Abwicklungsphase erst dann möglich, wenn zuvor alle vom Anleger erzielten Wertsteigerungen besteuert wurden. Dies ist der Fall, wenn der jeweilige letzte im Kj. festgesetzte Rücknahmepreis die fortgeführten AK unterschreitet (BTDrucks. 19/13436, 175; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 17.2).

Im Abwicklungszeitraum eines Investmentfonds wird der stpfl. Ertrag der Ausschüttungen begrenzt. Abweichend von § 16 Abs. 1 Nr. 1, der nicht nach der Zusammensetzung der Ertragsbestandteile einer Ausschüttung unterscheidet (§ 16 Anm. 5), regelt § 17 mittels einer Fiktion („gelten“) die Höhe der stfreien Kapitalrückzahlung und damit indirekt die Höhe des stpfl. Kapitalertrags gem. § 16 Abs. 1.

- ▶ *Während der Abwicklung:* Der Abwicklungszeitraum bestimmt sich aus dem Beginn der Abwicklungsphase gem. Abs. 2 und Abs. 1 Satz 3, der diesen Zeitraum auf fünf Kj. begrenzt.

- ▶ *Investmentfonds*: Die Regelung kommt zur Anwendung, wenn der Investmentfonds selbst, nicht aber wenn dieser während seiner Laufzeit Ziel-Investments (Fonds) veräußert und die Erlöse (einschließlich des ursprünglichen investierten Kapitals) an die Anleger ausschüttet. Bei geschlossenen Investmentfonds in Form von AIF (zB *Private Equity*-, Darlehens- und Infrastruktur-Fonds), die in der Rechtsform einer KapGes. aufgelegt sind (und damit unter das InvStG fallen: s. § 1 Anm. 10), ist es regelmäßig der Fall, dass diese während – meist fester – Laufzeit Ziel-Investments (Fonds) veräußern und die Erlöse an ihre Anleger auskehren. Diese Erträge sind dann gem. § 16 Abs. 1 Nr. 1 voll stpfl. (vgl. *Bindl/Mager*, BB 2016, 2711 [2715]). Die temporäre „Zuviel“-Besteuerung wird wohl durch die Regelung des § 17 nicht beseitigt (vgl. im Erg. auch *Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, Anh. 1, § 17 InvStG 2018 Rz. 1; *Jesch* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 17 Rz. 3, die AIFs, bei denen während der Laufzeit Ziel-Investments veräußert werden, nicht von § 17 erfasst sehen) und kann nur dadurch abgemildert werden, dass die Auskehrungen aufgrund der Veräußerung von Zielinvestments mit Anteilsrückgaben verbunden werden (vgl. *Elser* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, Investment, § 17 InvStG 2018 Rz. 8 [5/2020]; *Jesch* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 17 Rz. 3).
- ▶ *Fiktion: Es „gelten“ als steuerfreie Kapitalrückzahlungen*: Die Ausschüttungen eines Kj. gelten in der Höhe wie der letzte im Kj. festgesetzte Rücknahmepreis die fortgeführten AK unterschreitet als stfreie Kapitalrückzahlungen (*Höring*, DStZ 2019, 906 [910]). Ausschüttung eines Kalenderjahres: Es ist die Summe aller Ausschüttungen gem. § 16 Abs. 1 Nr. 1 eines Kj. des Investmentfonds zu bilden. Da im Rahmen des § 16 Abs. 1 Nr. 1 nicht hinsichtlich der Ertragsbestandteile der Ausschüttungen unterschieden wird, sind in diesen eben auch die Kapitalrückzahlungen enthalten. Sofern die Ausschüttungen mit Quellensteuer belastet waren, stellen diese keinen einheitlichen Kapitalertrag iSd. § 32d Abs. 5 EStG dar, sondern nur zT Kapitalertrag und im übrigen Kapitalrückzahlung, so dass die ausländ. Quellensteuer quotaal auf die Kapitalrückzahlung und den verbleibenden Ertrag aufzuteilen ist (BMF v. 3.5.2017 – GZ IV C1 - S 2252/08/10004:020, BStBl. I 2017, 739, Rz. 308a; *Bindl*, RdF 2017, 267; *Elser* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, Investment, § 17 InvStG 2018 Rz. 14 [5/2020]).
- ▶ *Letzter im Kalenderjahr festgesetzter Rücknahmepreis*: Der Rücknahmepreis ist in § 71 Abs. 3 KAGB aufsichtsrechtl. für inländ. OGAW definiert. Dieser ist im Rahmen von § 170 KAGB von der inländ. KVG oder Verwahrstelle zu veröffentlichen. Entsprechendes gilt grds. auch gem. § 298 Abs. 1 Nr. 5 KAGB für nach § 310 KAGB zum Vertrieb angezeigte Anteile an EU-OGAW und gem. § 217 Abs. 3 KAGB für offene inländ. Publikums-AIF. Der Rücknahmepreis ist gem. § 170 Satz 2 KAGB bei jeder Möglichkeit zur Ausgabe und Rücknahme von Anteilen, für OGAW Fonds mindestens jedoch zweimal im Monat, zu veröffentlichen. In der Literatur wird angezweifelt, ob der pauschale Verweis gem. § 217 Abs. 3 Satz auch für AIF gilt (im Einzelnen: *Schultheiß* in *Baur/Tappen*, Investmentgesetze, 3. Aufl. 2016, § 170 KAGB Rz. 7). Das BMF (BMF v. 18.9.2009 – IV C 1 - S 1980 - 1/08/10019,2009/0539738, BStBl. I 2009, 931, Rz. 129 „Rücknahmepreis“) hat den Rücknahmepreis wie folgt definiert: Die Rücknahmepreise sind nicht nur die aufgrund gesetzlicher Verpflichtungen zur Rücknahme der Investmentanteile festgesetzten Beträge, sondern auch freiwillig festgesetzte Beträge, zu denen das Investmentvermögen oder eine ihm nahestehende Rücknahmegesellschaft den Investmentanteil zurücknimmt. § 17 fordert den „letzten im Kalenderjahr festgesetzten Rücknahmepreis“, so dass unerheb-

lich ist, wann dieser im Laufe des Kj. festgesetzt wurde (*Jesch in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 17 Rz. 23).

- ▷ § 17 regelt nicht den Fall, dass ein Rücknahmepreis nicht festgesetzt worden ist. Gemäß der Gesetzesbegründung (BTDrucks. 19/13436, 175) und der Auffassung der FinVerw. (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 17.3) ist die Anwendung des § 17 in dem jeweiligen Kj., in dem kein Rücknahmepreis ermittelt und veröffentlicht wird, mit der Folge ausgeschlossen, dass die Ausschüttungen in voller Höhe zu versteuern sind. Die FinVerw. ist ferner der Auffassung (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 17.3), dass Börsen- oder Marktpreise für Zwecke des § 17 nicht maßgeblich sind bzw. diese nicht an Stelle eines fehlenden Rücknahmepreises angesetzt werden können (Höring, DStZ 2021, 323, 325)) Für die Abgrenzung zwischen Kapitalrückzahlungen und Ertragsausschüttungen sei eine Bewertung des Fondsvermögens durch die Verwaltungsgesellschaft erforderlich. Dagegen können Börsen- oder Marktpreis insbes. bei vorübergehend geschlossenen Investmentfonds oder Märkten mit sehr geringem Handelsumfang starken Preisschwankungen unterliegen, die den tatsächlichen Wert der vom Investmentfonds gehaltenen Vermögensgegenständen unzutreffend abbilden (aA *Wenzel in Blümich*, § 17 InvStG 2018 Rz. 11 [3/2020]; *Jung in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 17 Rz. 25 [12/2020]; *Jesch in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 17 Rz. 22).
- ▷ *Damit lehnt die FinVerw. in diesen Fällen ab, dass an seine Stelle der Börsen- oder Marktpreis treten kann.* Der Gesetzgeber hat im Rahmen von § 18 Abs. 1 Satz 4 und § 22 Abs. 2 Satz 2 diese Regelung jedoch vorgesehen. Auch die FinVerw. vertritt in vergleichbaren Fällen diese Auffassung (BMF-Schreiben betr. Einzelfragen zur Abgeltungsteuer; BMF v. 18.9.2009 – IV C 1 - S 1980 - 1/08/10019, 2009/0539738, BStBl. I 2009, 931, Rz. 129 „Rücknahmepreis“; Neuveröffentlichung des BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, BStBl. I 2016, 85, Rz. 185 zu Wertansatz bei Anteilen an Investmentfonds im Rahmen von Depotüberträgen). Zur Definition des Börsen- und Marktpreises s. BMF v. 18.9.2009 – IV C 1 - S 1980 - 1/08/10019, 2009/0539738, BStBl. I 2009, 931, Rz. 129 „Rücknahmepreis“. *Exchange Traded Funds* (ETF) haben idR keinen Rücknahmepreis, da der Handel grds. über die Börse erfolgt. Bei geschlossenen Fonds besteht die Besonderheit, dass ein Börsen- oder Marktpreis grds. nicht vorliegen wird, so dass für die Berechnung nur ein *net asset value/NAV* = Nettoinventarwert zur Verfügung stehen würde (*Jesch in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 17 Rz. 22).
- ▶ *Fortgeführten Anschaffungskosten:* Mit fortgeführten AK sind die um die stfreien Kapitalrückzahlungen geminderten AK zu verstehen (BTDrucks. 19/13436, 175; *Jesch in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 17 Rz. 36). Ob für die fortgeführten AK die fiktiven oder tatsächliche AK heranzuziehen sind, wird in Satz 2 bzw. 3 geregelt. Für die Ermittlung der fortgeführten AK sind die ursprünglichen AK um die stfreien Kapitalrückzahlungen zu mindern (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 17.4 mit Beispiel in Rz. 17.5). Für Zwecke des § 17 Abs. 1 Satz 1 stehen dann in den jeweiligen Folgejahren jeweils nur die nach Abs. 3 geminderten AK zur Verfügung (vgl. *Höring*, DStZ 2019, 906 [910]). Bei bilanzierenden Anlegern sind neben den stfreien Kapitalrückzahlungen auch die Teilwertab- und Teilwertzuschreibungen zu berücksichtigen, so dass bei diesen die in der Bilanz angesetzten Buchwerte als fortgeführte AK zu Grunde zu legen

sind. Bewertungsobergrenze sind die um die stfreien Kapitalrückzahlungen geminderten tatsächlichen AK (§ 17 Abs. 1 Satz 3; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 17.6 mit ausführlichem Beispiel in Rz. 17.7f., zur Ausnahme s. Rz. 17.09f.; BTDrucks. 19/13436, 176; Jesch in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 17 Rz. 36). Gemäß § 22 kommt es aufgrund von Änderungen des Teilfrestellungssatzes zu fiktiven Veräußerungen, bei denen ebenfalls fiktive AK iSd. § 22 ermittelt werden (s. § 22 Anm. 1). Diese fiktiven AK bleiben aber für Zwecke des § 17 unberücksichtigt, dh., für die Ermittlung der fortgeführten AK ist weiterhin auf die nach § 17 Abs. 1 Satz 2 oder 3 maßgebenden AK abzustellen (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 17).

- ▶ *Unterschreitet*: Von den fortgeführten AK ist der letzte im Kj. festgesetzte Rücknahmepreis zu subtrahieren.

Rechtsfolge: Aufgrund der Fiktion des Abs. 1 gelten jeweils die Ausschüttungen eines Investmentfonds in der Abwicklungsphase für einen Zeitraum von fünf Kj. als stfreie Kapitalrückzahlung, soweit der letzte in diesem Kj. festgesetzte Rücknahmepreis die jeweils in einem Kj. fortgeführten AK unterschreitet. Eine stfreie Kapitalrückzahlung liegt damit nicht mehr vor, sobald die Summe der als steuerneutral zu behandelnden Ausschüttungen die Höhe der fortgeführten AK erreicht bzw. überschreitet. Der übersteigende Teil der Ausschüttungen ist stpfl. gem. § 16 Abs. 1 Nr. 1 (vgl. *Marfels*, EStB 2019, 309 [316f.]; *Hensel*, RdF 2019, 204 [208]; *Bödecker*, Ubg, 2019, 545 [553]). Der dann stpfl. Teil der Ausschüttungen gem. § 17 unterliegt, sofern die Voraussetzungen des § 20 vorliegen, ebenfalls der jeweiligen Teilfrestellung, denn § 17 ist Spezialnorm zu § 16 zur Ermittlung der stpfl. Ausschüttung in der Abwicklungsphase.

- ▶ *Verhältnis Kapitalertragsteuerabzugsverfahren und Veranlagung*: (s. zunächst Anm. 1 „Verhältnis zu § 44b Abs. 1“) Grundsätzlich ist § 17 bereits im KapErtrStAbzugsverfahren durch die auszahlende Stelle iSd. § 44 Abs. 1 Sätze 3 und 4 iVm. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 EStG – idR durch das depotführende Kreditinstitut – anzuwenden. Sofern der depotführenden Stelle jedoch keine AK der Investmentanteile vorliegen, zB wenn die Investmentanteile mittels Depotübertrag ohne Mitteilung der AK zur depotführenden Stelle übertragen wurden, ist dieser untersagt, § 17 im KapErtrStVerfahren anzuwenden. Dies gilt auch bei nicht bestandsgeschützten Alt-Anteilen für die dem Entrichtungspflichteten keine tatsächlichen AK bekannt waren und bei denen daher die fiktive Veräußerung zum 31.12.2017 auf Basis der Ersatzbemessungsgrundlage abgerechnet wurde (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 17.17). Wenn § 17 im KapErtrStAbzugsverfahren nicht angewendet wurde, kann der Stpfl. im Rahmen des Veranlagungsverfahrens die Höhe der AK nachweisen und belegen, dass diese die Summe der nach § 17 Abs. 1 steuerneutral zu behandelnden Ausschüttungen noch nicht erreicht hat (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 17.22). In diesem Fall ist der Stpfl. bei nachfolgender Veräußerung des jeweiligen Investmentanteils verpflichtet, bei der Ermittlung des Veräußerungsgewinns die steuerneutralen Kapitalrückzahlungen gewinnerhöhend zu berücksichtigen und das FA auf diesen Umstand hinzuweisen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 17.22). Sofern die auszahlende Stelle ab dem 1.1.2020 bei fehlenden AK den Ersatzwert gem. Rz. 17.19-17.21 des BMF, Anwendungsfragen, im Rahmen des KapErtrStAbzugsverfahrens angewendet hat, wird es seitens der FinVerw. nicht beanstandet, wenn der Stpfl. diesen im Rahmen der Veranlagung nicht korrigieren lässt (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 17.23 mit Begr. und Beispiel).

IV. Fiktive oder tatsächliche Anschaffungskosten als fortgeführte Anschaffungskosten (Abs. 1 Sätze 2 und 3 iDf ab 1.1.2020)

6b

Ob Satz 2 oder Satz 3 für die Ermittlung der fortgeführten AK zur Anwendung kommen, hängt bei Anteilen im PV davon ab, ob die Investmentanteile vor 2009 erworben und seither im PV gehalten (Satz 2) oder ob diese nach Einf. der Abgeltungsteuer erworben wurden (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 17.12; BTDrucks. 19/13436, 176f. mit Berechnungsbeispielen).

Fiktive Anschaffungskosten gem. § 56 Abs. 2 Sätze 2 und 3 bei bestandsgeschützten Alt-Anteilen (Abs. 1 Satz 2): Satz 2 regelt, dass für die Berechnung der fortgeführten AK für Zwecke des Satzes 1 bei bestandsgeschützten Alt-Anteilen die fiktiven AK nach § 56 Abs. 2 Sätze 2 und 3 zugrunde zu legen sind.

- ▶ *Bestandsgeschützte Alt-Anteile* (§ 56 Abs. 6) sind Anteile, die vor dem 1.1.2018 erworben und seit der Anschaffung ununterbrochen und nicht im BV gehalten wurden (s. im Detail § 56 Anm. 30 und § 56 Anm. 16).
- ▶ *Fiktive Anschaffungskosten nach § 56 Abs. 2 Sätze 2 und 3:* Die bis Ende 2017 eingetretenen Wertveränderungen sind bei Investmentanteilen, die im PV gehalten wurden, stfrei. Daher wird für § 17 auf die fiktiven AK zum 1.1.2018 nach § 56 Abs. 2 Sätze 2 und 3 abgestellt (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 17.12; *Wenzel in Blümich*, § 17 InvStG 2018 Rz. 11 [3/2020]).

Tatsächliche Anschaffungskosten bei nicht bestandsgeschützten Alt-Anteilen iSd. Satzes 2 (Abs. 1 Satz 3): Satz 3 regelt, dass für die Berechnung der fortgeführten AK für Zwecke des Satzes 1 bei nicht bestandsgeschützten Alt-Anteilen die tatsächlichen AK zugrunde zu legen sind.

- ▶ *Im Übrigen:* Sofern es sich nicht um bestandsgeschützte Alt-Anteile iSd. Satzes 2 handelt, sind die tatsächlichen AK bei der Berechnung zugrunde zu legen. Dies betrifft sowohl den Fall, dass die Investmentanteile (1) nach dem 31.12.2008 und vor dem 1.1.2018 und (2) nach dem 31.12.2017 angeschafft wurden. Gemäß der Gesetzesbegründung (BTDrucks. 19/13436, 176) kommt es auch im Fall (1) durch die Besteuerung der Ausschüttungen nicht zu einer Doppelbesteuerung, obwohl die bis Ende 2017 eingetretenen Wertveränderungen bereits Bestandteil des fiktiven Veräußerungsgewinns gem. § 56 Abs. 3 Satz 1 waren. Es sind auch im PV alle Wertveränderungen stpfl., so dass die tatsächlichen AK die Berechnungsgrundlage darstellen (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 17.12; *Wenzel in Blümich*, § 17 InvStG 2018 Rz. 11 [3/2020]; *Jesch in Moritz/Jeschl Mann*, 2. Aufl. 2020, § 17 Rz. 40).
- ▶ *Tatsächliche Anschaffungskosten* sind die Kosten, die der Anleger für die Anschaffung der Investmentanteile aufgewendet hat (*Jung in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 17 Rz. 33 [03/2021]).

V. Begrenzung der steuerfreien Kapitalrückzahlung auf einen Zeitraum von fünf Jahren (Abs. 1 Satz 4)

7

Höchstens für den Zeitraum von fünf Kalenderjahren: Auch wenn der Investmentfonds sich noch weiterhin in der Abwicklung befindet, wird die Anwendung der besonderen stpfl. Ertragsermittlung des Abs. 1 Satz 1 auf einen maximalen Zeitraum von fünf Kj. nach dem Kj., in dem die Abwicklung beginnt, begrenzt

(vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 17.25). Die nach § 17 Abs. 1 Satz 1 relevante Abwicklungsphase erstreckt sich dabei auf den Zeitraum vom Abwicklungsbeginn (§ 17 Abs. 2) bis zum Ende des Fünfjahreszeitraums und kann daher mehr als fünf Jahre betragen (*Jesch in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 17 Rz. 42), höchstens jedoch sechs Jahre, wenn der Abwicklungsbeginn auf den 1. Januar datiert (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 17.25; BMF v. 28.7.2020 – IV C 1 – S 1980 – 1/19/10008:003, DStR 2020, 1805, Ziff. 5). Die Abwicklung beginnt für Zwecke des § 17 Abs. 2 Satz 1 oder 2 frühestens am 1.1.2018 (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 17.28; *Wenzel in Blümich*, § 17 InvStG 2018 Rz. 17 [3/2020]; *Jung in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 17 Rz. 44 [12/2020]). Bei geschlossenen Investmentfonds in Form von AIF ist es regelmäßig der Fall, dass diese während – meist fester – Laufzeit Ziel-Investments (Fonds) veräußern und die Erlöse an ihre Anleger auskehren, so dass zu Beginn der Liquidationsphase die Vermögenswerte häufig bereits veräußert und die Erlöse ausgekehrt sind. Die tatsächliche Liquidationsphase dauert dann nur noch einen kurzen Zeitraum, in dem nur kleinere Beträge an die Anleger ausgeschüttet werden. Siehe Erläuterungen zu Abs. 1 Satz 1, Anm. 6 „Investmentfonds“.

Nach dem Kalenderjahr, in dem die Abwicklung beginnt (s. Abs. 2): Abs. 2 regelt den Beginn des Abwicklungszeitpunkts für inländ. (Satz 1) und ausländ. (Satz 2) Investmentfonds.

Anwendung: Die Anwendung von Abs. 1 Satz 1 mit den Berechnungsmethoden der Sätze 2 und 3 gem. Satz 4 ist auf den Zeitraum von fünf KJ. begrenzt.

8–9 Einstweilen frei.

10 C. Erläuterungen zu Abs. 2: Beginn der Abwicklungsphase

Beginn der Abwicklung bei einem inländischen Investmentfonds (Abs. 2 Satz 1): Dieser Zeitpunkt wird durch das Gesetz mittels einer Fiktion bestimmt.

Inländischer Investmentfonds: Siehe § 2 Abs. 2 (s. § 2 Anm. 6).

Fiktion: Abs. 2 Satz fingiert („gilt“) als Beginn der Abwicklung den Zeitpunkt, zu dem das Recht der KVG zur Verwaltung des Investmentfonds erlischt: Bei Sondervermögen ist dies bspw. der Zeitpunkt gem. § 100 KAGB (vgl. BTDrucks. 18/8045, 87; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 17.26). Dies ist grds. gleichzeitig der Zeitpunkt, in dem entweder das Eigentum an den Vermögensgegenständen oder die Verfügungsbefugnis von der Kapitalverwaltungsgesellschaft auf die Verwahrstelle übergeht (vgl. BTDrucks. 18/8045, 87; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 17.26). Nach Auffassung der FinVerw. (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 17.26) ist der Nachweis eines früheren Abwicklungsbeginns als der Zeitpunkt des Erlöschens des Verwaltungsrechts ausgeschlossen. § 100 KAGB gilt für alle offenen inländ. Sondervermögen, mithin sowohl für Publikums Sondervermögen als auch für Spezialsondervermögen (*München in Baur/Tappen*, Investmentgesetze, 3. Aufl. 2016, § 100 KAGB Rz. 3). Zu Besonderheiten bei Investmentaktiengesellschaften iSd. KAGB s. *Jung in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 17 Rz. 41 (12/2020). Bei geschlossenen Investmentfonds in Form von AIF besteht das Verwaltungsrecht der KVG oft auch in der Liquidationsphase fort, so dass die Regelung in diesen Fällen leerlaufen würde (*Jesch in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 17 Rz. 43). Der Gesetzgeber hat bei ausländ. Fonds mit Abs. 2 Satz 2 Teils. 2 die Möglichkeit geschaffen, dass der gesetzliche Vertreter des Investmentfonds den Beginn der Abwicklung nach-

weisen kann. Diese Regelung sollte analog ebenfalls für den Fall gelten, in dem das Verwaltungsrecht in der Liquidationsphase bei der KVG verbleibt.

Beginn der Abwicklung bei einem ausländischen Investmentfonds (Abs. 2 Satz 2):

Ausländischer Investmentfonds: Siehe § 2 Abs. 3 (§ 2 Anm. 7).

Fiktion: Als Zeitpunkt des Beginns der Abwicklung eines ausländ. Investmentfonds fingiert („gilt“) Abs. 2 Satz 2 Halbs. 1 grds. den Zeitpunkt, an dem das Recht der Verwaltungsstelle zur Verwaltung des Investmentfonds erlischt (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 17.27).

Ausnahme: Die Fiktion des Abs. 2 Satz 2 Halbs. 1 gilt nicht, wenn der gesetzliche Vertreter des ausländ. Investmentfonds einen davon abweichenden Beginn der Abwicklung nachweist: Dem gesetzlichen Vertreter eines ausländ. Investmentfonds wird die Möglichkeit eingeräumt, einen davon (also von dem Zeitpunkt, zu dem das Recht der Verwaltungsstelle zur Verwaltung des Investmentfonds erlischt) abweichenden Abwicklungsbeginn nachzuweisen (vgl. BTDrucks. 18/8045, 87; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 17.27). Als gesetzlicher Vertreter eines ausländ. Investmentfonds gilt gem. § 3 Abs. 4 die Verwaltungsgesellschaft, sofern kein davon abweichender gesetzlicher Vertreter nachgewiesen wird (s. § 3 Anm. 10). Wie der Nachweis zu erfolgen hat, ist gesetzlich nicht geregelt.

Einstweilen frei.

11–14

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Minderung der Anschaffungskosten um Kapitalrückzahlungen

15

Anschaffungskosten eines Investmentanteils: Die AK setzen sich aus den AK und den ANK zusammen (s. § 19 Anm. 5).

Minderung um Ausschüttungen, die nach Abs. 1 nicht zu den Erträgen gehören: Die AK eines Investmentanteils sind um die Ausschüttungen, die nach Abs. 1 nicht zu den Erträgen gehören, zu mindern. Dies gilt sowohl für das Veranlagungsverfahren als auch für das KapErtrStAbzugsverfahren (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 17.29). Zum KapErtrStAbzugsverfahren s. Anm. 1 „Verhältnis zu § 44b Abs. 1 EStG“.

Nach Abs. 1 steuerfreie Ausschüttungen: Siehe Anm. 5 und 6.

Minderung: Die AK des Investmentanteils sind um die nach Abs. 1 steuerneutralen Kapitalrückzahlungen, dh. stfreien Ausschüttungen, zu mindern (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 17.13 mit Beispiel in Rz. 17.14; vgl. BTDrucks. 18/8045, 87; vgl. *Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, Anh. 1, § 17 Rz. 4). In den Folgejahren stehen für Zwecke des § 17 Abs. 1 Satz 1 nur entsprechend geminderte AK zur Verfügung (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 17.13). Eine steuerneutrale Kapitalrückzahlung ist ausgeschlossen, sobald die Summe der § 17 Abs. 1 Satz 1 steuerneutral zu behandelnden Ausschüttungen die Höhe der – ab Anwendungszeitpunkt 1.1.2020 die „fortgeführten“ – AK erreicht. Der die – ab Anwendungszeitpunkt 1.1.2020 die „fortgeführten“ – AK übersteigende Betrag ist als stpfl. Ausschüttung (§ 16 Abs. 1 Nr. 1) zu behandeln (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 17.30; *Jesch in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 17 Rz. 49). Auswirkung hat dies auf die Veräußerung eines Investmentfondsanteils gem. § 19 Abs. 1 und die fiktive Veräußerung gem. § 19 Abs. 2 und § 21 Abs. 1, denn hierfür wer-

den die (ursprünglichen) AK um die gem. Abs. 1 ermittelten stfreien Kapitalrückzahlungen reduziert. Zu einem Berechnungsbeispiel s. BMF v. 3.5.2017 – GZ IV C1 - S 2252/08/10004:020, BStBl. I 2017, 739, Rz. 308a. Nach Auffassung der Fin-Verw. (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 17.31 mit Beispiel in Rz. 17.32) kann es durch steuerneutrale Kapitalrückzahlungen nicht zu negativen fortgeführten AK im Rahmen von § 17 kommen. Dagegen können die fiktiven AK iSd. § 56 Abs. 2 Satz 3 für Zwecke der Berechnung des Veräußerungsgewinns nach § 19 unter Null sinken.

§ 18 Vorabpauschale

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731), geändert durch BEPS-UmsG v. 20.12.2016 (BGBl. I 2016, 3000; BStBl. I 2017, 5)

(1) ¹Die Vorabpauschale ist der Betrag, um den die Ausschüttungen eines Investmentfonds innerhalb eines Kalenderjahres den Basisertrag für dieses Kalenderjahr unterschreiten. ²Der Basisertrag wird ermittelt durch Multiplikation des Rücknahmepreises des Investmentanteils zu Beginn des Kalenderjahres mit 70 Prozent des Basiszinses nach Absatz 4. ³Der Basisertrag ist auf den Mehrbetrag begrenzt, der sich zwischen dem ersten und dem letzten im Kalenderjahr festgesetzten Rücknahmepreis zuzüglich der Ausschüttungen innerhalb des Kalenderjahres ergibt. ⁴Wird kein Rücknahmepreis festgesetzt, so tritt der Börsen- oder Marktpreis an die Stelle des Rücknahmepreises.

(2) Im Jahr des Erwerbs der Investmentanteile vermindert sich die Vorabpauschale um ein Zwölftel für jeden vollen Monat, der dem Monat des Erwerbs vorangeht.

(3) Die Vorabpauschale gilt am ersten Werktag des folgenden Kalenderjahres als zugeflossen.

(4) ¹Der Basiszins ist aus der langfristig erzielbaren Rendite öffentlicher Anleihen abzuleiten. ²Dabei ist auf den Zinssatz abzustellen, den die Deutsche Bundesbank anhand der Zinsstrukturdaten jeweils auf den ersten Börsentag des Jahres errechnet. ³Das Bundesministerium der Finanzen veröffentlicht den maßgebenden Zinssatz im Bundessteuerblatt.

Autor: Dr. Matthias *Rommel*, LL.M., EMBA, Rechtsanwalt, Bad Nauheim

Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 18	1	abpauschale im Anschaffungsjahr	15
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Ermittlung der Vorabpauschale	10	D. Erläuterungen zu Abs. 3: Zuflussfiktion	20
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Zeitanteilige Ermäßigung der Vor-		E. Erläuterungen zu Abs. 4: Basiszins	25

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 18

1

Grundinformation: Bei der Vorabpauschale handelt es sich um einen Investmentertrag gem. § 16 Abs. 1 Nr. 2. § 16 Abs. 1 Nr. 2 verweist zur Ermittlung der Vorabpauschale auf § 18, dessen Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 4 die Ermittlung der Vorabpauschale regelt. Abs. 2 normiert die Besonderheiten der Berechnung der Vorabpauschale für das Jahr des Erwerbs des Investmentfonds. In Abs. 3 wird der Zuflusszeitpunkt der Vorabpauschale mittels einer Fiktion geregelt.

Bedeutung: Die Vorabpauschale ersetzt bei Investmentfonds (anders weiterhin bei Spezial- Investmentfonds: s. § 34) das bisherige Konzept der ausschüttungsglei-

chen Erträge (*Lechner*, RdF 2016, 208 [214]) und erfasst somit die (teil-) thesaurierten Erträge eines Investmentfonds beim Anleger (*Buge/Bujotzek/Steinmüller*, DB 2016, 1594 [1597]; BTDrucks. 18/8054, 88). Die Vorabpauschale sichert stl. den jährlichen Ansatz einer Mindestrendite auf Basis einer risikolosen Marktverzinsung. Die Ermittlung der thesaurierten Erträge erfolgt nicht – wie bisher – konkret, sondern aus Gründen der Vereinfachung pauschal (*Böcker*, NWB 2016, 2789 [2792]). Damit gelingt dem Gesetzgeber der Spagat zwischen einer fiskalisch unerwünschten reinen Besteuerung der Erträge erst und nur im Falle der tatsächlichen Ausschüttung (*Cashflow*-Besteuerung), die eine dauerhafte Thesaurierungsbegünstigung mit entsprechendem Steuerstundungseffekt zur Folge hätte, und der politisch geforderten Vereinfachung durch den Verzicht der konkreten Berechnung der ausschüttungsgleichen Erträge (*Warnke*, EStB 2016, 305 [307]; ausführl. zur Motivation des Gesetzgebers: BTDrucks. 18/8045, 87). Durch die Vorabpauschale wird die strechtl. Intransparenz – mit der prinzipiellen Folge einer wirksamen und dauerhaften Abschirmung der Fondserträge vom Anleger – relativiert (vgl. *Kammer*, ISR 2016, 99 [104]). Die Vorabpauschale wird grds. angesetzt, wenn die Ausschüttungen eines Investmentfonds in einem Kj. niedriger sind als die Wertsteigerungen des Investmentfonds im Sinne einer risikolosen Marktverzinsung (*Stadler/Bindl*, DStR 2016, 1953 [1958]). Wirtschaftlich handelt es sich bei der Vorabpauschale um eine jährlich vorgezogene Besteuerung der Wertsteigerungen, die sonst erst bei Veräußerung des Investmentfondsanteils der Besteuerung unterlägen.

Verfassungsmäßigkeit des § 18: Die Vorabpauschale könnte die Grundlage für eine Sollertragsbesteuerung bilden, die nicht Ausdruck einer gestiegenen Leistungsfähigkeit ist und aufgrund dieser sich verfassungsrechtl. Fragen aufdrängen (im Detail *Kammer*, ISR 2016, 99 [105]; aA *Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, Anh. 1, § 18 InvStG 2018 Rz. 4).

Vereinbarkeit mit Europarecht: In der Literatur (*Wassermeyer*, EuZW 2016, 841; *Haug*, ISR 2016, 597 [608]) wird die EU-Rechtskonformität des im Zusammenhang mit § 18 stehenden Wegfalls der Möglichkeit ausländ. Investmentfonds, sich auf den Motivtest des § 8 Abs. 2 AStG zu berufen, in Frage gestellt (s. Einf. Anm. 7).

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher Geltungsbereich:* § 18 regelt, wie die nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 stpfl. Vorabpauschale zu ermitteln ist.
- ▶ *Persönlicher Geltungsbereich:* § 18 gilt für in- und ausländ. Investmentfonds (*Höring*, StBp. 2019, 236 [237]) und (nur) für inländ. Anleger solcher Investmentfonds. Zu einem Sonderfall s. § 16 Anm. 1.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* § 18 gilt ab dem 1.1.2018, s. § 56 Abs. 1.

Verhältnis zu anderen Vorschriften:

- ▶ *Verhältnis zu § 16 Abs. 2:* Gemäß § 16 Abs. 2 Satz 1 sind für die im Rahmen von zertifizierten Altersvorsorge- bzw. Basisrentenverträgen gehaltenen Investmentfonds keine Investmenterträge und damit sind keine Vorabpauschalen anzusetzen (§ 16 Anm. 10). § 16 Abs. 2 Satz 2 normiert, dass für im Rahmen der betrieblichen Altersvorsorge nach dem Betriebsrentengesetz von VU für Versicherungsverträge gem. § 20 Abs. 1 Nr. 6 Sätze 1 und 4 EStG und von Kranken- und Pflegeversicherungen zur Sicherung von Altersrückstellungen gehaltene Anteile ebenfalls keine Vorabpauschale anzusetzen ist (§ 16 Anm. 10).

- ▶ *Verhältnis zu § 19:* Die während der Besitzzeit des Investmentfonds jeweils angesetzten Vorabpauschalen werden gem. § 19 Abs. 1 Satz 2 bei Veräußerung des Fondsanteils gewinnmindernd berücksichtigt, damit es nicht zu einer Doppelbesteuerung der bereits (jährlich) versteuerten Vorabpauschale kommt (§ 19 Anm. 5). Zu Besonderheiten des Abzuges der Vorabpauschalen KapErtrStAbzugsverfahren bei Veräußerungsgewinnermittlung mangels Liquidität s. BMF v. 28.7.2020 – IV C 1 - S 1980 - 1/19/10008:003, DStR 2020, 1805, Ziff. 6.
- ▶ *Verhältnis zu § 20:* Die Regelungen der Teilfreistellung finden Anwendung auf die Vorabpauschale (s. § 20 Anm. 5; *Kral/Watzlaw* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 18 Rz. 85).
- ▶ *Verhältnis zu § 22:* Zur Ermittlung der Höhe der Vorabpauschale bei Wechsel des Teilfreistellungssatzes gem. § 22 s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 18.11 iVm. 20.4; BMF v. 28.7.2020 – IV C 1 - S 1980-1/19/10008:003, DStR 2020, 1805, Ziff. 7.
- ▶ *Verhältnis zu § 23:* Bei der Verschmelzung von Investmentfonds sollten die Vorabpauschalen der jeweiligen Fonds entsprechend zu ermitteln und anzusetzen sein (§ 23). Zur Ermittlung der Vorabpauschalen: *Hasbach*, FR 2018, 1117 (1120f.); *Höring*, StBp. 2019, 236 (241) und auch zur Berechnung der Vorabpauschale bei Split bzw. Reverse-Split; *Kral/Watzlaw* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 18 Rz. 135-161.
- ▶ *Verhältnis zu § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5, § 43a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG:* Siehe § 16 Anm. 1. Zur Berücksichtigung der Vorabpauschale im Veranlagungsverfahren und in der Jahressteuerbescheinigung: *Kral/Watzlaw*, BB 2018, 2717 (2721); im Detail *Kral/Watzlaw* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 18 Rz. 209ff. und 275ff.; *Schäfer*, StB 2020, 123 (124f.); *Anemüller*, ErbStB 2019, 87 (91). Zu Besonderheiten zum Nichtansatz der Vorabpauschale bei Investmentanteilen, die eine inländ. depotführende Stelle für ein ausländ. Kreditinstitut verwahrt und die vom ausländ. Kreditinstitut im Kundenauftrag gehalten werden (Depot B), s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 18.10.
- ▶ *Verhältnis zu § 44 Abs. 1b iVm. Abs. 1 Sätze 7 bis 11 EStG:* § 44 Abs. 1b EStG regelt die entsprechende Anwendung des Abs. 1 Sätze 7 bis 11 für die bei in- und ausländ. Investmentfonds zu erhebende KapErtrSt auf die Vorabpauschale für den Entrichtungspflichtigen der KapErtrSt, dh. für die depotführenden Stellen. Werden die Depots im Inland verwahrt, fordern die depotführenden Stellen den für den KapErtrStAbzug erforderlichen Betrag bei Zufluss der Vorabpauschale beim Anleger an, da im Rahmen der Vorabpauschale kein Geldfluss an den Anleger erfolgt, der zur Deckung der KapErtrSt dienen kann, und führen die KapErtrSt ab. Der Anleger hat die dafür erforderliche Liquidität seiner Depotbank zur Verfügung zu stellen (vgl. § 44 Abs. 1 Satz 7 EStG). Hierfür kann die Depotbank von einem Konto des Anlegers den entsprechenden Betrag gem. § 44 Abs. 1 Sätze 8 und 9 EStG einziehen. Mit § 44 Abs. 1 Satz 8 EStG wurde eine gesetzliche Ermächtigung für die depotführenden Stellen dahingehend geschaffen, dass diese die für den KapErtrStAbzug erforderliche Liquidität, wie auch bei der Vorabpauschale erforderlich, von einem Konto des Gläubigers der Kapitalerträge – ohne dessen Einwilligung – einziehen können (BTDrucks. 18/8739, 120; BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, BStBl. I 2016, 85, Rz. 251a–251c). § 44 Abs. 1 Satz 9 EStG erweitert diesen Einzug der Liquidität vom Kunden auch auf Kontokorrentkredite, die zwischen dem Gläubiger der Kapitalerträge und der depotführenden Stelle vereinbart

wurden, sofern der Gläubiger der Kapitalerträge nicht vor Zufluss widerspricht (BTDrucks. 18/8739, 120; BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, BStBl. I 2016, 85, Rz. 251a-251c). Sofern neben dem Depot zB kein Geldkonto vorhanden ist, kann zwischen Depotbank und Anleger auch vereinbart werden, dass in der Höhe der zu entrichtenden KapErtrSt anteilig Fondsanteile veräußert werden, um die KapErtrSt zu decken (vgl. BTDrucks. 18/8045, 137). Hierbei ist jedoch zu beachten, dass der Verkauf von Fondsanteilen ebenfalls Steuern auslöst. Sofern ein Einzug von Liquidität in Höhe des erforderlichen Betrags für die KapErtrSt nicht möglich ist, hat die Depotbank gem. § 44 Abs. 1 Satz 10 EStG die Nichterhebung der KapErtrSt ihrem BSFA anzuzeigen. Das FA des Anlegers fordert die Steuer dann gem. § 44 Abs. 1 Satz 11 EStG beim Anleger nach (vgl. BTDrucks. 18/8045, 137; zu § 44 Abs. 1b iVm. Abs. 1 Satz 7 bis 11 EStG s. auch § 44 EStG Anm. J 16-4).

- ▷ *InvStG 2004: Im Rahmen des InvStG 2004* hatte der inländ. Fonds der inländ. Depotbank Liquidität zur Verfügung stellen müssen, damit diese auf die stpfl. Thesaurierungserträge KapErtrSt für die Anleger einbehalten konnte. Da die inländ. Depotbanken von den ausländ. Fonds diese Liquidität jedoch nicht zu Verfügung gestellt bekamen, mussten die Anleger ausländ. thesaurierender Fonds jährlich die stpfl. Thesaurierungserträge im Rahmen der Veranlagung erklären. Bei Veräußerung des Investmentanteils kam es dann zu einem „nachgeholt“ StAbzug der akkumulierten thesaurierten Erträge, die der Stpfl. im Jahr der Veräußerung im Rahmen der Veranlagung mit den bereits erklärten stpfl. Thesaurierungsbeträgen seiner Haltedauer des Fonds verrechnen lassen konnte (vgl. im Detail *Ronig in Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, § 7 Rz. 197 ff.).
- ▷ *InvStG 2018*: Indem die Liquidität für die Vorabpauschale, unabhängig davon, ob diese für einen in- oder ausländ. Investmentfonds erhoben wird, nun vom Anleger im Rahmen des InvStG 2018 zur Verfügung gestellt werden muss, besteht für Anleger, die mit ihren Einkünften der Abgeltungssteuer unterfallen, grds. auch keine jährliche Veranlagungspflicht für ausländ. Fonds mit inländ. Depotverwahrung mehr. Wird ein Investmentfondsanteil veräußert, wird der Veräußerungsgewinn direkt von der depotführenden Stelle um die bereits in der Haltedauer des Investmentfonds besteuerte Vorabpauschalen reduziert, so dass diesbezüglich auch kein Veranlagungsverfahren mehr durchzuführen ist (vgl. § 44 EStG Anm. J 16-4). Sofern die Depotführung für einen Anleger im Ausland erfolgt, erfolgt kein KapErtrSt-Abzug im Zeitpunkt des Zuflusses der Erträge des Investmentfonds mit der Folge, dass der Anleger auch die Vorabpauschale jährlich in der Veranlagung als Kapitalertrag deklarieren muss.
- ▶ *Verhältnis zum AStG*:
 - ▷ § 7 Abs. 7 AStG: § 7 Abs. 7 AStG idF bis zum Inkrafttreten des ATADUMsG regelt, dass die Vorschriften des InvStG in der jeweils geltenden Fassung anzuwenden sind und damit Vorrang vor dem AStG haben. Die Erträge des Investmentfonds sind aufgrund dieser Sonderregelung auf Ebene des Anlegers nicht der Hinzurechnungsbesteuerung zu unterwerfen (*Stadler/Mager*, DStR 2016, 697 [701]; *Stadler/Bindl*, DStR 2016, 1953 [1961]; *Helios/Mann*, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 16; *Wassermeyer*, EuZW 2016, 841; *Haug*, ISR 2016, 597 [608]; *Bednarczyk/Mammen/Meier*, WPg 2017, 1468 [1475]; *Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 18 InvStG

2018 Rz. 9; Häuselmann, Investmentanteile, 2019, Kap. 9 Rz. 29 f.; Haisch/Schiefer, RdF 2017, 235 [235, 242] auch unabhängig davon, ob und wie die Besteuerung der Investmenterträge beim Anleger erfolgt, dh. die Vorabpauschale im Einzelfall keine Anwendung findet (§ 16 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 bis 3); Ebner, NWB 2017, 497 [485 f.], s. dort auch zur Streichung der Rückausnahme in § 7 Abs. 7 AStG nF; s. auch Einf. Anm. 7). Zum Teil wird hierzu in der Literatur die Auffassung vertreten, dass dies folgerichtig sei, da die Vorabpauschale bereits eine stl. Transparenz des Investmentfonds herstelle und die Hinzurechnungsbesteuerung damit durch die Vorabpauschale verdrängt werde (Stadler/Mager, DStR 2016, 697 [701]; Stadler/Bindl, DStR 2016, 1953 [1961]; Helios/Mann, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 16). Andererseits wird in Bezug auf ausländ. Investmentfonds, die im InvStG 2004 als ausländ. Kapitalinvestitionsgesellschaften gem. § 19 InvStG 2004 eingeordnet wurden, kritisiert, dass die Besteuerung aufgrund der Vorabpauschale in der Funktion als Hinzurechnungsinstrument dem Normzweck des § 7 Abs. 7 AStG nicht gerecht wird und damit die Grundprinzipien der §§ 7 bis 14 AStG unterlaufen werden (im Detail Haug, ISR 2016, 597 [608]).

- ▷ § 7 Abs. 5 und § 13 Abs. 5 AStG i.d.F. des ATADUMsG: Der BRat hat dem vom BTag verabschiedeten Gesetz zu Reform der Investmentbesteuerung zwar zugestimmt, jedoch ua. beschlossen, dass vor allem im Bereich des AStG Änderungen notwendig seien (BRDrucks. 329/16, 2). Diese entsprechenden AStG-Änderungen können sich aus der Umsetzung der ATAD I-Richtlinie in deutsches Recht ergeben. Die Richtlinie wurde durch das ATADUMsG in deutsches Recht umgesetzt. Gesetz; im Detail Herr/Link, RdF 2020, 20 [23 ff.]; Haug, Ubg 2020, 84; Stadler/Sotta, BB 2020, 1943; dazu im Detail Einf. Anm. 7.) § 13 Absatz 5 Satz 2 AStG soll zum Ausdruck bringen, dass sowohl bei einer mittelbaren Beteiligung über einen ausländischen als auch über einen inländischen Investmentfonds oder Spezial-Investmentfonds die Hinzurechnungsbesteuerung ausgeschlossen ist (Drucksache 19/29848, S. 66). Das Investmentsteuerrecht enthält mit der Vorabpauschale bei Investmentfonds und den ausschüttungsgleichen Erträgen bei Spezial-Investmentfonds rechtliche Instrumente, die einer steuerfreien Thesaurierung auf Ebene von ausländischen Zwischengesellschaften entgegenwirken, so dass es in diesen Fällen keiner Hinzurechnungsbesteuerung bedarf (Drucksache 19/29848, S. 66).

Einstweilen frei.

2–9

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Ermittlung der Vorabpauschale

10

Vorabpauschale: Sie ist nach Abs. 1 Satz 1 der Betrag, um den die Ausschüttungen eines Investmentfonds innerhalb eines Kj. den Basisertrag für dieses Kj. unterschreiten (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 18.2).

- ▶ **Ausschüttungen:** Siehe § 2 Abs. 11, s. auch § 16 Anm. 5.
- ▶ **Basisertrag:** Die Ermittlung des Basisertrags bestimmt sich nach Abs. 1 Sätze 2 bis 4. Wenn der Investmentfonds keine Ausschüttungen im jeweiligen Kj. vorgenommen hat, entspricht die Vorabpauschale dem Basisertrag.
- ▶ **Kalenderjahr:** Es sind alle Ausschüttungen des gesamten Kj. zu berücksichtigen (Herr/Stiefel, DStR 2019, 908 [909]; Höring, StBp. 2019, 236 [238] zur zeitlichen

Zurechnung der Ausschüttungen zum Kj. bei Grenzfällen). Ein abweichendes Wj. bzw. Geschäftsjahr des Investmentfonds hat auf die Berechnung der Vorabpauschale keinen Einfluss.

- ▶ *Unterschreitet*: Die Ausschüttungen eines Investmentfonds mindern den Basisertrag und damit im Erg. die Vorabpauschale. Die Ausschüttungen können die Vorabpauschale bis auf null mindern (Wenzel in Blümich, § 18 InvStG 2018 Rz. 11 [8.2019]; Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 18 InvStG 2018 Rz. 4 und Fn. 20 zum Gesetzgebungsverfahren). Ob der Anleger den Investmentfondsanteil vor oder nach der Ausschüttung erworben hat, ist für die Berechnung für § 18 Abs. 1 unerheblich, denn § 18 Abs. 1 regelt die Berechnung nicht in Abhängigkeit vom Zeitpunkt des Erwerbs der Investmentfondsanteile durch den Anleger (vgl. Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 18 InvStG 2018 Rz. 4; Ernst in Moritz/Strohm, Handbuch Besteuerung privater Kapitalanlagen, 2017, Kap. C Rz. 492).
- ▶ *Sofern sich ein Investmentfonds in der Abwicklung gem. § 17 befindet*, ist der auf Basis von § 17 ermittelte stpfl. Ertrag als Ausschüttung anzusetzen. Sofern für das Kj. bzw. (Rumpf-)Geschäftsjahr, das in 2017 endete, Ausschüttungen beschlossen wurden und diese in 2018 zufließen, mindern diese Ausschüttungen, die noch auf Basis des InvStG 2004 beschlossen wurden, ebenso auch schon die Vorabpauschale (vgl. Patzner/Nagler in Patzner/Döser/Kempff, 3. Aufl. 2017, § 18 Rz. 24). Bei ausschüttenden und teilausschüttenden Investmentfonds können die Ausschüttungen höher sein als der Basisertrag. Aufgrund der Begrenzung des Basisertrags auf den Mehrbetrag (Abs. 1 Satz 3) kommt in diesen Fällen keine Vorabpauschale zum Ansatz. Übertreffen die Ausschüttungen die Wertsteigerungen, kommt keine negative Vorabpauschale zum Ansatz (Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 18 InvStG 2018 Rz. 4; Ernst Moritz/Strohm, Handbuch Besteuerung privater Kapitalanlagen, 2017, Kap. C Rz. 492).
- ▶ *Berechnung*: Vorabpauschale = Basisertrag (Kj.) – Ausschüttungen (Kj.)

Basisertrag: Er wird nach Abs. 1 Satz 2 ermittelt durch Multiplikation des Rücknahmepreises des Investmentanteils zu Beginn des Kj. mit 70 % des Basiszinses nach Abs. 4 (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 18.2).

- ▶ *Berechnung*: Basisertrag = Rücknahmepreis zu Beginn des Kj. \times 0,7 \times jährlicher Basiszins
- ▶ *Rücknahmepreis*: Abzustellen ist auf den (festgesetzten) Rücknahmepreis des Investmentanteils zu Beginn des Kj. (s. § 17 Anm. 5). Aus Abs. 1 Satz 4 ergibt sich, dass der Rücknahmepreis festgesetzt sein muss, denn sofern dieser nicht festgesetzt wurde oder nicht im Kj. vorhanden ist, tritt der Börsen- oder Marktpreis an die Stelle des Rücknahmepreises (s. Satz 4). Nach Auffassung der Fin-Verw. ist für Zwecke der Vorabpauschale auf den Börsen- oder Marktpreis abzustellen, wenn nicht mindestens monatlich fortlaufend ein Rücknahmepreis von Investmentfonds festgesetzt wird (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 18.8). Sofern der Investmentfonds unterjährig neu aufgelegt wurde, ist der erste für diesen Investmentfonds festgesetzte Rücknahmepreis oder, falls dieser nicht vorhanden ist, der erste für diesen Investmentfonds ermittelte Börsen- oder Marktpreis bei der Ermittlung der Vorabpauschale zugrunde zu legen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 18; Wenzel in Blümich, § 18 InvStG 2018 Rz. 13 [8/2019]; Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 18 InvStG 2018 Rz. 2).

- ▶ 70 % des Basiszinses nach Abs. 4: Siehe Abs. 4 (Anm. 25).
- ▶ *Negativer Basiszins*: Für das Jahr 2021 hat das BMF (BMF v. 6.1.2021 – IV C 1 - S 1980 - 1/19/10038:004, BStBl. I 2021, 56) erstmals einen negativen Basiszins bekanntgegeben. Das BMF stellt fest, dass aufgrund des negativen Basiszinses keine Vorabpauschale erhoben wird und begründet dies damit, dass die Vorabpauschale der Betrag ist, um den die Ausschüttungen eines Investmentfonds innerhalb eines Kj. den Basisertrag für dieses Kj. unterschreiten. Da der Basisertrag aufgrund des negativen Basiszinses negativ ist, sei eine Unterschreitung des Basisertrags nicht möglich (Höring, DStZ 2021, 323, 324). Nach dem Wortlaut des § 18 Abs. 1 Satz 3 wird der Basisertrag ermittelt durch Multiplikation des Rücknahmepreises des Investmentanteils zu Beginn des Kj. mit 70 % des Basiszinses nach Abs. 4. Der Wortlaut des § 18 Abs. 1 Satz 3 enthält jedoch keine Einschränkung dahingehend, dass dieser positiv sein muss. Abs. 4 Satz 2 normiert, dass für den Basiszins nach Satz 1 auf den Zinssatz abzustellen ist, den die deutsche Bundesbank anhand der Zinsstrukturdaten jeweils auf den ersten Börsentag des Jahres berechnet. Auch Abs. 4 enthält damit im Wortlaut keine Einschränkung darauf, dass der Basiszins im Rahmen der Berechnung des § 18 positiv sein muss. Das BMF hat auch einen negativen Basiszins bekanntgegeben: „Hiermit gebe ich gem. § 18 Absatz 4 Satz 3 InvStG den Basiszins zur Berechnung der Vorabpauschale bekannt, der aus der langfristig erzielbaren Rendite öffentlicher Anleihen abgeleitet ist. Die Deutsche Bundesbank hat hierfür auf den 4. Januar 2021 anhand der Zinsstrukturdaten einen Wert von -0,45 Prozent für Bundeswertpapiere mit jährlicher Kuponzahlung und einer Restlaufzeit von 15 Jahren errechnet.“ Auch aus der Gesetzesbegründung (BTDrucks. 18/8045, 88-90) zu § 18 ist kein Hinweis zu entnehmen, dass der Basisertrag positiv zu sein hat. In der Gesetzesbegründung wird nur auf den Sachverhalt eingegangen, wenn Wertverluste des Fondsanteils eintreten oder die Ausschüttungen die Wertsteigerung übertreffen. In diesem Fall ist keine negative Vorabpauschale anzusetzen (BTDrucks. 18/8045, 89). Bei der Vorabpauschale handelt es sich um eine jährlich vom Gesetzgeber gewollte (Anm. 1) vorgezogene, pauschale Besteuerung der Wertsteigerungen, die sonst erst bei Veräußerung des Investmentfondsanteils der Besteuerung unterlägen. Wenn die jährliche vorgezogene pauschale Besteuerung durch die Vorabpauschalen entfällt, kann jedoch bei der Veräußerung bzw. Rückgabe der Investmentfondsanteile der zu versteuernde Betrag höher ausfallen. Um eine Doppelbesteuerung zu vermeiden, wird die (jährliche) Vorabpauschale vom Veräußerungsgewinn im Veräußerungs-/Rückgabezeitpunkt des Investmentfondsanteils abgezogen. Die Vorabpauschale soll stl. den jährlichen Ansatz einer Mindestrendite auf Basis einer risikolosen Marktverzinsung nach dem Willen des Gesetzgebers sicherstellen und in diesem Fall die vorgezogene Besteuerung der thesaurierten Erträge ermöglichen. Wenn die Marktverzinsung negativ ist, entspricht dies dem Willen des Gesetzgebers, keine Vorabpauschale zu erheben und der Auffassung der FinVerw., diese mit 0 festzusetzen.

Begrenzung des Basisertrags (Abs. 1 Satz 3): Der Basisertrag ist begrenzt auf den Mehrbetrag, der sich zwischen dem ersten und dem letzten im Kj. festgesetzten Rücknahmepreis zzgl. der Ausschüttungen innerhalb des Kj. ergibt (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 18.2). Zur Berechnung des Mehrbetrags ist dabei zunächst vom letzten festgesetzten Rücknahmepreis im Kj. (s. § 17 Anm. 5) der erste festgesetzte Rücknahmepreis im Kj. zu subtrahieren. Ist die Differenz positiv, ist der Invest-

mentfonds im Wert gestiegen. Hat der Investmentfonds jedoch an Wert verloren, ist die Differenz negativ. Bei der Berechnung finden unterjährige Wertschwankungen keine Berücksichtigung. Sofern ein Investmentfonds innerhalb des Kj. neu aufgelegt wird, ist hierunter der erste für diesen Investmentfonds festgesetzte Rücknahmepreis des Investmentfonds zu verstehen (vgl. auch *Haisch/Mann*, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 15; s. oben „Rücknahmepreis“). Da Ausschüttungen den Wert des Investmentfonds im Kj. und damit den Rücknahmepreis mindern, sind sie dem Wert des Investmentfondsanteils wieder hinzu zu addieren, da sie sonst doppelt berücksichtigt würden (s. BTDrucks. 18/8739, 98; *Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, Anh. 1, § 18 InvStG 2018 Rz. 4, Fn. 20 zum Gesetzgebungsverfahren).

Kein Rücknahmepreis (Abs. 1 Satz 4): Wird kein Rücknahmepreis festgesetzt, so tritt der Börsen- oder Marktpreis an die Stelle des Rücknahmepreises. Zum Börsen- oder Marktpreis s. § 17 Anm. 5.

Zusammenfassendes Ermittlungsschema der Vorabpauschale (weitere Ermittlungsschemata *Wenzel in Blümich*, § 18 InvStG 2018 Rz. 19 [8/2019]; *Kral/Watzlaw*, BB 2018, 2717 [2719]; *Kral/Watzlaw in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 18 Rz. 88; *Elser in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, Investment, § 18 InvStG 2018 Rz. 29 [4/2018]):

(erster) Rücknahmepreis des Investmentfonds zu Beginn des Kj.

× Basiszins gem. Abs. 4

× 0,7

= Basisertrag begrenzt auf Mehrbetrag (letzter festgesetzter Rücknahmepreis im Kj. – erster festgesetzter Rücknahmepreis im Kj.) + Ausschüttungen/Kj.

– Ausschüttungen des Investmentfonds des Kj.

= Vorabpauschale Fondsebene: wenn Wert > 0

× Teilfreistellungssatz (s. § 20)

= Vorabpauschale Anlegerebene

Berechnungsbeispiel: BMF, Anwendungsfragen, Rz. 18.3. Zur Umrechnung bei in fremden Währungen notierten Investmentanteilen s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 18.6; *Kral/Watzlaw in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 18 Rz. 46 ff.; Hinsichtlich der mathematischen Genauigkeit der Berechnung: BMF, Anwendungsfragen, Rz. 18.4.

11–14 Einstweilen frei.

15 C. Erläuterungen zu Abs. 2: Zeitanteilige Ermäßigung der Vorabpauschale im Anschaffungsjahr

Jahr des Erwerbs der Investmentanteile: Im Jahr des Erwerbs (zum Erwerbsbegriff *Kral/Watzlaw in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 18 Rz. 93) der Investmentanteile greift die gegenüber Abs. 1 speziellere Regelung des Abs. 2. Zur zeitanteiligen Berücksichtigung der Vorabpauschale im Rahmen des § 18 Abs. 2 bei unterjähriger Neuauflage eines Investmentfonds s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 18.7.

Verminderung der Vorabpauschale: Die nach Abs. 1 ermittelte Vorabpauschale ist zu vermindern.

- ▶ **Verminderung der Vorabpauschale:** Der Wortlaut des Gesetzes spricht von der „Verminderung der Vorabpauschale“, die Gesetzesbegründung jedoch noch (die Begr. wurde im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens nicht angepasst) von der „Verminderung des Basisertrages“ (BTDrucks. 18/8045, 90; *Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, Anh. 1, § 18 InvStG 2018 Rz. 4, Fn. 20 zu den Änderungen im Gesetzgebungsverfahren).
- ▶ **Umfang der Verminderung:** Die Vorabpauschale wird für jeden vollen Monat, der dem Monat des Erwerbs vorangeht, um ein Zwölftel reduziert (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 18.11 mit Beispiel).
 - ▷ Eine Reduzierung kommt damit frühestens in Betracht, wenn der Anleger im Laufe des Februars eines Jahres einen Investmentanteil erwirbt. Bei Erwerb im Januar kommt die speziellere Regelung des Abs. 2 nicht zur Anwendung. Entsprechendes gilt, wenn der Fonds unterjährig aufgelegt wird. Die zeitanteilige Ermittlung der Vorabpauschale auf Anlegerebene hat keine Auswirkung auf die Ermittlung der Vorabpauschale auf Fondsebene, dh., die Ausschüttungen des Investmentfonds des Kj. werden voll und nicht zeitanteilig vom Basisertrag abgezogen, auch wenn der Anleger diese beim späteren Erwerb der Fondsanteile nicht erhalten hat (vgl. *Kral/Watzlaw*, BB 2015, 2198 [2200]). Es ist daher unerheblich, ob die Ausschüttungen vor oder nach dem Erwerbszeitpunkt des Anlegers zufließen.

Depotübertrag: Sofern die Investmentanteile durch den Anleger mittels Depotübertrag im Laufe eines Kj. auf eine neue für den KapErtrStAbzug zuständige Stelle übertragen wurden und dieser keine Anschaffungsdaten mitgeteilt wurden, hat diese die Vorabpauschale im KapErtrStAbzugsverfahren für das ganze Kj. zu berücksichtigen. Der Anleger kann dann im Veranlagungsverfahren einen unterjährigen Anschaffungszeitpunkt nachweisen und sich die zu viel erhobene KapErtrSt erstatten lassen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 18.9; s. zum Depotübertrag auch *Kral/Watzlaw in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 18 Rz. 116-127).

Berechnungsschema der Vorabpauschale bei unterjährigem Erwerb:

Vorabpauschale Fondsebene

– 1/12 der Vorabpauschale pro vollem Monat vor Erwerb

× Teilfreistellungssatz (s. § 20)

= Vorabpauschale Anlegerebene (Besitzzeitanteilig)

Beispielrechnung: BMF, Anwendungsfragen, Rz. 18.11 iVm. 18.3.

Einstweilen frei.

16–19

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Zuflussfiktion

20

Zufluss am ersten Werktag des folgenden Kalenderjahres: Die Vorabpauschale gilt als am ersten Werktag des folgenden Kj. zugeflossen, der Zufluss also auf den ersten Werktag des folgenden Kj. fingiert („gilt als“), für das die Vorabpauschale gem. Abs. 1 berechnet wird (vgl. *Helios/Mann*, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 15 Fn. 236; *Anemüller*, ErbStB 2019, 87 [91]). Das Geschäftsjahresende des Fonds ist für den Zufluss der Vorabpauschale unerheblich (vgl. *Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 18 InvStG 2018 Rz. 6; *Ernst in Ernst Moritz/Strohm*, Handbuch Besteuerung privater Kapitalanlagen, 2017, Kap. C Rz. 495). Die fiktive Verlagerung des Zuflusses auf den Beginn des Folgejahres hat den Hin-

tergrund, dass die KapErtrSt, die auch für die Vorabpauschale von der Depotbank des Anlegers einbehalten wird, mit dem „vollen“ Sparer-Pauschbetrag am Jahresanfang verrechnet werden kann (vgl. BTDrucks. 18/8739, 103). Damit soll ermöglicht werden, dass der durchschnittliche Kapitalanleger aufgrund des Sparer-Pauschbetrags nicht zu einer Zur-Verfügung-Stellung von Liquidität für den KapErtrStAbzug aufgrund der Vorabpauschale veranlasst werden soll (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 18.12).

Erstmaliger Ansatz der Vorabpauschale: Erstmals wurde die Vorabpauschale für das Kj. 2018 berechnet. Der erste Zufluss einer Vorabpauschale fand damit am ersten Werktag im Jahr 2019 statt. Wird der Investmentfondsanteil vor Zufluss der Vorabpauschale veräußert, erfolgt kein Ansatz der Vorabpauschale. Die Wertsteigerung wird jedoch im Rahmen des Veräußerungserlöses erfasst, da die Vorabpauschale den *net asset value*/NAV = Nettoinventarwert bzw. Rücknahmepreis nicht mindert (vgl. *Delp*, DB 2017, 447 [449]; *Wenzel* in *Blümich*, § 18 InvStG 2018 Rz. 22 [8/2019]; s. § 19 Anm. 5). Zum Erwerb bzw. zur Veräußerung von Investmentfondsanteilen am ersten Werktag des Kj. s. *Kral/Watzlaw* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 18 Rz. 188-195.

Betriebliche Anleger: Bilanzierende Anleger haben durch den jährlichen Ansatz der Vorabpauschale einen aktiven Ausgleichsposten in der StBil. zu bilden, um eine Doppelbesteuerung der Vorabpauschale zu vermeiden, der bei Veräußerung der Fondsanteile erfolgswirksam aufzulösen ist (BTDrucks. 18/8045, 89; *Stadler/Bindl*, DStR 2016, 1953 [1958]; *Helios/Mann*, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 16; *Zinowsky/Grabowski*, IRZ 2017, 201 [205]; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 18.5 mit Beispiel; *Schäfer*, StB 2020, 123 [128 f.] mit Beispielen inklusive Buchungssätzen). Der aktive stl. Ausgleichsposten (StAP) ist unter Abzug der als Forderung zu buchenden Kapitalertragsteuer auf die Vorabpauschale zu bilden (*Häuselmann*, Investmentanteile, 2019, Kap. 7 Rz. 62, zur Folgebewertung Rz. 64-70). Entsprechendes gilt für Einnahmenüberschussrechner durch den Ansatz eines Merkpostens (BTDrucks. 18/8045, 89; *Stadler/Bindl*, DStR 2016, 1953 [1958]; *Helios/Mann*, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 16; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 18.5; *Schäfer*, StB 2020, 123 [128 f.], mit Beispielen inklusive Buchungssätzen). Der Ausgleichsposten und der Merkposten sind keine abschreibungsfähigen WG (BTDrucks. 18/8045, 89; *Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, Anh. 1, § 19 InvStG 2018 Rz. 2; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 18.5; s. auch § 19 Anm. 5 zu „vermindern“).

Dach-Investmentfonds als Anleger eines Investmentfonds: In diesem Fall ist die Vorabpauschale nicht bei ihm zu erfassen, sondern beim Anleger des Dach-Investmentfonds als Ertrag stpfl. (*Kral/Watzlaw* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 18 Rz. 14).

Vorabpauschale und Ausschüttungen: Wenn der Investmentfonds keine Ausschüttungen im jeweiligen Kj. vorgenommen hat, unterliegen diese, sofern der Investmentfonds einen entsprechenden Wertzuwachs hatte, im Erg. somit im Folgejahr der Besteuerung als Vorabpauschale im Rahmen der Berechnung nach Abs. 1. Hätte der Investmentfonds die Erträge gem. § 16 Abs. Nr. 1 ausgeschüttet, wären diese dem Anleger bereits im Vorjahr zugeflossen. Sofern diese Erträge nun von der Vorabpauschale gemäß der Berechnung nach § 18 Abs. 1 erfasst werden, erfolgt der Zufluss erst im Folgejahr. Dies ist bei vollständig thesaurierenden Investmentfonds der Fall. Bei teilthesaurierenden Investmentfonds entfällt hingegen der stpfl. Kapitalertrag eines Investmentfonds auf die im jeweiligen Kj. vorgenomme-

nen Ausschüttungen entsprechend bei Zufluss der (jeweiligen) Ausschüttungen im Kj. und der Vorabpauschale gemäß dem fiktiven Zufluss des Abs. 3 im Folgejahr. Ein Investmentfonds hat somit die Möglichkeit, im Rahmen seiner Ausschüttungspolitik durch Ausschüttung den Ansatz einer Vorabpauschale beim Anleger zu vermeiden, sofern investmentaufsichtsrechtl. Vorgaben und die jeweiligen Fondsdokumente dies zulassen (*Wenzel in Blümich*, § 18 InvStG 2018 Rz. 11 [8/2019]).

Einstweilen frei.

21–24

E. Erläuterungen zu Abs. 4: Basiszins

25

Basiszins (Abs. 4 Satz 1): Gemäß Abs. 4 Satz 1 ist der Basiszins aus der langfristig erzielbaren Rendite öffentlicher Anleihen abzuleiten. Die Bundesbank leitet diesen Zinssatz aus der Zinsstruktur der Rendite für Bundeswertpapiere mit jährlichen Kuponzahlungen und 15-jähriger Restlaufzeit ab (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 18.13). Es handelt sich beim Basiszins um eine pauschale Berechnungsgrundlage, die unberücksichtigt lässt, dass die Erträge eines Investmentfonds, die dem Anleger zufließen, durch die Verwaltungskosten des Investmentfonds gemindert sind (BTDrucks. 18/8045, 88). Der Gesetzgeber geht davon aus, dass diese Verwaltungskosten durchschnittlich 30 % betragen und reduziert den Gesamtertrag um pauschal 30 %, so dass der Basiszinssatz nur zu 70 % (Abs. 1 Satz 2) zum Ansatz gebracht wird (BTDrucks. 18/8045, 88).

Abs. 4 zur Bestimmung des Basiszinses wurde nachträglich durch das BEPS-UmsG v. 20.12.2016 (BGBl. I 2016, 3000; BStBl. I 2017, 5) ergänzt. Aufgrund der Änderungen des § 203 Abs. 2 BewG durch das Gesetz zur Anpassung des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vom 4. November 2016 (BGBl. I 2016, 2464 [2472]), der bis zur Neufassung wortgleich mit § 18 Abs. 4 Sätze 1, 2 und 4 war, ist auf die Neufassung des § 203 Abs. 2 BewG nicht mehr abzustellen. Daher wurde aufgrund dieser Änderung Abs. 4 zur Bestimmung des Basiszinses in § 18 ergänzt (BTDrucks. 18/10506, 82) und die Altregelung aus § 203 Abs. 2 Sätze 1, 2 und 4 BewG übernommen. Der Basiszins ist auch nicht zu verwechseln mit dem Basiszinssatz, den die Deutsche Bundesbank gem. § 247 Abs. 1 BGB berechnet und dessen jeweils aktuellen Stand sie gem. § 247 Abs. 2 BGB im Bundesanzeiger veröffentlicht. Dieser Basiszinssatz des Bürgerlichen Gesetzbuches dient vor allem als Grundlage für die Berechnung von Verzugszinsen gem. § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Abstellen auf von der Bundesbank veröffentlichten Zinssatz (Abs. 4 Satz 2): Zur Ableitung des Basiszinses ist auf den Zinssatz abzustellen, den die Deutsche Bundesbank anhand der Zinsstrukturdaten jeweils auf den ersten Börsentag des Jahres errechnet (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 18.14).

Veröffentlichung im Bundessteuerblatt (Abs. 4 Satz 3): Der Basiszins wird vom BMF jährlich im Bundessteuerblatt – und für einen vorübergehenden Zeitraum – auch auf der Internetseite des BMF veröffentlicht (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 18.14). Das BMF hat mit den Schreiben

- BMF v. 4.1.2018 – IV C 1 - S 1980 - 1/14/10001:038, BStBl. I 2018, 249, den Basiszins zur Berechnung der Vorabpauschale für das Jahr 2018 iHv. 0,87 %,
- BMF v. 9.1.2019 – IV C 1 - S 1980 - 1/14/10001:038, BStBl. I 2019, 58, den Basiszins zur Berechnung der Vorabpauschale für das Jahr 2019 iHv. 0,52 %,

- BMF v. 29.1.2020 – IV C 1 - S 1980 - 1/19/10038:001, BStBl. I 2020, 218, den Basiszins zur Berechnung der Vorabpauschale für das Jahr 2020 iHv. 0,07 %
- BMF v. 6.1.2021 – IV C 1 - S 1980-1/19/10038:004; BStBl. I 2021, 56, den Basiszins zur Berechnung der Vorabpauschale für das Jahr 2021 iHv. -0.45 %

bekannt gegeben.

Für 2021 wurde erstmals ein negativer Basiszins bekanntgegeben. Zu den Auswirkungen s. Anm. 10.

§ 19 Gewinne aus der Veräußerung von Investmentanteilen

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731)

(1) ¹Für die Ermittlung des Gewinns aus der Veräußerung von Investmentanteilen, die nicht zu einem Betriebsvermögen gehören, ist § 20 Abs. 4 des Einkommensteuergesetzes entsprechend anzuwenden. ²§ 20 Abs. 4a des Einkommensteuergesetzes ist nicht anzuwenden. ³Der Gewinn ist um die während der Besitzzzeit angesetzten Vorabpauschalen zu vermindern. ⁴Die angesetzten Vorabpauschalen sind ungeachtet einer möglichen Teilfreistellung nach § 20 in voller Höhe zu berücksichtigen.

(2) ¹Fällt ein Investmentfonds nicht mehr in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes, so gelten seine Anteile als veräußert. ²Als Veräußerungserlös gilt der gemeine Wert der Investmentanteile zu dem Zeitpunkt, zu dem der Investmentfonds nicht mehr in den Anwendungsbereich fällt.

Autor: Dr. Matthias *Rommel*, LL.M., EMBA, Rechtsanwalt, Bad Nauheim
Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

Anm. | Anm.

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 19 1

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Veräußerungsgewinnermittlung

I. Ermittlung des Gewinns aus der Veräußerung von Investmentanteilen (Abs. 1 Satz 1)	5	III. Minderung des Gewinns um die besitzzeitanteiligen Vorabpauschalen (Abs. 1 Satz 3)	7
II. Keine Anwendung von § 20 Abs. 4a EStG (Abs. 1 Satz 2)	6	IV. Berücksichtigung der Vorabpauschalen ohne Anwendung der Teilfreistellung in voller Höhe (Abs. 1 Satz 4)	8

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Veräußerungsfiktion bei Verlust der Eigenschaft als Investmentfonds

I. Veräußerungsfiktion des Investmentanteils (Abs. 2 Satz 1)	10	II. Fiktion des Veräußerungserlöses (Abs. 2 Satz 2)	11
--	----	---	----

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 19 1

Grundinformation: Beim Gewinn aus der Veräußerung von Investmentanteilen handelt es sich um einen Investorertrag gem. § 16 Abs. 1 Nr. 3. § 16 Abs. 1 Nr. 3 verweist zur Ermittlung des Gewinns aus der Veräußerung von Investmentanteilen auf § 19. Abs. 1 Satz 1 regelt, dass für die Veräußerungsgewinnermittlung von im PV gehaltenen Investmentanteilen § 20 Abs. 4 EStG entsprechend anzuwenden ist. Bei betrieblichen Anlegern sind hingegen die Besonderheiten der Einkünfteermitt-

lung durch BV-Vergleich bzw. der Einnahmenüberschussrechnung zu berücksichtigen. Die Sätze 2 bis 4 des § 19 Abs. 1 modifizieren den Gewinnermittlungsgrundsatz des § 20 Abs. 4 EStG aufgrund der Besonderheiten des InvStG. Abs. 2 normiert mittels einer Fiktion einen Veräußerungsvorgang für den Zeitpunkt, in dem ein Investmentfonds nicht mehr in den Anwendungsbereich des InvStG fällt (Satz 1). Satz 2 bestimmt mittels einer (weiteren) Fiktion den Veräußerungserlös als den gemeinen Wert der Investmentanteile zu dem Zeitpunkt, in dem der Investmentfonds nicht mehr in den Anwendungsbereich des Gesetzes fällt.

Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit des § 19:

- ▶ *Bedeutung:* Das InvStG regelt in § 19 Abs. 2 mittels einer Fiktion einen Veräußerungsvorgang und damit einen Realisationstatbestand für den Fall, dass ein Investmentfonds aus dem Anwendungsbereich des InvStG fällt (*Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 19 InvStG 2018 Rz. 3). Eine entsprechende Regelung für den umgekehrten Fall, dass ein Vehikel erstmals oder wieder in den Anwendungsbereich fällt, ist in § 19 Abs. 2 hingegen nicht normiert worden. Eine Realisation ist für diesen Fall nach dem InvStG nicht geregelt. Das InvStG findet dann ab dem Zeitpunkt, in dem das Vehikel die Voraussetzungen des § 1 (§ 1 Anm. 6 und 10) erfüllt, Anwendung (*Wenzel in Blümich*, § 19 InvStG 2018 Rz. 16 [8/2019]).
- ▶ *Verfassungsrechtlich* bedenklich war zunächst, dass die Liquidation nicht vom Veräußerungstatbestand des § 19 iVm. § 2 Abs. 13 erfasst war (§ 20 EStG Anm. J 16-6). Durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) wurde § 2 Abs. 13 jedoch dahingehend ergänzt, dass auch eine beendete Abwicklung oder Liquidation des Investmentfonds vom Veräußerungsbegriff des InvStG erfasst ist.

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher Geltungsbereich:* § 19 regelt die stpfl. Erträge eines in- und ausländ. Investmentfonds bei dessen Veräußerung.
- ▶ *Persönlicher Geltungsbereich:* § 19 gilt für in- und ausländ. Investmentfonds und (nur) für inländ. Anleger solcher Investmentfonds. Bei betrieblichen Anlegern sind die Besonderheiten der Einkünfteermittlung durch BV-Vergleich bzw. Einnahmenüberschussrechnung zu berücksichtigen. Zu einem Sonderfall s. § 16 Anm. 1.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* § 19 gilt ab dem 1.1.2018, s. § 56 Abs. 1.

Verhältnis zu anderen Vorschriften:

- ▶ *Verhältnis zu § 2 Abs. 13:* § 2 Abs. 13 definiert den Begriff der Veräußerung von Investmentanteilen im InvStG als deren Rückgabe, Abtretung, Entnahme oder verdeckte Einlage in eine KapGes. Durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) wurde auch eine beendete Abwicklung bzw. Liquidation des Investmentfonds in den Veräußerungsbegriff einbezogen (s. im Detail § 2 Anm. 24).
- ▶ *Verhältnis zu § 2 Abs. 14:* § 2 Abs. 14 normiert, dass auch Verluste aus einem Rechtsgeschäft vom Gewinnbegriff umfasst sind (s. im Detail § 2 Anm. 25).
- ▶ *Verhältnis zu § 18:* Gemäß § 19 Satz 3 mindern die während der Besitzzeit des Investmentfonds angesetzten Vorabpauschalen des § 18 den Gewinn.
- ▶ *Verhältnis zu § 20:* Gemäß § 19 Satz 4 sind die während der Besitzzeit des Investmentfonds angesetzten Vorabpauschalen bei der Veräußerungsgewinner-

mittlung in voller Höhe zu berücksichtigen. Die Teilfreistellung gem. § 20 findet hierbei keine Anwendung. Auf den um die Vorabpauschalen gekürzten (Veräußerungs-)Gewinn des Investmentfonds findet die Teilfreistellung Anwendung (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 19.12; § 20 Anm. 5).

- ▶ Verhältnis zu § 20 Abs. 1 Nr. 3 EStG: Die Gewinne aus der Veräußerung von Investmentfondsanteilen gehören zu den Einkünften des § 20 Abs. 1 Nr. 3 EStG.
- ▶ Verhältnis zu § 22: § 22 regelt die Fälle, in denen sich der Teilfrestellungssatz ändert oder wegfällt, s. § 22 Anm. 1. In diesen Fällen kommt es zu einer fiktiven Veräußerung der Investmentanteile. § 22 Abs. 3 Satz 1 (JStG 2020 v. 21.12.2020, BGBl. I 2020, 3096 [3105f.]) wurde durch die Wörter „oder nach § 19 Abs. 2 als veräußert gilt“ ergänzt. Diese Änderung soll die Fälle erfassen, in denen es zunächst zu einer fiktiven Veräußerung aufgrund eines Teilfrestellungswechsels nach § 22 Abs. 1 gekommen ist und dann anschließend der Investmentfonds seine Eigenschaft als Investmentfonds verliert und nach § 19 Abs. 2 als veräußert gilt (BRDrucks. 746/20, 117).
- ▶ Verhältnis zu § 43 Abs. 1 Nr. 9, § 43a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG: Der Veräußerungsgewinn unterliegt der KapErtrSt (*Patzner/Nagler in Patzner/Döser/Kempf*, 3. Aufl. 2017, § 19 Rz. 1; *Häuselmann*, Investmentanteile, 2019, Kap. 7 Rz. 83-85; *Jung in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 19 Rz. 52 ff. [6/2020]; s. auch § 16 Anm. 5). Im StAbzugsverfahren ist generell auch bei betrieblichen Anlegern auf die Regelungen zur Ermittlung der Bemessungsgrundlage bei Privatanlegern einschließlich der Anwendung des § 20 Abs. 4 EStG abzustellen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 19.1 iVm. 19.13). Zu den Besonderheiten der Berücksichtigung der Vorabpauschale bei der Ermittlung des Veräußerungsergebnisses im KapErtrStAbzugsverfahren s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 19.4-19.7; BMF v. 28.7.2020 – IV C 1 - S 1980 - 1/19/10008:003, DStR 2020, 1805, Rz. 6, 7; *Anemüller*, ErbStB 2019, 87 (90).

Einstweilen frei.

2–4

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Veräußerungsgewinnermittlung

I. Ermittlung des Gewinns aus der Veräußerung von Investmentanteilen (Abs. 1 Satz 1)

5

Satz 1 regelt den Grundsatz für die Ermittlung des Veräußerungsgewinns für Anleger, die ihre Investmentanteile im PV halten.

Gewinn: Nach § 2 Abs. 14 umfasst der Gewinnbegriff auch den Verlust aus einem Rechtsgeschäft (s. § 2 Anm. 25).

Veräußerung von Investmentanteilen: Neben der Veräußerung sind dies auch die Rückgabe, Abtretung, Entnahme oder verdeckte Einlage von Investmentanteilen (BTDrucks. 18/8045, 89; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 19.1), denn gem. § 2 Abs. 13 gilt als Veräußerung von Investmentanteilen auch deren Rückgabe, Abtretung, Entnahme oder verdeckte Einlage in eine KapGes. (s. hierzu § 2 Anm. 25). Die Liquidation eines Investmentfonds war vom Wortlaut des Veräußerungsbegriffes gem. § 2 Abs. 13 zunächst nicht gedeckt. Dies war insoweit bedeutsam, als Ausschüttungen auch Kapitalrückzahlungen erfassen (*Buge/Bujotzek/Steinmüller*,

DB 2016, 1594 [1597]; *Carlé*, ErbStB 2017, 20 [22]), ohne dass diese sich bei den AK bei einer Liquidation des Investmentfonds stmindernd auswirken können (*Helios/Mann*, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 13). Das BMF (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:001, Rz. 2.34 und auch die finale Fassung BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.50) vertrat bereits die Auffassung, dass von einer Veräußerung auch bei einer beendeten Abwicklung eines Investmentfonds auszugehen ist. Als Ende der Abwicklung sei aus Vereinfachungsgründen der Zeitpunkt der Auszahlung der letzten Rate zu betrachten (s. auch *Ebner*, RdF 2017, 305 [309]; § 2 Anm. 24). Mit dem WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) wurde dann auch eine beendete Abwicklung oder Liquidation des Investmentfonds in den Veräußerungsbegriff einbezogen (im Detail s. § 2 Anm. 24). Bei Veräußerung bzw. Rückgabe der Investmentfondsanteile kommt es im Rahmen der Veräußerungsgewinnermittlung durch Abzug der AK von den Einnahmen aus der Veräußerung zur Berücksichtigung der AK. Kapitalrückzahlungen während der Haltedauer des Investmentfonds sind als Bestandteil der Ausschüttungen während der Haltedauer stpfl. (s. § 16 Abs. 5). Bei Veräußerung/Rückgabe des Investmentfonds oder bei Teilveräußerungen/-rückgaben werden diese im Rahmen der Veräußerungsgewinne gem. § 19 InvStG steuermindernd berücksichtigt. Sofern der Veräußerungsgewinn negativ ist, liegt ein verrechenbarer negativer Kapitalertrag vor. Für die Verrechnung ist jedoch erforderlich, dass der abgeltungsteuerpflichtige Anleger (dann) über (ausreichende) verrechnungsfähige positive Erträge in der Schedule der Abgeltungsteuer verfügt. Bei betrieblichen Anlegern sollte am Laufzeitende der Kapitalanlage die Substanzausschüttung durch ausschüttungsbedingte Teilwertabschreibungen bei der ursprünglichen Kapitalanlage und den damit verbundenen AK berücksichtigt werden (s. § 16 Anm. 5, § 17 Anm. 5). Besonderheiten bestehen bei alternativen Investments (s. oben „Veräußerung von Investmentanteilen“). Bei geschlossenen Investmentfonds in Form von AIF (zB der *Private Equity*-, Darlehens- und Infrastruktur-Fonds) ist es regelmäßig der Fall, dass diese während – meist fester – Laufzeit Ziel-Investments (Fonds) veräußern und die Erlöse an ihre Anleger auskehren. Diese Ausschüttungen sind dann gem. § 16 Abs. 1 Nr. 1 voll stpfl. Die temporäre „Zuviel“-Besteuerung wird sowohl durch die Regelung des § 17 als auch durch die Neuregelung im Rahmen des WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) nicht beseitigt (vgl. im Erg. auch *Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, Anh. 1, § 17 InvStG 2018 Rz. 1, der AIFs, bei denen während der Laufzeit Ziel-Investments veräußert werden, nicht von § 17 erfasst sieht) und kann nur dadurch abgemildert werden, dass die Auskehrungen aufgrund der Veräußerung von Zielinvestments mit Anteilsrückgaben verbunden werden (vgl. *Elser* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, Investment, § 17 InvStG 2018 Rz. 8 [2/2018]; s. auch § 17 Anm. 5 und § 16 Anm. 5). Bei geschlossenen Investmentfonds ist aufgrund des Liquiditätsmanagements die Rückgabe der Anteile auf Initiative der Anleger in den meisten Fällen ausgeschlossen, so dass die Entsch. zur Rücknahme der Anteile – im Rahmen des Liquiditätsmanagements Substanz ausschütten zu wollen – ausschließlich durch die Verwaltungsgesellschaft getroffen wird, ohne dass der Anleger darauf einen Einfluss hat. Diese Rücknahme der Anteile durch die Verwaltungsgesellschaft sollte ebenso vom Rückgabebegriff des § 2 Abs. 13 mit umfasst sein bzw. ebenso als Veräußerung gelten (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.50, bereits auch schon im Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:001, Rz. 2.34). Bei betrieblichen Anlegern könnten (*Stadler/Mager*, DStR 2016, 697 [701]; *Stadler/Bindl*, DStR 2016, 1953 [1958]) am Laufzeitende der

Kapitalanlage die Substanzausschüttungen durch ausschüttungsbedingte Teilwertabschreibungen bei der ursprünglichen Kapitaleinlage und den damit verbundenen AK berücksichtigt werden.

Nicht zu einem Betriebsvermögen gehörend: Bei betrieblichen Anlegern sind die Besonderheiten der Einkünfteermittlung durch BV-Vergleich bzw. der Einnahmenüberschussrechnung zu berücksichtigen (BTDrucks. 18/8045, 89; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 19.2; *Moritz/Strohm* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 19 Rz. 14, 15).

Entsprechende Anwendung von § 20 Abs. 4 EStG: § 20 Abs. 4 Satz 1 EStG regelt den Grundsatz der Gewinnermittlung. Hiernach ist der Gewinn der Unterschied zwischen den Einnahmen aus der Veräußerung nach Abzug der Aufwendungen, die im unmittelbaren sachlichen Zusammenhang mit dem Veräußerungsgeschäft stehen, und den AK; bei nicht in Euro getätigten Geschäften sind die Einnahmen im Zeitpunkt der Veräußerung und die AK im Zeitpunkt der Anschaffung in Euro umzurechnen (*Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, Anh.1, § 19 InvStG 2018 Rz. 1). § 20 Abs. 4 Satz 7 EStG regelt auch die Anwendung der FiFo-Methode für die Veräußerungsgewinnbesteuerung (*Delp*, DB 2017, 447 [449]). Gemäß § 20 Abs. 4 Satz 7 EStG gelten die zuerst angeschafften Investmentanteile als zuerst veräußert (First in – First out). Bei Privatanlegern bestimmen sich die AK und auch die anzusetzenden Vorabpauschalen nach der FiFo-Methode, aufgrund derer der Veräußerungsgewinn berechnet wird. Im Veranlagungsverfahren können betriebliche Anleger diese nach der Durchschnittsmethode ermitteln (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 19.9). Abs. 1 Sätze 2 bis 4 modifizieren dann den Gewinnermittlungsgrundsatz gem. § 20 Abs. 4 EStG aufgrund der Besonderheiten des InvStG. Erfüllt ein Investmentfonds zudem im Zeitpunkt des Veräußerungsgewinnzuflusses die Voraussetzungen für eine Teilfreistellung, so findet diese auf den um die Vorabpauschale gekürzten Gewinn (Sätze 3 und 4) Anwendung (BTDrucks. 18/8045, 89; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 19.12).

II. Keine Anwendung von § 20 Abs. 4a EStG (Abs. 1 Satz 2)

6

Satz 2 regelt die Nichtanwendung der besonderen Regelungen für Kapitalmaßnahmen gem. § 20 Abs. 4a EStG (vgl. BTDrucks. 18/8045, 89; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 19.3). Ein steuerneutraler Anteilstausch ist daher nicht nach § 20 Abs. 4a EStG, sondern nur unter den Voraussetzungen des § 23 möglich (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 19.3). Dies gilt sowohl für die Ermittlung des Gewinns im PV als auch im BV. Bei der Gewinnermittlung von Kapitaleinkünften im Rahmen des EStG gilt § 20 Abs. 4a EStG bereits nicht in Fällen, in denen die Einkünfte aus Kapitalvermögen anderen Einkunftsarten zuzurechnen sind (vgl. § 20 Abs. 8 Satz 2 EStG). Dies betrifft insbes. Anteile, die in einem BV gehalten werden (§ 20 EStG Anm. 580).

III. Minderung des Gewinns um die besitzzeitanteiligen Vorabpauschalen (Abs. 1 Satz 3)

7

Satz 3 regelt die Verminderung des Gewinns um die während der Besitzzeit besteuerten Vorabpauschalen.

Gewinn: Der nach Abs. 1 Sätze 1 und 2 errechnete Gewinn/Verlust ist um die während der Besitzzeit angesetzten Vorabpauschalen zu vermindern.

Während der Besitzzeit angesetzte Vorabpauschalen: Die kumulierten, dh. die jährlich zugeflossenen, Vorabpauschalen während der Besitzzeit des Anlegers an dem Investmentfondsanteil sind zu berücksichtigen. Wird der Investmentanteil vor dem fiktiven Zufluss gemäß § 18 Abs. 3 veräußert, ist die Vorabpauschale nicht mehr während der Besitzzeit zugeflossen und damit nicht zu berücksichtigen (s. § 18 Anm. 20). Angesetzt sind die Vorabpauschalen jährlich aufgrund des fiktiven Zuflusses am ersten Werktag, der auf das KJ. folgt, für das die Vorabpauschalen gem. § 18 Abs. 1 (im Jahr des unterjährigen Erwerbs iVm. § 18 Abs. 2) ermittelt wurden. Bei bilanzierenden Anlegern wurde jährlich ein aktiver Ausgleichsposten in Höhe der Vorabpauschale in der StBil. gebildet; bei den Einnahmenüberschussrechtern wurde ein jährlicher Merkposten gebildet. Im KapErtrStAbzugsverfahren ist unter den in Rz. 19.5 (BMF, Anwendungsfragen) beschriebenen Fällen (zB sofern aufgrund Freistellungsauftrag oder NV-Bescheinigungen keine KapErtrSt erhoben wurde) von angesetzten Vorabpauschalen auszugehen. Ebenso werden dort Fälle (zB Abzug der Vorabpauschale war mangels Liquidität nicht möglich) beschrieben, in denen keine Vorabpauschalen im KapErtrStAbzugsverfahren zu berücksichtigen sind. Besonderheiten bei Depotüberträgen sind in Rz. 19.6 und 19.7 (BMF, Anwendungsfragen) enthalten. Auch für das Veranlagungsverfahren beschreibt das BMF Besonderheiten, bei denen von einer angesetzten Vorabpauschale auszugehen ist und ebenso, wann dies nicht der Fall ist (zB Altersvorsorgeeinrichtungen, BMF, Anwendungsfragen, Rz. 19.8). Der Anleger hat für Investmentanteile, die im Ausland verwahrt werden (bzw. wurden), bei Veräußerung nachzuweisen, dass er die Vorabpauschale in den VZ der Auslandsverwahrung in der StErklärung deklariert hat bzw. der Sparer-Pauschbetrag jeweils nicht unterschritten war, sonst sind keine Vorabpauschalen bei der Veräußerungsgewinnermittlung abzuziehen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 19.9).

Vermindern: Die während der Besitzzeit der Investmentanteile angesetzten Vorabpauschalen werden vom Gewinn abgezogen, um eine Überbesteuerung zu vermeiden (BTDrucks. 18/8045, 89; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 19.4; *Delp*, DB 2017, 447 [449]: systemgerecht), da die Vorabpauschale dem Anleger in den Jahren, in denen er den Investmentfonds gehalten hat, nur fiktiv zugeflossen ist und nicht, wie die Ausschüttungen, den Rücknahmepreis mindert (vgl. *Krall/Watzlaw*, BB 2018, 2717 [2720]). Der Veräußerungserlös wird durch eine Vorabpauschale auch dann – über den Wortlaut hinaus (*Wenzel in Blümich*, § 19 InvStG 2018 Rz. 11 [8/2019]) – gemindert, wenn diese zwar angesetzt, aber bspw. aufgrund des Sparer-Pauschbetrags (BTDrucks. 18/8045, 89; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 19.4), einer Nichtveranlagungsbescheinigung oder einer Verlustverrechnung auf Bankebene (*Delp*, DB 2017, 447 [449]; *Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, Anh. 1, § 19 InvStG 2018 Rz. 2) (teilweise) nicht besteuert wurde. Durch diese Korrektur soll eine Doppelbesteuerung vermieden werden (*Delp*, DB 2017, 447 [449]; § 43a EStG Anm. J 16-4). In der StBescheinigung sind die Vorabpauschalen auch dann auszuweisen, wenn kein StAbzug vorzunehmen war (im Detail BMF v. 15.12.2017 – IV C 1 - S 2401/08/10001, BStBl. I 2018, 13, Rz. 29). Durch den Abzug der jeweils angesetzten Vorabpauschalen kann es insgesamt auch zu einem negativen Gewinn bzw. zu einem steuerwirksamen Verlust kommen (BTDrucks. 18/8045, 89; *Häuselmann*, Investmentanteile, 2019, Kap. 7 Rz. 81) oder ein bereits vorhandener Verlust kann sich erhöhen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 19.4). Bei

bilanzierenden Anlegern erfolgt im Jahr der Veräußerung des Investmentfondsanteils eine entsprechende gewinnmindernde Auflösung des aktiven Ausgleichpostens. Bei den Einnahmenüberschussrechnern mindert der Merkposten für die Vorabpauschale (s. § 18 Anm. 20) im Zeitpunkt des Zuflusses des Veräußerungserlöses den Veräußerungsgewinn (BTDrucks. 18/8045, 89; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 19.10 mit Beispiel; *Stadler/Bindl*, DStR 2016, 1953 [1958]; *Helios/Mann*, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 16). Bei Ermittlung des Veräußerungsgewinns dürfen daher die angesetzten Vorabpauschalen nicht – wie im PV – abgezogen werden, da die Korrektur schon durch die Auflösung der entsprechenden Ausgleichs- bzw. Merkposten erfolgt ist. Zusätzlich sind ggf. während der Besitzzeit des Anlegers bezogene stfreie Ausschüttungen gem. § 17 Abs. 3 zu berücksichtigen (*Faller/Wolf/Brielmaier*, DB 2016, 488 [491]; s. hierzu § 17 Anm. 15).

IV. Berücksichtigung der Vorabpauschalen ohne Anwendung der Teilfreistellung in voller Höhe (Abs. 1 Satz 4) 8

Satz 4 regelt die Berücksichtigung der angesetzten Vorabpauschale ungeachtet etwaiger Teilfreistellungen.

Angesetzte Vorabpauschalen: Siehe Erläuterungen zu Abs. 1 Satz 3.

Ungeachtet einer möglichen Teilfreistellung nach § 20 in voller Höhe zu berücksichtigen: Die Teilfreistellungssätze, die gem. § 20 auf die jeweiligen Vorabpauschalen bei deren jährlichem Zufluss zur Anwendungen kamen, werden für die Vorabpauschalen bei der Berechnung des Veräußerungsgewinns nicht berücksichtigt. Aufgrund der Nichtberücksichtigung der Teilfreistellungssätze mindern die (kumulierten) Vorabpauschalen ohne Abzüge stfreier Teilfreistellungen in voller Höhe den Veräußerungsgewinn (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 19.11; *Moritz/Strohm* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 19 Rz. 18)

Ermittlungsschema gem. Abs. 1 für das Privatvermögen:

(vgl. *Faller/Wolf/Brielmaier*, DB 2016, 488 [491]; *Patzner/Nagler* in *Patzner/Döser/Kempf*, 3. Aufl. 2017, § 19 Rz. 8):

Einnahmen aus der Veräußerung/Rückgabe für den Investmentanteil

– Veräußerungskosten des Investmentanteils

– AK (inkl. ANK) des Investmentanteils

+ während der Besitzzeit des Anlegers bezogene stfreie Ausschüttungen (§ 17 Abs. 3)

– während der Besitzzeit des Anlegers angesetzte Vorabpauschalen in voller Höhe (dh. vor Teilfreistellung)

= Gewinn/Verlust aus der Veräußerung des Investmentanteils

– Teilfreistellungssatz

= stpfl. Gewinn/Verlust aus der Veräußerung des Investmentanteils

Einstweilen frei.

9

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Veräußerungsfiktion bei Verlust der Eigenschaft als Investmentfonds

10 I. Veräußerungsfiktion des Investmentanteils (Abs. 2 Satz 1)

Satz 1 regelt die fiktive Veräußerung, wenn ein Investmentfonds aus dem Anwendungsbereich des InvStG fällt.

Ein Investmentfonds fällt nicht mehr in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes: „Nicht mehr in den Anwendungsbereich des InvStG fallen“ setzt voraus, dass das Kapitalanlagevehikel bisher die Voraussetzungen eines Investmentfonds gem. § 1 Abs. 2 (§ 1 Anm. 6, 10) erfüllt hat und nachträglich aus dem Anwendungsbereich des InvStG herausfällt (BTDrucks. 18/8045, 90; *Moritz/Strohm in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 19 Rz. 20). Sofern die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 nicht mehr erfüllt sind, fällt es aus dem Anwendungsbereich des InvStG. Dies ist ua. der Fall, wenn das Kapitalanlagevehikel die Voraussetzungen von § 1 Abs. 1 Satz 1 KAGB nicht mehr erfüllt oder wenn das Kapitalanlagevehikel iSv. § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 künftig im Ansässigkeitsstaat einer Ertragsbesteuerung unterliegt (BTDrucks. 18/8045, 90; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 19.16). Maßgeblicher Zeitpunkt soll nach Auffassung der FinVerw. (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 19.16) der Tag sein, an dem die Voraussetzungen erstmalig nicht mehr erfüllt werde. Dies kann bspw. der Tag sein, an dem eine Rechtsänderung in einem ausländ. Staat in Kraft tritt, nach der der Investmentfonds nicht mehr einer Investmentaufsicht unterliegt, oder bei einem Investmentfonds iSd. § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 der Tag, an dem eine Ertragsbesteuerung eingeführt wird. Sofern sich ein Zeitpunkt klar aus einem Gesetz bestimmen lässt, ist dem zuzustimmen. In Anlehnung an die Auffassung der FinVerw. zur Mitteilungspflicht bei einem wesentlichen Verstoß gegen die Vermögenszusammensetzung und damit den Änderungen der Teilfreistellungsätze (BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:001, BeckVerw. 342885, Rz. 1) sollte der Wegfall der Investmentfondseigenschaft ebenso nach § 153 Abs. 2 AO der zuständigen Finanzbehörde mitzuteilen sein und der Anleger und die Entrichtungspflichtigen der KapErtrSt unverzüglich zu informieren sein. Zu Besonderheiten im KapErtrStAbzugsverfahren, wenn der relevante Zeitpunkt der auszahlenden Stelle erst später bekannt wird, und zur entsprechenden Korrektur durch den Anleger im Veranlagungsverfahren s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 19.17.

Geltung der Anteile als veräußert: Zunächst wird fingiert, dass diese Anteile als veräußert gelten, wenn das Kapitalanlagevehikel aus dem Anwendungsbereich des InvStG fällt (Abs. 2 Satz 1). Mittels einer weiteren Fiktion in Abs. 2 Satz 2 („so gelten“) wird der Veräußerungserlös bestimmt. Das Gesetz fingiert eine Veräußerung des Investmentanteils, um eine klare Abgrenzung der Besteuerungssysteme des InvStG und des allgemeinen StRechts sicherzustellen (BTDrucks. 18/8045, 90). Als Veräußerungserlös ist gem. § 19 Abs. 2 Satz 2 der gemeine Wert des Investmentanteils zum Zeitpunkt des Wegfalls der Voraussetzungen eines Investmentfonds anzusetzen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 19.19).

Rechtsfolge, wenn ein Investmentfonds aus dem Anwendungsbereich des InvStG fällt, ist, dass seine Anteile in diesem Zeitpunkt fiktiv als veräußert gelten. Der Veräußerungsgewinn aus dieser fiktiven Veräußerung ist nach Auffassung der FinVerw. in dem Veranlagungsjahr zu versteuern, in dem die Fiktion eingetreten ist (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 19.18), da das Gesetz für diesen Fall keine Stundung der auf den Veräußerungsgewinn entfallenden Steuer vorsieht (vgl. *Elser* in

Beckmann/Scholtz/Vollmer, Investment, § 19 InvStG 2018 Rz. 26 [6/2018], „dry income tax“. Die FinVerw. verkennt aber, dass es auch im Bereich der Investmentfonds eine Stundungsregelung gibt, wenn die Voraussetzungen der Teilfreistellung wegfallen (§ 22 Abs. 3), und auch die Übergangsregelungen vom InvStG 2004 zum InvStG 2018 entsprechende Regelungen (§ 56 Abs. 3) vorsehen, dass die Veräußerungsgewinnbesteuerung aus einer fiktiven Veräußerung erst bei tatsächlicher Veräußerung zur Anwendung kommt. Regelungswille des Gesetzgebers war daher eine Stundung der Steuer von fiktiven Veräußerungen bis zur tatsächlichen Veräußerung einzuführen. Der Gesetzgeber sollte eine solche Stundungsregelung ebenso in § 19 ergänzen.

II. Fiktion des Veräußerungserlöses (Abs. 2 Satz 2)

11

Satz 2 fingiert („gilt“) den Veräußerungserlös als den gemeinen Wert der Investmentanteile zu dem Zeitpunkt, zu dem der Investmentfonds aus dem Anwendungsbereich des InvStG fällt.

Gemeiner Wert: Für die Bemessung des Erlöses aus der fiktiven Veräußerung gem. Satz 1 wird auf den gemeinen Wert der Investmentanteile abgestellt (BTDrucks. 18/8045, 90). Der gemeine Wert bestimmt sich nach dem Börsen- bzw. Marktpreis, sofern diese nicht vorliegen, nach dem *net asset value*/NAV = Nettoinventarwert (§ 17 Anm. 5; *Jung* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 19 Rz. 74 [6/2020]; *Moritz/Strohm* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 19 Rz. 21: Gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 BewG ist der niedrigste am Stichtag im regulierten Markt notierte Kurs als gemeiner Wert heranzuziehen).

Zeitpunkt, zu dem der Investmentfonds nicht mehr in den Anwendungsbereich fällt: Den Zeitpunkt, in dem ein Investmentfonds aus dem Anwendungsbereich des InvStG fällt, regelt Satz 1.

§ 20 Teilfreistellung

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731), zuletzt geändert durch WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) KöMoG v. 25.6.2021 (BGBl. I 2021, 2050)

(1) ¹Steuerfrei sind bei Aktienfonds 30 Prozent der Erträge (Aktienteilfreistellung). ²Bei natürlichen Personen, die ihre Investmentanteile im Betriebsvermögen halten, beträgt die Aktienteilfreistellung 60 Prozent. ³Bei Anlegern, die dem Körperschaftsteuergesetz unterliegen, beträgt die Aktienteilfreistellung 80 Prozent. ⁴Die Sätze 2 und 3 gelten nicht,

1. wenn der Anleger ein Lebens- oder Krankenversicherungsunternehmen ist und der Investmentanteil den Kapitalanlagen zuzurechnen ist oder
2. wenn der Anleger ein Institut oder Unternehmen nach § 3 Nummer 40 Satz 3 des Einkommensteuergesetzes oder nach § 8b Absatz 7 des Körperschaftsteuergesetzes ist und der Investmentanteil dem Handelsbestand im Sinne des § 340e Absatz 3 des Handelsgesetzbuchs zuzuordnen oder zum Zeitpunkt des Zugangs zum Betriebsvermögen als Umlaufvermögen auszuweisen ist.

⁵Satz 4 Nummer 1 gilt entsprechend, wenn der Anleger ein Pensionsfonds ist.

(2) Bei Mischfonds ist die Hälfte der für Aktienfonds geltenden Aktienteilfreistellung anzusetzen.

(3) ¹Bei Immobilienfonds sind 60 Prozent der Erträge steuerfrei (Immobilienteilfreistellung). ²Bei Auslands-Immobilienfonds sind 80 Prozent der Erträge steuerfrei (Auslands-Immobilienteilfreistellung). ³Die Anwendung der Immobilienteilfreistellung oder der Auslands-Immobilienteilfreistellung schließt die Anwendung der Aktienteilfreistellung aus.

(3a) Die Absätze 1 bis 3 gelten auch für Investmentanteile, die mittelbar über Personengesellschaften gehalten werden. Satz 1 ist nicht auf Personengesellschaften anzuwenden, die nach § 1a des Körperschaftsteuergesetzes zur Körperschaftsbesteuerung optiert haben.

(4) Weist der Anleger nach, dass der Investmentfonds die Aktienfonds- oder Mischfonds-Kapitalbeteiligungsquote oder Immobilienfonds- oder Auslands-Immobilienfondsquote während des Geschäftsjahres tatsächlich durchgehend überschritten hat, so ist die Teilfreistellung auf Antrag des Anlegers in der Veranlagung anzuwenden.

(5) Bei der Ermittlung des Gewerbeertrags nach § 7 des Gewerbesteuergesetzes sind die Freistellungen nach den Absätzen 1 bis 3 nur zur Hälfte zu berücksichtigen.

Autor: Dr. Matthias *Remmel*, LL.M., EMBA, Rechtsanwalt, Bad Nauheim

Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 20

1

Grundinformation: § 20 regelt vor dem Hintergrund einer Besteuerung bestimmter Einkünfte eines Investmentfonds auf der Ebene von Investmentfonds die teil-

weise stl. Freistellung von Erträgen bestimmter Investmentfonds bei den Anlegern. Dazu regelt Abs. 1 die Höhe der Aktienteilfreistellung (30 %, 60 % oder 80 %) für die jeweilige stl. Anlegergruppe (zB PV, BV). Aufgrund von Abs. 2 gelten die Aktienteilfreistellungssätze für Anleger in Mischfonds nur zur Hälfte. Abs. 3 normiert die Teilfreistellungssätze für Immobilienfonds und Auslands-Immobilienfonds (60 % bzw. 80 %) und dass die Anwendung der Auslands- bzw. Immobilienteilfreistellung die gleichzeitige Anwendung der Aktienteilfreistellung für einen Investmentfonds ausschließt. Abs. 3a S. 1 regelt mittels einer Fiktion, dass die Abs. 1 bis 3 auch für Investmentanteile gelten, die mittelbar über PersGes. gehalten werden. Abs. 3a S. 2 normiert, dass die Regelungen des Satz 1 zu mittelbar über Personengesellschaften gehaltenen Teilfreistellungsregelungen nicht auf Personengesellschaften anzuwenden sind, die nach § 1a des KStG zur KSt optiert haben. Abs. 4 bietet dem Anleger selbst die Möglichkeit, die Voraussetzungen der Teilfreistellung für einen Investmentfonds in der Veranlagung nachzuweisen. Abs. 5 regelt die Anwendung der Teilfreistellungssätze bei der Ermittlung des Gewerbeertrages des Anlegers, erlaubt deren Berücksichtigung aber nur zur Hälfte.

Rechtsentwicklung: Die Norm wurde durch das Investmentsteuerreformgesetz (InvStRefG) v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731) eingeführt.

- ▶ „JStG 2018“ v. 11.12.2018 (BGBl. I 2018, 2338; BStBl. I 2018, 1377): In Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und 2 wurden die Tatbestandsmerkmale „mindestens 51 Prozent“ zu „mehr als 50 Prozent“ und „Wertes des Investmentfonds“ zu „Aktivvermögens des Investmentfonds“ geändert. Diese Änderung basiert auf den entsprechenden Änderungen in § 2. In § 2 werden die „Begriffsbestimmungen“ im InvStG geregelt, zB welcher Fonds als Aktien-, Misch- und Auslands-Immobilienfonds qualifiziert.
- ▶ *WElektroMobFördG* („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17): § 20 Abs. 1 Satz 4 Nr. 2 wurde an die Regelung des § 8b Abs. 7 KStG bzw. § 3 Nr. 40 EStG angepasst, die bereits mit Gesetz v. 20.12.2016 (BGBl. I 2016, 3000) seinerseits geändert wurde. Neu eingefügt wurde Abs. 1 Satz 5. Dieser regelt, dass Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 entsprechend gilt, wenn es sich bei dem Anleger um einen Pensionsfonds handelt. Durch die Änderung des § 20 Abs. 3 wurde dort die Definition des Auslands-Immobilienfonds gestrichen und durch eine entsprechende Änderung in § 2 Abs. 9 überführt. Dort wurde insgesamt die Definition für Immobilienfonds und Auslands-Immobilienfonds angepasst und konkretisiert (s. § 2 Anm. 20, 20a). Der geänderte Abs. 3 nimmt nun nur noch die Begriffe des ebenfalls geänderten § 2 Abs. 9 der „Immobilienteilfreistellung“ und der „Auslands-Immobilienteilfreistellung“ auf und weist ihnen die Teilfreistellung von 60 % bzw. 80 % zu. Der neue Abs. 3a (seit der Ergänzung von Abs. 3a um Satz 2 durch das KöMiG, s.u., Abs. 3a Satz 1) normiert, dass die Teilfreistellungen des § 20 Abs. 1 bis 3 auch für Investmentanteile gelten, die mittelbar über PersGes. gehalten werden (vgl. BTDrucks. 19/13436, 177). In Abs. 4 wurde der Begriff „Anlagegrenzen“ durch „Aktienfonds- oder Mischfonds-Kapitalbeteiligungsquote“ oder „Immobilienfonds- oder Auslands-Immobilienfondsquote“ ersetzt und damit an § 2 Abs. 6, 7 und 9 angepasst.
- ▶ Der BRat hat im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum *WElektroMobFördG* („JStG 2019“) (BRDrucks. 356/19, 78) gebeten, die Norm des § 20 Abs. 4 InvStG, die dem Anleger einen individuellen Nachweis ermöglicht, um für seine Investorserträge eine Teilfreistellung nach § 20 Abs. 1, 2 oder 3 zu erhalten, zu überprüfen, ob diese Regelung wirklich – wie in der seinerzeitigen

Gesetzesbegründung (BRDrucks. 119/16, 103) dargelegt – aus europarechtl. Gründen geboten ist. Nach Auffassung des BRat (ausführliche Begr. BRDrucks. 356/19, 78 ff.) eröffnet die Nachweismöglichkeit erhebliches Gestaltungspotenzial und stellt die FÄ vor kaum zu bewältigende Herausforderungen. Diese Prüfbitte wurde jedoch im Gesetzgebungsverfahren nicht umgesetzt.

- ▶ *KöMoG v. 25.6.2021* (BGBl. I 2021, 2050): Durch das KöMoG wurde Abs. 3a Satz 2 in § 20 aufgenommen. Dadurch wird der bisherige Abs. 3a Satz 1 des ergänzten Abs. 3a. Satz 2 normiert, dass die Regelungen des Satz 1 zu mittelbar über Personengesellschaften gehaltenen Teilfreistellungsregelungen nicht auf Personengesellschaften anzuwenden sind, die nach § 1a des KStG zur KSt optiert haben.

Bedeutung: Um die stl. Vorbelastung mit KSt (s. § 6 Anm. 15) sowie die fehlende Anrechnungsmöglichkeit ausländ. (Quellen-)Steuern (insbes. auf ausländ. Immobilienerträge) auf Ebene des Investmentfonds und den Ausschluss der Befreiungsvorschriften nach § 3 Nr. 40 EStG bzw. § 8b KStG auf Ebene der Anleger auszugleichen, werden auf Ebene der Anleger pauschalierte Teilfreistellungen der Erträge in Abhängigkeit von der Einordnung – aufgrund des Anlageschwerpunktes – eines Investmentfonds als Aktien-, Misch- oder Immobilienfonds auf die Erträge angewendet (BTDrucks. 119/16, 58; *Stadler/Bindl*, DStR 2016, 1953 [1959]; *Helios/Mann*, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 16; *Mertesdorf-Perathoner* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 20 Rz. 10 [6/2020]: krit. bezüglich der Vorbelastung ausländ. Zinserträge mit ausländ. Quellensteuer). Sofern Investmentfonds als Aktien- oder Mischfonds qualifizieren, ist die Höhe des Teilfreistellungssatzes zudem von der stl. Anlegergruppe (PV, BV und spezielle Anleger wie Lebens- oder Krankenversicherungsunternehmen) abhängig. Den im Gesetz vorgesehenen Freistellungssätzen liegen wirtschaftliche Studien zu Grunde (BRDrucks. 119/16, 102). Die Teilfreistellung soll verhindern, dass eine kollektive Kapitalanlage über einen Investmentfonds höher besteuert wird als eine Direktanlage (zB Aktienfonds vs. Einzelaktien) (BTDrucks. 18/8045, 91; *Delp*, DB 2017, 447 [450]). Die Teilfreistellungen werden pauschal gewährt, so dass es unerheblich ist, ob und in welchem Ausmaß der Investmentfonds besteuert wurde (*Böcker*, NWB 2016, 2789 [2793]; *Stadler/Bindl*, DStR 2016, 1953 [1959] Fn. 28). Die Teilfreistellung ist auf alle Ertragsarten (§ 16 Abs. 1) eines Investmentfonds anzuwenden. Sofern ein Investmentfonds nicht in eine dieser drei Kategorien fällt, hat der Anleger die Erträge voll zu versteuern.

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher Geltungsbereich:* § 20 regelt die Voraussetzungen, unter denen im Fall bestimmter Investmentfonds eine Teilfreistellung zur Anwendung kommt, und die Höhe der Teilfreistellungssätze, die bei Aktien- und Mischfonds von der Art des Anlegers abhängig sind, für alle Ertragsarten eines Investmentfonds.
- ▶ *Persönlicher Geltungsbereich:* § 20 gilt für in- und ausländ. Investmentfonds und (nur) für inländ. Anleger solcher Investmentfonds. Zu einem Sonderfall s. § 16 Anm. 1.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* § 20 gilt ab dem 1.1.2018, s. § 56 Abs. 1. Die Änderungen in Abs. 3 erfolgten durch das „JStG 2018“ v. 11.12.2018 (BGBl. I 2018, 2338; BStBl. I 2018, 1377) und sind gem. § 56 Abs. 1 Satz 6 auf Investorserträge anzuwenden, die nach dem 10.8.2018 zufließen oder als zugeflossen gelten. Die weiteren Änderungen in Abs. 3, die Änderungen in Abs. 1 und Abs. 4 sowie der neue Abs. 3a S. 1 wurden durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) eingeführt und gel-

ten ab dem 1.1.2020 (§ 57 Satz 1 Nr. 7). Durch das KöMoG (BGBl. I 2021, 2050) wurde Abs. 3a Satz 2 mit Anwendung ab dem 1.1.2022 (§ 57 Abs. 6 Nr. 3) eingefügt.

Verhältnis zu anderen Vorschriften:

- ▶ *Verhältnis zum Europarecht:* Die Nachweismöglichkeit des Anlegers im Veranlagungsverfahren gem. Abs. 4, dass der Investmentfonds die Voraussetzung der Teilfreistellung erfüllt, ist auf unionsrechtl. Anforderungen zurückzuführen, die sich aus dem Europäischen Recht ergeben (BRDrucks. 119/16, 103, mit Verweis auf EuGH v. 9.10.2014 – C-326/12 – van Caster/van Caster, IStR 2014, 808). Im Zusammenhang der Beschränkung der Teilfreistellung auf inländ. Anleger eines inländ. und ausländ. Investmentfonds werden Zweifel an der EU-Rechtskonformität geäußert (zum Meinungsstand *Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 20 InvStG 2018 Rz. 4; *Mann* in *Blümich*, § 20 InvStG 2018 Rz. 6 [3/2020]; *Mertesdorf-Perathoner* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 20 Rz. 62, 69 [6/2020]; *Kleutgens* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 20 Rz. 27). Die Zweifel an der Europarechtskonformität werden auch unter Hinweis auf die Vergleichbarkeit mit der „Pkw-Maut“ (Gesetz zur Einführung einer Infrastrukturabgabe für die Benutzung von Bundesfernstraßen v. 8.6.2015; BGBl. I 2015, 904) und das diesbezügliche EuGH-Urt. (EuGH v. 18.6.2019 – C-591/17, NVwZ 2019, 1023), welches die deutsche Pkw-Maut für unvereinbar mit dem Europarecht erklärt, geäußert (*Herr/Stiefel*, IStR 2019, 929 [931]), da eine faktische Beschränkung des § 20 auf den inländ. Anleger stattfindet, weil dieser mit der Teilfreistellung die Ertragsbesteuerung auf Fondsebene nur für inländ. Anleger ausgleiche. Dieses Urt. ist jedoch im Rahmen von § 20 ohne Bedeutung, da bei ausländ. Anlegern – als entsprechende Vergleichsgruppe – aufgrund ihrer beschränkten StPflcht (s. Anm. 1) die Investmenterträge bereits keiner Besteuerung unterliegen (so ausführl. *Mann* in *Blümich*, § 20 InvStG 2018 Rz. 6 [11/2020]).
- ▶ *Verhältnis zum Verfassungsrecht:* In der Literatur (*Mann* in *Blümich*, § 20 InvStG 2018 Rz. 7 [3/2020], mit ausführlicher Begr.; *Kleutgens* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 20 Rz. 27) wird die Vereinbarkeit mit dem Verfassungsrecht bejaht, da insbes. gegen die typisierende Freistellung bei den Anlegern, dh. unabhängig von der tatsächlichen Vorbelastung auf Fondsebene, keine Bedenken bestehen.
- ▶ *Verhältnis zu § 2:* § 2 als Norm für Begriffsbestimmungen des InvStG definiert auch Tatbestandmerkmale des § 20 wie Aktienfonds (Abs. 6), Mischfonds (Abs. 7), Immobilienfonds und Auslands-Immobilienfonds (Abs. 9).
- ▶ *Verhältnis zu § 6:* § 6 Abs. 2 normiert, dass ein Investmentfonds selbst mit bestimmten Einkünften der KSt und unter den besonderen Voraussetzungen des § 15 der GewSt unterliegt (intransparentes Besteuerungsregime, s. Einf. Anm. 5). Diese sind gem. § 6 Abs. 2 inländ. Beteiligungseinnahmen (§ 6 Abs. 3), inländ. Immobilienerträge (§ 6 Abs. 4) und sonstige inländ. Einkünfte (§ 6 Abs. 5) (s. § 6 Anm. 10, 25, 30). Aufgrund der Spezialnorm des § 33 Abs. 2 werden ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche inländ. Immobilienerträge eines Spezial-Investment-Zielfonds in Immobilienerträge nach § 6 Abs. 4 umqualifiziert, wenn der Anteilseigner ein Investmentfonds (bzw. ein Spezial-Investmentfonds) ist (§ 33 Abs. 2 Satz 1). § 33 Abs. 4 enthält eine entsprechende Regelung für sonstige nicht abzugspflichtige inländ. Einkünfte von § 6 Abs. 5 (*Bindl/Stadler*, BB 2017, 1943 [1944]; s. § 16 Anm. 5).

- ▶ *Verhältnis zu § 16:* Die Teilfreistellung findet auf alle Ertragsarten des § 16 Abs. 1 Anwendung (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 20.1).
- ▶ *Verhältnis zu § 17:* Die Teilfreistellung findet auf den stpfl. Teil des Ertrags Anwendung.
- ▶ *Verhältnis zu § 18:* Die Regelungen zur Teilfreistellung finden auf die Vorabpauschale Anwendung.
- ▶ *Verhältnis zu § 19:* Die Regelungen zur Teilfreistellung kommen auf den Gewinn aus der Veräußerung von Investmentanteilen zur Anwendung.
- ▶ *Verhältnis zu § 21:* § 21 regelt die korrespondierende Anwendung beim Abzug von BVMMinderungen und BA. Dieser Grundsatz gilt auch beim mittelbaren Halten der Investmentanteile über PersGes. (BTDrucks. 19/13436, 175 zu § 20 Abs. 3a zum WElektroMobFördG/„JStG 2019“ v. 12.12.2019, BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17; Haug, FR 2021, 410, 412 dort auch zu § 20 Abs. 3a S. 2).
- ▶ *Verhältnis zu § 22:* Keine Teilfreistellung auf Anlegerebene, wenn sich aus dem Anlageverhalten des Investmentfonds ergibt, dass von Anfang an beabsichtigt war, die Anlagebedingungen nicht einzuhalten, s. § 22 Anm. 1.
- ▶ *Verhältnis zu § 43 Abs. 3 EStG:* Auf ausgeschüttete oder ausschüttungsgleiche Erträge, die aus Ausschüttungen von Investmentfonds, Vorabpauschalen oder Gewinnen aus der Veräußerung von Investmentanteilen stammen, ist die Teilfreistellung nach § 20 entsprechend anzuwenden.
- ▶ *Verhältnis zu § 43a Abs. 2 Satz 1 EStG:* § 43a Abs. 2 Satz 1 EStG regelt die Berücksichtigung der Teilfreistellungssätze im KapErtrStAbzugsverfahren. Im Rahmen des KapErtrStAbzugs werden nur die geringeren Teilfreistellungssätze für Privatanleger berücksichtigt. Auch bei Ansatz von Ersatzbemessungsgrundlagen ist die Teilfreistellung zu berücksichtigen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 20.7). Die höheren Teilfreistellungssätze für die betrieblichen Anlegergruppen bei Aktien- und Mischfonds sind im Rahmen der Veranlagung geltend zu machen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 20.6; Böcker, NWB 2016, 2789 [2793]). Die Berücksichtigung der Teilfreistellungssätze für alle stl. Anlegergruppen im KapErtrStAbzugsverfahren ist zu aufwendig, da die entsprechenden anlegerbezogenen Informationen bei den depotführenden Kreditinstituten hinterlegt und die Änderungen überwacht werden müssten (BTDrucks. 18/8739, 119; Stadler/Bindl, DStR 2016, 1953 [1960]). § 43a Abs. 2 EStG verweist bezüglich der Nichtanwendung der stl. anlegergruppenbezogenen Teilfreistellungssätze im KapErtrStAbzugsverfahren nur auf die diesbezügliche materielle Regelung des § 20 Abs. 1 Sätze 2 bis 4 für Aktienfonds, nicht aber auf § 20 Abs. 2, der die Teilfreistellungssätze für Mischfonds regelt. Hierzu wird die Auffassung vertreten, dass es sich insoweit um ein redaktionelles Versehen des Gesetzgebers handle (Stadler/Bindl, DStR 2016, 1953 [1960]) und die Beschränkung auch bei Mischfonds zu beachten sei (§ 43a Anm. J 16-4). Dem ist zuzustimmen, denn die Gesetzesbegründung macht deutlich, dass gerade der Vereinfachungsaspekt für das KapErtrStAbzugsverfahren gewollt war (BTDrucks. 18/8739, 119). Daher würde der gesetzgeberische Wille nicht erreicht werden, wenn diese Vereinfachungsregelungen bei Mischfonds nicht gelten würden. Durch die Zugrundelegung der für den Privatanleger geltenden Teilfreistellungssätze im StAbzugsverfahren soll jedoch erreicht werden, dass diese nicht zur Steuer veranlagt werden müssen, um in den Genuss der Teilfreistellungen zu gelangen und der KapErtrStAbzug damit abgeltende Wirkung entfalten kann (BTDrucks. 18/

8739, 119f). Der betriebliche Anleger ist dagegen ohnehin verpflichtet, im Veranlagungsverfahren seine Erträge aus Investmentfonds zu deklarieren. Durch die Nichtanwendung der für ihn höheren Teilfreistellungssätze als beim KapErtrStAbzug berücksichtigt erleiden diese jedoch einen Liquiditätsnachteil in entsprechender Höhe bis zum Abschluss des jeweiligen Veranlagungsverfahrens, sofern es sich nur um Ertragsarten handelt, die den StAbzug unterliegen.

- ▷ Sofern ein Investmentfonds im inländ. Depot verwahrt wird, erhalten die inländ. depotführenden Stellen die stl. Klassifizierung, ob es sich um einen Investmentfonds handelt, der einer Teilfreistellung unterfällt, vom WM-Datenservice. Der WM-Datenservice erhält die Klassifizierung von der jeweiligen Kapitalverwaltungsgesellschaft. Diese Information bildet die Grundlage für das KapErtrStAbzugsverfahren (im Detail s. *Ebner*, RdF 2017, 305 [308]). Der Anleger wird bei einer Vielzahl von Kapitalverwaltungsgesellschaften die Klassifizierung der Investmentfonds auf der Homepage abrufen und/oder die Information aus dem Verkaufsprospekt des jeweiligen Investmentfonds entnehmen können.
- ▶ *Verhältnis zu § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 9 EStG*: § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 9 EStG normiert eine „Teilfreistellung“ von 15 % für fondsgebundene Lebensversicherungen (*Delp*, DB 2017, 447 [455]).
- ▶ *Verhältnis zu § 22 Nr. 5 Satz 15 EStG*: § 22 Nr. 5 Satz 15 EStG verhindert die doppelten StBefreiung bei Altersvorsorgeverträgen. Durch das InvStG 2018 wurde als Folge der Besteuerung auf Fondsebene eine Teilfreistellung von der Besteuerung auf Anlegerebene in § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 9 EStG normiert. Um eine doppelte StFreistellung bei Altersvorsorgeverträgen zu verhindern, greift danach die StFreistellung nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 9 EStG nur, wenn vorher keine StFreistellung erfolgt ist (Nr. 5 Satz 15 aF, eingeführt durch das Betriebsrentenstärkungsgesetz v. 17.8.2017, BGBl. I 2017, 3214; Änderung gilt ab 1.1.2018). Darunter fallen Altersvorsorgeverträge in Form privater Riester-Verträge (StBefreiung der Einkünfte auf Fondsebene nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 InvStG 2018) und Fälle der schädlichen Verwendung des Riester-Vermögens nach bisheriger Rechtslage. Im zuletzt genannten Fall kommt durch Anwendung des Freistellungsverfahrens ein doppelter Vorteil zum Tragen: zum einen durch die Abstandnahme in der Ansparphase und zum anderen durch die Freistellung bei der Auszahlung (BTDrucks. 18/11286, 63). Die eingeschränkte Anwendung des § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 9 gilt jedoch nur bis VZ 2020 (*Nacke in Blümich*, § 22 EStG Rz. 207 f. [11/2020]). Die Gefahr der doppelten StFreistellung, die nach § 22 Nr. 5 Satz 15 aF verhindert werden soll und die eintreten kann, wenn auf der Fondsebene eine StBefreiung nach §§ 8 bis 12 InvStG und beim Anleger nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 9 erfolgt, wird ab VZ 2021 (BTDrucks. 19/22850, 87 f.) dadurch verhindert, dass generell die StFreistellung nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 9 ausgeschlossen wird (*Nacke in Blümich*, § 22 EStG Rz. 207 f. [11/2020]; BTDrucks. 19/22850, 87 f.; Anemüller, ErbstB 2021, 58, 62).
- ▶ *Verhältnis zu § 32d Abs. 5 Satz 1 EStG*: § 32d Abs. 1 Satz 2 EStG stellt den Grundsatz auf, dass die anrechenbare ausländ. (Quellen-)Steuer die Steuer nach Abs. 1 Satz 1 (also die Est) vermindert. Dies dient der Vermeidung der Doppelbesteuerung. Wie dies geschieht, regelt Abs. 5 (*Werth in Blümich*, § 32d EStG Rz. 105 [11/2020]). Durch das JStG 2020 v. 21.12.2020 (BGBl. I 2020, 3096) wurde das Verhältnis zu § 20 InvStG klargestellt. Danach ist vor der Anrechnung der ausländ. Steuer zunächst die Teilfreistellung nach § 20 InvStG anzuwenden.

Aus dem hiernach verbleibenden, um den Teilfreistellungssatz gekürzten Kapitalertrag ist nach Abs. 5 der Höchstbetrag (25%) zu errechnen. Bis zu dieser Höhe ist die tatsächlich angefallene ausländ. Steuer anrechenbar (BTDrucks. 19/22850, 92; im Detail *Werth in Blümich*, § 32d EStG Rz. 110 [11/2020]).

- ▶ *Verhältnis zu § 15 Abs. 2a KStG*: § 15 Abs. 2a KStG regelt die Besonderheiten der Ermittlung der Teilfreistellungssätze im Falle einer Organschaft. Für die Teilfreistellung ist gem. § 15 Satz 1 Nr. 2a KStG grds. der Steuerstatus des OT relevant. § 15 Satz 1 Nr. 2a KStG folgt der Systematik zur Anwendung des § 8b KStG in Organschaftsfällen und versagt die Anwendung der Teilfreistellung auf Ebene der OG (*Jansen/Greger*, RdF 2019, 132 [139]; *Kleutgens in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 20 Rz. 15). Dieser Grundsatz gilt nicht für Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen, auch nicht für Kredit- und Finanzdienstleistungsunternehmen als OG, die ihre Anteile an den Investmentfonds im Rahmen ihrer Kapitalanlagen bzw. im Handelsbuch halten. Gemäß § 15 Satz 1 Nr. 2a Satz 5 ist in diesen Fällen der Steuerstatus der OG relevant (*Stadler/Jetter/Rosenberg/Placke*, DB 2018, Beilage Nr. 4/2018, 7). Zur Ermittlung der GewSt im Rahmen von Abs. 5 bei Organschaften s. *Mann in Blümich*, § 20 InvStG 2018 Rz. 54 [3/2020]; *Mertesdorf-Perathoner in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 20 Rz. 77 [6/2020]).
- ▶ *Verhältnis zu § 21 Abs. 1 Satz 2 KStG*: Das BMF-Schreiben v. 19.12.2019 (BMF v. 19.12.2019 – IV C 2 – S 2775/19/10001:002, 2019/1092178; BStBl. I 2019, 1376, Rz. 3.5) erläutert die stfreien Beträge im Zusammenhang mit dem InvStG.

Einstweilen frei.

2–4

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Teilfreistellung bei Aktienfonds

5

I. Teilfreistellung aller Erträge

Für alle Arten der Teilfreistellung (Aktien-, Misch- oder Immobilienfonds) gilt, dass diese auf alle Ertragsarten (§ 16 Abs. 1) eines Investmentfonds anzuwenden sind; somit auf Ausschüttungen, Vorabpauschalen und den Gewinn aus Veräußerungen, Rückgaben, Abtretungen, Entnahmen oder verdeckten Einlagen von Investmentanteilen (BTDrucks. 18/8045, 90; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 20.1). Entsprechendes gilt für die weiteren, der Veräußerung gleichgestellten Realisationsstatbestände gem. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 20.1 iVm. 2.50. Die Teilfreistellung findet gleichermaßen Anwendung, wenn negative Erträge bzw. Verluste erzielt werden. Dies hat zur Folge, dass die Teilfreistellung den stl. anzusetzenden Verlust mindert (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 20.2). Ebenso findet die Teilfreistellung Anwendung, wenn eine Teilwertabschreibung (Wertaufholung) nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 EStG nach vorheriger Teilwertabschreibung des Investmentanteils nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG iVm. § 21 Satz 2 vorzunehmen ist (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 20.3). Die Teilfreistellung findet auch auf den stpfl. Teil der Ausschüttung bei einem sich in der Abwicklung befindenden Investmentfonds (§ 17) Anwendung. § 20 differenziert nicht zwischen inländ. (§ 2 Abs. 2) und ausländ. (§ 2 Abs. 3) Investmentfonds, so dass die Teilfreistellung auf in- und ausländ. Investmentfonds gleichermaßen Anwendung findet. Die Teilfreistellung gilt, sofern die jeweiligen Voraussetzungen für den Investmentfonds als Aktien-, Misch- oder Immobilienfonds gegeben sind, auch für alle übrigen Erträge des Investment-

fonds wie Zinserträge und Gewinne aus Derivaten. Das heißt, sofern zB die Voraussetzungen des Aktienfonds erfüllt sind, also der Investmentfonds neben den weiteren Voraussetzungen mehr als 50 % seines Aktivvermögens (§ 2 Abs. 6 Satz 1) in Kapitalbeteiligungen anlegt, ist es unerheblich, in welche weiteren Anlagegegenstände der Investmentfonds investiert. Auch wenn die weiteren Anlagen zu 49,99 % in Rentenspapieren erfolgen, die auf Ebene des Investmentfonds nicht kstpfl. sind (§ 6 Anm. 15) und meist bei ausländ. Rentenspapieren auch keiner (Quellen-)Steuer im Ausland unterliegen, werden 30 % aller Erträge im PV freigestellt (vgl. BTDrucks. 18/8045, 54). Im Gesetzgebungsverfahren (BTDrucks. 18/8739, 97) wurde dies kritisiert, da Zinseinnahmen im PV, sofern diese der Abgeltungsteuer unterliegen, ansonsten voll mit 25 % besteuert würden, so aber eine Freistellung von 30 % der Zinseinnahmen erfolgt. Bei gewerblichen Investoren liegt die Freistellung sogar bei 60 % bzw. 80 %. Im Gesetzgebungsverfahren wurde daher befürchtet, dass ua. durch die unklare Gesamtwirkung von stl. Vorbelastung auf Fondsebene sowie typisierter Vorabpauschalen und pauschaler Teilfreistellung der Erträge auf Anlegerebene neue Gestaltungs- und Umgehungsmöglichkeiten eröffnet würden (BTDrucks. 18/8739, 97). Hahne (DStR 2021,1137, 1144) spricht sich neben der Aktien-, Misch- und Immobilienfondsteilfreistellung für eine zusätzliche Teilfreistellungskategorie für Infrastrukturfonds aus.

Stellungnahme: Ob das Teilfreistellungssystem im Vergleich zur Besteuerung unter dem InvStG 2004 zu einer Besser- oder Schlechterstellung des Anlegers im stl. Sinne führt, kann uE nicht pauschal beantwortet werden. Vielmehr kommt es auf die jeweiligen tatsächlichen Anlagen des Investmentfonds an (eine pauschale Schlechterstellung sehen wohl *Patzner/Nagler* in *Patzner/Döser/Kempf*, 3. Aufl. 2017, § 20 Rz. 3). Für Beispiele zu einem StBelastungsvergleich für ausgewählte Investmentfonds aus Sicht des institutionellen Anlegers: *Elser*, CF 2016, 141 (144). Zu einem Vergleich bei Inbound-Investments in deutsche Vermögensgegenstände zwischen Fonds und Direktanlage *Elser/Stiegler*, IStR 2017, 567. Zum Vergleich zwischen Fonds- und Direktanlage s. *Ernst* in *Moritz/Strohm*, Handbuch Besteuerung privater Kapitalanlagen, 2017, Kap. C Rz. 524 ff.

Zu beachten ist, dass die Festlegung der Investmentfondsanlage zu mindestens 25 % bzw. mehr als 50 % in Kapitalbeteiligungen bzw. mehr als 50 % in Immobilien(-Gesellschaften) in den Anlagebedingungen die Freiheit des Fondsmanagers in den Investitionsentscheidungen einschränkt. Eine Nichtbindung an die stl. Anlegergrenzen in den Anlagebedingungen bzw. die tatsächliche Nichteinhaltung kann jedoch andererseits einen entscheidenden Einfluss auf die Nachsteuerrendite des Anlegers haben. Die Entsch., ob ein Investmentfonds die Anlagebedingung ändert, um als Aktien-, Misch- oder Immobilienfonds zu qualifizieren, sollte daher nicht aus rein stl. Überlegungen getroffen werden. Bei Investmentfonds, die nicht speziell für den deutschen Markt als Zielmarkt konzipiert sind, werden die deutschen strechtl. Besonderheiten ohnehin oft keine Berücksichtigung finden.

6 II. Aktienteilfreistellung 30 % (Abs. 1 Satz 1)

Steuerfrei: Nach Abs. 1 Satz 1 sind 30 % der Erträge (s. § 16 Anm. 5) eines Aktienfonds stfrei. § 20 Abs. 1 differenziert nicht zwischen in- und ausländ. Erträgen, so dass die Aktienteilfreistellung auf in- und ausländ. Erträge gleichermaßen Anwendung findet. Die Teilfreistellung iHv. 30 % stellt den Grundsatz bei Aktienfonds dar und ist insoweit anwendbar, als keine spezielleren Regelungen in § 20 Abs. 1

Sätze 2 ff., Abs. 2 oder 3 getroffen werden. Dieser Teilfreistellungssatz kommt ua. bei natürlichen Personen als Anlegern in Betracht, die ihre Anteile an Investmentfonds im PV halten.

Die 30 %-Freistellung liegt folgenden Erwägungen zugrunde: Aufgrund des InvStG 2018 werden auf Ebene des Investmentfonds inländ. Dividendenerträge mit 15 % KSt belastet (§ 6 Abs. 2 und 3). Veräußerungsgewinne aus Aktien werden auf Ebene des Investmentfonds nicht besteuert (BTDrucks. 18/8045, 54). Auch sind ausländ. Dividenden, die dem Investmentfonds zufließen (Fondseingangsseite), meist mit (Quellen-)Steuern vorbelastet und die DBA ermöglichen grds. keine (vollständige) Erstattung dieser Steuern (BTDrucks. 18/8045, 90). Auf Ebene des Investors gilt – wie auch unter dem InvStG 2004 – der für den Investor relevante StSatz. Bei Privatanlegern, die die Investmentanteile im PV halten, ist dies grds. die 25 %ige Abgeltungsteuer (plus SolZ). Die gesamte StBelastung der Erträge wäre durch die Vorbelastung auf Fondsebene daher insgesamt gestiegen. Die mittelbare Investition in Aktien über einen Investmentfonds wäre stl. ungünstiger als eine vergleichbare Direktanlage in Aktien, wenn durch die Teilfreistellung kein entsprechender Ausgleich gefunden worden wäre (BTDrucks. 18/8045, 90). Den im Gesetz vorgesehenen Freistellungssätzen liegen wissenschaftliche Studien zugrunde (BTDrucks. 18/8045, 90), aufgrund derer durchschnittliche Dividenden erträge berechnet und die darauf entfallende Vorbelastung zugrunde gelegt wurden. Es erfolgte damit eine typisierende Berechnung. Es wurden daher nicht die jeweiligen tatsächlichen Dividenden erträge dem jeweiligen Anteil der Anleger zugeordnet und die tatsächliche Vorbelastung berücksichtigt. Diese typisierende Berechnung ergab eine 30 %ige Aktienteilfreistellung für den Privatanleger (BTDrucks. 18/8045, 90).

Anleger ist gem. § 2 Abs. 10 derjenige, dem der Investmentanteil nach § 39 AO zuzurechnen ist (§ 2 Anm. 21).

Aktienfonds: § 20 Abs. 1 enthält keine eigenständige Definition des Tatbestandsmerkmals Aktienfonds. Aktienfonds sind in § 2 Abs. 6 definiert. Nach § 2 Abs. 6 Satz 1 sind Aktienfonds Investmentfonds, die gemäß den Anlagebedingungen fortlaufend mehr als 50 % ihres Aktivvermögens in Kapitalbeteiligungen anlegen (Aktienfonds-Kapitalbeteiligungsquote; § 2 Anm. 12). In § 2 Abs. 6 Satz 2 wird definiert, wann ein Dach-Investmentfonds (§ 2 Abs. 5) als Aktienfonds qualifiziert. Der Begriff der Kapitalbeteiligung wird in § 2 Abs. 8 definiert (§ 2 Anm. 14). Kapitalbeteiligungen sind zum amtlichen Handel an einer Börse zugelassene oder auf einem organisierten Markt notierte Anteile an einer KapGes. (§ 2 Abs. 8 Nr. 1). § 2 Abs. 8 Nr. 2 definiert bestimmte Anteile an einer KapGes., die nicht Immobiliengesellschaft ist, unter besonderen Voraussetzungen einer Ertragsbesteuerung im Gebiet der EU/des EWR (Buchst. a) und außerhalb der EU/des EWR (Drittstaat) als Kapitalbeteiligungen (Buchst. b; BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:01, BeckVerw. 342885, Nr. 1 und 2; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.30). Kapitalbeteiligungen sind ferner Investmentanteile an Aktienfonds iHv. 51 % des Werts des Investmentanteils (§ 2 Abs. 8 Nr. 3) oder Investmentanteile an Mischfonds iHv. 25 % des Werts des Investmentanteils (§ 2 Abs. 8 Nr. 4). § 2 Abs. 8 Sätze 4 und 5 regeln, wann Investmentanteile nicht als Kapitalbeteiligungen gelten (§ 2 Anm. 14).

- Im Rahmen der Definition, wann ein Investmentfonds als Aktienfonds qualifiziert bzw. eine Kapitalbeteiligung vorliegt, haben sich in der Praxis eine Reihe von sehr spezifischen und komplexen Fragestellungen herausgebildet (s. dazu

im Detail und mit entsprechenden Stellungnahmen § 2 Anm. 14; Häuselmann, Investmentanteile, 2019, Kap. 7 Rz. 93 ff.), zB: Kapitalbeteiligungen, die nur mittelbar über PersGes. gehalten werden, sollen nach Auffassung des BMF bei der Ermittlung der Kapitalbeteiligungsquote unberücksichtigt bleiben (so schon BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:001, BeckVerw. 342885, Nr. 1; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.33; BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:001, Rz. 2.33; aA Mann in Blümich, § 20 InvStG 2018 Rz. 17 [3/2020]). Dies wurde jedoch erst mit dem WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) mit Geltung ab dem 1.1.2020 (§ 57 Satz 1 Nr. 1) in das InvStG gem. § 2 Abs. 8 Satz 5 Nr. 1 aufgenommen (Kleutgens in Moritz/Jesch/Mann, 2. Aufl. 2020, § 20 Rz. 44, krit. zur Frage, ob es sich um eine klarstellende Regelung durch den Gesetzgeber handelt und ob diese damit rückwirkend zur Anwendung kommen könnte). Dies betrifft den Fall, dass der Investmentfonds die Kapitalbeteiligungen über eine PersGes. hält (hält der Anleger den Anteil an einem Investmentfonds über eine PersGes., s. Erläuterung zu Abs. 1 Satz 3).

Zu den Auswirkungen von Änderungen und zum Wegfall der Teilfreistellungsätze s. § 22.

7 III. Aktienteilfreistellung 60 % bei Anteilen natürlicher Personen im Betriebsvermögen (Abs. 1 Satz 2)

Satz 2 normiert die 60 %ige Freistellung der Erträge (s. § 16 Anm. 5), wenn natürliche Personen die Anteile im BV halten. Wenn der Investmentfonds als Aktiefonds qualifiziert ist, hängt die Höhe der Teilfreistellung von der stl. Anlegergruppe ab. Die erhöhte Aktienteilfreistellung der Sätze 2 und 3 knüpft damit an die ertragstl. Situation der jeweiligen stl. Anlegergruppe an (vgl. Neumann, DB 2016, 1779).

Natürliche Personen, die ihre Investmentanteile im Betriebsvermögen halten: Natürliche Personen halten ihre Anteile im BV, wenn gem. § 20 Abs. 8 EStG die Einkünfte aus Kapitalvermögen anderen Einkunftsarten (§§ 13, 15, 18 EStG) zugerechnet werden. Dies gilt auch, wenn der Anleger eine Beteiligung iSv. § 17 Abs. 1 EStG an einem Investmentfonds hält, im Falle der Veräußerung des Investmentfonds.

Anleger ist gem. § 2 Abs. 10 derjenige, dem der Investmentanteil nach § 39 AO zuzurechnen ist (§ 2 Anm. 21).

Aktienteilfreistellung beträgt 60 %: Für diese Anlegergruppe gilt eine Ausnahme von dem in Satz 1 festgelegten Grundsatz und es kommt als Rechtsfolge die erhöhte Aktienteilfreistellung von 60 % der Erträge zur Anwendung. Mit diesem erhöhten Teilfreistellungssatz soll in pauschaler Form die StBefreiung von Veräußerungsgewinnen aus Aktien gem. § 3 Nr. 40 EStG ausgeglichen werden (BTDrucks. 18/8045, 90).

8 IV. Aktienteilfreistellung 80 % bei dem KStG unterliegenden Anlegern (Abs. 1 Satz 3)

Satz 3 regelt die 80 %ige Freistellung der Erträge (s. § 16 Anm. 6), wenn Anleger dem KStG unterliegen.

Anleger ist gem. § 2 Abs. 10 derjenige, dem der Investmentanteil nach § 39 AO zuzurechnen ist (§ 2 Anm. 21; *Patzner in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, Investment, § 2 InvStG 2018 Rz. 37 ff. [9/2017]). Handelt es sich bei dem Anleger um eine OG, s. unten „Dem KStG unterliegen“

Dem KStG unterliegen: Es gelten hier die allgemeinen Regelungen zur StPflcht des ersten Teils des KStG (§§ 1 bis 6a KStG). Im Rahmen der betrieblichen Altersvorsorge bestehen keine Besonderheiten hinsichtlich der Anwendung der Teilfreistellungsregelungen, wenn ein Unternehmen die Investmentanteile zur Absicherung von Direktzusagen hält (*Jansen/Greger*, RdF 2017, 138 [142]). Gleiches gilt für nicht-versicherungsförmige Pensionsfonds iSd. § 236 Abs. 2 VAG, jedoch ist hierbei auf das Zusammenspiel aus steuerbilanzieller Methodik und der Anwendung der Teilfreistellungsregelungen hinzuweisen (s. ausführl. *Jansen/Greger*, RdF 2017, 138 [144]; vgl. auch *Häuselmann*, Investmentanteile, 2019, Kap. 7 Rz. 109). Da Pensions- und UKassen von der KSt und GewSt befreit sind (*Ernst*, BB 2017, 2723), liegen bei diesen keine stpfl. Erträge aus Investmentfonds vor, auf die ein Freistellungssatz zur Anwendung kommen kann (vgl. *Jansen/Greger*, RdF 2017, 138 [143]). Sofern es sich beim Anleger um eine OG (§ 14 Abs. 1; 17 Abs. 1 KStG) handelt, ist gem. § 15 Satz 1 Nr. 2a KStG aufgrund der Bruttomethode auf den für den OT anzuwendenden Teilfreistellungssatz erst bei Einkommensermittlung des OT selbst abzustellen. Sofern es sich hingegen bei der OG um ein VU oder ein Kreditinstitut handelt, welche die Investmentanteile als Kapitalanlagen oder im Handelsbestand halten, ist die Teilfreistellung bereits bei der Einkommensermittlung der OG (§ 14 Abs. 5 KStG) zu berücksichtigen. Aufgrund der Regelung des Abs. 1 Satz 4 kommt dann der Freistellungssatz von 30 % zur Anwendung (vgl. *Häuselmann*, Investmentanteile, 2019, Kap. 7 Rz. 109; *Mann in Blümich*, § 20 InvStG 2018 Rz. 13 [3/2020]; s. auch *Jauch/Hörhammer*, NWB 2018, 3896).

Aktienteilfreistellung 80 %: Für diese Anlegergruppe gilt eine Ausnahme von dem in Satz 1 festgelegten Grundsatz und es kommt die erhöhte Aktienteilfreistellung von 80 % der Erträge zur Anwendung. Mit diesem erhöhten Teilfreistellungssatz soll in pauschaler Form die StBefreiung von Veräußerungsgewinnen aus Aktien gem. § 8b KStG ausgeglichen werden (BTDrucks. 18/8045, 90).

V. Ausnahmen bei bestimmten betrieblichen Anlegergruppen (Abs. 1 Satz 4)

9

1. Anleger ist ein Lebens- oder Krankenversicherungsunternehmen und Investmentanteil ist den Kapitalanlagen zuzurechnen (Abs. 1 Satz 4 Nr. 1)

Satz 4 regelt die Rückausnahme für bestimmte betriebliche Anlegergruppen durch Nichtanwendung der in Abs. 1 Sätze 2 und 3 geregelten erhöhten Teilfreistellungssätze.

Die Nichtanwendung der Sätze 2 und 3 – „gelten nicht“ – regelt die Rückausnahme für die Ausnahmen der erhöhten Teilfreistellungssätze für bestimmte Anlegergruppen, mit der Rechtsfolge, dass für diese wieder der in Satz 1 festgelegte Grundsatz für Aktienfonds in Höhe einer Freistellung der Erträge von 30 % gilt.

Anleger ist gem. § 2 Abs. 10 derjenige, dem der Investmentanteil nach § 39 AO zuzurechnen ist (§ 2 Anm. 21; *Patzner in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, Investment, § 2 Rz. 37 ff. [9/2017]).

Lebens- oder Krankenversicherungsunternehmen: Hierbei handelt es sich um Unternehmen (ohne PersGes., § 8 Abs. 2 VAG), die gem. § 1 VAG der Versicherungsaufsicht unterliegen und das Krankenkassen- und Lebensversicherungsgeschäft betreiben (§ 8b KStG Anm. 237), einschließlich Pensionskassen (§ 232 VAG) (*Mann in Blümich*, § 30 InvStG 2018 Rz. 31 [11/2020]). Hierbei handelt es sich ebenfalls um Anleger, die dem KStG unterliegen, daher war es gesetzestech- nisch notwendig, eine Rückausnahme zu schaffen (BTDrucks. 18/8739, 103).

Investmentanteil ist den Kapitalanlagen zuzurechnen: Für die Bilanz und GuV-Ansätze von VU gibt es besondere Ausweis- und Gliederungsvorschriften, die in §§ 341 ff. HGB und in der Verordnung über die Rechnungslegung von Versiche- rungsunternehmen vom 8.11.1994 (BGBl. I 1994, 3379 zuletzt geändert am 17.7. 2015, BGBl. I 2015, 1245) und in den dort beigefügten Formblättern enthalten sind. Der Begriff der Kapitalanlagen, der den für VU geltenden Formblättern zur Gliederung des Jahresabschlusses entlehnt ist, umfasst sowohl Anteile und Beteili- gungen als auch sonstige Kapitalanlagen in Aktien (*Dötsch/Pung*, DB 2004, 151 [155]; *Kleutgens in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 20 Rz. 55). Werden die In- vestmentanteile nicht den Kapitalanlagen zugerechnet, liegen die Voraussetzungen der Rückausnahme des Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 nicht vor und damit gelten die Teilfrei- stellungen des Abs. 1 Satz 3.

Rechtsfolge ist, dass die Sätze 2 und 3 nicht anzuwenden sind. Damit findet die 30 %-Aktienfreistellung für Lebens- und Krankenversicherungen Anwendung (*Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, Anh. 1, § 20 InvStG 2018 Rz. 7; *Mann in Blümich*, § 20 InvStG 2018 Rz. 22 [3/2020]), da § 20 Abs. 1 Satz 4 nicht auf Satz 1 des § 20 Abs. 1 verweist (*Haisch*, RdF 2016, 329 [331]). Die Nichtanwendung eines höheren Teilfreistellungssatzes aus Abs. 1 Sätze 2 und 3 er- gibt sich aus folgender Überlegung: Der Gesetzgeber wollte verhindern, dass bei Lebens- oder Krankenversicherungsunternehmen der höhere Teilfreistellungssatz anzuwenden ist, wenn der Investmentanteil den Kapitalanlagen zuzurechnen ist, da die StBefreiung des § 8b Abs. 2 KStG im Rahmen der Direktanlage nicht für Le- bens- oder Krankenversicherungsunternehmen unter den Voraussetzungen des § 8b Abs. 8 KStG gilt (BTDrucks. 18/8739, 103; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 20.9), denn in der Direktanlage gilt die StFreiheit von Bezügen und Gewinnen von § 8b Abs. 1 und 2 KStG für Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen gem. § 8b Abs. 8 KStG nicht bei Anteilen, die den Kapitalanlagen zuzurechnen sind. Es kann nämlich bei diesen zu einer doppelten stl. Begünstigung kommen, da diese Beteiligungserträge auch die stl. wirksame Rückstellung für Beitragsrück- erstattungen gem. § 21 Abs. 1 KStG eingehen (§ 8b KStG Anm. 235). Gemäß § 341e Abs. 2 Nr. 2 HGB haben VU versicherungstechnische Rückstellungen für erfolgsabhängige und erfolgsunabhängige Beitragsrückerstattungen zu bilden (*Hommerl/Bonin/Schulte* in MüKo HGB, 3. Aufl. 2013, § 341e HGB Rz. 40 ff. im Detail). § 21 KStG enthält besondere Vorschriften, die die Grundsatzvorschrift des § 341e HGB auch für Rückstellungen für Beitragsrückerstattungen konkretisieren. § 21 Abs. 1 Nr. 1 KStG regelt die Abziehbarkeit von Beitragsrückerstattungen bei Lebens- und Krankenversicherungen (§ 21 KStG Anm. 1). Entsprechend der § 8b Abs. 8 KStG zugrundeliegenden Wertung für den Fall der Direktanlage gilt der er- höhte Teilfreistellungssatz bei der Zurechnung des Investmentanteils zu den Kapi- talanlagen nicht (BTDrucks. 18/8739, 103). Der erhöhte Teilfreistellungssatz des Abs. 1 Satz 2 soll für Anleger, die dem KStG unterfallen, in pauschaler Form die StBefreiung von Veräußerungsgewinnen aus Aktien gem. § 8b KStG kompensie-

ren, so dass es folgerichtig ist, die Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen von der erhöhten Teilfreistellung auszuschließen, da diese auch in der Direktanlage aufgrund des § 8b Abs. 8 KStG nicht davon profitieren.

Ausgleich für einen Versicherungsnehmer eines fondsgebundenen Lebensversicherungsvertrags: § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 9 EStG regelt zum Ausgleich eine Teilfreistellung von 15 % für Gewinne aus fondsgebundenen Lebensversicherungen (BRDrucks. 119/16, 153). Bei Verlusten aus fondsgebundenen Lebensversicherungsverträgen darf korrespondierend – aus dem Rechtsgedanken des § 3c EStG – in der entsprechenden Höhe auch keine Verrechnung mit positiven anderen Kapitaleinkünften erfolgen (BTDrucks. 18/8739, 115; *Helios/Mann*, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 16 Fn. 250).

2. Anleger ist ein Institut oder Unternehmen nach § 3 Nr. 40 Satz 3 EStG oder nach § 8b Abs. 7 KStG und der Investmentanteil ist dem Handelsbestand iSd. § 340e Abs. 3 des HGB zuzuordnen oder zum Zeitpunkt des Zugangs zum Betriebsvermögen als Umlaufvermögen auszuweisen (Abs. 1 Satz 4 Nr. 2)

9a

Anleger ist gem. § 2 Abs. 10 derjenige, dem der Investmentanteil nach § 39 AO zuzurechnen ist (§ 2 Anm. 21).

Institut oder Unternehmen (nach § 3 Nr. 40 Satz 3 EStG oder § 8b Abs. 7 KStG): Die Regelung des § 3 Nr. 40 gilt für Kreditinstitute, Finanzunternehmen und Finanzdienstleistungsinstitute iSd. KWG, die in der Rechtsform der PersGes. oder als Einzelunternehmen geführt werden. Für Institute in der Rechtsform der KapGes. gilt § 8b Abs. 7 KStG als speziellere Norm (§ 3 Nr. 40 EStG Anm. 177). In § 3 Nr. 40 Satz 3 EStG und § 8b Abs. 7 Satz 3 KStG wird übereinstimmend abgestellt auf:

- ▶ *Kreditinstitute:* Unternehmen, die Bankgeschäfte gewerbsmäßig oder in einem Umfang betreiben, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (§ 1 Abs. 1 KWG);
- ▶ *Finanzdienstleistungsinstitute:* Unternehmen, die Finanzdienstleistungen für andere gewerbsmäßig oder in einem Umfang erbringen, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, und die keine Kreditinstitute sind (§ 1 Abs. 1a KWG);
- ▶ *Finanzunternehmen:* Im Wesentlichen handelt es sich bei Finanzunternehmen (§ 1 Abs. 3 KWG) um Gesellschaften, deren Haupttätigkeit ua. darin besteht, Beteiligungen zu halten und zu verwalten, wobei selbst eine Beteiligung ausreicht (§ 8b KStG Anm. J 16-5, im Detail § 8b KStG Anm. 229). Von § 3 Nr. 40 Satz 3 Halbs. 2 EStG/§ 8b Abs. 7 Satz 2 KStG werden Finanzunternehmern erfasst, an denen Kreditinstitute oder Finanzdienstleistungsinstitute unmittelbar oder mittelbar zu mehr als 50 % beteiligt sind. Es werden nur Anteile erfasst werden, die zum Zeitpunkt des Zugangs zum BV als UV auszuweisen sind (§ 3 Nr. 40 EStG Anm. J 16-4; § 8b KStG Anm. J 16-7f. jeweils mit weiteren Details). Bis zur Änderung durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) beruhte der Verweis im InvStG noch auf § 3 Nr. 40 Sätze 3 und 4 EStG bzw. § 8b Abs. 7 KStG vor deren Änderungen durch das BEPS-UmsG v. 20.12.2016 (BGBl. I 2016, 3000; BStBl. I 2017, 5). Im Wesentlichen wird durch die Änderungen nicht mehr auf die aufsichtsrechtl., sondern auf die handelsrechtl. Regelungen abgestellt. Der Gesetzgeber

hat den Verweis im InvStG nun den geänderten Normen des § 8b KStG und § 3 Nr. 40 EStG anpasst.

Investmentanteil ist dem Handelsbestand iSd. § 340e Abs. 3 HGB zuzuordnen:

Es werden die Anteile vom Teileinkünfteverfahren/§ 8b KStG ausgenommen, die dem Handelsbestand gem. § 340e Abs. 3 HGB zuzuordnen sind. § 340e Abs. 3 HGB lässt eine Umwidmung von Anteilen in den und aus dem Handelsbestand nicht zu. Die Zuordnungsentscheidung zum Handelsbestand ist bindend im Zeitpunkt des Anteilserwerbs zu treffen, nicht erst bei Bilanzierung, und ausreichend zu dokumentieren (§ 3 Nr. 40 EStG Anm. J 16-4, § 8b KStG Anm. J 16-5). Zum Handelsbestand iSd. HGB zählen diejenigen Finanzinstrumente, die weder der Liquiditätsreserve noch dem Anlagebestand zuzuordnen sind. Dem Handelsbestand sind alle Finanzinstrumente zuzuordnen, die mit der Absicht einer kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolgs erworben werden (*von Beckerath in Kirchhof/Seer*, 20. Aufl. 2021, § 3 Nr. 40 EStG Rz. 114). Der Gesetzgeber hat die unbestimmten Tatbestandsmerkmale des kurzfristigen Eigenhandelserfolgs, die bisher in den Regelungen für Finanzunternehmen enthalten waren, indirekt über die Zuordnung zum Handelsbestand gem. § 340e Abs. 3 HGB eingeführt (§ 8b KStG Anm. J 16-5). Dies muss jedoch ebenfalls einer objektiven Auslegung zugänglich sein, für die die institutsinternen Kriterien maßgebend sind (vgl. § 8b KStG Anm. J 16-5; s. *Mann in Blümich*, § 30 InvStG 2018 Rz. 34 [11/2020]).

Investmentanteil ist zum Zeitpunkt des Zugangs zum Betriebsvermögen als Umlaufvermögen auszuweisen: Bei Finanzunternehmen wird auf die Zuordnung der Anteile zum UV abgestellt (BTDrucks. 19/13436, 175). § 20 Abs. 1 Satz 4 Nr. 2 normiert diese Alternative („oder“) für Finanzunternehmen, da diese keinen Handelsbestand haben (vgl. *Mann in Blümich*, § 20 InvStG 2018 Rz. 23 [3/2020]).

Rechtsfolge ist, dass Abs. 1 Sätze 2 und 3 nicht anzuwenden sind. Damit findet die 30 %ige Aktienfreistellung Anwendung (*Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, Anh. 1, § 20 InvStG 2018 Rz. 7; *Mann in Blümich*, § 20 InvStG 2018 Rz. 23 [3/2020]).

9b **VI. Anwendungsfiktion des Satzes 4 Nr. 1 („gilt entsprechend“), wenn der Anleger ein Pensionsfonds ist (Abs. 1 Satz 5)**

Satz 4 Nr. 1 gilt entsprechend (Fiktion): Satz 5 wurde durch das WElektroMob-FördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) eingeführt mit Anwendbarkeit ab dem 1.1.2020 (§ 57 Satz 1 Nr. 7). Der Gesetzgeber (BTDrucks. 19/13436, 177) weist darauf hin, dass die Pensionsfonds bislang versehentlich in § 20 nicht erwähnt waren. Damit müssen die Voraussetzungen des Satzes 4 Nr. 1 entsprechend auch für den Pensionsfonds vorliegen, damit die Rückausnahme und damit die „nur“ 30 %ige Aktienteilfreistellung zur Anwendung kommt. Das heißt: Beim Pensionsfonds als Anleger müssen die Investmentanteile ebenfalls den Kapitalanlagen zuzurechnen sein (*Kleutgens in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 20 Rz. 56).

Pensionsfonds als Anleger: Es handelt sich dabei um Pensionsfonds iSd. § 236 VAG.

Rechtsfolge ist, dass die Regelung des Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 für Lebens- und Krankenversicherungen entsprechend auch für Pensionsfonds anzuwenden sind. Damit findet (nur) die 30 %ige Aktienteilfreistellung Anwendung.

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Teilfreistellung bei Mischfonds

10

Besondere Teilfreistellungssätze für Mischfonds und deren Anleger:

Mischfonds: § 20 Abs. 2 enthält keine eigenständige Definition eines Mischfonds, so dass die in Kap. 1 „Allgemeine Regelungen“ enthaltene Definition gilt. Mischfonds sind gem. § 2 Abs. 7 Investmentfonds, die gemäß den Anlagebedingungen fortlaufend mindestens 25 % ihres Aktivvermögens in Kapitalbeteiligungen anlegen (Mischfonds-Kapitalbeteiligungsquote; s. § 2 Anm. 13 auch zu den Änderungen im Rahmen des „JStG 2018“). Der Begriff „Kapitalbeteiligung“ wird in § 2 Abs. 8 definiert (§ 2 Anm. 14). Dach-Investmentfonds können bei entsprechenden Investments in Ziel-Investmentfonds ebenfalls als Mischfonds qualifizieren (§ 2 Abs. 7 Satz 2; Häuselmann, Investmentanteile, 2019, Kap. 7 Rz. 119). Im Rahmen der Definition, wann ein Investmentfonds als Mischfonds qualifiziert bzw. eine Kapitalbeteiligung vorliegt, haben sich in der Praxis eine Reihe von sehr spezifischen Fragestellungen herausgebildet (s. dazu § 2 Anm. 13, 14).

Ansatz der Hälfte der für Aktienfonds geltenden Aktienteilfreistellung: Die für die Aktienfonds geltende Aktienteilfreistellung wird in Abs. 1 geregelt. Die jeweiligen Teilfreistellungssätze gelten bei Mischfonds für deren Anleger zur Hälfte. Zur Anwendung der Rückausnahme der Sätze 4 und 5 des § 20 Abs. 1 siehe Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders, KAGB, 3 Aufl. 2021, Anh 1 § 20 InvStG 2018 Rz. 8; Mertesdorf-Perathiner in 9. Ed. (03/21) § 20 InvStG, Rz. 46; BT-Drs. 18/8045, S. 91.

Rechtsfolge ist, dass (nur) die Hälfte der für Aktienfonds geltenden Teilfreistellungssätze gem. Abs. 1 Anwendung finden, wenn die Voraussetzungen eines Mischfonds vorliegen.

Einstweilen frei.

11–14

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Teilfreistellung bei Immobilienfonds

15

Immobilienteilfreistellung: Die Immobilienteilfreistellung und damit die Höhe der Teilfreistellung hängt davon ab, ob der Immobilienfonds als Immobilienfonds (Satz 1: Teilfreistellung der Erträge iHv. 60 %) oder Auslands-Immobilienfonds qualifiziert (Satz 2: Teilfreistellung der Erträge iHv. 80 %). Die Höhe der Teilfreistellung richtet sich nicht – wie bei den Aktien- und Mischfonds – im zweiten Schritt danach, welche stl. Anlegergruppe in den Investmentfonds investiert, sondern ist für alle stl. Anlegergruppen für Satz 1 bzw. Satz 2 identisch. § 20 Abs. 3 differenziert nicht zwischen inländ. (§ 2 Abs. 2) oder ausländ. (§ 2 Abs. 3) Investmentfonds, so dass die Immobilienteilfreistellung auf sowohl im Inland als auch im Ausland aufgelegte Investmentfonds gleichermaßen Anwendung findet.

Mit WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) wurde Abs. 3 grundlegend überarbeitet und die bisher in Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 enthaltene Definition der Auslands-Immobilienengesellschaft in § 2 Abs. 9 Satz 3 überführt. Die sich zT wiederholenden Tatbestandsmerkmale in § 20 Abs. 3 und § 2 Abs. 9 zu Immobilienfonds und Auslands-Immobilienfonds sind seitdem nur noch in § 2 Abs. 9 normiert, so dass für die Definition der Begriffe „Immobilienfonds“ und „Auslands-Immobilienfonds“ und neu „Auslands-Immobilienengesellschaften“ nur § 2 Abs. 9 relevant ist. § 20 Abs. 3 Sätze 1 und 2 ordnet dem Immobilienfonds bzw. Auslands-Immobilienfonds „nur“ die entsprechende Teilfrei-

stellungsquote zu. Abs. 3 Nr. 1 und 2 aF wiederholten die Tatbestandsmerkmale aus § 2 Abs. 9 Satz 1 und ordneten je nach Investition im In- oder Ausland den entsprechenden Teilfrestellungssatz zu. Ergänzt wurden daher in Nr. 2 der Begriff „ausländisch“ vor Immobilien und „Auslands-“ vor Immobiliengesellschaften. § 2 Abs. 9 Satz 2, der Investmentanteile an Immobilienfonds iHv. 51 % des Werts (jetzt: mehr als 50 % seines Aktivvermögens) des Investmentanteils als Immobilien fingiert, wurde hingegen nicht übernommen, mithin war dieser – da keine speziellere Regelung in § 20 vorhanden war, ebenfalls für § 20 Abs. 3 aF anwendbar. § 20 Abs. 3 enthielt keine eigenständige Definition des Immobilienfonds, sondern wiederholte lediglich die für die Definition eines Immobilienfonds notwendigen Tatbestandsmerkmale des § 2 Abs. 9 Satz 1 (vgl. *Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, Anh. 1, § 20 InvStG 2018 Rz. 9; *Mann in Blümich*, § 20 InvStG 2018 Rz. 33 [3/2020]; dazu § 2 Anm. 20). Abs. 3 Satz 2 definierte hingegen zusätzlich das Tatbestandsmerkmal der Auslands-Immobilien-Gesellschaft. Eine entsprechende Definition war in den Begriffsbestimmungen des § 2 hierfür vorher nicht enthalten.

Immobilienfonds (Abs. 3 Satz 1): Satz 1 verweist mittels „bei“ auf die Definition des Immobilienfonds in § 2 Abs. 9 Satz 1. Immobilienfonds sind gem. § 2 Abs. 9 Satz 1 Investmentfonds, die gemäß den Anlagebedingungen fortlaufend mehr als 50 % ihres Aktivvermögens in Immobilien und Immobilien-Gesellschaften anlegen (Immobilien-Fondsquote; § 2 Anm. 20). Die Teilfrestellung von 60 % setzt voraus, dass die Immobilienquote insgesamt dadurch erreicht wird, dass der Investmentfonds in Immobilien bzw. Immobilien-Gesellschaften investiert, also (auch) in Auslandsimmobilien bzw. Auslands-Immobilien-Gesellschaften. Ausreichend ist für die 60 % Teilfrestellung daher, dass insgesamt mehr als 50 % in inländ. und/oder ausl. Immobilien bzw. (Auslands-)Immobilien-Gesellschaften investiert werden. Die StFreiheit beträgt dann nach Satz 1 60 % und erst sofern die (weitere) Voraussetzung vorliegt, dass die Investition zu mehr als 50 % in ausl. Immobilien bzw. Auslands-Immobilien-Gesellschaften erfolgt, 80 % (Ausland-Immobilienfonds). Die Investition auch in ausl. Immobilien bzw. Auslands-Immobilien-Gesellschaften hat keinen (positiven) Einfluss auf die (niedrigere) 60 %ige Teilfrestellung, sofern die Voraussetzungen des Satzes 2 nicht erfüllt sind. Im Rahmen der Definition, wann ein Investmentfonds als Immobilienfonds qualifiziert, haben sich in der Praxis eine Reihe von Spezialfragestellungen ergeben (im Detail s. § 2 Anm. 20).

- ▶ **60 % der Erträge:** Hier liegt der Teilfrestellungssatz bei 60 %, da die Vorbelastung der inländ. Besteuerung der Erträge auf Fondsebene ausgeglichen werden soll. Auf Fondsebene werden bei Immobilienfonds Mieten und Pachten und auch die Gewinne aus der Veräußerung der inländ. Immobilie besteuert. Damit ist die Besteuerungslast der Immobilienfonds höher als bei Aktienfonds, bei denen nur die inländ. Dividenden der Besteuerung unterliegen (BTDrucks. 18/8045, 54).
- ▶ **Rechtsfolge** von § 20 Abs. 3 Satz 1 ist, dass die Erträge aus im Inland oder im Ausland aufgelegten Immobilienfonds zu 60 % freigestellt werden, soweit diese mehr als 50 % ihres Aktivvermögens in Immobilien bzw. Immobilien-Gesellschaften investieren, dh. inländ. und/oder ausl. Immobilien bzw. (Auslands-)Immobilien-Gesellschaften. Sofern jedoch mehr als 50 % des Aktivvermögens in (nur) ausl. Immobilien bzw. Auslands-Immobilien-Gesellschaften investiert werden, findet § 20 Abs. 3 Satz 2 Anwendung.

Auslands-Immobilienfonds (Abs. 3 Satz 2): Satz 2 verweist mittels „bei“ auf die Definition des Auslands-Immobilien-Fonds in § 2 Abs. 9 Satz 2. Auslands-Immobilienfonds sind gem. § 2 Abs. 9 Satz 2 Investmentfonds, die gemäß den Anlagebedingungen fortlaufend mehr als 50 % ihres Aktivvermögens in ausländ. Immobilien und Auslands-Immobilien-gesellschaften anlegen (Auslands-Immobilien-fondsquote). Auslands-Immobilien-gesellschaften sind gem. § 2 Abs. 9 Satz 3 Immobilien-gesellschaften, die ausschließlich in ausländ. Immobilien investieren (§ 2 Anm. 20). Im Rahmen der Definition, wann ein Investmentfonds als Auslands-Immobilienfonds qualifiziert, haben sich in der Praxis eine Reihe von Spezialfragestellungen ergeben (im Detail s. § 2 Anm. 20a).

- ▶ **80 % der Erträge:** Bei ausländ. Immobilien erfolgt grds. die Besteuerung des Investmentfonds im Belegenheitsstaat der ausländ. Immobilie. Bei einer überwiegenden Investition in ausländ. Immobilien (inklusive Auslands-Immobilien-gesellschaften) ist, um eine Doppelbesteuerung hinsichtlich ausländ. Einkünfte zu neutralisieren (DBA-Privilegien werden nicht mehr durch den Fonds gespiegelt), eine höhere Freistellung angemessen als bei einer überwiegenden Investition in inländ. Immobilien erforderlich (vgl. BTDrucks. 18/8045, 54).
- ▶ **Rechtsfolge** von Abs. 3 Satz 2 ist, dass die Erträge aus im Inland oder Ausland aufgelegten Investmentfonds zu 80 % freigestellt werden, soweit diese mehr als 50 % ihres Aktivvermögens in ausländ. Immobilien bzw. Auslands-Immobilien-gesellschaften investieren.

Ausschluss der Aktienteilfreistellung bei Anwendung der Immobilienteil- bzw. Auslands-Immobilienteilfreistellung (Abs. 3 Satz 3): Die Anwendung der Immobilienteil- bzw. Auslands-Immobilienteilfreistellung schließt die Anwendung der Aktienteilfreistellung aus. Immobilien-gesellschaften in Form von KapGes. können auch in den Anwendungsbereich der Aktienteilfreistellung fallen, welches eine doppelte Teilfreistellung ermöglichen könnte. Dies wird mit Satz 3 verhindert (*Mann in Blümich*, § 20 InvStG 2018 Rz. 31 [3/2020]). Der Gesetzgeber schließt die zusätzliche Anwendung der Aktienteilfreistellung für die Anwendung der Immobilienteilfreistellung explizit aus (BTDrucks. 18/8045, 91; *Häuselmann*, Investmentanteile, 2019, Kap. 7 Rz. 126).

E. Erläuterung zu Abs. 3a

16

I. Anwendungsfiktion der Abs. 1 bis 3 für Investmentfondsanteile, die mittelbar über Personengesellschaften gehalten werden (Abs. 3a Satz 1)

Mit WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) wurde Abs. 3a S. 1 in § 20 eingefügt. In der Gesetzesbegründung (BTDrucks. 19/13436, 177) zum WElektroMobFördG („JStG 2019“), welches ab dem 1.1.2020 (§ 57 Satz 1 Nr. 7) gilt, wird ausgeführt, dass die Regelung aus systematischen Gründen ergänzt wurde und der Rechtssicherheit diene. Sie verweist diesbezüglich auf die bereits für den Anleger positiv ergangene Verwaltungsauslegung (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 20.5) zur Anwendung der Teilfreistellung gem. § 20 in diesen Fällen, jedoch auch auf die Befürchtung, dass der Anleger sich im Falle von § 21 beim korrespondierenden Abzug von Aufwendungen auf eine fehlende gesetzliche Grundlage berufen könnte.

Investmentanteile sind Anteile an Investmentfonds iSv. § 1 Abs. 2 und 3.

Mittelbar über Personengesellschaften gehalten: Sofern sich Anleger mittelbar über PersGes. an einem Investmentfonds beteiligen, war fraglich, ob die Teilfreistellungssätze für PersGes. anzuwenden sind und damit die PersGes. selbst als Anleger gilt, oder ob auf die Anleger an der PersGes. selbst abzustellen ist, mit der Folge, dass die für die jeweilige Anlegergruppe entsprechenden (höheren) Teilfreistellungssätze gelten. Durch Abs. 3a S. 1 wird nun klargestellt, dass die für die jeweilige Anlegergruppe entsprechenden Teilfreistellungssätze gelten. Dies gilt sowohl für die vermögensverwaltenden als auch gewerblichen PersGes., da Abs. 3a S. 1 nicht zwischen den stl. Arten der PersGes. unterscheidet. Ebenso gilt dies für ausländ. PersGes. (*Mann in Blümich*, § 20 InvStG 2018 Rz. 38b [3/2020]).

Die FinVerw. (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 20.5) hatte sich bereits vor Einfügung des Abs. 3a dahingehend geäußert, dass sowohl für vermögensverwaltende als auch gewerbliche PersGes. der Teilfreistellungssatz nach dem jeweiligen Beteiligten der Gesamthand zu bestimmen ist. In der Literatur wurde zwischen vermögensverwaltenden und gewerblichen PersGes. differenziert:

- ▶ *Mitunternehmenschaften* (gewerbliche PersGes.): In der Literatur wurde – vor der Einf. des Abs. 3a S. 1 – bezüglich Mitunternehmenschaften iSd. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG die Auffassung vertreten, dass diese nicht die Anforderungen der Sätze 2 oder 3 für die erhöhte Aktienteilfreistellung erfüllen, denn Mitunternehmenschaften sind für die im Gesamthandsvermögen gehaltenen Investmentfondsanteile selbst die Anleger und nicht die Mitunternehmer. Die erhöhte Aktienteilfreistellung steht dem Anleger, welchem die Investmentanteile nach § 39 AO zuzurechnen sind, aufgrund der Definition in § 2 Abs. 10 jedoch zu. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG sperrt jedoch die Zurechnung zu den Mitunternehmern gem. § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO. Da die Mitunternehmenschaften weder natürliche Personen (Satz 2) noch kstpl. (Satz 3) sind, kommt für diese die erhöhte Teilfreistellung nicht zur Anwendung (ausführl. *Neumann*, DB 2016, 1779; s. auch *Helios/Mann*, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 16 Fn. 254).
- ▶ *Vermögensverwaltende Personengesellschaft:* Sofern ein Anleger über eine vermögensverwaltende PersGes. an einem Investmentfonds beteiligt ist, sollte hinsichtlich der Höhe der Teilfreistellungssätze aufgrund der stl. Transparenz auf die Anleger der PersGes. abzustellen sein (vgl. *Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 20 InvStG 2018 Rz. 6; *Ebner*, RdF 2017, 305 [307]; im Erg. auch *Janzen/Greger*, DStR 2018, 282 [283], auch zur Auswirkung auf die [gestpfl.] Gesellschafter der PersGes.).

Abs. 3a kommt unabhängig von der Anzahl der zwischengeschalteten PersGes. (zB eine PersGes. oder Doppelstöckige PersGes.) zur Anwendung, da Abs. 3a keine Einschränkung vornimmt (so auch *Mann in Blümich*, § 20 InvStG 2018 Rz. 38c [3/2020]).

Anwendbarkeit der Abs. 1 bis 3: Abs. 3a Satz 1 ordnet an, dass die Teilfreistellungsregelungen der Abs. 1 bis 3 auch für den Fall gelten, dass der Anleger die Investmentfondsanteile nicht direkt, sondern mittelbar über eine oder mehrere PersGes. hält. Somit hat die Investition des Anlegers über PersGes. keine Auswirkung auf die jeweilige Teilfreistellung, die den jeweiligen stl. Anlegergruppen gemäß den Voraussetzungen der Abs. 1 bis 3 zustehen (*Kleutgens in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 20 Rz. 67: Durchschau durch die PersGes.).

Rechtsfolge: Beteiligen sich Anleger mittelbar über eine oder mehrere PersGes. an einem Investmentfonds, gelten (auch dann) die für die jeweilige stl. Anlegergruppe gem. Abs. 1 bis 3 relevanten Teilfreistellungssätze.

II. Nichtanwendung von Satz 1 auf Personengesellschaften, die nach § 1a des KStG zur Körperschaftsbesteuerung optiert haben (Abs. 3a Satz 2)

17

Durch das KöMoG wurde Abs. 3a Satz 2 mit Anwendung ab dem 1.1.2022 (§ 57 Abs. 6 Nr. 3) in § 20 eingefügt. Satz 2 normiert, dass die Regelungen des Satz 1 zu mittelbar über Personengesellschaften gehaltenen Teilfreistellungsregelungen nicht auf Personengesellschaften anzuwenden sind, die nach § 1a des KStG zur KSt optiert haben.

Personengesellschaften: Gemäß § 1a Abs. 1 KStG i.d.F. des KöMoG wird Personenhandelsgesellschaften, offenen Handelsgesellschaften sowie vergleichbaren ausländischen Gesellschaften und Partnerschaftsgesellschaften und ihren Gesellschaftern die Möglichkeit eingeräumt, ertragsteuerlich und demzufolge auch verfahrensrechtlich wie eine Kapitalgesellschaft und deren nicht persönlich haftende Gesellschafter behandelt zu werden (im Detail: BT-Drs. 19/28646, S. 21). Die Gesetzesbegründung bezieht sich auf zivilrechtliche Vorschriften. Für steuerliche Zwecke sollten auch gewerblich geprägte und vermögensverwaltende Personengesellschaften infolge der zivilrechtlichen Maßgeblichkeit erfasst sein (Haug, FR 2021, 410, 411). Gemäß § 1a Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 KStG i.d.F. des KöMoG ist für Investmentfonds i.S.d. InvStG die Option zur KSt ausgeschlossen, da das InvStG für Investmentfonds spezielle Regelungen enthält (BT-Drs. 19/28646, S. 22).

Option gemäß § 1a KStG zur KSt: Die Option muss durch unwiderruflichen Antrag vor Beginn des Wj gestellt sein, ab dem die Besteuerung wie eine Kapitalgesellschaft gelten soll (§ 1a Abs. 1 S. 1 und 2). § 1a Abs. 4 regelt die Rückkehr der optierenden Gesellschaft zur Besteuerung nach Personengesellschaftsgrundsätzen (BT-Drs. 19/28646, S. 24).

Rechtsfolge: Keine Anwendung von Abs. 3a Satz 1: Optiert eine Personenhandelsgesellschaft nach § 1a KStG zur KSt, werden die Erträge aus den Investmentfondsanteilen nicht mehr den Mitunternehmern, sondern direkt der optierenden Personengesellschaft zugerechnet (BT-Drs. 19/28646, S. 30). In diesen Fällen ist nicht mehr auf die Teilfreistellungssätze abzustellen, die für Mitunternehmer gelten, sondern es ist ausschließlich der für Körperschaftsteuersubjekte geltende Teilfreistellungssatz anwendbar (BT-Drs. 19/28646, S. 30). Im Verhältnis von § 21 und § 20 Abs. 3a S. 2 weist Haug, FR 2021, 410, 412 auf die Gefahr von Gestaltungsmöglichkeiten hin.

Einstweilen frei.

18–19

F. Erläuterungen zu Abs. 4: Teilfreistellung auf Antrag des Anlegers

20

Der Anleger hat die Möglichkeit die Teilfreistellung in der Verlangung nachzuweisen:

Nachweis durch den Anleger: Der Anleger selbst hat den Nachweis zu führen. Der Nachweis gilt nur für den entsprechenden Anleger. Ein weiterer Anleger kann sich nicht darauf berufen, dass bereits ein anderer Anleger den Nachweis positiv geführt hat, da dieser Nachweis im individuellen Veranlagungsverfahren zu führen ist. Als Nachweisinstrument kommen nach Auffassung des Gesetzgebers (BTDrucks. 18/8045, 91) und der FinVerw. (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 20.12; in Rz. 20.13 und 20.14 wird für die Anforderung der Bestätigung danach unterschieden, ob diese vor dem 1.1.2020 oder nach dem 31.12.2019 ausgestellt wird bzw. wurde) insbes. Vermögensverzeichnisse des Investmentfonds und/oder schriftliche Bestätigungen des Investmentfonds in Betracht. Ausreichend sollte auch eine Bestätigung durch einen Berufsträger iSd. §§ 3, 3a StBerG sein (*Mann in Blümich*, § 20 InvStG 2018 Rz. 41 [3/2020]; *Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 20 InvStG 2018 Rz. 16). Nicht ausreichend sind die Angaben zum Aktien- oder Immobilienbestand in Halbjahres- oder Jahresberichten des Investmentfonds, da diese nur zwei Zeitpunkte im Jahr wiedergeben (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 20.12). Nur für den Fall, dass die Halbjahres- oder Jahresberichte eine ausdrückliche Bestätigung des Investmentfonds enthalten, dass die jeweilige Quote fortlaufend eingehalten wurde, kann dies als Nachweis dienen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 20.12). Sofern es für eine KVG bzw. einen Investmentfonds nicht möglich ist, einem Anleger weitere über die rechtl./aufsichtsrechtl. verpflichtenden hinausgehende Informationen zur Verfügung zu stellen, die der Anleger für seinen stl. Nachweis benötigt, und die rein rechtl./aufsichtsrechtl. Informationen den entsprechenden stl. Nachweis nicht erbringen können, kann der Anleger diesen Nachweis für die Teilfreistellung wohl nur schwer führen. Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn es sich um eine ausländ. KVG bzw. einen ausländ. Investmentfonds handelt und diese bzw. dieser für inländ. Anleger keine Daten aufgrund der inländ. zT komplexen Einordnung als Aktien-, Misch- oder Immobilienfonds ermittelt. Bei geschlossenen ausländ. Investmentfonds könnten die Anleger zB, soweit aus den Anlagebedingungen die Klassifizierung nicht erkennbar ist, in einem *Side Letter* vereinbaren, dass die KVG bzw. der Investmentfonds die entsprechenden Daten zur Verfügung stellt, um feststellen zu können, ob die Voraussetzungen einer der Fondskategorien erfüllt sind. Zu Besonderheiten bei Organschaften und Anleger iSv. § 20 Abs. 1 Satz 4 s. *Mann in Blümich*, § 20 InvStG 2018 Rz. 41 (3/2020).

Aktienfonds- oder Mischfonds-Kapitalbeteiligungsquote oder Immobilienfonds- oder Auslands-Immobilienfondsquote: Durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) wurde der Begriff der Anlagegrenzen durch die Begriffe „Aktienfonds-, Mischfonds-Kapitalbeteiligungsquote, Immobilienfonds- bzw. Auslands-Immobilienfondsquote“ ersetzt. Es handelt sich dabei nur um eine Folgeanpassung aus § 2 und der damit zusammenhängenden Änderungen des § 20 Abs. 3, um die Terminologie zu vereinheitlichen. Die maßgebliche Anlagegrenze bzw. – neue – Quote bei Aktienfonds beläuft sich auf mehr als 50 % (§ 2 Abs. 6) und bei Mischfonds auf mindestens 25 % (§ 2 Abs. 7) des Aktivvermögens in Kapitalbeteiligungen. Immobilienfonds bzw. Auslands-Immobilienfonds müssen mehr als 50 % ihres Aktivvermögens in (ausländ.) Immobilien und (Auslands-)Immobiliengesellschaften anlegen (§ 2 Abs. 9, s. § 2 Anm. 12 bis 20a).

Während des Geschäftsjahres: Die Einhaltung der Anlagegrenzen bezieht sich auf ein Geschäftsjahr eines Investmentfonds. Zu Problemen in der Praxis, da die

Norm auf das Geschäftsjahr und nicht auf das KJ abstellt *Mertesdorf-Perathoner* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 20 Rz. 66 (6/2020). Zur vorläufigen Berücksichtigung der Teilfreistellung bei abweichendem Geschäftsjahr im Rahmen von § 165 Abs. 1 Satz 1 AO: BMF, Anwendungsfragen, Rz. 20.17. Hingegen wird bei der Veräußerungsfiktion des § 22 Abs. 1 Satz 2 (s. § 22 Anm. 5), der die Fälle des § 20 Abs. 4 regelt, auf den VZ und daher grds. auf das KJ. abgestellt (*Kleutgens* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 20 Rz. 90).

Tatsächlich: Im Gegensatz zu Abs. 1, 2 und 3, die für die Qualifikation als Aktien-, Misch- oder Immobilienfonds aufgrund der jeweiligen Begriffsdefinition von § 2 Abs. 6, 7 bzw. 9 Satz 1 die jeweilige Einordnung der Fondskategorie in den Anlagebedingungen voraussetzen, stellt das Tatbestandsmerkmal gerade nicht auf die Anlagebedingungen, sondern auf die tatsächliche Anlage des Investmentfonds ab. Dieses Tatbestandsmerkmal setzt nicht voraus, dass die Anlagebedingungen keine Einordnung der Fondskategorie vorgenommen haben (s. unten „Antrag des Anlegers“).

Durchgehend überschritten: Diese Formulierung ist iSd. § 2 Abs. 6, 7 bzw. 9 Satz 1 auszulegen (so im Erg. auch *Mertesdorf-Perathoner* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 20 Rz. 65 [6/2020]; *Kleutgens* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 20 Rz. 88; aA *Mann* in *Blümich*, § 20 InvStG 2018 Rz. 43 [3/2020], der eine tatsächliche Überschreitung für jeden Tag des Geschäftsjahres voraussetzt). In § 2 Abs. 6, 7 bzw. 9 Satz 1 wird für die jeweiligen Begriffsdefinitionen für die drei Fondskategorien darauf abgestellt, dass aus den Anlagebedingungen des Investmentfonds erkennbar sein muss, dass der Investmentfonds „fortlaufend“ in die jeweilige Anteilsklasse anlegt. Nach der Begr. des Gesetzesentwurfs (BTDrucks. 18/8045, 69) soll dazu im Fall der Aktienteilfreistellung ein dauerhaftes Erreichen oder Überschreiten von 51 % (inzwischen mehr als 50%, s. § 2 Abs. 6) Aktienanteil „angestrebt“ werden müssen. Die FinVerw. ist in Bezug auf § 2 Abs. 6, 7 bzw. 9 Satz 1 der Auffassung, dass Investmentfonds die durchgehende Erfüllung (dh. grds. an jedem Tag des Geschäftsjahres) der entsprechenden Vermögenszusammensetzung anzustreben haben (BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:001, BeckVerw. 342885; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.7), differenziert aber zwischen passiven (zB Wertveränderungen der Vermögensgegenstände, fehlerhaftes Einstufen als Kapitalbeteiligung) und aktiven Grenzverletzungen. Eine passive Grenzverletzung führt danach nicht zum Verlust des Status als Aktien-, Misch- bzw. Immobilienfonds, wenn der Investmentfonds unverzüglich nach Grenzverletzung ihm mögliche und zumutbare Maßnahmen unternimmt, um die für ihn erforderlichen Kapitalbeteiligungsquoten wiederherzustellen (im Einzelnen: BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:001, BeckVerw. 342885; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.18). Zudem geht die FinVerw. nicht von einem wesentlichen Verstoß aus, wenn ein Aktien- oder Mischfonds (gem. Rz. 2.41 gilt dies entsprechend auch für Immobilienfonds bzw. Auslands-Immobilienfonds) in einem Geschäftsjahr an insgesamt bis zu 20 einzelnen oder zusammenhängenden Geschäftstagen iSd. § 674n BGB die Vermögensgrenzen des § 2 Abs. 6 oder 7 unterschreitet. Die FinVerw. übernimmt diese Auffassung ebenfalls im Falle des Nachweises durch den Anleger (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 20.15). Durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) hat der Gesetzgeber den Begriff der Anlagegrenzen in Abs. 4 durch die Begriffe „Aktienfonds-, Mischfonds-Kapitalbeteiligungsquote, Immobilienfonds- bzw. Auslands-Immobilienfondsquote“ ersetzt und damit den Gleichlauf der Formulierungen mit den Be-

griffsdefinitionen in § 2 Abs. 6, 7 bzw. 9 Satz 1 explizit hergestellt. Die Voraussetzung in § 20 Abs. 4 an die Qualifikation als Aktienfonds- oder Mischfonds bzw. Immobilienfonds- oder Auslands-Immobilienfondsquote durch den Anleger kann nicht strikter sein als die, die für die Kapitalverwaltungsgesellschaften im Rahmen des § 2 Abs. 6, 7 bzw. 9 Satz 1 notwendig sind.

Antrag des Anlegers: Der Anleger hat in der Veranlagung einen entsprechenden Antrag zu stellen und diesem die entsprechenden Nachweise (s. oben „Nachweis durch den Anleger“) beizufügen. Sofern der Investmentfondsanteil über eine PersGes. gehalten wird, ist fraglich, ob die PersGes. oder die Personengesellschafter diesen Nachweis führen müssen (*Kleutgens in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 20 Rz. 94, der dies beim jeweiligen Gesellschaftern sieht). Der Anleger hat die Möglichkeit, nicht aber die Verpflichtung, den Antrag zu stellen (so auch *Mertesdorf-Perathoner in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 20 Rz. 46 [6/2020]; *Mann in Blümich*, § 20 InvStG 2018 Rz. 40 [3/2020]; *Kleutgens in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 20 Rz. 93). Bei einem vom Kj. abweichenden Geschäftsjahr des Investmentfonds muss der Anleger den Nachweis für das Geschäftsjahr des Investmentfonds erbringen, in dem die Investmenterträge zugeflossen waren bzw. als zugeflossen galten (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 20.16). Für den Antrag und die Anwendung des nachgewiesenen Teilfrestellungssatzes ist es unerheblich, ob in den Anlagebedingungen keine hinreichenden Aussagen zu den Schwellenwerten für die Einordnung in eine Fondskategorie vorgenommen wurden, oder ob eine andere (niedrigere) Kategorie, als in den Anlagebedingungen festgelegt wurde, tatsächlich zum Tragen kommt, da nur die „tatsächliche“ Überschreitung der Anlegergrenzen in Abs. 4 gefordert wird (idS auch *Mertesdorf-Perathoner in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 20 Rz. 65 [6/2020]; *Kleutgens in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 20 Rz. 91). Der Gesetzgeber will hingegen gemäß der Gesetzesbegründung zu Abs. 4 dem Anleger nur eine individuelle Nachweismöglichkeit einräumen, wenn die Anlagebedingungen keine hinreichenden Aussagen zum Überschreiten eines Schwellenwerts enthalten oder keine Anlagebedingungen vorliegen (BTDrucks. 18/8045, 91). Dieser Auffassung folgt auch die FinVerw. (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 20.11, s. insbes. auch Rz. 22.7 „kein Wahlrecht“; so auch *Ernst in Moritz/Strohm*, Handbuch Besteuerung privater Kapitalanlagen, 2017, Kap. C Rz. 506 „für den Fall“; *Kelterborn/Küpper*, BB 2017, 2263 [2267]; *Mann in Blümich*, § 20 InvStG 2018 Rz. 40 [3/2020]; *Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 20 Rz. 16). Zur Nichtanwendung der Veräußerungsfiktion, s. § 22 Anm. 5 und 1). Sofern der Teilfrestellungssatz sich jedoch anlegerbezogen ändert s. § 22 Anm. 5.

Zwingende Rechtsfolge: Der jeweilige Teilfrestellungssatz für einen Aktien-, Misch- bzw. Immobilienfonds gem. Abs. 1 bis 3 ist anzuwenden.

In der Veranlagung anzuwenden: Auch Privatanleger, die ihre Investmentfondsanteile im PV halten und für die daher die KapErtrSt abgeltende Wirkung hat, sind hier auf das Veranlagungsverfahren angewiesen. Ein Nachweis gegenüber der zur KapErtrStErhebung verpflichteten Stelle ist nicht zulässig, da dieses einen unverhältnismäßigen Aufwand auf Seiten der Entrichtungspflichtigen auslösen würde (BTDrucks. 18/8045, 91; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 20.11). Der Antrag sollte in Schriftform bei dem für die Besteuerung des jeweiligen Anlegers zuständigen FA zu stellen sein (so auch *Mann in Blümich*, § 20 InvStG 2018 Rz. 42 [3/2020]; *Mertesdorf-Perathoner in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 20 Rz. 64 [6/2020], jeweils mit Hinweisen zum Diskussionsstand; *Kleutgens in Moritz/Jesch/Mann*,

2. Aufl. 2020, § 20 Rz. 92, zu Einreichung des Nachweises als konkludente Antragsstellung). Nicht eindeutig geregelt ist in § 20 Abs. 4, bis zu welchem (Veranlagungs-)Zeitpunkt der Anleger den Antrag stellen muss, damit die Teilfreistellung in der Veranlagung Anwendung findet. So sollte diese bis zum Abschluss des Veranlagungsverfahrens möglich sein, da es keine spezielle Regelung zur Antragstellung, wie zB in § 20 Abs. 2 Satz 3 UmwStG gibt. § 20 Abs. 2 Satz 3 UmwStG regelt, dass der in diesem Falle notwendige Antrag bis spätestens zur erstmaligen Abgabe der stl. Schlussbilanz bei dem für die Besteuerung der übernehmenden Gesellschaft zuständigen FA zu stellen ist.

Rechtsfolge: Der tatsächlich durch den Anleger nachgewiesene Teilfrestellungssatz ist für diesen Anleger in der Veranlagung auf seine Erträge aus dem Investmentfonds anzuwenden.

Einstweilen frei.

21–29

G. Erläuterungen zu Abs. 5: Berücksichtigung der Teilfrestellungssätze bei der Gewerbesteuer

30

Hälftige Reduzierung der Teilfrestellungssätze für Zwecke der Gewerbesteuer: Abs. 5 erlaubt die hälftige Berücksichtigung der Teilfreistellung nach Abs. 1 bis 3 bei der Ermittlung des Gewerbeertrags eines Anlegers.

Ermittlung des Gewerbeertrags nach § 7 GewStG: Siehe *Roser in Lenski/Steinberg*, § 7 GewStG Rz. 30 ff. (2/2021).

Voraussetzungsfiktion („sind“): Die Teilfreistellung von der GewSt fordert keine über Abs. 1 bis 3 bzw. 4 hinausgehenden Voraussetzungen. Damit die Teilfreistellung gewährt wird, ist es daher unerheblich, ob der Investmentfonds selbst unter den Voraussetzungen des § 15 Abs. 2 von der GewSt befreit ist. Sollte der Investmentfonds jedoch aufgrund von § 15 stpfl. sein bzw. werden, sollte der Gesetzgeber für diese Fälle entsprechend höhere Teilfrestellungssätze für die GewSt regeln.

Berücksichtigung der Freistellungen nach Abs. 1 bis 3 nur zur Hälfte: Die Freistellungen nach Abs. 1 bis 3 erfolgen zur Hälfte aufgrund folgender Erwägungen des Gesetzgebers: Auf Ebene des Investmentfonds fällt grds. keine GewSt an (s. § 15 Abs. 2). Damit fehlt es an einer gewstl. Vorbelastung auf Investmentfondsebene, aufgrund derer auch nur eine verminderte Freistellung der Erträge für Zwecke der GewSt erforderlich ist (BTDrucks. 18/8045, 92; vgl. auch *Helios/Mann*, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 17; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 20.19). Bei Anlegern, die dem KStG unterliegen, beträgt die Aktienteilfreistellung im Rahmen der KSt 80 % (Abs. 1 Satz 3); mit diesem Freistellungssatz sollen die Vorbelastung auf Fondsebene und in pauschaler Form auch die Veräußerungsgewinnfreistellung des § 8b KStG berücksichtigt werden. In der Direktanlage mindert die StFreiheit der Veräußerungsgewinne auch die gewstl. Bemessungsgrundlage. Aufgrund dessen ist bei kstpfl. Anlegern eine typisierende gewstl. verminderte Freistellung nur hinsichtlich der Dividenden und sonstigen Beteiligungseinnahmen, nicht aber hinsichtlich der Veräußerungsgewinne aus Beteiligungen vom Gesetzgeber vorgenommen worden (vgl. BTDrucks. 18/8045, 92). Bei natürlichen Personen, die ihre Investmentanteile im BV halten, beträgt die Aktienteilfreistellung 60 % (Abs. 1 Satz 2). Es gelten nach dem Gesetzgeber die ähnlichen Erwägungen, nach denen die Höhe der Aktienteilfreistellung auch einen pauschalen Ausgleich für die 40 %

ige StFreiheit der Veräußerungsgewinne nach § 3 Nr. 40 EStG ausgleichen soll (vgl. BTDrucks. 18/8045, 92). Sofern Anleger über eine gewerbliche PersGes. (Mitunternehmerschaft) in einen Investmentfonds investieren (*Janzen/Greger*, DStR 2018, 282 [284]; *Mertesdorf-Perathoner* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 20 Rz. 77 [6/2020], „Misch-Teilfreistellungssatz“; *Ebner*, RdF 2019, 314 [315]), ist der für den jeweiligen Gesellschafter der PersGes. geltende Freistellungssatz, dh. der seiner stl. Anlegergruppe, für die Ermittlung des Gewerbeertrags der PersGes. (§ 5 Abs. 1 Satz 3 GewStG) zugrunde zu legen. Bei der Ermittlung des Gewerbeertrags einer Mitunternehmerschaft ist für die Berücksichtigung der Teilfreistellung § 7 Satz 4 GewStG sinngemäß anzuwenden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 20.20; *Kleutgens* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 20 Rz. 97; aA wohl *Häuselmann*, Investmentanteile, 2019, Kap. 7 Rz. 114, der diesbezüglich eine Änderung des § 7 Satz 4 für notwendig hält). Hinsichtlich der unterschiedlichen stl. Anlegergruppen ist das Verhältnis der jeweiligen Beteiligten am Gewinn der Mitunternehmerschaft zu berücksichtigen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 20.20; *Mann* in *Blümich*, § 20 InvStG 2018 Rz. 54 [3/2020]; *Bujotzek/Blischke* in *Pölath/Rodin/Wewel*, Private Equity und Venture Capital Fonds, 2018, § 25 Rz. 226). Bei vermögensverwaltenden PersGes. ist auf die jeweiligen Teilfreistellungssätze der Gesellschafter gemäß der jeweiligen stl. Anlegergruppe abzustellen. Sofern die Anleger gewstpfl. sind, wird deren entsprechender Teilfreistellungssatz für die Ermittlung des Gewerbeertrags um die Hälfte gemindert (*Mann* in *Blümich*, § 20 InvStG 2018 Rz. 54 [3/2020]; *Kleutgens* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 20 Rz. 99). Zur Ermittlung der GewSt bei Organschaften s. *Mann* in *Blümich*, § 20 InvStG 2018 Rz. 54 (3/2020); *Mertesdorf-Perathoner* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 20 Rz. 77 (6/2020); *Kleutgens* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 20 Rz. 101. In Abs. 5 fehlt der Verweis auf Abs. 4. Da Abs. 4 selbst ebenfalls nicht die Höhe der Teilfreistellung regelt, sondern nur die Nachweismöglichkeit des Anlegers und die Teilfreistellungssätze sich diesbezüglich auch aus Abs. 1 bis 3 ergeben, ist dies nicht erforderlich. Gleichwohl gilt die hälftige Teilfreistellung auch für den Fall, dass der Anleger den Nachweis der Teilfreistellung in der Veranlagung gem. Abs. 4 erbringt (*Mann* in *Blümich*, § 20 InvStG 2018 Rz. 45 [3/2020]; *Kleutgens* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 20 Rz. 100).

Rechtsfolge: Bei gewstpfl. Anlegern sind bei der Ermittlung des Gewerbeertrags gem. § 7 GewStG die Teilfreistellungen der Abs. 1 bis 3 – allerdings nur zur Hälfte – zu berücksichtigen.

§ 21 Anteilige Abzüge aufgrund einer Teilfreistellung

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731)

¹Betriebsvermögensminderungen, Betriebsausgaben, Veräußerungskosten oder Werbungskosten, die mit den Erträgen aus Aktien-, Misch- oder Immobilienfonds in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, dürfen unabhängig davon, in welchem Veranlagungszeitraum die Betriebsvermögensmehrungen oder Einnahmen anfallen, bei der Ermittlung der Einkünfte in dem prozentualen Umfang nicht abgezogen werden, wie auf die Erträge eine Teilfreistellung anzuwenden ist. ²Entsprechendes gilt, wenn bei der Ermittlung der Einkünfte der Wert des Betriebsvermögens oder des Anteils am Betriebsvermögen oder die Anschaffungs- oder Herstellungskosten oder der an deren Stelle tretende Wert mindernd zu berücksichtigen sind. ³Für die Anwendung der Sätze 1 und 2 ist die Absicht zur Erzielung von Betriebsvermögensmehrungen oder von Erträgen aus Aktien-, Misch- oder Immobilienfonds ausreichend.

Autor: Dr. Matthias *Rommel*, LL.M., EMBA, Rechtsanwalt, Bad Nauheim

Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 21	1	D. Erläuterungen zu Satz 3: Absicht zur Erzielung von Betriebsvermögensmehrungen oder von Erträgen für die Anwendung der Sätze 1 und 2 ist ausreichend	15
B. Erläuterungen zu Satz 1: Ermittlung der anteiligen Kürzung bei der Ermittlung der Einkünfte des Anlegers	5		
C. Erläuterungen zu Satz 2: Anwendung von Satz 1 auf Wertminderungen	10		

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 21

1

Grundinformation: § 21 regelt die anteilige Kürzung von WK bzw. BA der Anleger im prozentualen Umfang der jeweiligen Teilfreistellung nach § 20 (vgl. *Jansen/Greger*, RdF 2017, 138 [140]). Es sollen damit Aufwendungen, die mit aufgrund der Teilfreistellung nach § 20 nur partiell besteuerten Einnahmen im Zusammenhang stehen, auch nur in Höhe des besteuerten Teils berücksichtigt werden (vgl. *Mann in Blümich*, § 21 InvStG 2018 Rz. 2 [8/2019]). § 21 überträgt den Rechtsgedanken des § 3c Abs. 2 EStG auf das Teilfreistellungsverfahren bei Aktien-, Misch- und Immobilienfonds (BTDrucks. 18/8045, 92; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 21.1). Satz 1 regelt die anteilige Kürzung von WK bzw. BA der Anleger im prozentualen Umfang der jeweiligen Teilfreistellung unabhängig davon, in welchem VZ die BV-Mehrungen oder Einnahmen anfallen. Ein entsprechendes Abzugsverbot regelt Satz 2 für Wertminderungen des BV oder des Anteils am BV, für Minde-

rungen der AK, der HK oder des an deren Stelle tretenden Werts bei der Ermittlung der Einkünfte. Satz 3 regelt, dass auch, sofern nur die Absicht besteht, BV-Mehrungen oder Erträge zu erzielen, der Tatbestand bereits erfüllt ist.

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher Geltungsbereich:* § 21 regelt die anteilige Kürzung von Abzügen, die mit einem Aktien-, Misch-, oder Immobilienfonds im wirtschaftlichen Zusammenhang stehen, für deren Anleger.
- ▶ *Persönlicher Geltungsbereich:* § 21 gilt für in- und ausländ. Investmentfonds und (nur) für inländ. Anleger solcher Investmentfonds (*Elser in Beckmann/Scholtz/Vollmer, Investment, § 21 InvStG 2018 Rz. 7 [11/2018]*). Zu einem Sonderfall s. § 16 Anm. 1. § 21 findet nicht nur bei natürlichen Personen, sondern auch dann Anwendung, wenn der Anleger eine KapGes. oder ein anderes KStSubjekt ist (BTDrucks. 18/8045, 92; so auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 21.2) und bei den übrigen betrieblichen Anlegern (*Kleutgens in Moritz/Jesch/Mann, 2. Aufl. 2020, § 21 Rz. 5*).
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* § 21 gilt ab dem 1.1.2018, s. § 56 Abs. 1.

Verhältnis zu anderen Vorschriften:

- ▶ *Verhältnis zu § 20:* § 21 regelt die anteilige Kürzung von WK bzw. BA der Anleger im prozentualen Umfang der jeweiligen Teilfreistellung nach § 20. Dies gilt auch für § 20 Abs. 3a S. 1). In Bezug auf § 20 Abs. 3a S. 2 weist *Haug, FR 2021, 410, 412* auf die Gefahr von Gestaltungsmöglichkeiten hin.
- ▶ *Verhältnis zu § 44:* § 21 ist entsprechend auf BVMinderungen, BA, Veräußerungskosten oder WK anzuwenden, die mit Erträgen in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, die ganz oder teilweise von der Besteuerung freizustellen sind (§ 44).
- ▶ *Verhältnis zu § 7 Satz 1 GewStG:* § 21 sollte sich – unter dem Rechtsgedanken des § 3c EStG – bereits bei der Ermittlung des Gewerbeertrags auswirken, soweit als Ausgangsgröße der nach den Vorschriften des EStG oder des KStG ermittelte Gewinn herangezogen wird (zu § 3c EStG s. § 3c EStG Anm. 26; s. auch *Mann in Blümich, § 21 InvStG 2018 Rz. 11 [8/2019]*; *Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 21 InvStG 2018 Rz. 2*; *Elser in Beckmann/Scholtz/Vollmer, Investment, § 21 InvStG 2018 Rz. 7 [11/2018]*).
- ▶ *Verhältnis zu §§ 8, 9 GewStG:* § 21 sollte sich – unter dem Rechtsgedanken des § 3c EStG – bei den Korrekturvorschriften nur auswirken, sofern die Hinzurechnung oder Kürzung einen Gewinn (Nettogröße) korrigiert, der nach dem EStG bzw. KStG unter Berücksichtigung des § 21 ermittelt worden ist. Werden nur Einnahmen (Bruttogrößen) aus dem Gewerbeertrag gekürzt, sollten die Aufwendungen nicht gem. § 21 zu kürzen sein, da dies faktisch eine neue Hinzurechnung begründen würde, die Tatbestände in § 8 GewStG aber abschließend sind (§ 3c EStG Anm. 26).
- ▶ *Verhältnis zu § 15 Satz 1 Nr. 2a KStG:* Der persönliche Teilfreistellungssatz des OT ist neben den Einnahmen auch für den Umfang der mit den Investorsträgen im Zusammenhang stehenden BVMinderungen, BA oder Veräußerungskosten maßgeblich (*Kleutgens in Moritz/Jesch/Mann, 2. Aufl. 2020, § 21 Rz. 24*).

2–4 Einstweilen frei.

B. Erläuterungen zu Satz 1: Ermittlung der anteiligen Kürzung bei der Ermittlung der Einkünfte des Anlegers 5

Betriebsvermögensminderungen, Betriebsausgaben, Veräußerungskosten oder Werbungskosten: Der Begriff der BV-Minderung ergibt sich aus den Gewinnermittlungsvorschriften der § 4 Abs. 1 EStG und § 5 Abs. 1 EStG. Der Begriff der BA ist in § 4 Abs. 4 EStG, der der Veräußerungskosten ist in § 16 Abs. 2 Satz 1 und § 17 Abs. 2 Satz 1 EStG, der der WK in § 9 Abs. 1 Satz 1 EStG definiert (§ 3c EStG Anm. 51; *Karrenbrock in LBP*, § 3c EStG Rz. 64 [10/2016]).

Erträge aus Aktien-, Misch- oder Immobilienfonds: Erträge sind gem. § 16 Abs. 1 Ausschüttungen des Investmentfonds, Vorabpauschalen und Gewinne aus der Veräußerung von Investmentanteilen (§ 16 Anm. 5). Sofern sich der Investmentfonds in der Abwicklungsphase gem. § 17 befindet, erfolgt für den entsprechenden Zeitraum die Ermittlung der Ausschüttungen gem. § 17 Abs. 1 Satz 1 (§ 17 Anm. 5 und 10) mit entsprechender Korrektur des Veräußerungsgewinns unter Anwendung von § 17 Abs. 3 (§ 17 Anm. 15; *Kleutgens in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 21 Rz. 9). Diese Erträge müssen aus Investmentfonds stammen, die als Aktien-, Misch- oder Immobilienfonds (zur Frage, ob Auslands-Immobilienfonds durch die neue Definition des Auslands-Immobilienfonds in § 2 Abs. 9 weiterhin ab dem 1.1.2020 von § 21, der nicht angepasst wurde und daher von „Immobilienfonds“ spricht, erfasst sind: nein: *Kleutgens in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 21 Rz. 10; ja: *Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 21 InvStG 2018 Rz. 9, der dies zutr. nach dem Sinn und Zweck der Regelung bejaht) klassifizieren (§ 20 unter Berücksichtigung der jeweils geänderten bzw. aufgehobenen Teilfreistellungssätze gem. § 22), da nur für diese die Teilfreistellungssätze angewendet werden. Sonst sind die entsprechenden BV-Minderungen, BA, Veräußerungskosten oder WK (zu WK-Pauschbetrag gem. § 20 Abs. 9 EStG s.u.) voll nach den allgemeinen Regelungen abzugsfähig.

Wirtschaftlicher Zusammenhang: In der Literatur (*Haisch*, RdF 2016, 329 [331]; *Häuselmann*, Investmentanteile, 2019, Kap. 7 Rz. 107; *Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 21 InvStG 2018 Rz. 7; *Mann in Blümich*, § 21 InvStG 2018 Rz. 18 [8/2019]; wohl auch *Stadler/Bindl*, DStR 2016, 1953 [1960]; *Bindl/Mager*, BB 2016, 2711 [2716]; *Kleutgens in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 21 Rz. 12) wird hinsichtlich § 21 die Auffassung vertreten, dass der Begriff des wirtschaftlichen Zusammenhangs nach dem allgemeinen Veranlassungsprinzip gem. § 4 Abs. 4 EStG zu bestimmen ist. Auch der BFH (BFH v. 6.4.2016 – I R 61/14, BFH/NV 2016, 1351) hat zum Begriff des wirtschaftlichen Zusammenhangs iSv. § 34c Abs. 1 Satz 4 EStG zur Bestimmung des Anrechnungshöchstbetrags bei Anrechnung ausländ. Quellensteuer entschieden, dass der wirtschaftliche Zusammenhang nach dem allgemeinen Veranlassungsprinzip des § 4 Abs. 4 EStG zu bestimmen ist (s. *Haisch*, RdF 2016, 329 [334f.]). Die vergleichbaren Formulierungen in § 34c Abs. 1 Satz 4 EStG und in § 3c Abs. 2 EStG lassen eine einheitliche Auslegung zu (vgl. *Ernst & Young*, IStR 2016, 922 [925]). Die vergleichbare Formulierung in § 22 Satz 1 rechtfertigt daher ebenfalls diese einheitliche Auslegung. Auch im Rahmen von § 3c Abs. 2 Satz 1 EStG wird ein Gleichlauf mit dem Veranlassungszusammenhang iSd. §§ 4 Abs. 4, 9 Abs. 1 EStG angenommen (vgl. § 3c EStG Anm. 55 mit einer Unterscheidung zwischen Veranlassungs- und wirtschaftlichem Zusammenhang sowie *Ernst & Young*, IStR 2016, 922 [925] mwN Fn. 34). Auch die FinVerw. (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 21.5) legt den Begriff des „wirtschaftlichen Zusam-

menhangs“ als Veranlassungszusammenhang aus und verweist auf die § 3c Abs. 2 Satz 1 EStG entsprechende Auslegung. Maßgebend sind die Gründe, aus denen der Stpfl. die Aufwendung vornimmt (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 21.5), dh., welches Ereignis das auslösende Moment für die jeweiligen Aufwendungen ist (*Elser in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, Investment, § 21 InvStG 2018 Rz. 14 [11/2018]; *Mann in Blümich*, § 21 InvStG 2018 Rz. 18 [8/2019]). Sofern die Aufwendungen im Verhältnis zu mehreren Veranlassungszusammenhängen stehen, ist eine anteilige Zuordnung oder eine primäre Zuordnung zu prüfen (*Elser in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, Investment, § 21 InvStG 2018 Rz. 15 [11/2018]; *Mann in Blümich*, § 21 InvStG 2018 Rz. 18 [8/2019]; *Kleutgens in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 21 Rz. 14).

§ 21 ist grds. auf solche Finanzierungsaufwendungen anzuwenden, die aus Verbindlichkeiten stammen, die unmittelbar der Anschaffung von dem Teilfreistellungsverfahren unterliegenden Investmentanteilen dienen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 21.6).

- ▶ **Altersvorsorgeverpflichtete/Versicherungsunternehmen:** Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens wurde diskutiert, ob die Zuführung zur Deckungsrückstellung als im wirtschaftlichen Zusammenhang stehende, nach § 21 nicht abzugsfähige BV-Minderung anzusehen ist (*Jansen/Greger*, RdF 2017, 138 [144]: Besonderheiten zu Pensionsfonds). Bei Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen sollte der Aufwand aus Deckungsrückstellungen und RfB nicht vom Abzugsverbot des § 21 erfasst sein, denn es besteht kein wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen teilfreigestellten Erträgen und den Deckungsrückstellungen sowie den RfB, da die Aufwendungen nicht durch die Investmenterträge verursacht sind (im Detail *Haisch*, RdF 2016, 329 [331]; *Stadler/Bindl*, DStR 2016, 1953 [1960]; *Bindl/Mager*, BB 2016, 2711 [2716]; *Elser in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, Investment, § 21 InvStG 2018 Rz. 16 [11/2018]; *Stadler/Mager*, BB 2019, 1760 [1765]; *Kleutgens in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 21 Rz. 17; im Erg. auch *Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 21 InvStG 2018 Rz. 8; *Mann in Blümich*, § 21 InvStG 2018 Rz. 19 [8/2019], der jedoch einen Veranlassungszusammenhang annimmt, der allerdings überlagert wird). Auch bei CTA-Strukturen sollte kein wirtschaftlicher Zusammenhang iSv. § 21 zwischen teilfreigestellten Erträgen und den Pensionsrückstellungen und -zahlungen bestehen (*Häuselmann*, Investmentanteile, 2019, Kap. 7 Rz. 107; *Kleutgens in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 21 Rz. 17; im Detail *Haisch*, RdF 2016, 329 [332 ff.]). Die FinVerw. hat klargestellt, dass bei der Bildung von Pensionsrückstellungen durch Altersvorsorgeverpflichtete und bei der Bildung von Deckungsrückstellungen durch VU nicht davon auszugehen ist, dass diese durch die Anschaffung von Investmentanteilen veranlasst sind und daher keine Kürzung der Rückstellungen vorzunehmen ist (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 21.7).
- ▶ **Kreditinstitute:** Bei Kreditinstituten war die FinVerw. (so noch Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:001, Rz. 21.6) zunächst nicht von einem wirtschaftlichen Zusammenhang iSd. § 21 zwischen teilfreigestellten Investmenterträgen und den Zinsausgaben für Kundeneinlagen, für Interbankeneinlagen, für Schuldverschreibungen und für vergleichbare allgemeine Zinsaufwendungen ausgegangen. Mit der finalen Fassung des BMF-Schreibens (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 21.6) vertritt die FinVerw. nun die Auffassung, dass bei Kreditinstituten von einem wirtschaftlichen Zusammenhang iSd. § 21 InvStG zwischen teilfreigestellten Investmenterträgen und Zinsausgaben für Kunden-

einlagen, Interbankeneinlagen, Schuldverschreibungen und für vergleichbare allgemeine Zinsaufwendungen (sog. Poolrefinanzierungskosten) auszugehen ist (zur Begr. *Hensel*, RdF 2019, 204 [208f.]; krit. *Bödecker*, Ubg 2019, 545 [553]; *Mertesdorf-Perathoner* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 21 Rz. 21 [6/2020]; aA auch *Häuselmann*, Investmentanteile, 2019, Kap. 7 Rz. 107; *Elser* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, Investment, § 21 InvStG 2018 Rz. 17 [11/2018]; *Mann* in *Blümich*, § 21 InvStG 2018 Rz. 19 [8/2019]; *Kleutgens* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 21 Rz. 15; *Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 21 InvStG 2018 Rz. 8).

Betriebsvermögensmehrungen oder Einnahmen unabhängig vom Veranlagungszeitraum: Das Abzugsverbot ist nicht auf den jeweiligen VZ begrenzt, sondern findet unabhängig davon Anwendung, in welchem VZ die BV-Mehrungen oder Einnahmen anfallen (*Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, Anh. 1, § 21 InvStG 2018 Rz. 7; *Mann* in *Blümich*, § 21 InvStG 2018 Rz. 18 [8/2019]; *Elser* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, Investment, § 21 InvStG 2018 Rz. 18 [11/2018]). Das heißt: Die (BV-)Minderungen müssen nicht im selben VZ wie die BV-Mehrungen bzw. Einnahmen angefallen sein.

Anteiliger Abzug der Aufwendungen: Bei der Ermittlung der Einkünfte dürfen Aufwendungen in dem prozentualen Umfang nicht abgezogen werden, wie auf die Erträge eine Teilfreistellung anzuwenden ist.

- ▶ *Bei der Ermittlung der Einkünfte* sind neben allgemeinen Regelungen, die für die jeweilige stl. Anlegergruppe (zB PV, BV, Körperschaften, stbefreite Anleger usw.) gelten, die jeweils besonderen Regelungen der § 16 bis 22 anzuwenden.
- ▶ *Für den anteiligen Abzug* der Aufwendungen gilt der der Höhe der Freistellung entsprechende Prozentsatz als Satz, in dessen Höhe die Aufwendungen nicht abgezogen werden dürfen (*Carlé*, ErbStB 2017, 20 [22]; vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 21.1). Abzustellen ist auf die Teilfreistellungssätze auf Anlegerebene (*Haisch*, RdF 2016, 329 [331]; *Mann* in *Blümich*, § 21 InvStG 2018 Rz. 21 [8/2019]), so dass diese entsprechend der jeweiligen stl. Anlegergruppe bei Aktien- bzw. MisCHFonds (s. § 20 Anm. 5 und 10 ff.) zur Anwendung kommen. Bei Immobilienfonds hingegen gibt es keine Unterscheidung nach stl. Anlegergruppen (s. § 20 Anm. 15). Der Gesetzgeber (BTDrucks. 18/8045, 92) überträgt mit § 21 den Rechtsgedanken des § 3c Abs. 2 EStG auf das Teilfreistellungsverfahren bei Aktien-, Misch- und Immobilienfonds. Im Vergleich zu Anlagen von kstpfl. Anlegern in KapGes., bei denen das InvStG keine Anwendung findet, ist jedoch zu bedenken, dass für diese der § 3c EStG keine Anwendung findet, da § 8b KStG gem. § 8b Abs. 3 Satz 2 und Abs. 5 Satz 2 vorgeht (§ 3c EStG Anm. 20, 24), so dass grds. 5 % der stfrei gestellten Bezüge und Veräußerungsgewinne als nicht abziehbare BA gelten (§ 8b KStG Anm. 1). Aufgrund der Teilfreistellungsquote für Aktienfonds, die für kstpfl. Anleger insbes. – wenn auch typisierend – § 8b KStG kompensieren soll, sollen gem. § 21 spiegelbildlich 80 % der BA nicht abzugsfähig sein. Körperschaftsteuerpflichtige Anleger stehen sich also bei Anwendung von § 21 jedenfalls im Hinblick auf Veräußerungsgewinne ohne sachlichen Grund schlechter, als sie stünden, wenn statt der Teilfreistellung im Fall der Direktanlage § 8b KStG angewandt würde. Dies sollte der Gesetzgeber nochmal überdenken. Insgesamt krit. bezüglich § 21: *Elser* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, Investment, § 21 InvStG 2018 Rz. 5 (11/2018).
- ▶ *Sparer-Pauschbetrag:* Sofern die Anteile an den Investmentfonds im PV gehalten werden, findet auf diese grds. die Abgeltungsteuer Anwendung mit der Folge,

dass gem. § 20 Abs. 9 EStG der tatsächliche Abzug von WK ausgeschlossen ist und nur der Sparer-Pauschbetrag iHv. 801 €/1 602 € zur Anwendung kommt. § 21 lässt grds. als Spezialgesetz hingegen den anteiligen Abzug der WK zu. In der Literatur wird das Verhältnis zu den allgemeinen Regelungen zur Abgeltungsteuer jedoch in Frage gestellt (*Lechner*, RdF 2016, 208 [215]). Zum Teil (*Stadler/Bindl*, DStR 2016, 1953 [1960]; *Bindl/Mager*, BB 2016, 2711 [2717]; aA *Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 21 InvStG 2018 Rz. 6; *Mann* in *Blümich*, § 21 InvStG 2018 Rz. 17 [8/2019]; *Mertesdorf-Perathoner* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 21 Rz. 3 [6/2020]) wird hierzu die Auffassung vertreten, dass steuersystematisch § 21 InvStG als spezialgesetzliche Regelung dem § 20 Abs. 9 EStG vorgehen sollte. Jedoch ist zu erwarten, dass die FinVerw. die WK mit dem Sparer-Pauschbetrag als abgegolten ansehen wird (*Delp*, DB 2017, 447 [449]). So nun auch die FinVerw. (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 21). § 21 schließt das WK Abzugsverbot des § 20 Abs. 9 nicht aus (so auch *Kleutgens* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 21 Rz. 6). Der Sparer-Pauschbetrag wie auch Freibeträge sowie Freigrenzen sollten nicht gem. § 22 gemindert werden (vgl. zu § 3c EStG *Erhard* in *Blümich*, § 3c EStG Rz. 60 [11/2017]; *Mann* in *Blümich*, § 21 InvStG 2018 Rz. 17 [8/2019]).

Rechtsfolge: Aufwendungen dürfen anteilig insoweit nicht abgezogen werden, wie Erträge aufgrund der Teilfreistellungen freigestellt werden. Dies gilt unabhängig davon, in welchem VZ die Aufwendungen angefallen sind.

6–9 Einstweilen frei.

10 C. Erläuterungen zu Satz 2: Anwendung von Satz 1 auf Wertminderungen

Vorangestellte Rechtsfolge von Satz 2 ist, dass Entsprechendes gilt, also Satz 1 auf bestimmte Wertminderungen entsprechend anzuwenden ist, diese also anteilig insoweit nicht abgezogen werden dürfen, wie Erträge aufgrund der Teilfreistellungen freigestellt werden.

Auswirkung auf die Ermittlung des Gewerbeertrags: Die nichtabziehbaren Ausgaben nach § 21 sind bei der Ermittlung des Gewerbeertrags nur zu Hälfte zu berücksichtigen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 21.3 mit Verweis auf die sinngemäße Anwendung des § 20 Abs. 5; s. auch *Kleutgens* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 21 Rz. 25). Zur Ermittlung des Gewerbeertrags bei Mitunternehmenschaften s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 20.20; *Kleutgens* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 21 Rz. 27.

Ermittlung der Einkünfte: Siehe Anm. 5.

Wert des Betriebsvermögens oder der Wert des Anteils am Betriebsvermögen oder die Anschaffungs- oder Herstellungskosten oder der an die Stelle tretende Wert: Ein entsprechendes Abzugsverbot regelt Satz 2 für Wertminderungen des BV oder des Anteils am BV (§ 16 Abs. 2 EStG), der AK (§ 17 Abs. 2 EStG) oder der HK (§ 23 Abs. 3 EStG) oder des an deren Stelle tretenden Werts bei der Ermittlung der Einkünfte (vgl. *Karrenbrock* in *LBP*, § 3c EStG Rz. 65 [10/2016]). Der an deren Stelle tretende Wert ist gem. § 23 Abs. 3 Satz 2 EStG bspw. der nach § 6 Abs. 1 Nr. 4 angesetzte Wert (*von Beckerath* in *Kirchhoff/Seer*, 20. Aufl. 2021, § 3c EStG Rz. 23). Durch § 21 kommt es ua. nach Auffassung des Gesetzgebers zu einem

entsprechend geminderten Abzug einer Teilwertabschreibung bei Anwendung der Aktien- oder Immobilienteilfreistellung im Veranlagungsverfahren (BTDrucks. 18/8045, 92). Zur Teilwertabschreibung s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 20.3.

Einstweilen frei.

11–14

D. Erläuterungen zu Satz 3: Absicht zur Erzielung von Betriebsvermögensmehrungen oder von Erträgen für die Anwendung der Sätze 1 und 2 ist ausreichend

15

Nach Satz 3 genügt es für die anteilige Kürzung, dass nur die Absicht besteht, BV-Mehrungen oder Erträge zu erzielen. Die anteilige Kürzung ist also auch anzuwenden, wenn tatsächlich nie entsprechende Erträge erzielt wurden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 21.8; *Kleutgens* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 21 Rz. 22). Satz 3 verfolgt das Ziel, das Abzugsverbot auch für die Fälle zu regeln, in denen eine einnahmeloze Beteiligung vorliegt (zum vergleichbaren § 3c Abs. 2 Satz 7 EStG: *Karrenbrock* in *LBP*, § 3c EStG Rz. 132 ff. [6/2017]). Sobald die Qualifikation als Aktien-, Misch- oder Immobilienfonds wegfällt (s. § 22 Anm. 5f.), ist die Anwendung von § 21 nicht gegeben (*Kleutgens* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 21 Rz. 23).

Betriebsvermögensmehrungen oder von Erträgen: Siehe Anm. 5.

Aktien-, Misch- oder Immobilienfonds: Siehe Anm. 5.

Rechtsfolge des Satzes 3: Anwendung der Sätze 1 und 2.

§ 22 Änderung des anwendbaren Teilfreistellungssatzes

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731), zuletzt geändert durch JStG 2020 v. 21.12.2020 (BGBl. I 2020, 3096; BStBl. I 2021, 6)

(1) ¹Ändert sich der anwendbare Teilfreistellungssatz oder fallen die Voraussetzungen der Teilfreistellung weg, so gilt der Investmentanteil als veräußert und an dem Folgetag als angeschafft. ²Der Investmentanteil gilt mit Ablauf des Veranlagungszeitraums als veräußert, wenn der Anleger in dem Veranlagungszeitraum den Nachweis nach § 20 Abs. 4 erbringt und in dem folgenden Veranlagungszeitraum keinen Nachweis oder einen Nachweis für einen anderen Teilfreistellungssatz erbringt.

(2) ¹Als Veräußerungserlös und Anschaffungskosten ist

1. in den Fällen des Absatzes 1 Satz 1 der Rücknahmepreis des Tages anzusetzen, an dem die Änderung eingetreten ist oder an dem die Voraussetzungen weggefallen sind, oder
2. in den Fällen des Absatzes 1 Satz 2 der letzte festgesetzte Rücknahmepreis des Veranlagungszeitraums anzusetzen, in dem das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Teilfreistellung oder für einen anderen Teilfreistellungssatz nachgewiesen wurde.

²Wird kein Rücknahmepreis festgesetzt, so tritt der Börsen- oder Marktpreis an die Stelle des Rücknahmepreises. ³Ändert sich der anwendbare Teilfreistellungssatz durch die Einlage eines Investmentanteils in ein Betriebsvermögen, ist der nach den Sätzen 1 und 2 anzusetzende Wert als Einlagewert im Sinne von § 6 Absatz 1 Nummer 5 Satz 1 zweiter Halbsatz Buchstabe c des Einkommensteuergesetzes anzusetzen. ⁴Der nach den Sätzen 1 bis 3 anzusetzende Wert gilt als Anschaffungskosten im Sinne von § 6 Absatz 1 Nummer 2 Satz 1 des Einkommensteuergesetzes. ⁵Soweit der nach den Sätzen 1 bis 3 anzusetzende Wert höher ist als der Wert vor der fiktiven Veräußerung, sind Wertminderungen im Sinne von § 6 Absatz 1 Nummer 2 Satz 2 des Einkommensteuergesetzes erst zum Zeitpunkt der tatsächlichen Veräußerung des Investmentanteils zu berücksichtigen. ⁶Wertaufholungen im Sinne des § 6 Absatz 1 Nummer 2 Satz 3 in Verbindung mit Nummer 1 Satz 4 des Einkommensteuergesetzes sind erst zum Zeitpunkt der tatsächlichen Veräußerung zu berücksichtigen, soweit auf die vorherigen Wertminderungen Satz 5 angewendet wurde und soweit der Wert vor der fiktiven Veräußerung überschritten wird.

(3) ¹Der Gewinn aus der fiktiven Veräußerung nach den Absatz 1 gilt in dem Zeitpunkt als zugeflossen, in dem der Investmentanteil tatsächlich veräußert wird oder nach § 19 Absatz 2 als veräußert gilt. ²Der Gewinn aus der fiktiven Veräußerung nach Absatz 1 unterliegt dem gesonderten Steuertarif für Einkünfte aus Kapitalvermögen nach § 32d des Einkommensteuergesetzes, wenn im Zeitpunkt der fiktiven Veräußerung die Voraussetzungen für eine Besteuerung nach § 20 Absatz 1 Nummer 3 des Einkommensteuergesetzes vorlagen und keine abweichende Zuordnung zu anderen Einkunftsarten nach § 20 Absatz 8 Satz 1 des Einkommensteuergesetzes vorzunehmen war.

Autor: Dr. Matthias *Rommel*, LL.M., EMBA, Rechtsanwalt, Bad Nauheim

Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
 Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

Anm. |

Anm.

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 22 1

B. Erläuterungen zu Abs. 1:

Veräußerungsfiktion bei Änderungen der Teilfreistellung

I. Änderung/ Wegfall der Teilfreistellung (Abs. 1 Satz 1) 5	II. Änderung der Teilfreistellung im Rahmen des Anleger-Nachweises des § 20 Abs. 4 (Abs. 1 Satz 2) 6
---	--

C. Erläuterungen zu Abs. 2:

Ermittlung von Veräußerungserlös und Anschaffungskosten

I. Gleichsetzung des Veräußerungserlöses mit den neuen Anschaffungskosten mittels des Rücknahmepreises (Abs. 2 Satz 1) 10	II. Ansatz des Börsen- oder Marktpreises, wenn kein Rücknahmepreis festgesetzt ist (Abs. 2 Satz 2) 11	III. Bestimmung des Einlagewertes, der Anschaffungskosten und des Berücksichtigungszeitpunktes von späteren Wertaufholungen bzw. Wertminderungen bei Teilfreistellungssatzänderung durch Einlage von Investmentanteilen	vom Privat- ins Betriebsvermögen (Abs. 2 Sätze 3 bis 6) 1. Bestimmung des Einlagewertes mittels einer Fiktion („gilt“) auf die Werte des § 22 Abs. 2 S. 1 und 2 bei Änderung des Teilfreistellungssatzes (Abs. 2 Satz 3) 12 2. Fiktion („gilt“) der Anschaffungskosten im Sinne von § 6 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 EStG (Abs. 2 Satz 4) 13 3. Berücksichtigung von Wertminderungen und Werterhöhungen erst bei tatsächlicher Veräußerung (Abs. 2 Satz 5 und 6) 14
---	---	---	---

D. Erläuterungen zu Abs. 3:

Zuflussfiktion

I. Fiktion des späteren Zuflusses des Gewinns aus der fiktiven Veräußerung (Abs. 3 Satz 1) 15	II. Aufteilung des Veräußerungsgewinns auf die Zeit vor und nach der Einlage (Abs. 3 Satz 2) 16
---	---

1 A. Allgemeine Erläuterungen zu § 22

Grundinformation: Ändert sich die Höhe des Teilfreistellungssatzes oder fallen die Voraussetzungen der Teilfreistellung weg, fingiert § 22 Abs. 1 Satz 1 eine Veräußerung und am Folgetag eine Neuanschaffung. § 22 Abs. 1 Satz 2 regelt für den Fall, dass der Anleger die Nachweismöglichkeiten der Teilfreistellung gem. § 20 Abs. 4 nicht mehr oder für einen abweichenden Teilfreistellungssatz erbringt, die fiktive Veräußerung mit Ablauf des entsprechenden VZ. Abs. 2 S. 1 und 2 bestimmen für die beiden Veräußerungsfälle des Abs. 1 den als Veräußerungserlös und als AK anzusetzenden Wert. S. 2 bis 6 regeln die Bewertung der Investmentanteile, wenn es durch die Einlage von Investmentanteilen vom PV ins BV zu einer Teilfreistellungssatzänderung kommt. Der Zufluss des fiktiven Veräußerungsgewinns

wird aufgrund des Abs. 3 Satz 1, 1.HS jedoch auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Veräußerung fingiert (vgl. *Carlé*, ErbStG 2017, 20 [22]; BTDrucks. 18/8045, 92). Da im Fall dieser rein stl. motivierten fiktiven Veräußerung kein Geld fließt, wurde Abs. 3 eingefügt, um eine *Dry Income*-Besteuerung zu vermeiden. Nach der Gesetzesbegründung (BTDrucks. 18/8045, 92) ist die Regelung erforderlich, um auf alle Ertragsarten eines Investmentfonds (Ausschüttungen, Vorabpauschalen und Veräußerungsgewinne) den gleichen Teilfreistellungssatz anwenden zu können (*Bugel/Bujotzek/Steinmüller*, DB 2016 1594 [1597]). Sonst wäre es möglich, übermäßige Ausschüttungen unter Anwendung eines Teilfreistellungssatzes vorzunehmen, anschließend die Anlagebedingungen so abzuändern, dass keine Teilfreistellung mehr gewährt wird und dann Verluste aus der Veräußerung des Investmentanteils voll stl. zum Abzug zu bringen. Solche Gestaltungen sollen verhindert werden (BTDrucks. 18/8045, 92; *Helios/Mann*, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 17). Abs. 3 S. 1, 2. Hs. regelt hingegen den sofortigen Zufluss der Gewinne aus Teilfreistellungswechseln im Zeitpunkt der wiederum fiktiven Veräußerung in den Fällen des § 19 Abs. 2. § 22 Abs. 3 S. 2 normiert, dass die vor der Einlage im PV erzielten Wertsteigerungen, die den für Privatanleger geltenden Teilfreistellungssätzen unterliegen, zum Zeitpunkt der tatsächlichen Veräußerung mit dem für das PV geltenden StTarif besteuert werden.

Rechtentwicklung:

- ▶ *JStG 2020 v. 21.12.2020* (BGBl. I 2020, 3096; BStBl. I 2021, 6): Durch das JStG 2020 wurden in Abs. 2 die Sätze 3 bis 6 ergänzt. Durch diese wird die Bewertung der Investmentanteile geregelt, wenn es durch die Einlage von Investmentanteilen vom PV ins BV zu einer Teilfreistellungssatzänderung kommt. Im Einzelnen werden der Einlagewert, die AK und der Berücksichtigungszeitpunkt von späteren Wertaufholungen bzw. Wertminderungen bei Teilfreistellungssatzänderung durch Einlage von Investmentanteilen vom PV in das BV bestimmt. In Abs. 3 Satz 1 (*JStG 2020 v. 21.12.2020*, BGBl. I 2020, 3096; BStBl. I 2021, 6) wurden die Wörter „oder nach § 19 Abs. 2 als veräußert gilt“ ergänzt. Diese Änderung soll die Fälle erfassen, in denen es zunächst zu einer fiktiven Veräußerung aufgrund eines Teilfreistellungswechsels nach § 22 Abs. 1 gekommen ist und dann anschließend der Investmentfonds seine Eigenschaft als Investmentfonds verliert und nach § 19 Abs. 2 als veräußert gilt (BRDrucks. 746/20, 117). Geregelt wird damit der sofortige Zufluss der Gewinne aus Teilfreistellungswechseln im Zeitpunkt der wiederum fiktiven Veräußerung in den Fällen des § 19 Abs. 2. § 22 Abs. 3 wurde um Satz 2 ergänzt. Dieser regelt, dass die vor der Einlage im PV erzielten Wertsteigerungen, die den für Privatanleger geltenden Teilfreistellungssätzen unterliegen, zum Zeitpunkt der tatsächlichen Veräußerung mit dem für das PV geltenden StTarif besteuert werden (BRDrucks. 746/20, 117).

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher Geltungsbereich:* § 22 regelt die fiktive Veräußerung eines Investmentfondsanteils bei Änderung oder Wegfall der Teilfreistellungsvoraussetzungen. § 22 ist nicht anzuwenden bei Gestaltungsmissbrauch iSd. § 42 AO (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 22.8, s. Anm. 5) und wenn sich aus dem Anlageverhalten des Investmentfonds ergibt, dass von Anfang an beabsichtigt war, die Anlagebedingungen nicht einzuhalten (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 22.5, s. Anm. 5).
- ▶ *Persönlicher Geltungsbereich:* § 22 gilt für in- und ausländ. Investmentfonds und (nur) für inländ. Anleger solcher Investmentfonds. Zu einem Sonderfall s. § 16 Anm. 1.

- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* § 22 gilt ab dem 1.1.2018, s. § 56 Abs. 1. Die durch das JStG 2020 (v. 21.12.2020, BGBl. I 2020, 3096; BStBl. I 2021, 6) eingeführten Ergänzungen gelten gem. § 57 Abs. 2 Nr. 3 ab dem 1.1.2021.

Verhältnis zu anderen Vorschriften:

- ▶ *Verhältnis zu § 7 GewStG:* § 22 findet auch bei der Ermittlung des Gewerbeertrags Anwendung (*Elser in Beckmann/Scholtz/Vollmer, Investment, § 22 InvStG 2018 Rz. 10 [11/2018]*).
- ▶ *§ 15 Satz 1 Nr. 2a KStG:* Die bloße Begr. oder Beendigung einer Organschaft nach § 14 Abs. 1 Satz 1 KStG führt nicht zu einer Veräußerung nach § 22 Abs. 1 (*Kleutgens in Moritz/Jesch/Mann, 2. Aufl. 2020, § 22 Rz. 14*).
- ▶ *Verhältnis zu § 18:* Zur Ermittlung der Vorabpauschale bei einem Teilfreistellungswechsel gem. § 22 Abs. 1 s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 20.4; BMF v. 28.7.2020 – IV C 1 - S 1980 - 1/19/10008:003, DStR 2020, 1805, unter 7.
- ▶ *Verhältnis zu § 8 Abs. 4:* Eine Veräußerungsfiktion nach § 22 Abs. 1 Satz 1 oder Satz 2 führt nicht zu einem Neubeginn der Dreimonatsfrist (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 8.24).
- ▶ *Verhältnis zu § 19 Abs. 2:* § 19 Abs. 2 regelt den Fall, dass ein Investmentfonds aus dem Anwendungsbereich des InvStG fällt (s. § 19 Anm. 10).
- ▶ *Verhältnis zu § 20:* Der Teilfreistellungssatz bestimmt sich nach § 20.
- ▶ *Verhältnis zu § 23:* Steuerneutrale Investmentfondsverschmelzungen können eine fiktive Veräußerung gem. § 21 auslösen (s. § 21 Anm. 5).
- ▶ *Verhältnis zu § 56 Abs. 3:* Es liegt keine tatsächliche Veräußerung vor, wenn nach § 22 Abs. 1 der Alt-Anteil aufgrund einer Änderung des anwendbaren Teilfreistellungssatzes als veräußert gilt (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 56.63).
- ▶ *Verhältnis zu § 43a Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 EStG:* § 43a Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 EStG verweist nicht auf § 22 Abs. 2. Ein Verweis auf § 19 liegt vor. Nach Auffassung der FinVerw. (BMF v. 8.11.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:010, DStR 2017, 2736, Rz. 9; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 22.2) ist der Zeitpunkt, in dem die Veräußerungsfiktion eintritt, auch durch den Entrichtungspflichtigen der KapErtrSt zu berücksichtigen. Zu den Informations- und Berichtigungspflichtigen gegenüber den Entrichtungspflichtigen, Anlegern und Datendienstleistern s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 22.8. Bei nachträglichem Bekanntwerden der Veräußerungsfiktion hat der Entrichtungspflichtige ggf. Korrekturen des StAbzugs vorzunehmen. Zur Abwicklung bei fehlendem Börsen- oder Marktpreis im Rahmen des KapErtrStAbzugsverfahrens s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 22.14; zu weiteren Besonderheiten im KapErtrStAbzugsverfahren in Bezug auf Rz. 22.14: BMF v. 28.7.2020 – IV C 1 - S 1980 - 1/19/10008:003, DStR 2020, 1805, unter 8. § 22 Abs. 3 gilt auch für das KapErtrStAbzugsverfahren. Die KapErtrSt auf die fiktive Veräußerung ist damit vom Entrichtungspflichtigen im Falle des Abs. 3 S. 1, 1. Hs erst bei tatsächlicher Veräußerung der Investmentanteile (unter Berücksichtigung zB des entsprechenden Zeitpunktes der fiktiven Veräußerung) einzubehalten (*Mann in Blümich, § 22 InvStG 2018 Rz. 14 [3/2021]*). Im Falle des Abs. 3 S. 2, 2.Hs., d.h. indem es zunächst zu einer fiktiven Veräußerung aufgrund eines Teilfreistellungswechsels nach § 22 Abs. 1 gekommen ist und dann anschließend der Investmentfonds seine Eigenschaft als Investmentfonds verliert und damit nach § 19 Abs. 2 als veräußert gilt, löst dies zugleich auch den Zufluss auch im Rahmen der KapSt

gemäß § 44 Abs. 1 Satz 2 EStG aus (vgl. *Mann in Blümich*, § 22 InvStG 2018 Rz. 14a [3/2021])

Einstweilen frei.

2–4

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Veräußerungsfiktion bei Änderungen der Teilfreistellung

I. Änderung/Wegfall der Teilfreistellung (Abs. 1 Satz 1)

5

Änderung des anwendbaren Teilfreistellungssatzes (Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1):

Ändern: „Ändern“ setzt voraus, dass die Teilfreistellung für einen Investmentfonds nicht gänzlich wegfällt, sonst wäre Halbs. 2 überflüssig, der den Wegfall der Teilfreistellung regelt. Satz 1 Halbs. 1 setzt demnach aufgrund des Wortlautes voraus, dass bereits ein Teilfreistellungssatz besteht (so auch *Mann in Blümich*, § 22 InvStG 2018 Rz. 7 [3/2021]). Nach Auffassung der FinVerw. (BMF v. 8.11.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:010, DStR 2017, 2736, Rz. 9; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 22.2) kommt es zu einer Änderung des anwendbaren Teilfreistellungssatzes insbes., wenn ein Investmentfonds seine Anlagebedingungen dergestalt ändert, dass die Kapitalbeteiligungsquote für Aktienfonds (§ 2 Abs. 6) bzw. für Mischfonds (§ 2 Abs. 7) oder die Immobilienquote für Immobilienfonds (§ 2 Abs. 9) nicht mehr erreicht oder – umgekehrt – erstmalig erreicht wird. Danach wäre von „ändern“, über den Wortlaut hinaus, auch der Fall erfasst, in dem ein Investmentfonds erstmalig einen Teilfreistellungssatz erfüllt (so auch *Häuselmann*, Investmentanteile, 2019, Kap. 7 Rz. 15, der aufgrund der Ratio der Norm eine Anwendung über den Wortlaut hinaus für sachgerecht hält; aA *Kleutgens in Moritz/Jeschl Mann*, 2. Aufl. 2020, § 21 Rz. 10). Es ist grds. zwischen auf Investmentfonds bezogenen Änderungen des Teilfreistellungssatzes und auf Anlegergruppen (zB PV, BV) bezogenen Änderungen der Teilfreistellungssätze zu differenzieren. Die investmentfondsbezogenen Voraussetzungen der Teilfreistellungen werden von § 20 in Verbindung mit den jeweiligen Begriffsbestimmungen für Aktien- (§ 20 Abs. 1 iVm. § 2 Abs. 6), Misch- (§ 20 Abs. 1 iVm. § 2 Abs. 7) und Immobilienfonds (§ 20 Abs. 1 iVm. § 2 Abs. 6) bestimmt. Bei Aktien- und Mischfonds ist neben den Voraussetzungen, die der jeweilige Investmentfonds zu erfüllen hat (investmentfondsbezogene Teilfreistellung), um als Aktien- bzw. Mischfonds zu qualifizieren (§ 20 Anm. 5, 10), im zweiten Schritt der Teilfreistellungssatz von der stl. Anlegergruppe (anlegerbezogene Teilfreistellung) abhängig (§ 20 Anm. 5).

- ▶ **Anlegergruppenbezogene Änderung:** Bei Aktienfonds kann eine Änderung der Teilfreistellung zwischen 30 %, 60 % bzw. 80 % zudem je nachdem variieren, ob ein Investmentfondsanteil im PV oder im BV gehalten wird. Diesbezüglich tritt ua. eine Änderung ein, je nachdem, ob ein Investmentfondsanteil vom PV ins BV überführt bzw. in eine KapGes. eingebracht wird oder jeweils umgekehrt. Entsprechendes gilt bei Mischfonds mit der Hälfte der für Aktienfonds geltenden Freistellung des § 20 Abs. 2. Die Gesetzesbegründung (BTDrucks. 18/8045, 92) und die FinVerw. (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 22.2 ff.) zielen auf die investmentfondsbezogenen Änderungen bzw. den Wegfall der Teilfreistellungsvoraussetzungen ab. Der Wortlaut des Abs. 1 nimmt diese Einschränkung jedoch nicht vor. Sofern der Teilfreistellungssatz sich jedoch anlegergruppenbezogen ändert, gelten zunächst grds. die jeweiligen allgemeinen strechtl.

Regelungen (ebenso *Ebner*, RdF 2017, 305 [309]; aA *Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 22 InvStG 2018 Rz. 3; *Mann* in *Blümich*, § 22 InvStG 2018 Rz. 7 [3/2021]). Die investmentfondsbezogene Änderung der Teilfreistellungssätze zieht zwar grds. bei Aktien- und Mischfonds auch eine anlegerbezogene Teilfreistellungssatzänderung nach sich, da die investmentfondsbezogene Teilfreistellung die Basis für die anlegerbezogene Teilfreistellung ist. Insofern ist auch bei der anlegerbezogenen Änderung, unabhängig davon, ob sie durch den Wechsel in eine andere stl. Anlegergruppe ausgelöst wird oder mittelbar durch die fondsbezogene Änderung des Teilfreistellungssatzes, das Tatbestandsmerkmal der Änderung des anwendbaren Teilfreistellungssatzes aufgrund des weiten Wortlauts, der „nur“ auf die Änderung des Teilfreistellungssatzes abstellt, erfüllt. Da eine anlegergruppenbezogene Änderung bereits eine tatsächliche Veräußerung/Realisation auslöst, läuft in diesen Fällen § 22 ins Leere (*Ebner*, RdF 2017, 305 [309]; *Mertesdorf-Perathoner* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 22 Rz. 23 [6/2020]; *Kleutgens* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 21 Rz. 12, der zudem keine Änderung von § 22 sieht, wenn ein Vorgang bewusst von den estl. Regelungen ausgenommen ist; so wohl auch *Häuselmann*, Investmentanteile, 2019, Kap. 7 Rz. 15, der eine Anwendung des § 22 wohl „nur“ für den Fall sieht, dass nicht nach den allgemeinen Grundsätzen oder nach § 2 Abs. 13 [iVm. § 16 Abs. 1 Nr. 3] ein originärer Veräußerungstatbestand gegeben ist, s. dort konkreter entsprechende Abgrenzungsbeispiele, aA *Mann* in *Blümich*, § 22 InvStG 2018 Rz. 7 [3/2021], der auch in diesen Fällen § 22 als spezialgesetzliche Norm sieht). Durch das JStG 2020 wurde in § 22 Abs. 2 S. 3 bis 6 die Bewertung der Investmentanteile für den speziellen Fall geregelt, in dem Investmentanteile vom PV ins BV eingelegt werden. Aufgrund dessen wird dazu in der Literatur nun die Auffassung vertreten, dass anlegerbezogene Änderungen des Teilfreistellungssatzes nun grundsätzlich von § 22 Abs. 1 S. 1, 1.Hs erfasst sind (*Mertesdorf-Perathoner* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 22 Rz. 23 [3/2021]) bzw. darin die ausdrückliche Bestätigung dessen gesehen wird (*Mann* in *Blümich*, § 22 InvStG 2018 Rz. 7 [3/2021]).

- ▷ *Anlegergruppenbezogene Änderungen bei Aktien bzw. Mischfonds* sind bspw.
- die Überführung von Investmentanteilen in das BV eines Einzelunternehmers (*Häuselmann*, Investmentanteile, 2019, Kap. 7 Rz. 15),
 - die Einlage von Investmentanteilen in eine Mitunternehmerschaft ohne Gewährung von Gesellschaftsrechten (*Häuselmann*, Investmentanteile, 2019, Kap. 7 Rz. 15),
 - die Umwidmung der Investmentanteile vom Handelsbestand in den Anlagebestand im Rahmen von § 340e Abs. 3 Satz 3 HGB (*Häuselmann*, Investmentanteile, 2019, Kap. 7 Rz. 15; *Elser* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, Investment, § 22 InvStG 2018 Rz. 19 [11/2018]),
 - der Statuswechsel bei einem Finanzunternehmen, wenn an dem Unternehmen erstmals oder nicht länger Kreditinstitute oder Finanzdienstleistungsunternehmen zu mehr als 50 % beteiligt sind (*Häuselmann*, Investmentanteile, 2019, Kap. 7 Rz. 15).
- ▶ *Investmentfondsbezogene Änderungen*: Der Aktienteilfreistellungssatz reduziert sich auf den Mischfondsteilfreistellungssatz bzw. die Änderung erfolgt in umgekehrter Weise. Der Teilfreistellungssatz bei Immobilienfonds ändert sich abhängig von der Investition in in- bzw. ausländ. Immobilien von 60 % auf 80 %

bzw. umgekehrt. Auch besteht theoretisch – bei grundsätzlicher Änderung einer Anlagepolitik eines Investmentfonds – die Möglichkeit, dass der Teilfreistellungssatz sich von der Aktien- und/oder Mischfonds-Teilfreistellung auf die eines Immobilienfonds ändert oder umgekehrt. Die gesetzliche Einstufung als Aktien-, Misch- oder Immobilienfonds lehnt sich primär an die in den Anlagebedingungen vorgesehenen Anlagevorgaben an (BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:001, BeckVerw. 342885 zu Teilfreistellungen Abs. I und II; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 22.2).

- ▶ *Formelle Änderungen:* Auslösendes Moment der Änderung des Teilfreistellungssatzes kann daher die Festlegung eines neuen Anlageschwerpunktes bzw. einer neuen Anlagestrategie durch die Modifikation der Anlagebedingungen sein (formelle Änderung; vgl. *Warnke*, EStB 2016, 305 [307]; *Lechner*, RdF 2016, 208 [215]; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 22.2). Der Zeitpunkt der Änderung (Tag der Veräußerungsfiktion) ist für den Fall, dass die Anlagebedingungen geändert werden, der Zeitpunkt, in dem die neuen Anlagebedingungen in Kraft treten/wirksam werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 22.2). Sofern die Änderung der Anlagebedingungen von einer Genehmigung durch eine Aufsichtsbehörde anhängig ist, ist frühestens mit dem Tag der Genehmigung von einer wirksamen Änderung auszugehen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 22.2; BMF v. 8.11.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:010, DStR 2017, 2736, Rz. 9).
- ▶ *Tatsächliche Änderungen:* Auch kann es zu einer tatsächlichen Änderung des Anlageschwerpunktes kommen (vgl. *Warnke*, EStB 2016, 305 [307]; *Lechner*, RdF 2016, 208 [215]), ohne dass zunächst die Anlagebedingungen angepasst worden sind, wohingegen diese, was insbes. bei ausländ. Investmentfonds nicht notwendig der Fall sein muss, überhaupt nicht nach dem deutschen InvStG ausgerichtet waren. Es könnte beispielsweise auch der Fall sein, dass die Anlagebedingungen die Teilfreistellungsquote eines Aktienfonds zulassen, die tatsächliche Anlage aber im Bereich der Mischfondsteilfreistellung lag und die tatsächliche Anlage nun den Schwellenwert zur Teilfreistellungsquote für Aktienfonds überschreitet. So sollte es zu einer Änderung des Teilfreistellungssatzes kommen, wenn die neue Grenze fortlaufend (s. § 2 Anm. 12) überschritten wird.
- ▶ *Änderung aufgrund eines wesentlichen Verstoßes gegen die Anlagebedingungen:* Dies ist insbes. der Fall, wenn ein Verstoß bewusst und zweckgerichtet für missbräuchliche Steuergestaltungen herbeigeführt wurde (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 22.3). § 22 ist nicht anzuwenden, wenn sich aus dem Anlageverhalten des Investmentfonds ergibt, dass von Anfang an beabsichtigt war, die Anlagebedingungen nicht einzuhalten (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 22.4).
- ▶ *Passive Grenzverletzungen* (zB Wertveränderungen der Vermögensgegenstände, fehlerhaftes Einstufen als Kapitalbeteiligung) führen nicht zum Verlust des Status als Aktien-, Misch- bzw. Immobilienfonds, wenn der Investmentfonds unverzüglich nach Grenzverletzung ihm mögliche und zumutbare Maßnahmen unternimmt, um die für ihn erforderlichen Kapitalbeteiligungsquoten wiederherzustellen (im Einzelnen BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:001, BeckVerw. 342885; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.18 ff.). Insgesamt gelten dafür die für § 2 Abs. 6 Satz 4, Abs. 7 Satz 4 und Abs. 9 Satz 7 diesbezüglich aufgestellten Grundsätze, also zB auch kein wesentlicher Verstoß im Rahmen der 20 Geschäftstage-Grenze (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 22.3 iVm. 2.19, 20.15).

- ▶ **Änderung aufgrund externer Vorgänge:** Auch externe Vorgänge wie zB eine Gesetzesänderung, die die erhöhten Teilfreistellungssätze entfallen ließen, lösen eine fiktive Veräußerung aus (Mann in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 22 InvStG 2018 Rz. 3; Mann in *Blümich*, § 22 InvStG 2018 Rz. 7 [3/2021]; Ebner, RdF 2017, 305 [309]; *Mertesdorf-Perathoner* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 22 Rz. 23 [6/2020]).
- ▶ **Änderungen bei Dachfonds:** Die Änderungen auf Ebene der Zielinvestments können die Einstufung des Dach-Investmentfonds ändern (vgl. *Elser* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, Investment, § 22 InvStG 2018 Rz. 21 [11/2018] mit Beispiel).
- ▶ **Änderung der Teilfreistellung, soweit sich der Teilfreistellungssatz nicht ändert:** Dies ist bspw. der Fall, wenn ein von einem kstpf. Anleger gehaltener Aktienfonds zu einem Auslands-Immobilienfonds umqualifiziert. In beiden Fällen gilt eine Freistellung von 80 %. Nach Auffassung in der Literatur (*Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 22 InvStG 2018 Rz. 3; Mann in *Blümich*, § 22 InvStG 2018 Rz. 7 [3/2021]; *Mertesdorf-Perathoner* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 22 Rz. 23 [6/2020]; Ebner, RdF 2017, 305 [310] jeweils mit Beispiel) liegt in diesem Fall kein Anwendungsfall des § 22 Abs. 1 Satz 1 vor.
- ▶ **Änderung durch steuerneutrale Investmentfondsverschmelzungen iSv. § 23:** Sofern der aufnehmende Investmentfonds andere Kapitalbeteiligungs- bzw. Immobilienquoten als der untergegangene Investmentfonds hat, kommt es im Grundsatz zum Wechsel der Investmentfondskategorie (*Häuselmann*, Investmentanteile, 2019, Kap. 7 Rz. 15; Mann in *Blümich*, § 22 InvStG 2018 Rz. 7 [3/2021]; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 23.23; ausführl. Ebner, RdF 2017, 305 [310]; *Hasbach*, FR 2018, 1117 [1121]; Mann in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 22 InvStG 2018 Rz. 3; aA *Kleutgens* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 22 Rz. 21).

Wegfallen der Voraussetzungen der Teilfreistellungen (Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2):

Wegfallen: Die Voraussetzungen der Teilfreistellung fallen weg, wenn die investmentfondsbezogenen Teilfreistellungsvoraussetzungen gänzlich wegfallen. Dies ist zB der Fall, wenn der Investmentfonds seine Anlagebedingungen in der Weise ändert, dass er weder als Aktien-, Misch- oder Immobilienfonds qualifiziert (Mann in *Blümich*, § 22 InvStG 2018 Rz. 9 [3/2021]; s. auch die Beispiele unter Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 entsprechend, wenn die Änderung den Wegfall der Teilfreistellung nach sich zieht). Von Anfang an ist nach Auffassung der FinVerw. keine Teilfreistellung auf Anlegerebene zu gewähren, wenn sich aus dem Anlageverhalten des Investmentfonds ergibt, dass von Anfang an beabsichtigt war, die Anlagebedingungen nicht einzuhalten. § 22 ist nicht anzuwenden. Die StBescheide der Anleger sind nach Auffassung der FinVerw. (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 22.4) ggf. nach § 173 Abs. 1 Nr. 1 AO zu ändern. Die Voraussetzungen der Teilfreistellungen fallen nicht weg und auch nicht der bisherige Teilfreistellungssatz, wenn ein Fall des Gestaltungsmissbrauchs iSd. § 42 AO vorliegt (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 22.8, mit einer Auflistung von Fällen des Gestaltungsmissbrauchs).

Fiktion („so gilt“): Der Investmentanteil gilt als veräußert und am Folgetag als angeschafft. Neben dieser grundsätzlichen Veräußerungsfiktion regelt Abs. 1 Satz 1, dass die (Neu-)Anschaffung auf den Folgetag fingiert wird (s. Anm. 10 zum Zeitpunkt, dh. dem Tag, an dem die Änderung eingetreten ist). Sofern der Investmentfonds für einen Privatanleger, der der Abgeltungsteuer unterliegt, in einem inländ. Depot verwahrt wird, nimmt das depotführende Kreditinstitut die Berechnung des

fiktiven Veräußerungserlöses vor (die depotführenden Stellen sind gem. BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:001, BeckVerw. 342885, zu Teilfreistellungen Abs. 1, vom Investmentfonds über die Änderungen zu informieren; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 22.2). Gemäß Abs. 3 S 1, 1. Hs gilt der Veräußerungsgewinn erst in dem Zeitpunkt als zugeflossen, in dem der Investmentanteil tatsächlich veräußert wird (s. Anm. 15). Sofern sich der Teilfreistellungssatz während der Haltedauer des Investmentfonds mehrfach ändert, sind mehrere fiktive Veräußerungen zu berücksichtigen. Bei der Ermittlung des Veräußerungsgewinns bei der tatsächlichen Veräußerung sind dann die jeweiligen fiktiven Veräußerungen und die tatsächliche Veräußerung zu berücksichtigen und der im jeweiligen Zeitpunkt geltende Teilfreistellungssatz zur Anwendung zu bringen. Falls die depotführende Stelle diese jeweiligen Sätze nicht beim KapErtrStAbzugsverfahren berücksichtigt hat, zB weil diese keine Informationen über die Änderung erhalten hat, sind diese im Veranlagungsverfahren zu berücksichtigen (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.24). Für die übrigen stl. Anlegergruppen wird zudem (auch) nicht der anlegerbezogene Teilfreistellungssatz bei tatsächlicher Veräußerung im KapErtrSt-Abzug berücksichtigt, so dass diese ihren jeweiligen anlegerbezogenen Teilfreistellungssatz entsprechend dem (neuen) investmentfondsbezogenen Satz in der Veranlagung betreffend der fiktiven und der tatsächlichen Veräußerung zur Anwendung bringen müssen. Sofern der Investmentfonds nicht in einem inländ. Depot verwahrt wird, muss der Anleger die Berechnung des fiktiven Veräußerungserlöses eigenständig vornehmen und den (neuen) jeweiligen Teilfreistellungssatz in der Veranlagung bei tatsächlicher Veräußerung der Investmentfondsanteile berücksichtigen. Den Anlegern eines Investmentfonds ist dafür in öffentlich zugänglicher Weise (zB durch einen Hinweis auf der Internetseite eines Investmentfonds) durch den Investmentfonds mitzuteilen, wenn sich der Teilfreistellungssatz iSd. § 20 ändert (BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:001, BeckVerw. 342885, zu Teilfreistellungen Abs. 1). Sowohl der Privatanleger, der seine Investmentanteile im PV hält, als auch der betriebliche Anleger sollte Aufzeichnungen über die geänderten Teilfreistellungssätze führen, um im Falle der tatsächlichen Veräußerung alle notwendigen Daten präsent zu haben. Zu den Informations- und Berichtungspflichten gegenüber und durch den Entrichtungspflichtigen, Anlegern und Datendienstleistern s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 22.8.

Nach Auffassung der FinVerw. zur fiktiven Veräußerung im Rahmen von § 56 Abs. 2 (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 56.50) sind keine latenten Steuern iSd. § 274 HGB anzusetzen, da der Besteuerungstatbestand noch nicht vollständig verwirklicht ist, weil der Gewinn oder Verlust aus der fiktiven Veräußerung erst bei tatsächlicher Veräußerung als zugeflossen gilt und bis zur tatsächlichen Veräußerung ist der Gewinn oder Verlust aus der fiktiven Veräußerung nicht in der StBil. abzubilden (so auch Häuselmann, Investmentanteile, 2019, Kap. 7 Rz. 18). Die Verlagerung des Besteuerungszeitpunktes gem. Abs. 3 auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Realisation ist auch beim betrieblichen Anleger entsprechend anzuwenden (*Elser in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, Investment, § 22 InvStG 2018 Rz. 36 [11/2018]).

Rechtsfolge des Abs. 1 Satz 1: Die Änderung oder der Wegfall eines Teilfreistellungssatzes für einen Investmentfonds fingiert eine Veräußerung und eine Neuanschaffung des Investmentfondanteils am Folgetag. Aufgrund einer weiteren Fiktion in Abs. 3 S. 1, 1. Hs gilt der Veräußerungsgewinn aber erst in dem Zeitpunkt als zugeflossen, in dem der Investmentanteil tatsächlich veräußert wird (s. Anm. 15). Abs. 3 S. 1, 2. Hs. regelt den sofortigen Zufluss der Gewinne aus Teil-

freistellungswechseln im Zeitpunkt der wiederum fiktiven Veräußerung in den Fällen des § 19 Abs. 2.

Neben dem Gewinn aus der „tatsächlichen“ Veräußerung gem. § 16 Abs. 1 Nr. 3 ist auch auf die übrigen Erträge (Ausschüttungen, § 16 Abs. 1 Nr. 1 und § 16 Abs. 1 Nr. 1 iVm. § 17 Abs. 1, und Vorabpauschalen, § 16 Abs. 1 Nr. 2) ab dem Zeitpunkt der fiktiven Veräußerung der (jeweils) neue Teilfreistellungssatz bei Zufluss anzuwenden, denn § 20 stellt auf den jeweiligen Status des Investmentfonds als Aktien-, Misch- bzw. Immobilienfonds ab.

6 II. Änderung der Teilfreistellung im Rahmen des Anleger-Nachweises des § 20 Abs. 4 (Abs. 1 Satz 2)

Fiktion: Investmentanteil „gilt“ mit Ablauf des Veranlagungszeitraums als veräußert: Abs. 1 Satz 2 fingiert eine Veräußerung, wenn der Anleger in dem VZ den Nachweis nach § 20 Abs. 4 erbringt und in dem folgenden VZ keinen Nachweis oder einen Nachweis für einen anderen Teilfreistellungssatz erbringt, zum Ablauf des jeweiligen VZ (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 22.6).

Damit sollten folgende Fälle erfasst sein:

- (1) Der Anleger erbringt in dem Veranlagungszeitraum den Nachweis nach § 20 Abs. 4 und erbringt im folgenden VZ keinen Nachweis gemäß § 20 Abs. 4.
- (2) Der Anleger erbringt in dem Veranlagungszeitraum den Nachweis nach § 20 Abs. 4 und erbringt im folgenden VZ einen Nachweis gemäß § 20 Abs. 4 für einen anderen Teilfreistellungssatz.

Es kommt damit jeweils am 31. Dezember des betreffenden VZ zu einer gesetzlich fingierten Veräußerung (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 22.6). Abs. 1 Satz 2 regelt im Vergleich zu Abs. 1 Satz 1 nicht den Zeitpunkt der (Neu-)Anschaffung (redaktioneller Fehler: *Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 22 InvStG 2018 Rz. 5; *Mann in Blümich*, § 22 InvStG 2018 Rz. 10 [3/2021]), die man aber konsequenterweise mit Beginn des neuen VZ annehmen muss. Nicht vom Wortlaut des § 22 Abs. 1 Satz 2 ist der Fall geregelt, dass der Anleger in einem VZ keinen Nachweis erbringt und dann für den folgenden VZ einen Nachweis erbringt. Mit Ablauf des VZ, nach dem der Investmentfonds als veräußert gilt, fließen dann auch die Erträge des § 16 Abs. 1 auf Basis des geänderten Teilfreistellungssatz zu, denn § 20 stellt auf den jeweiligen Status des Investmentfonds als Aktien-, Misch- bzw. Immobilienfonds ab.

Veranlagungszeitraum für die ESt ist gem. § 25 Abs. 1 EStG grds. das Kj. Dies gilt gem. § 31 Abs. 1 Satz 1 KStG, § 25 Abs. 1 EStG auch für die KSt. Bei beiden Steuern handelt es sich gem. § 2 Abs. 7 EStG bzw. § 7 KStG um eine Jahressteuer. Bei der GewSt entspricht nach § 7 Abs. 1 Satz 1 GewStG der VZ dem Erhebungszeitraum. Erhebungszeitraum ist grds. das Kj. (§ 14 GewStG).

Anleger ist gem. § 2 Abs. 10 derjenige, dem der Investmentanteil nach § 39 AO zuzurechnen ist (§ 2 Anm. 21).

Erbringt: Der Anleger hat den Nachweis zu führen.

Nachweis nach § 20 Abs. 4 im Veranlagungszeitraum: § 20 Abs. 4 erfordert für die Anwendung der Teilfreistellung den Anlegernachweis, dass der Investmentfonds die Anlagegrenzen während des Geschäftsjahres tatsächlich durchgehend überschritten hat (§ 20 Anm. 20). Hiermit wird für den Anleger grds. erstmals ein

Teilfreistungssatz in dem Veranlagungsverfahren bestimmt, in dem er den Nachweis gemäß § 22 Abs. 1 Satz 2 führt, unabhängig davon, ob er den Investmentfonds neu angeschafft hat oder bereits seit Jahren hält. Sofern der Anleger den Investmentfondsanteil bereits mehrere Jahre gehalten hat, sollte geprüft werden, ob die Bescheide der Vorjahre bereits bestandskräftig sind oder eine Korrektur möglich ist. Die FinVerw. (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 22.7; s. auch § 20 Anm. 20) ist der Auffassung, dass § 22 Abs. 1 Satz 2 dem Anleger kein Wahlrecht auf eine Änderung des Teilfreistungssatzes aufgrund seines Nachweises ermöglicht, wenn sich aus öffentlich zugänglichen Quellen die Voraussetzungen für den bisherigen Teilfreistungssatz feststellen lassen (*Mertesdorf-Perathoner in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 22 Rz. 39 [3/2021]). Dem ist nicht zuzustimmen, denn soweit der Anleger den entsprechenden Nachweis gem. § 20 Abs. 4 geführt hat, ist für ihn die fiktive Veräußerung und die Anwendung des neuen Teilfreistungssatzes eröffnet, da sonst dem Anleger nicht ermöglicht wird, fehlerhafte Angaben eines Investmentfonds in der Veranlagung korrigieren zu können. Die Anwendung des § 22 Abs. 1 Satz 2 ist jedoch ausgeschlossen, wenn der Anleger diesen für einen Gestaltungsmissbrauch nutzt (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 22.8; *Hensel*, RdF 2019, 204 [209f.]; *Mann in Blümich*, § 22 InvStG 2018 Rz. 10 [3/2021]; *Mertesdorf-Perathoner in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 22 Rz. 39 [3/2021]; *Kleutgens in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 22 Rz. 26; *Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 22 InvStG 2018 Rz. 5).

Das Vorliegen einer Teilfreistellung bezieht sich grds. auf den Fall, dass der Investmentfonds die Teilfreistungsvoraussetzungen erfüllt (fondsbezogene Teilfreistellung). Anlegerbezogen könnte die Teilfreistellung sich jedoch auch ändern (s. im Detail § 22 Anm. 5).

Im folgenden Veranlagungszeitraum keinen Nachweis erbringt: Im unmittelbar auf den VZ, in dem der Anleger einen Nachweis erbracht hat, folgenden VZ erbringt der Anleger keinen Nachweis für die Teilfreistellung im Sinne von § 20 Abs. 4 mehr.

Rechtsfolge des Abs. 1 Satz 2 für den Fall, dass der Anleger in dem Veranlagungszeitraum den Nachweis nach § 20 Abs. 4 erbringt und im folgenden Veranlagungszeitraum keinen Nachweis gem. § 20 Abs. 4 erbringt: Der Investmentanteil gilt als veräußert und es kommt ab diesem Zeitpunkt kein Teilfreistungssatz auf die nach der fiktiven Veräußerung zufließenden Erträge zur Anwendung. Der erstmalige Nachweis einer Teilfreistellung löst keine fiktive Veräußerung aus (*Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 22 InvStG 2018 Rz. 5; *Mann in Blümich*, § 22 InvStG 2018 Rz. 10 [3/2021]). Dies folgt aus der „und-Verknüpfung“ zwischen dem VZ, in dem der Nachweis erbracht wird, mit dem folgenden VZ, in dem dieser nicht (bzw. ein Nachweis für einen anderen Teilfreistungssatz) erbracht wird.

Im folgenden Veranlagungszeitraum einen Nachweis für einen anderen Teilfreistungssatz erbringt: Der Anleger weist einen anderen als den ursprünglich erbrachten Teilfreistungssatz im darauf folgenden VZ nach.

Rechtsfolge des Abs. 1 Satz 2 für den Fall, dass der Anleger in dem Veranlagungszeitraum den Nachweis nach § 20 Abs. 4 erbringt und im folgenden Veranlagungszeitraum einen anderen Teilfreistungssatz gem. § 20 Abs. 4 erbringt: Der Investmentanteil gilt als veräußert und es kommt ab diesem Zeitpunkt der neu nachgewiesene Teilfreistungssatz auf die nach der fiktiven Veräußerung zufließenden Erträge zur Anwendung.

Einstweilen frei.

7–9

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Ermittlung von Veräußerungserlös und Anschaffungskosten

10 I. Gleichsetzung des Veräußerungserlöses mit den neuen Anschaffungskosten mittels des Rücknahmepreises (Abs. 2 Satz 1)

Grundsätzliches: Der 1. Teilsatz von Abs. 2 regelt, dass der zu ermittelnde Wert für den Veräußerungserlös und auch als AK des jeweiligen Investmentanteils gilt. Dass diese Werte gleichgesetzt werden, hat zum Ziel zu verhindern, dass durch Marktschwankungen aufgrund der Veräußerungs- und Wiederanschaffungsfiction am Folgetag durch Abs. 1 Satz 1 unterschiedliche Werte durch zB veränderte Rücknahmepreise bzw. Börsen- oder Marktpreise entstehen. Die Gleichstellung von Veräußerungserlös und AK wird mittels einer Fiction („ist“) erreicht.

In den Fällen des Abs. 1 Satz 1 (Abs. 2 Satz 1 Nr. 1): Sofern sich der anwendbare Teilfreistellungssatz geändert hat oder die Voraussetzungen der Teilfreistellung weggefallen sind, berechnen sich der Veräußerungserlös bzw. die AK des Investmentfondsanteils mittels folgender Faktoren:

Rücknahmepreis: Zur Definition des Rücknahmepreises s. § 17 Anm. 6.

Tag des Eintritts der Änderungen (s. § 22 Anm. 5; Berechnungsbeispiel s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 22.11): Entscheidend ist der Zeitpunkt, dh. der Tag, an dem die Änderung eingetreten ist, denn für diesen Tag sind der Rücknahmepreis bzw. der Börsen- oder Marktpreis oder der *net asset value*/NAV anzusetzen (vgl. *Ebner*, RdF 2017, 305 [311]; s. detaillierter unten unter „Börsen- oder Marktpreis tritt an die Stelle des Rücknahmepreises“). Nicht in allen Fällen lässt sich dieser Zeitpunkt konkret und einfach bestimmen. Allein bei formellen Änderungen (s. § 22 Anm. 5) gab es Zweifelsfragen. Die FinVerw. (BMF v. 8.11.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:010, DStR 2017, 2736, Rz. 9; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 22.2) hat bei Änderungen der Anlagebedingungen auf den Tag der Wirksamkeit der Anlagebedingungen abgestellt. Für den Fall, dass die Änderung der Anlagebedingungen von einer Genehmigung durch eine Aufsichtsbehörde anhängig ist, hat die FinVerw. sich jedoch nur dahin gehend geäußert, dass frühestens mit dem Tag der Genehmigung von einer wirksamen Änderung auszugehen ist (BMF v. 8.11.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:010, DStR 2017, 2736, Rz. 9; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 22.2). Erheblich schwieriger ist der Zeitpunkt bei aktiven und passiven Grenzverletzungen zu bestimmen, da die Heilung unter gewissen Voraussetzungen innerhalb eines begrenzten Zeitraums möglich ist und diese somit unter einer aufschiebenden Bedingung erfolgt (ausführl. *Ebner*, RdF 2017, 305 [311]). Insgesamt gelten dafür auch hier die in § 2 Abs. 6 Satz 4, Abs. 7 Satz 4 und Abs. 9 Satz 7 diesbezüglich aufgestellten Grundsätze, also zB auch kein wesentlicher Verstoß im Rahmen der 20 Geschäftstage-Grenze (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 22.3 iVm. 2.19, 20.15).

Tag des Wegfalls der Voraussetzungen (s. § 22 Anm. 5): Zum Zeitpunkt des Wegfalls der Teilfreistellung s. zuvor „Eintritt der Änderungen“.

In den Fällen des Abs. 1 Satz 2 (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2): Im Falle des Anlegernachweises gem. § 20 Abs. 4 berechnen sich der Veräußerungserlös bzw. die AK des Investmentfondsanteils mittels folgender Faktoren:

Letzter festgesetzter Rücknahmepreis des Veranlagungszeitraums: Für Abs. 1 Satz 2 ist der letzte in dem VZ festgesetzte Rücknahmepreis (§ 17 Anm. 6) anzusetzen.

zen, in dem der Anleger letztmalig den Nachweis für den bisherigen Teilfreistellungssatz erbracht hat (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 22.12).

Vorliegen der Voraussetzungen für eine Teilfreistellung (s. § 22 Anm. 5): § 22 Abs. 2 Nr. 2 Halbs. 1 regelt, dass in den Fällen des Abs. 1 Satz 2 die Ermittlung des Veräußerungserlöses und der AK vorzunehmen sind. § 22 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 Halbs. 2 Alt. 1 ist damit nicht dahingehend zu verstehen, dass das erstmalige Vorliegen der Voraussetzung für eine Teilfreistellung eine Veräußerungsfiktion auslöst („und-Verknüpfung“).

Ein anderer Teilfreistellungssatz: Wenn bereits ein Teilfreistellungssatz vorhanden ist, ist der entsprechende Wechsel desselben nachzuweisen.

Nachgewiesen: Siehe § 22 Anm. 5.

II. Ansatz des Börsen- oder Marktpreises, wenn kein Rücknahmepreis festgesetzt ist (Abs. 2 Satz 2)

11

Kein festgesetzter Rücknahmepreis: Zu den Voraussetzungen, wenn kein Rücknahmepreis festgesetzt ist, s. § 17 Anm. 5. Gemeint sind nach Auffassung der FinVerw. Fälle, in denen der Investmentfonds generell keinen Rücknahmepreis festsetzt oder in denen kein Rücknahmepreis in zeitlicher Nähe zu dem nach § 22 Abs. 1 Sätze 1 oder 2 maßgebenden Tag verfügbar ist (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 22.13).

Börsen- oder Marktpreis tritt an die Stelle des Rücknahmepreises: „Wird ... festgesetzt“ bringt zum Ausdruck, dass zwingend der Rücknahmepreis zu verwenden ist. Nur sofern dieser nicht festgesetzt wurde, ist bei der Berechnung (zwingend) der Börsen- oder Marktpreis zu verwenden. Diese Preise sind dann gem. Abs. 2 Nr. 1 der Börsen- oder Marktpreis des Tages der fiktiven Veräußerung bzw. gem. Abs. 2 Nr. 2 der letzte Börsen- oder Marktpreis des VZ. Hinsichtlich der Bestimmung des Börsen- bzw. Marktpreises s. § 17 Anm. 6. Sofern auch dieser, beispielsweise bei geschlossenen Fonds, nicht vorliegt, sollte auf den *net asset value*/NAV abzustellen sein (s. § 17 Anm. 6). Zur Abwicklung bei fehlendem Rücknahmepreis und fehlendem Börsen- oder Marktpreis im Rahmen des KapErtrStAbzugsverfahrens sind nach Auffassung der FinVerw. keine Ersatzbemessungsgrundlage für die fiktive Veräußerung, sondern 30 % der Einnahmen aus der tatsächlichen Veräußerung als Ersatz-Bemessungsgrundlage nach § 43 Abs. 2 Satz 7 EStG anzusetzen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 22.14; BMF v. 28.7.2020 – IV C 1 - S 1980 - 1/19/10008:003, DStR 2020, 1805, unter 22.; auch *Mann in Blümich*, § 22 InvStG 2018 Rz. 13 [3/2021], ; *Kleutgens in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 22 Rz. 30, wohl für die Anwendung der Ersatz-Bemessungsgrundlage des KapErtrSt-Verfahrens auch in der Veranlagung, wenn kein Börsen- oder Marktpreis ermittelbar ist).

III. Bestimmung des Einlagewertes, der Anschaffungskosten und des Berücksichtigungszeitpunktes von späteren Wertaufholungen bzw. Wertminderungen bei Teilfreistellungssatzänderung durch Einlage von Investmentanteilen vom Privatins Betriebsvermögen (Abs. 2 Sätze 3 bis 6)

12 1. Bestimmung des Einlagewertes mittels einer Fiktion („gilt“) auf die Werte des § 22 Abs. 2 S. 1 und 2 bei Änderung des Teilfreistellungssatzes (Abs. 2 Satz 3)

Die Sätze 3 bis 6 regeln den speziellen Fall, dass ein Investmentanteil, der im Privatvermögen gehalten wird, in das Betriebsvermögen eingelegt wird und sich dadurch der anwendbare Teilfreistellungssatz ändert.

Änderung des anwendbaren Teilfreistellungssatzes durch die Einlage: Grund für die Änderung des Teilfreistellungssatzes muss die Einlage des Anteils an einem Investmentfonds aus dem PV einer natürlichen Person in das BV sein. Der Teilfreistellungssatz muss sich dadurch auch tatsächlich ändern. Im PV gelten grds. niedrigere Teilfreistellungssätze als im BV (s. zu den Teilfreistellungssätzen § 20 Anm. 5). Die vor der Einlage erzielten Wertveränderungen werden damit mit dem für das PV geltenden Teilfreistellungssatz fiktiv realisiert und erst bei späterer Veräußerung im tatsächlichen Veräußerungszeitpunkt der sich dann im BV befindenden Anteile versteuert. Dadurch soll sichergestellt werden, dass die bis zum Einlagezeitpunkt im PV erzielten Wertveränderungen mit den für Privatanleger geltenden Teilfreistellungssätzen fiktiv realisiert werden (BT- Drs. 19/ 22850, S. 105; *Mertesdorf-Perathoner* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 22 Rz. 50 [3/ 2021]). Die im PV und die im BV entstandenen Wertveränderungen werden dadurch getrennt erfasst und dann bei späterer tatsächlicher Veräußerung der Investmentanteile mit den jeweils für das PV und das BV geltenden Teilfreistellungssätzen besteuert (BMF, Anwendungsfragen, Entwurf Juni, Rz. 22.14.a)

Fiktion des Einlagewertes des § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 Halbs. 2 Buchst. c EStG auf die Werte aus Satz 1 (Rücknahmepreis) bzw. Satz 2 (Börsen- oder Marktpreis) von § 22 Abs. 2: § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 Halbs. 2 Buchst. c EStG regelt die Bewertung von Einlagen mit den AK oder HK, wenn das zugeführte WG ein WG iSd. § 20 Abs. 2 EStG oder iSd. § 2 Abs. 2 des InvStG ist. Die Einlagen sind dabei jedoch nur dann mit den AK/HK zu bewerten, wenn diese niedriger sind als der Teilwert im Zeitpunkt der Zuführung (*Schindler* in *Kirchhof/Seer*, 20. Aufl. 2021, § 6 EStG Rz. 179). Satz 3 jedoch fingiert den Ansatz des Einlagewertes des § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 Halbs. 2 Buchst. c EStG auf die Werte aus Satz 1 (Rücknahmepreis) bzw. Satz 2 (Börsen- oder Marktpreis) von § 22 Abs. 2. **Rechtsfolge:** Als Rechtsfolge fingiert Satz 3, dass der nach den Sätzen 1 und 2 anzusetzende Wert als Einlagewert iSv. § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 Halbs. 2 Buchst. c EStG anzusetzen ist.

13 2. Fiktion („gilt“) der Anschaffungskosten im Sinne von § 6 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 EStG (Abs. 2 Satz 4)

Der nach den Sätzen 1 bis 3 anzusetzende Wert „gilt“ auch als AK iSv. von § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 EStG. § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 EStG regelt die Bewertung von nicht abnutzbaren Anlagegütern und Umlaufgütern beim Zugang (§ 6 EStG Anm. 500). Aufgrund der Fiktion des Satzes 4 gilt der nach den Sätzen 1 bis 3 an-

zusetzende Wert dann auch als AK für die ins BV eingelegten Anteile an einem Investmentfonds. Dieser Wert bildet die Bewertungsobergrenze in der Steuerbilanz als Bezugsgröße für etwaige Teilwertab- oder -zuschreibungen (BRDrucks. 746/20, 113; BMF, Anwendungsfragen, Entwurf Juni 2021, Rz. 22.14b). Als Folge ändert sich die Bemessungsgröße für Teilwertabschreibungen oder -zuschreibungen (*Mann in Blümich*, § 22 InvStG 2018 Rz. 13a [3/2021]). Die Vorschrift stellt klar, dass eine fiktive Veräußerung aufgrund einer Änderung des anwendbaren Teilfreistellungssatzes auch in der Steuerbilanz abzubilden ist (BMF, Anwendungsfragen, Entwurf Juni 2021, Rz. 22.14b). § 22 Abs. 2 S. 4 führt zu einer von der Handelsbilanz abweichenden Bewertung in der Steuerbilanz (BMF, Anwendungsfragen, Entwurf Juni 2021, Rz. 22.14c). Dies führt nicht zum Ausweis latenter Steuern in der Handelsbilanz nach § 247 HGB, weil durch die Bildung einer stl. Rücklage der Gewinn handels- und steuerrechtlich (zeitgleich) erst bei tatsächlicher Veräußerung des Investmentanteils realisiert wird (BT-Drs. 19/22850, S. 106; *Mann in Blümich*, § 22 InvStG 2018 Rz. 13a [3/2021] *Mertesdorf-Perathoner in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 22 Rz. 50 [3/2021]; BMF, Anwendungsfragen, Entwurf Juni 2021, Rz. 22.14c).

3. Berücksichtigung von Wertminderungen und Werterhöhungen erst bei tatsächlicher Veräußerung (Abs. 2 Satz 5 und 6) 14

Gemäß § 22 Abs. 2 Sätze 5 und 6 sind im Rahmen der Bewertung nach einer fiktiven Veräußerung gem. § 22 eingetretene Wertminderungen iSv. § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 EStG und im Rahmen dieser Wertminderungen liegende Werterhöhungen iSd § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 EStG erst zum Zeitpunkt der tatsächlichen Veräußerung des Investmentfondsanteils zu berücksichtigen, wenn und soweit die AK nach § 22 Abs. 1 Satz 1 höher sind als die fortgeführten ursprünglichen AK vor fiktiver Veräußerung (BRDrucks. 746/20, 114; BMF, Anwendungsfragen, Entwurf Juni 2021, Rz. 22.14d). Die Veräußerungs- und Anschaffungskostenfiktion des § 22 Abs. 2 Satz 1 dient als Hilfsmittel, um die Wertveränderungen mit unterschiedlichen Teilfreistellungssätzen voneinander abzugrenzen. Dagegen soll durch die Veräußerungs- und Anschaffungskostenfiktion kein zusätzliches Abschreibungspotential geschaffen werden (BRDrucks. 746/20, 114).

§ 22 Abs. 2 Satz 5 und 6 beschränkt eine gewinnwirksame Teilwertabschreibung und eine darauf bezogene gewinnwirksame Teilwertzuschreibung (Abschreibungs- und Wertaufholungssperrbetrag bei Änderung des anwendbaren Teilfreistellungssatzes) auf den positiven Unterschiedsbetrag zwischen den fiktiven AK und den fortgeführten AK. D.h. der gewinnwirksame Aufwand aus einer Teilwertabschreibung ist in Höhe des Abschreibungssperrbetrages durch einen auf der Aktivseite der Steuerbilanz zu bildenden Korrekturposten nach § 22 Abs. 2 Satz 5 und 6 zu neutralisieren. Umgekehrt ist der gewinnwirksame Ertrag aus einer Teilwertzuschreibung in Höhe des Wertaufholungssperrbetrages durch die Auflösung der Rücklage nach § 22 Abs. 2 Satz 5 und 6 zu neutralisieren (BMF, Anwendungsfragen, Entwurf Juni 2021, Rz. 22.14e.) Zu mehreren Wechseln des Teilfreistellungssatzes s. BMF, Anwendungsfragen, Entwurf Juni 2021, Rz. 22.14i und 22.14l). Maßgebend für die außerbilanzielle Hinzurechnung von Korrekturposten ist der bei Bildung des Korrekturpostens anzuwendende Teilfreistellungssatz und nicht der im Zeitpunkt der Veräußerung anzuwendende Teilfreistellungssatz (BMF, Anwendungsfragen, Entwurf Juni 2021, Rz. 22.14k mit weiteren Details).

Berücksichtigung von Wertminderungen erst bei tatsächlicher Veräußerung (Abs. 2 Satz 5):

Die Wertminderungen iSv. § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 des EStG des im BV eingelegten Investmentanteils werden nach Satz 5 erst zum Zeitpunkt der tatsächlichen Veräußerung des Investmentanteils berücksichtigt, soweit der nach den Sätzen 1 bis 3 anzusetzende Wert höher ist als der Wert vor der fiktiven Veräußerung.

Soweit: Der Einlagewert gem. Satz 3 iVm. Satz 1 (Rücknahmepreis) bzw. Satz 2 (Börsen- oder Marktpreis) muss höher sein als der Wert vor der fiktiven Veräußerung. Als Wert vor der fiktiven Veräußerung sind grundsätzlich die fortgeführten AK anzusetzen (zum Begriff der fortgeführten AK siehe BMF, Anwendungsfragen, Rz. 17. 2; abweichend von Rz. 17. 2 ist für Zwecke des § 22 Abs. 2 S. 5 und 6 auch für Alt-Anteile, die nicht bestandsgeschützt sind, zur Ermittlung der fortgeführten AK von den fiktiven AK nach § 56 Abs. 2 S. 2 und 3 auszugehen (BMF, Anwendungsfragen, Entwurf Juni 2021, Rz. 22.14d). Bei einem erneuten Wechsel des anwendbaren Teilfreistellungssatzes ermitteln sich im Anschluss daran die fortgeführten AK anhand der sich aus dem erneuten Teilfreistellungssatzwechsel ergebenden fiktiven AK (BMF, Anwendungsfragen, Entwurf Juni 2021, Rz. 22.14d).

Wertminderungen iSv. § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 EStG: § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 EStG normiert grundsätzlich die Bewertung bei niedrigerem Teilwert von nicht abnutzbaren Anlagegütern, indem für nicht abnutzbare WG des AV die Möglichkeit der stl. Teilwertabschreibung eingeräumt wird, wenn der Teilwert aufgrund einer voraussichtlichen dauernden Wertminderung niedriger ist (§ 6 EStG Anm. 505).

Rechtfolge: Die nach § 22 Abs. 2 Satz 5 zunächst steuerneutral zu behandelnden Wertveränderungen (Teilwertabschreibung) wirken sich erst bei tatsächlicher Veräußerung des Investmentfondsanteils aus (vgl. BRDrucks. 746/20, 114).

Berücksichtigung von Wertaufholungen erst bei tatsächlicher Veräußerung (Abs. 2 Satz 6):

Werterhöhungen des im BV eingelegten Investmentanteils werden erst zum Zeitpunkt der tatsächlichen Veräußerung des Investmentanteils berücksichtigt.**Wertaufholungen iSd. § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 iVm Nr. 1 Satz 4 EStG:** Gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 3 iVm. § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 4 EStG sind WG, die bereits am Schluss des vorangegangenen Wj. zum BV des Stpfl. gehört haben, in den folgenden Wj. gem. Satz 1 anzusetzen, es sei denn, der Stpfl. weist nach, dass ein niedrigerer Teilwert nach Satz 2 angesetzt werden kann (FG Münster v. 4.5.2020 – 13 K 178/19, EFG 2020, 1334).

Anwendung von Satz 5 auf die vorherigen Wertminderungen: Werterhöhungen werden berücksichtigt, soweit auf vorherige Wertminderungen Satz 5 zur Anwendung kam.

Wert vor der fiktiven Veräußerung wird überschritten: Werterhöhungen werden berücksichtigt, soweit der Wert vor der fiktiven Veräußerung überschritten wird.

Rechtsfolge: Die nach § 22 Abs. 2 Satz 6 zunächst steuerneutral zu behandelnden Wertveränderungen (Wertaufholung) wirken sich stl. erst bei tatsächlicher Veräußerung des Investmentfondsanteils aus (vgl. BRDrucks. 746/20, 114).

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Zuflussfiktion

I. Fiktion des späteren Zuflusses des Gewinns aus der fiktiven Veräußerung (Abs. 3 Satz 1)

15

Satz 1 regelt in der 1. Alternative Zeitpunkt des Gewinns mittels einer Fiktion für den Fall der tatsächlichen Veräußerung des Investmenanteils. Mit der 2. Alternative wird der Fall geregelt, in dem es zunächst zu einer fiktiven Veräußerung aufgrund eines Teilfreistellungswechsels nach § 22 Abs. 1 gekommen ist und dann anschließend der Investmentfonds seine Eigenschaft als Investmentfonds verloren hat und damit gemäß § 19 Abs. 2 als veräußert gilt.

Gewinn aus der fiktiven Veräußerung nach Abs. 1: Siehe hinsichtlich der Gewinnermittlung die Erläuterungen zu Abs. 1 (Anm. 5) iVm. Abs. 2 (Anm. 10).

Zufluss in dem Zeitpunkt, in dem der Investmentanteil tatsächlich veräußert wird (S. 1, 1. Alternative):

Fiktion: Der Zufluss des Veräußerungsgewinns bzw. -verlustes wird auf den Zeitpunkt fingiert, in dem der Investmentanteil tatsächlich veräußert wird. Aufgrund der Besteuerung der fiktiven Veräußerung erst im Zeitpunkt der tatsächlichen Veräußerung kommt es nicht zur einer vorzeitigen Besteuerung, sondern es soll damit eine sachgerechte Aufteilung der Bemessungsgrundlage für den Veräußerungsgewinn erfolgen (BTDrucks. 18/8045, 92; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 22.15). Des Weiteren wird dadurch sichergestellt, dass erst wenn Geld tatsächlich fließt, hiervon die Steuer einzubehalten ist. Bis zur tatsächlichen Veräußerung eines Investmentfondsanteils kann es zu mehrfachen fiktiven Veräußerungen aufgrund der Änderung von Teilfreistellungsätzen gekommen sein. Auch bei der Ermittlung des Gewerbeertrags sind die geänderten Teilfreistellungsätze im Rahmen des § 20 Abs. 5 zu berücksichtigen.

Rechtsfolge: Gemäß § 22 Abs. 3 S. 1, 1. Alternative gilt der Gewinn aus der fiktiven Veräußerung erst in dem Zeitpunkt als zugeflossen, in dem der Investmentfondsanteil auch tatsächlich veräußert wird (s. § 2 Abs. 13) und nicht schon im Zeitpunkt der fiktiven Veräußerung (*Mertesdorf-Perathoner in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 22 Rz. 55 [3/2021]; *Mann in Blümich*, § 22 InvStG 2018 Rz. 14 [3/2021]).

Dies gilt auch für das KapErtrStAbzugsverfahren, so dass die KapSt auf den Veräußerungsgewinn erst mit dem Zufluss durch die tatsächliche Veräußerung entsteht (*Mann in Blümich*, § 22 InvStG 2018 Rz. 14 [3/2021]).

Sofortiger Zufluss der Gewinne aus Teilfreistellungswechseln im Zeitpunkt der wiederum fiktiven Veräußerung in den Fällen des § 19 Abs. 2 (S. 1, 2. Alternative):

Fiktion: sofortiger Zufluss der Gewinne aus Teilfreistellungswechseln im Zeitpunkt der wiederum fiktiven Veräußerung in den Fällen des § 19 Abs. 2 (2. Alternative): Diese Änderung soll die Fälle erfassen, in denen es zunächst zu einer fiktiven Veräußerung aufgrund eines Teilfreistellungswechsels nach § 22 Abs. 1 gekommen ist und dann anschließend der Investmentfonds seine Eigenschaft als Investmentfonds verliert und nach § 19 Abs. 2 als veräußert gilt (BRDrucks. 746/20, 117). § 19 Abs. 2 InvStG regelt die fiktive Veräußerung und damit den Zufluss des Veräußerungsgewinns des Investmentfondsanteils, wenn ein Investmentfonds aus dem Anwendungsbereich des InvStG herausfällt (s. § 19 Anm. 10). In diesem

Fall soll es dann auch zu einer Abrechnung der fiktiven Veräußerungsgewinne iSd. § 22 Abs. 1 und 2 InvStG kommen und nicht erst, wenn der Investmentfondsanteil tatsächlich veräußert wird. Damit soll nach der Gesetzesbegründung eine „aufgespaltene Besteuerung“ von verschiedenen Teilen des Veräußerungsgewinns verhindert werden (BRDrucks. 746/20, 117).

Rechtsfolge: Der fiktive Veräußerungsgewinn aufgrund von vorangegangenen Teilfreistellungswechseln gem. § 22 Abs. 1 ist bei einer fiktiven Veräußerung gem. § 19 Abs. 2 ebenfalls (direkt) stpfl. Es erfolgt auch für den Teil der fiktiven Veräußerung aufgrund von Teilfreistellungswechseln keine Stundung der Besteuerung (mehr) bis zum Zeitpunkt der tatsächlichen Veräußerung der Investmentanteile.

Dies gilt auch für das KapErtrStAbzugsverfahren, so dass die KapSt im Zeitpunkt der fiktiven Veräußerung gemäß § 19 Abs. 2 (Veräußerungsfiktion mit sofortigem Zufluss) zugleich auch den fiktiven Zufluss aus den zuvor erfolgten Teilfreistellungswechseln auslöst und den Zufluss zum gleichen Zeitpunkt fingiert (vgl. *Mann in Blümich*, § 22 InvStG 2018 Rz. 14 [3/2021]).

Es handelt sich dabei um einen fiktiven Veräußerungsvorgang, bei dem kein Geld fließt. Die depotführenden Stellen müssen gem. § 44 Abs. 1 Sätze 7 ff. EStG die KapErtrSt durch Belastung des Kontos des Anlegers einbehalten (bzw., falls dies nicht möglich ist, dem FA anzeigen, s. auch § 19 Anm. 10).

16 II. Aufteilung des Veräußerungsgewinns auf die Zeit vor und nach der Einlage (Abs. 3 Satz 2)

Unter Satz 2 fällt der im Einlagezeitpunkte fingierte fiktive Veräußerungsgewinn, wenn es durch die Einlage eines Investmentfondsanteils aus dem PV ins BV zu einem Teilfreistellungswechsel kommt. Soweit es nach der Einlage zu fiktiven Veräußerungen kommt, ist der für betriebliche Einkünfte geltende StTarif anwendbar (vgl. BRDrucks. 746/20, 117). Ohne diese Regelung käme es zu dem widersprüchlichen Besteuerungsergebnis, dass bei einer Einlage ins BV auf den fiktiven Veräußerungsgewinn für den Privatanleger geltenden Teilfreistellungssatz abzustellen ist, aber der fürs BV geltende progressive EStTarif anwendbar wäre (vgl. BRDrucks. 746/20, 117).

- ▶ *Fiktiver Veräußerungsgewinn nach Abs. 1:* Der Gewinn aus der fiktiven Veräußerung bestimmt sich nach Abs. 1.
- ▶ *Steuertarif gemäß § 32d EStG:* § 32d des EStG regelt den gesonderten Steuertarif für Einkünfte aus Kapitalvermögen (Abgeltungsteuertarif). Gemäß § 32d Abs. 1 EStG gilt für bestimmte private Kapitaleinkünfte und Veräußerungsgewinne ein einheitlicher EStSatz von 25 % (StSatz 25 % zzgl. SolZ und ggf. KiSt). Erfasst sind Kapitaleinkünfte, die nicht unter § 20 Abs. 8 EStG fallen. Mit § 32d Abs. 2 EStG wird jedoch in Ausnahmefällen die Anwendung des progressiven Tarifs gem. § 32a Abs. 1 angeordnet bzw. die Möglichkeit hierzu eröffnet (im Detail s. § 32d EStG Anm. 1).
- ▶ *Im Zeitpunkt der fiktiven Veräußerung:* Bei mehreren fiktiven Veräußerungen gemäß § 22 Abs. 1 ist jeder fiktive Veräußerungsvorgang gesondert zu betrachten (BT-Drs. 19/22850, S. 109; *Mertesdorf-Perathoner in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 22 Rz. 57 [3/2021]). Kommt es nach der Einlage zu weiteren fiktiven Veräußerungen, gilt für diese dagegen der für betriebliche Anleger (in

der Regel höhere) Teilfreistellungssatz (*Mann in Blümich*, § 22 InvStG 2018 Rz. 15 [3/2021]).

- ▶ *Vorliegen der Voraussetzungen des § 20 Abs. 1 Nr. 3 EStG und (kumulative) keine abweichende Zuordnung zu anderen Einkunftsarten gem. § 20 Abs. 8 Satz 1 EStG :*
- ▶ *§ 20 Abs. 1 Nr. 3 EStG:* § 20 Abs. 1 Nr. 3 EStG ordnet die Investmenterträge nach § 16 den Einkünften aus Kapitalvermögen zu. Die Steuerbarkeit der Investmenterträge, die in § 16 definiert werden, ergibt sich aus § 20 Abs. 1 Nr. 3 EStG (§ 20 EStG Anm. 135).
- ▶ *§ 20 Abs. 8 Satz 1 EStG:* keine abweichende Zuordnung zu anderen Einkunftsarten gem. § 20 Abs. 8 Satz 1 EStG vorgelegen haben. § 20 Abs. 8 Satz 1 EStG ist eine Zuordnungsnorm, mit der die Besteuerung von Kapitalerträgen iSv. § 20 Abs. 1, 2 und 3 gegenüber der Besteuerung der Gewinneinkünfte und den Einkünften aus VuV festgelegt wird. Die Zuordnungsregel gilt nur für den Fall, dass die eigentlichen den Einkünften aus Kapitalvermögen zugehörigen Einnahmen mit den in der Vorschrift genannten Einkunftsarten kollidieren (im Detail § 20 EStG Anm. 650). Keine Anwendung bei Einkünften aus LuF, aus Gewerbebetrieb, aus selbständiger Arbeit oder aus VuV.

Rechtsfolge: Auf den fiktiven Veräußerungsgewinn, der bei Einlage des Investmentfondsanteils vom PV ins BV entstanden ist, findet der für das PV geltende Abgeltungsteuersatz und damit auch der für das PV geltende Teilfreistellungssatz im Zeitpunkt der tatsächlichen Veräußerung Anwendung. Der Anteil am Veräußerungsgewinn, der ab dem Zeitpunkt der Einlage in das BV entstanden ist, wird im Zeitpunkt der tatsächlichen Veräußerung mit dem für das BV geltenden progressiven EStTarif unter Anwendung der für betriebliche Anleger geltenden Teilfreistellungssätze versteuert.

Wenn der Investmentfondsanteil zunächst im PV gehalten wird und es dann aufgrund einer Einlage ins BV zu einem Teilfreistellungssatzwechsel und damit zu einer fiktiven Veräußerung kommt, dann fällt nach § 22 Abs. 3 Satz 2 unter den gesonderten Steuertarif nach § 32d EStG nur der im Einlagezeitpunkt fingierte fiktive Veräußerungsgewinn. Dagegen ist der für betriebliche Einkünfte geltende Steuertarif anwendbar, soweit es nach der Einlage zu weiteren fiktiven Veräußerungen kommt. D.h bei mehreren fiktiven Veräußerungen nach § 22 Abs. 1 ist jeder fiktive Veräußerungsgewinn gesondert zu betrachten. (BMF- Anwendungsfragen, Entwurf Juni, Rz. 22.15b)

Abschnitt 3 Verschmelzung von Investmentfonds (§ 23)

§ 23 Verschmelzung von Investmentfonds

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731)

(1) ¹Werden inländische Investmentfonds nach den §§ 181 bis 191 des Kapitalanlagegesetzbuchs miteinander verschmolzen, so hat

1. der übertragende Investmentfonds die zu übertragenden Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten, die Teil des Nettoinventars sind, mit den Anschaffungskosten abzüglich der Absetzungen für Abnutzung oder Substanzverringerung (fortgeführte Anschaffungskosten) zu seinem Geschäftsjahresende (Übertragungstichtag) anzusetzen und
2. der übernehmende Investmentfonds die übernommenen Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten mit den fortgeführten Anschaffungskosten zu Beginn des dem Übertragungstichtag folgenden Tages anzusetzen.

²Ein nach § 189 Absatz 2 Satz 1 des Kapitalanlagegesetzbuchs bestimmter Übertragungstichtag gilt als Geschäftsjahresende des übertragenden Investmentfonds.

(2) Der übernehmende Investmentfonds tritt in die steuerliche Rechtsstellung des übertragenden Investmentfonds ein.

(3) ¹Die Ausgabe der Anteile am übernehmenden Investmentfonds an die Anleger des übertragenden Investmentfonds gilt nicht als Tausch. ²Die erworbenen Anteile an dem übernehmenden Investmentfonds treten an die Stelle der Anteile an dem übertragenden Investmentfonds. ³Erhalten die Anleger des übertragenden Investmentfonds eine Barzahlung nach § 190 des Kapitalanlagegesetzbuchs, so gilt diese als Ertrag nach § 16 Absatz 1 Nummer 1.

(4) Die Absätze 1 bis 3 gelten auch für die Verschmelzung von ausländischen Investmentfonds miteinander, die demselben Recht eines Amts- und Beitreibungshilfe leistenden ausländischen Staates unterliegen.

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

Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 23	1	D. Erläuterungen zu Abs. 3: Steuerliche Folgen beim Anleger . .	15
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Verschmelzung inländischer Investmentfonds	5	E. Erläuterungen zu Abs. 4: Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Verschmelzung ausländischer Investmentfonds	20
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Steuerliche Rechtsnachfolge des übernehmenden Investmentfonds	10	F. Exkurs: Nicht von der Norm erfasste Verschmelzungen und vergleichbare Vorgänge	25

1 A. Allgemeine Erläuterungen zu § 23

Grundinformation: Die Norm soll sicherstellen, dass Investmentfonds – wie bereits nach dem InvStG aF – steuerneutral verschmolzen werden können (BTDrucks. 18/8045, 93). Dies gilt weiterhin jedoch nur für Investmentfonds, die dem gleichen Recht unterliegen. Eine steuerneutrale grenzüberschreitende Verschmelzung – so sinnvoll sie auch wäre – ist weiterhin nicht vorgesehen. Die Norm behandelt in Abs. 1 bis 3 zunächst die Verschmelzung inländ. Investmentfonds: Sie regelt in Abs. 1 die Bewertung beim übertragenden und übernehmenden Investmentfonds und ordnet – entsprechend § 14 Abs. 2 InvStG aF – die Buchwertfortführung an (s. Anm. 5). Abs. 2 statuiert – entsprechend § 14 Abs. 3 Satz 2 InvStG aF –, dass der übernehmende Investmentfonds in die stl. Rechtsstellung des übertragenden Investmentfonds eintritt (s. Anm. 10). Abs. 3 regelt die stl. Behandlung beim Anleger. Wie bisher (s. § 14 Abs. 4 InvStG aF) soll die Ausgabe der Anteile am übernehmenden Investmentfonds an die Anleger des übertragenden Investmentfonds nicht als Tausch gelten (Abs. 3 Satz 1; s. Anm. 15). Die erworbenen Anteile am übernehmenden Investmentfonds treten vielmehr an die Stelle der Anteile am übertragenden Investmentfonds (Abs. 3 Satz 2; s. Anm. 15). Dadurch soll, wie bisher, die Aufdeckung stiller Reserven (zunächst) vermieden werden (BTDrucks. 18/8045, 93). Erhält der Anleger im Zuge der Verschmelzung (auch) eine Barzahlung, gilt diese (wie im alten Recht, § 14 Abs. 4 Satz 3 InvStG aF) als stpfl. Ertrag, auf den nunmehr aber ggf. die Teilfreistellung nach § 16 anwendbar ist (Abs. 3 Satz 3; s. Anm. 15). Nach Abs. 4 sind die in Abs. 1 bis 3 enthaltenen Regelungen für die steuerneutrale Verschmelzung inländ. Investmentfonds auf die Verschmelzung ausländ. Investmentfonds miteinander anwendbar, soweit diese demselben ausländ. Recht eines Amts- und Beitreibungshilfe leistenden ausländ. Staats unterliegen (s. Anm. 20).

Rechtsentwicklung: Die Norm führt die bisher in § 14 und § 17a InvStG aF enthaltenen Regelungen in komprimierter Form, wenn auch weitgehend inhaltsgleich zusammen. Nach Abs. 4 ist (anders als nach § 17a Abs. Satz 2 InvStG aF) nunmehr unter bestimmten Voraussetzungen auch die steuerneutrale Verschmelzung von Investmentfonds im Ausland möglich.

Bedeutung/Verhältnis zu anderen Vorschriften: Nach bisheriger Auffassung regelte die Vorgängernorm des § 14 InvStG aF konstitutiv die Steuerfolgen der Verschmelzung von sämtlichen (inländ.) Investmentfonds, da das UmwG/das UmwStG auf diese nicht anwendbar waren: Sondervermögen sind keine verschmelzungsfähigen Rechtsträger iSv. § 3 UmwG. Eine Investmentaktiengesellschaft war zwar grds. vom Anwendungsbereich des UmwG/UmwStG erfasst; eine steuerneutrale Verschmelzung nach § 11 UmwStG scheiterte aber aufgrund der StBefreiung nach § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG aF daran, dass die übergehenden WG nicht – wie von § 11 Abs. 1 Nr. 1 UmwStG gefordert – bei der übernehmenden Investmentaktiengesellschaft der Besteuerung mit KSt unterliegen (vgl. § 11 Abs. 2 Nr. 1 UmwStG; s. ausführl. zum alten Recht *Helios/Bickert* in *Moritz/Jesch/Mann*, 1. Aufl. 2015, § 14 Rz. 27 f.). Nach dem reformierten InvStG sind Investmentfonds generell (und damit auch die Investmentaktiengesellschaft) jedoch (beschränkt) kstpfl. (§ 6 Abs. 1). Damit sollte uE zukünftig die Verschmelzung von Investmentaktiengesellschaften auch auf das UmwStG gestützt werden können (Folge: nicht zwangsläufige zwingende Buchwertfortführung nach § 23 Abs. 2, sondern Wahlrecht zwischen Ansatz mit gemeinem Wert, Zwischenwert oder Buchwert; so auch *Hasbach*, FR 2018, 1117 [1123 f.]; aA demgegenüber die FinVerw., BMF, Anwen-

dungsfragen, Rz. 23.10). Für die Verschmelzung von inländ. Sondervermögen sowie von Teilgesellschaftsvermögen einer Investmentaktiengesellschaft sollte § 23 jedoch weiterhin konstitutiv sein. Gleiches gilt für die Verschmelzung von ausländ. Investmentfonds.

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher Geltungsbereich und persönlicher:* § 23 gilt dem Wortlaut nach für alle in- und ausländ. Investmentfonds (für letztere allerdings nur unter den engen Voraussetzungen des Abs. 4, s. Anm. 20) und deren Anleger – und damit (eigentlich) unmittelbar auch für Spezial-Investmentfonds und den Altersvorsorgevermögenfonds. Gleichwohl ordnet § 54 die analoge Anwendung der Norm (wenn auch nur unter bestimmten Voraussetzungen) auf diese Vehikel an (s. § 54 Anm. 1 ff.).
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* Wie das gesamte neugefasste InvStG gilt § 23 ab dem 1.1.2018 (Art. 11 Abs. 3 InvStRefG).

Einstweilen frei.

2–4

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Verschmelzung inländischer Investmentfonds

5

Voraussetzung: Verschmelzung inländischer Investmentfonds: Die Norm erfasst ausschließlich Fälle, in denen inländ. Investmentfonds nach §§ 181 bis 191 KAGB miteinander verschmolzen werden (Abs. 1).

Inländischer Investmentfonds: Zum Begriff s. § 2 Abs. 2 (§ 2 Anm. 6). Der Wortlaut der Norm ist uE missverständlich. Aus dem Zusammenspiel mit § 54 folgt, dass die Norm unmittelbar nur für (inländ.) Investmentfonds gelten soll, die keine Spezial-Investmentfonds und Altersvorsorgevermögenfonds sind. Für diese gilt vielmehr § 54 (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 23.1). Wie in § 14 Abs. 7 InvStG aF ist auch die Verschmelzung von Teilgesellschaftsvermögen und anderen haftungs- und vermögensrechtl. voneinander getrennten Teilen eines Investmentfonds (vgl. § 1 Abs. 4) erfasst. Weiterhin nicht geregelt ist die Zusammenlegung von Anteilsklassen (vgl. dazu zum InvStG aF *Helios/Bickert* in *Moritz/Jesch/Mann*, 1. Aufl. 2015, § 14 Rz. 21). An deren stl. Behandlung beim Anleger (steuerneutral, zumindest sofern sie zum Ende des Geschäftsjahres erfolgt, s. BMF v. 18.8.2009 – IV C 1 - S 1980 - 1/08/10019, BStBl. I 2009, 931, Rz. 233a) sollte sich uE durch das reformierte InvStG nichts ändern (so nun ausdrücklich auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 23.12). Zur Behandlung auf Fondsebene s. Anm. 25.

Verschmelzung nach §§ 181 bis 191 KAGB: Abs. 1 Satz 1 enthält mit dem Verweis auf §§ 181 bis 191 KAGB nunmehr einen einheitlichen Verschmelzungstatbestand für alle aufsichtsrechtl. zulässigen Verschmelzungsformen für offene Publikumsinvestmentvermögen im aufsichtsrechtl. Sinne (bislang wurde in § 14 Abs. 1 InvStG aF ausschließlich die Verschmelzung von Sondervermögen geregelt und in § 14 Abs. 7 InvStG aF eine entsprechende Anwendung auf andere nach dem KAGB zulässigen Verschmelzungen angeordnet). Verschmelzung in diesem Sinne umfasst sowohl die Verschmelzung zur Aufnahme (§ 1 Abs. 19 Nr. 37a KAGB) als auch die Verschmelzung zur Neugründung (§ 1 Abs. 19 Nr. 37b KAGB). Inhaltliche Änderungen haben sich uE dadurch nicht ergeben, dh., erfasst sind wie bisher: (i) Verschmelzung eines Sondervermögens auf ein anderes Sondervermögen

(§ 181 KAGB); (ii) Verschmelzung eines Sondervermögens auf eine Investmentaktiengesellschaft mit veränderlichem Kapital oder auf ein Teilgesellschaftsvermögen einer Investmentaktiengesellschaft mit veränderlichem Kapital (§ 191 Abs. 1 Nr. 1 KAGB); (iii) Verschmelzung eines Teilgesellschaftsvermögens einer Investmentaktiengesellschaft mit veränderlichem Kapital auf ein anderes Teilgesellschaftsvermögen derselben Investmentaktiengesellschaft mit veränderlichem Kapital (§ 191 Abs. 1 Nr. 2 KAGB); (iv) Verschmelzung eines Teilgesellschaftsvermögens einer Investmentaktiengesellschaft mit veränderlichem Kapital auf ein Teilgesellschaftsvermögen einer anderen Investmentaktiengesellschaft mit veränderlichem Kapital (§ 191 Abs. 1 Nr. 3 KAGB); (v) Verschmelzung einer Investmentaktiengesellschaft mit veränderlichem Kapital oder eines Teilgesellschaftsvermögens einer Investmentaktiengesellschaft mit veränderlichem Kapital auf ein Sondervermögen (§ 191 Abs. 3 KAGB); und (vi) Verschmelzung einer Investmentaktiengesellschaft mit veränderlichem Kapital auf eine andere Investmentaktiengesellschaft mit veränderlichem Kapital oder ein Teilgesellschaftsvermögen einer Investmentaktiengesellschaft mit veränderlichem Kapital (§ 191 Abs. 3 KAGB). Siehe dazu jeweils ausführlich *Kuhn in Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, § 14 Rz. 27 ff., 87 ff.; *Kuhn in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 23 Rz. 20 ff. (12/2020). Entsprechend § 14 Abs. 8 InvStG aF sollte die gleichzeitige Übertragung aller Vermögensgegenstände mehrerer Sondervermögen, Teilgesellschaftsvermögen oder Investmentaktiengesellschaften mit veränderlichem Kapital auf dasselbe Sondervermögen oder Teilgesellschaftsvermögen oder dieselbe Investmentaktiengesellschaft mit veränderlichem Kapital weiterhin steuerneutral möglich sein. Die Verschmelzung muss jeweils aufsichtsrechtl. wirksam sein. Zur Prüfungsbefugnis der FinVerw. in den einzelnen Fällen s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 23.11 f. Durch den uE verunglückten Verweis (nur) auf §§ 181 bis 191 KAGB und das Zusammenspiel mit § 54 Abs. 1 (s. § 54 Anm. 5) ist möglicherweise die steuerneutrale Verschmelzung von Spezialsondervermögen im aufsichtsrechtl. Sinne (deren Verschmelzung sich nach § 281 KAGB richtet), die aber (mangels der aufsichtsrechtl. nicht erforderlichen Beschränkung auf nicht mehr als 100 Personen) nicht unter den Begriff des Spezial-Investmentfonds nach § 26 fällt, ausgeschlossen (s. zur vergleichbaren Problematik unter dem InvStG aF *Kuhn in Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, § 17a Rz. 38 ff.). Dies kann uE nicht die gesetzgeberische Intention sein; hier wäre ggf. Nachbesserung erforderlich. Die Position der FinVerw. ist unklar: Für eine Einbeziehung spricht BMF, Anwendungsfragen, Rz. 23.9; dagegen Rz. 23.4.

Miteinander: Wie bisher können nur inländ. Investmentfonds „miteinander“ steuerneutral verschmolzen werden. Grenzüberschreitende Verschmelzungen sind weiterhin – obwohl aufsichtsrechtl. zulässig (vgl. *Kuhn in Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, § 14 Rz. 31 ff., 93) – nicht steuerneutral möglich.

Rechtsfolgen beim übertragenden Investmentfonds: Wie bereits unter § 14 Abs. 2 InvStG aF hat der übertragende Investmentfonds die zu übertragenden Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten, die Teil des Nettoinventars sind, mit den AK abzüglich der AfA oder AfS (fortgeführte AK) zu seinem Geschäftsjahresende (Übertragungstichtag) anzusetzen (Abs. 1 Satz 1 Nr. 1). Ein nach § 189 Abs. 2 Satz 1 KAGB bestimmter Übertragungstichtag soll als Geschäftsjahresende des übertragenden Investmentfonds gelten (Abs. 1 Satz 2).

Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten, die Teil des Nettoinventars sind: Mit dieser Formulierung soll uE zum Ausdruck gebracht werden, dass sämtliche Vermögensgegenstände (der Aktiv- und Passivseite) infolge der Verschmel-

zung übergehen und einheitlich bewertet werden müssen (vgl. *Wenzel in Blümich*, EStG, § 14 InvStG 2004 Rz. 18 [4/2017]).

Ansatz mit den fortgeführten Anschaffungskosten: Die Bewertung der Vermögensgegenstände/Verbindlichkeiten hat (zwingend) mit den AK abzüglich AfA oder AfS, dh. zu Buchwerten, zu erfolgen. Ein Teilwert- oder Zwischenwertansatz ist ausgeschlossen (zu einer möglichen Ausnahme bei einer Verschmelzung von Investmentaktiengesellschaften auf Grundlage des UmwG/UmwStG s. Anm. 1). Ein Übertragungsgewinn oder -verlust kann uE daher beim übertragenden Investmentfonds nicht entstehen (vgl. *Wenzel in Blümich*, § 23 InvStG 2018 Rz. 20 [8/2019]).

Zum Geschäftsjahresende (Übertragungstichtag): Aufsichtsrechtlich wird eine Verschmelzung grds. zum Geschäftsjahresende des Investmentfonds wirksam (§ 189 Abs. 1 KAGB), es sei denn, es wurde ein anderer Übertragungstichtag bestimmt (§ 189 Abs. 2 Satz 1 KAGB). Im letztgenannten Fall ist (wie bereits gem. § 14 Abs. 2 Satz 2 InvStG aF) stl. vom Ende eines Rumpfgeschäftsjahres auf diesen Stichtag auszugehen (Abs. 2 Satz 2).

Rechtsfolgen beim übernehmenden Investmentfonds: Der übernehmende Investmentfonds hat die übernommenen Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten mit den fortgeführten AK zu Beginn des dem Übertragungstichtag folgenden Tages anzusetzen (Abs. 1 Satz 1 Nr. 2).

Ansatz mit fortgeführten Anschaffungskosten: Auch beim übernehmenden Investmentfonds hat (zwingend) ein Ansatz mit den fortgeführten AK, dh. mit dem Buchwert, zu erfolgen. Auch hier ist ein Teilwert- oder Zwischenwertansatz ausgeschlossen (zu einer möglichen Ausnahme bei einer Verschmelzung von Investmentaktiengesellschaften auf Grundlage des UmwG/UmwStG s. Anm. 1). Ein Übernahmegewinn oder -verlust kann uE daher beim übernehmenden Investmentfonds ebenfalls nicht entstehen (vgl. *Wenzel in Blümich*, § 23 InvStG 2018 Rz. 20 [8/2019]).

Zu Beginn des dem Übertragungstichtag folgenden Tages: Durch den Ansatz erst zu Beginn des dem Übertragungstichtag folgenden Tages soll eine doppelte Erfassung sowohl beim übertragenden als auch beim übernehmenden Investmentfonds ausgeschlossen werden (so zum alten Recht *Helios/Bickert in Moritz/Jeschl Mann*, 1. Aufl. 2015, § 14 Rz. 33).

Einstweilen frei.

6–9

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Steuerliche Rechtsnachfolge des übernehmenden Investmentfonds

10

Eintritt in steuerliche Rechtsstellung: Nach Abs. 2 tritt der übernehmende Investmentfonds in die stl. Rechtsstellung des übertragenden Investmentfonds ein. Gemeint ist, dass neben den Vermögensgegenständen und Verbindlichkeiten alle damit zusammenhängenden Steuermerkmale auf das übernehmende Investmentvermögen übergehen (sog. Fußstapfentheorie). § 14 Abs. 3 Satz 2 InvStG aF enthielt eine identische Regelung (s. dazu ausführl. *Helios/Bickert in Moritz/Jeschl Mann*, 1. Aufl. 2015, § 14 Rz. 33 ff.). Die neugefasste Norm muss jedoch im Lichte der neuen Besteuerungskonzeption interpretiert werden, so dass es bei (regulären) Investmentfonds (zu Besonderheiten bei Spezial-Investmentfonds s. § 54 Anm. 1 ff.) uE zukünftig nur noch auf Steuermerkmale ankommen sollte, die für die (beschränkte) StPflcht nach § 6 relevant sind.

- ▶ *Abschreibungen*: Relevant sind uE die AfA-Bemessungsgrundlage sowie der AfA-Satz bei Gebäuden.
- ▶ *Haltefristen*: Da zukünftig Gewinne aus der Veräußerung von Immobilien unabhängig von einer Haltefrist stpfl. sind, kommt es insoweit auf Haltefristen grds. nicht an. Eine Ausnahme besteht für die Haltefrist nach § 6 Abs. 3 Satz 3 (s. § 6 Anm. 20), die uE infolge der Verschmelzung auf den übernehmenden Investmentfonds übergeht.
- ▶ *Verlustvorträge*: Wie bereits im alten Recht bleibt es – mangels gesetzlicher Regelung – unklar, ob Verlustvorträge auf den übernehmenden Investmentfonds übergehen. Dies sollte uE wie bislang (zumindest bei regulären Investmentfonds, zu einer möglichen Ausnahme bei Spezial-Investmentfonds s. § 54 Anm. 5) der Fall sein (vgl. *Hasbach*, FR 2018, 1117 [1119f.]). Die FinVerw. geht jedenfalls bei (regulären) Investmentfonds von einem Übergang der Verlustvorträge aus (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 23.15).
- ▶ *Ausnahmen*: Nach uE begrüßenswerter Auffassung der FinVerw. (derzeit allerdings ohne gesetzliche Grundlage) habe der Ansatz der übernommenen Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten bei Investmentfonds, die die Voraussetzungen eines OGAW erfüllen, keine Auswirkungen auf die Besteuerung des Investmentfonds und der Anleger. Bei diesen sei es daher nicht zu beanstanden, wenn die AK nicht fortgeführt würden. Bei anderen Investmentfonds sei die Fortführung der AK dann nicht als zwingende Voraussetzung für eine steuerneutrale Verschmelzung zu betrachten, wenn im Zeitpunkt der Verschmelzung sowohl der übertragende als auch der übernehmende Investmentfonds keine Vermögensgegenstände hielten, die bei Veräußerung einer Besteuerung nach § 6 unterliegen würden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 23.16).

11–14 Einstweilen frei.

15 D. Erläuterungen zu Abs. 3: Steuerliche Folgen beim Anleger

Keine Gewinnrealisierung: Nach Abs. 3 Satz 1 gilt die Ausgabe der Anteile am übernehmenden Investmentfonds an die Anleger des übertragenden Investmentfonds nicht als Tausch. Wie im alten Recht (§ 14 Abs. 4 Satz 1 InvStG aF) kommt es weder beim betrieblichen Anleger noch beim Privatanleger zu einer Gewinnrealisierung (vgl. *Wenzel* in *Blümich*, § 23 InvStG 2018 Rz. 23 [8/2019]).

Erworbene Anteile treten an die Stelle der Anteile am übertragenden Investmentfonds: Nach Abs. 3 Satz 2 treten die erworbenen Anteile am übernehmenden Investmentfonds an die Stelle der Anteile am übertragenden Investmentfonds. Wie im alten Recht (§ 14 Abs. 4 Satz 2 InvStG aF) gilt auch hier die Fußstapfentheorie, dh., der Anleger muss die historischen AK bzw. Buchwerte der Anteile am übertragenden Investmentfonds als AK bzw. Buchwerte der Anteile am übernehmenden Investmentfonds fortführen (s. dazu ausführl. *Helios/Lindau* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 23 Rz. 33f.; *Kuhn* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, Beck-OK, § 23 Rz. 76 [12/2020]). Auch für den Anleger besteht kein Wahlrecht, die Anteile zum Teilwert oder einem Zwischenwert anzusetzen (zu einer möglichen Ausnahme bei einer Verschmelzung von Investmentaktiengesellschaften auf Grundlage des UmwG/UmwStG s. Anm. 1). Da es zukünftig bei regulären Investmentfonds keine ausschüttungsgleichen Erträge mehr gibt und die Ermittlung eines Aktiengewinns nicht länger erforderlich ist, sind entsprechende Regelungen (wie

noch in § 14 Abs. 5 und 6 InvStG aF enthalten) im Rahmen von § 23 entbehrlich (s. aber § 54 Anm. 5).

- ▶ **Wertaufholung:** Wie im alten Recht ist in Fällen, in denen die Anteile am übertragenden Investmentfonds bei betrieblichen Anlegern auf einen Teilwert unter den historischen AK abgeschrieben worden waren, später eine Zuschreibung auch bei den neuen Anteilen bis zur Höhe der historischen AK der alten Anteile unter den Voraussetzungen einer Wertaufholung vorzunehmen (*Wenzel in Blümich*, § 23 InvStG 2018 Rz. 23 [8/2019]; so auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 23.18).
- ▶ **Haltefristen:** Auf Anlegerebene sind zukünftig keine Haltefristen mehr relevant. In Bezug auf Alt-Anteile iSv. § 56 Abs. 2 (s. § 56 Anm. 10) gilt die Verschmelzung uE nicht als Veräußerung (so auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 23.17).
- ▶ **Vorabpauschale:** Zum Übergang/zur Ermittlung der Vorabpauschale für die Anteile am übernehmenden Investmentfonds s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 23.19f.; *Hasbach*, FR 2018, 1117 (1120f.).
- ▶ **Ausnahmen:** Zu möglichen Ausnahmen nach Auffassung der FinVerw. bei OGAW-Investmentfonds und Investmentfonds, die keine Vermögensgegenstände hielten, die bei Veräußerung einer Besteuerung nach § 6 unterliegen würden, s. Anm. 10.

Steuerliche Behandlung einer Barzahlung: Erhalten die Anleger des übertragenden Investmentfonds eine Barzahlung nach § 190 KAGB, gilt diese als Ertrag nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 (Abs. 3 Satz 3).

- ▶ **Barzahlung nach § 190 KAGB:** § 190 Abs. 2 Nr. 2 KAGB sieht vor, dass den Anlegern im Verschmelzungsplan ein Anspruch auf eine Barzahlung iHv. bis zu 10 % des Werts ihrer Anteile am übertragenden Investmentfonds eingeräumt werden kann (s. dazu *Helios/Lindau in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 23 Rz. 42).
- ▶ **Fiktion als Ertrag nach § 16 Abs. 1 Nr. 1:** Wie im alten Recht (vgl. § 14 Abs. 4 Sätze 3f. InvStG aF; s. dazu *Kuhn in Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, § 14 Rz. 59ff.) ist Ziel dieser Fiktion, dass dem Anleger insoweit stpfl. Einnahmen zufließen sollen. Die Regelung wurde durch den Generalverweis auf § 16 Abs. 1 Nr. 1 im Verhältnis zur Vorfassung (deutlich) vereinfacht. Im Erg. teilt die Barzahlung uE damit das Schicksal einer „normalen“ Ausschüttung nach § 2 Abs. 11, dh., die Barzahlung zählt zwar grds. zu den stpfl. Einnahmen des Anlegers, er kann jedoch uE ggf. auch insoweit von einer anwendbaren Teilfreistellung nach § 20 profitieren (so auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 23.22ff., auch mit einem Beispiel für den Fall abweichender Teilfreistellungssätze der an der Verschmelzung beteiligten Investmentfonds).

Einstweilen frei.

16–19

E. Erläuterungen zu Abs. 4: Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Verschmelzung ausländischer Investmentfonds

20

Voraussetzung: Verschmelzung ausländischer Investmentfonds: Nach Abs. 4 gelten Abs. 1 bis 3 auch für die Verschmelzung von ausländ. Investmentfonds miteinander, die demselben Recht eines Amts- und Beitreibungshilfe leistenden ausländ. Staats unterliegen.

- ▶ *Ausländischer Investmentfonds*: Zum Begriff s. § 2 Abs. 3 (§ 2 Anm. 7). Anders als § 17a Sätze 1 und 2 InvStG aF sind zukünftig nicht nur steuerneutrale Verschmelzungen zwischen Investmentfonds in der EU/der EWR möglich, sondern – unter den weiteren Voraussetzungen des Abs. 4 – auch zwischen Investmentfonds, die dem Recht eines Drittstaats unterliegen. Auf die Rechtsform des ausländ. Investmentvermögens kommt es nicht an. Wie bereits Abs. 1 (s. Anm. 5) gilt Abs. 4 nicht unmittelbar für die Verschmelzung von (ausländ.) Spezial-Investmentfonds und Altersvorsorgevermögenfonds. Die Verschmelzung von (ausländ.) Teilgesellschaftsvermögen und anderen haftungs- und vermögensrechtl. voneinander getrennten Teilen eines (ausländ.) Investmentfonds sollte dagegen erfasst sein. Weiterhin nicht geregelt ist die Zusammenlegung von (ausländ.) Anteilsklassen (s. dazu *Kuhn in Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, § 17a Rz. 46f.).
- ▶ *Verschmelzung*: Anders als § 17a Satz 1 InvStG verlangt Abs. 4 nicht ausdrücklich, dass für die Verschmelzung die dem KAGB entsprechenden Vorschriften des Sitzstaats des Investmentfonds erfüllt sind und dies durch eine Bestätigung der für die Investmentaufsicht zuständigen Stelle nachgewiesen wird (s. dazu *Kuhn in Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, § 17a Rz. 25, 32ff.). Die entsprechende Anordnung des Abs. 1 ist uE so zu verstehen, dass die entsprechenden ausländ. Regularien (und nur diese) erfüllt sein müssen; auf eine Vergleichbarkeit dieser Vorschriften mit §§ 181 ff. KAGB kommt es uE dabei (wie bereits bei § 17a Satz 1 InvStG aF, vgl. *Kuhn in Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, § 17a Rz. 25) nicht an – aA jedoch die FinVerw., nach der der ausländ. Verschmelzungsvorgang inhaltlich der Vorgabe des § 23 Abs. 1 Satz 1 InvStG iVm. §§ 181 bis 191 KAGB entsprechen muss (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 23.25). Eine Nachweispflicht/die Verpflichtung zur Vorlage einer Bestätigung einer ausländ. Behörde enthält Abs. 4 seinem Wortlaut nach nicht – aA die FinVerw., die zum Nachweis der Vergleichbarkeit einer ausländ. Verschmelzung die Vorlage einer Bescheinigung nach Art. 39 Abs. 1 OGAW-Richtlinie (2009/65/EG) für zweckmäßig erachtet („können die zuständigen Finanzbehörden das Vorliegen der aufsichtsrechtlichen Voraussetzungen für eine Verschmelzung als gegeben ansehen“, BMF, Anwendungsfragen, Rz. 23.25).
- ▶ *Miteinander/die demselben Recht unterliegen*: Mit der Formulierung gemeint ist, dass ausländ. Investmentfonds nur dann steuerneutral miteinander verschmolzen werden können, wenn sie demselben (ausländ.) Recht unterliegen (vgl. BTDrucks. 18/8045, 93). Grenzüberschreitende Verschmelzungen sind weiterhin nicht steuerneutral möglich (so ausdrücklich auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 23.27).
- ▶ *Amts- und Beitreibungshilfe leistender ausländischer Staat*: Zum Begriff s. § 2 Abs. 15 (§ 2 Anm. 26).

Rechtsfolge: Entsprechende Anwendung der Abs. 1 bis 3: Dieser Rechtsfolgenverweis betrifft sowohl die Besteuerung auf Investmentfonds- als auch auf Anlegerebene.

- ▶ *Steuerliche Folgen bei den beteiligten Investmentfonds*: Die Folgen bei den beteiligten (ausländ.) Investmentfonds ergeben sich aus einer entsprechenden Anwendung von Abs. 1 Nr. 1 bzw. Abs. 1 Nr. 2 (s. Anm. 5) und Abs. 2 (s. Anm. 10). Dieser Verweis kann uE – wie bereits bei § 17a Satz 1 Nr. 2 InvStG aF (vgl. *Kuhn in Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, § 17a Rz. 26) – nur so gemeint sein, dass die fortgeführten AK bzw. Buchwerte (sowie die relevanten Steuermerkmale) vom übertragenden Investmentfonds ermittelt und vom übernehmenden

Investmentfonds stl. (dh. ggf. in einer stl. Nebenrechnung) fortgeführt werden, so dass es auf Investmentfondsebene nicht zu einer stpl. Realisierung von stillen Reserven kommt. Dabei sind uE (ausschließlich) die Positionen relevant, die für die (beschränkte) StPflcht des (ausländ.) Investmentfonds nach § 6 von Bedeutung sind. Die Ausführungen in Anm. 10 gelten entsprechend. Ob nach ausl. Aufsichtsrecht dagegen in der investmentrechtl. Rechnungslegung zB nur Zeitwerte angesetzt werden können/müssen, ist uE unerheblich. Da Abs. 4 anders als § 17a Satz 1 Nr. 2 InvStG aF keine entsprechende Anordnung enthält, ist die Vorlage einer Berufsträgerbescheinigung, die die stl. Buchwertfortführung bestätigt, uE nicht notwendig.

- ▶ *Steuerliche Folgen beim Anleger:* Die Folgen bei den Anlegern ergeben sich aus einer entsprechenden Anwendung von Abs. 3. Wie im alten Recht (§ 17a Satz 1 InvStG aF, vgl. *Kuhn in Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, § 17a Rz. 28) soll es auch bei der Verschmelzung von ausl. Investmentfonds auf Anlegerebene nicht zu einer stl. Gewinnrealisierung kommen. Es gilt auch hier die Fußstapfentheorie (s. Anm. 15). Sieht das ausl. Recht eine Barzahlung (entsprechend oder vergleichbar § 190 KAGB) vor, gilt auch diese als Ertrag iSv. § 16 Abs. 1 Nr. 1 (vgl. Anm. 15).
- ▶ *Ausnahmen:* Nach Auffassung der FinVerw. sollen die Ausnahmen zur Fortführung der AK für OGAW-Investmentfonds und Investmentfonds, die keine Vermögensgegenstände hielten, die bei Veräußerung einer Besteuerung nach § 6 unterliegen würden (s. Anm. 10), auch für Verschmelzungen von ausl. Investmentfonds gelten (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 23.26).

Einstweilen frei.

21–24

F. Exkurs: Nicht von der Norm erfasste Verschmelzungen und vergleichbare Vorgänge

25

Keine Verschmelzungen iSv. § 23: Nach Auffassung der FinVerw. fallen die folgenden Fälle (derzeit) nicht unter die Norm (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 23.2 ff.):

- ▶ *Zusammenlegung von Anteilklassen:* Grund ist, dass es insoweit an einem Rechtsträgerwechsel hinsichtlich der gehaltenen Vermögensgegenstände mangelt. Diese sind weiterhin dem Investmentfonds zuzurechnen, so dass ein Realisationstatbestand auf Ebene des Investmentfonds ausscheidet. So ausdrücklich nunmehr auch die FinVerw. (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 23.2).
- ▶ *Übertragung der Verwaltungsbefugnis von einer Verwaltungsgesellschaft auf eine andere:* Kein Realisationstatbestand für den Investmentfonds und den Anleger. Es ändert sich weder etwas an der strechtl. Zuordnung der Vermögensgegenstände noch kommt es zu Einwirkungen auf die den Anlegern zuzurechnenden Investmentanteile.
- ▶ *Verschmelzungen zwischen in- und ausländischen Fonds:* Vgl. Wortlaut von Abs. 1 und Abs. 4, die eine grenzüberschreitende Verschmelzung nicht erfassen (s. auch Anm. 1).
- ▶ *Verschmelzungen zwischen Investmentfonds und Spezial-Investmentfonds oder Altersvorsorgevermögenfonds:* Vgl. Wortlaut von Abs. 1 sowie von § 54 Abs. 1, die diese „regimeübergreifenden“ Verschmelzungen nicht erfassen. So ausdrücklich nunmehr auch die FinVerw. (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 54.1).

Dies betrifft insbes. Fälle, in denen nicht sämtliche beteiligte Investmentfonds die Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds nach §§ 26 ff. erfüllen.

- ▶ Verschmelzung eines Investmentfonds auf einen Rechtsträger, der nicht dem InvStG unterliegt: Vgl. Wortlaut von Abs. 1, der diese „regimeübergreifenden“ Verschmelzungen nicht erfasst.

Rechtsfolgen: Sofern ein Realisationstatbestand vorliegt (dh. nicht bei der Zusammenlegung von Anteilsklassen auf Ebene des Investmentfonds; nicht bei der bloßen Übertragung der Verwaltungsbefugnis), gilt nach Auffassung der FinVerw. Folgendes (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 23.5 f.):

- ▶ *Ebene des Investmentfonds:* Veräußerungsvorgang auf Ebene des übertragenden, Anschaffungsvorgang auf Ebene des übernehmenden Investmentfonds. Der Besteuerung unterliegen allerdings nur solche Veräußerungsvorgänge, die unter den Katalog des § 6 Abs. 2 fallen.
- ▶ *Ebene der Anleger:* Erfolgswirksamer Veräußerungsvorgang zum gemeinen Wert der untergehenden Anteile sowie Anschaffung der neu ausgegebenen Anteile am übernehmenden Investmentfonds. § 20 Abs. 4a EStG ist nach Auffassung der FinVerw. insoweit nicht anzuwenden.

Abschnitt 4 Verhältnis zu Besteuerungsregelungen für Spezial-Investmentfonds (§ 24)

§ 24 Kein Wechsel zu den Besteuerungsregelungen für Spezial-Investmentfonds

idF des InvStG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731)

Wenn Investmentfonds oder ihre Anleger der Besteuerung nach Kapitel 2 unterlegen haben, so ist ein Wechsel zur Besteuerung nach Kapitel 3 ausgeschlossen.

Autor: Ronald *Buge*, Rechtsanwalt, POELLATH, Berlin

Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 24	1	B. Erläuterungen zu § 24: Kein Wechsel zur Spezial-Investmentfonds-Besteuerung	5

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 24

1

Grundinformation: § 24 regelt, dass ein späterer Wechsel in das Besteuerungsregime für Spezial-Investmentfonds nicht möglich ist.

Rechtsentwicklung: Die Vorschrift ist neu und hat keinen Vorgänger im InvStG aF.

Bedeutung: Mit § 24 wird der Zugang zum Besteuerungssystem für Spezial-Investmentfonds erschwert. Ein Spezial-Investmentfonds kann damit praktisch nur ein neu aufgelegter Investmentfonds werden (zu vor dem Inkrafttreten des InvStRefG aufgelegten Investmentfonds s. Anm. 5). Einem Spezial-Investmentfonds, der aufgrund von § 52 seinen Status verloren hat, ist hingegen eine „Rückkehr“ in die Besteuerung nach Kapitel 3 aufgrund von § 24 verwehrt. Die Vorschrift zeigt, dass der Gesetzgeber dem Besteuerungssystem für Spezial-Investmentfonds eher skeptisch gegenübersteht und es offenbar nur in wenigen Ausnahmefällen, in denen sich der Investmentfonds bewusst dafür entschieden hat, anwenden möchte.

Verhältnis zu anderen Vorschriften:

- ▶ *Verhältnis zu § 25:* § 25 stellt systematisch das Gegenstück zu § 24 für Spezial-Investmentfonds dar. § 25 hat Bedeutung für das Tatbestandsmerkmal „unterlegen haben“ in § 24 (s. Anm. 5). Umgekehrt durchbricht § 24 die Rechtsfolge des § 25, indem er trotz Vorliegens der Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds ausschließlich die Besteuerungsregeln für einfache Investmentfonds nach Kapitel 2 für anwendbar erklärt (*Enders/Lebioda in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 24 Rz. 5). Aus diesem Grund ist er uE auch systematisch in Ka-

pitel 2 falsch platziert. Systematisch zutr. hätte er zusammen mit § 25 (oder als dessen Abs. 2) in einem gesonderten Abschnitt des Kapitels 3 das Verhältnis zu den Vorschriften des Abschnitts 2 regeln müssen.

- ▶ *Verhältnis zu § 52:* § 52 regelt die Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Statusverlusts eines Spezial-Investmentfonds. Voraussetzung dafür ist, dass die Anlagebedingungen in der Weise geändert werden, dass die Voraussetzungen des § 26 nicht mehr erfüllt sind, oder ein wesentlicher Verstoß gegen die Anlagebestimmungen des § 26 vorliegt (s. § 52 Anm. 5). § 24 verhindert eine Rückkehr in das Besteuerungssystem für Spezial-Investmentfonds, selbst wenn die Anlagebedingungen wieder mit § 26 in Einklang gebracht werden oder der Verstoß nicht mehr vorliegt.

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich:* § 24 gilt für inländ. und ausländ. Investmentfonds, die die Voraussetzungen von § 26 erfüllen, aber nicht der Besteuerung nach Kapitel 3 unterliegen.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* Wie das gesamte neugefasste InvStG gilt § 24 ab dem 1.1.2018 (Art. 11 Abs. 3 InvStRefG).

2–4 Einstweilen frei.

5 B. Erläuterungen zu § 24: Kein Wechsel zur Spezial-Investmentfonds-Besteuerung

§ 24 fordert, dass ein Investmentfonds den Besteuerungsregeln für einfache Investmentfonds „unterlegen haben“ muss.

Späterer Wechsel: Unproblematisch dürfte der Fall sein, dass ein zunächst als einfacher Investmentfonds aufgelegter Investmentfonds zu einem späteren Zeitpunkt seine Anlagebedingungen dahingehend abändert, dass er die Voraussetzungen für einen Spezial-Investmentfonds gem. §§ 26-28 erfüllt. Ihm ist dann gleichwohl ein Wechsel in das Besteuerungsregime für Spezial-Investmentfonds verwehrt (glA amtl. Begr., BTDrucks. 18/8045, 94; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 24.1; *Enders/Lebioda in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 24 Rz. 13).

Bestands-Investmentfonds, also solche Investmentfonds, die bereits vor dem 1.1.2018 errichtet wurden, dürften hingegen das Besteuerungssystem für Spezial-Investmentfonds anwenden können, wenn sie bereits zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des reformierten InvStG am 1.1.2018 die Voraussetzungen für einen Spezial-Investmentfonds erfüllen, denn dann sie haben zu keinem Zeitpunkt der Besteuerung nach Kapitel 2 unterlegen (glA *Enders/Lebioda in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 24 Rz. 13).

Geltendmachung/Wahlrecht? Die amtliche Gesetzesbegründung legt nahe, dass das Besteuerungsregime für einfache Investmentfonds oder für Spezial-Investmentfonds „geltend gemacht“ werden müsse, gleichsam also ein Wahlrecht vorliege. Erst dann habe ein Investmentfonds den jeweiligen Besteuerungsregeln „unterlegen“. Ein Investmentfonds habe danach den Besteuerungsregeln des Kapitels 2 unterlegen, wenn Einkünfte iSd. § 6 Abs. 2 bestandskräftig festgestellt worden seien oder KapErtrSt nach § 7 Abs. 5 oder § 11 erstattet wurde (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 24.2). Umgekehrt soll ein Investmentfonds seinen Status als Spezial-Investmentfonds dadurch geltend machen, dass er die Transparenzoption aus-

übt. Ferner sollen die Anleger der Besteuerung nach Kapitel 2 unterlegen haben, wenn ein StAbzug nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 oder 9 EStG vorgenommen wurde oder Investorerträge (§ 16 iVm. § 20 Abs. 1 Nr. 3 EStG) formell bestandskräftig festgesetzt wurden (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 24.3; insoweit glA *Hartmann in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 24 Rz. 17 [12/2020]). Die amtliche Gesetzesbegründung und die FinVerw. insinuiieren damit, dass dieses Wahlrecht möglicherweise auch vom Investmentfonds und seinen Anlegern unterschiedlich ausgeübt werden könne (vgl. BTDrucks. 18/8045, 94).

- ▶ *Unseres Erachtens besteht kein Wahlrecht für die beiden Besteuerungssysteme* (glA *Enders/Lebioda in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 24 Rz. 15; vgl. auch *Hartmann in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 24 Rz. 15 [3/2021]). Der Wortlaut von § 25 ist insoweit eindeutig: Zwar hat der Investmentfonds ein faktisches Wahlrecht, seine Anlagebedingungen bei erstmaliger Auflegung nach den Vorgaben des § 26 auszurichten (s. § 26 Anm. 1). Sofern jedoch die Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds vorliegen, besteht kein Wahlrecht mehr. Es müssen dann die Besteuerungsregeln in Kapitel 3 angewendet werden (s. § 25 Anm. 4). Es besteht auch keine Alternativität dahingehend, dass der Investmentfonds für sich die Regeln über Spezial-Investmentfonds anwenden kann, der Anleger hingegen Investorerträge gem. §§ 16 ff. versteuert oder umgekehrt. Überdies ist die Ausübung der Transparenzoption (oder auch des StAbzugs gem. § 33 iVm. § 50) keine Voraussetzung für einen Spezial-Investmentfonds (*Niedrig in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 24 Rz. 7 [9/2018]). § 42 Abs. 4 und 5 enthalten vielmehr ausdrückliche Regelungen für den Fall, dass ein Spezial-Investmentfonds die Transparenzoption nicht ausübt oder den StAbzug nach § 33 iVm. § 50 nicht vornimmt. Ob ein Investmentfonds dem einen oder dem anderen Besteuerungssystem unterlegen hat, kann schließlich auch nicht davon abhängen, dass entsprechende StFestsetzungen erfolgt sind.
- ▶ *Folgen bei fehlerhafter Veranlagung*: Sind ein Investmentfonds oder seine Anleger nach den Besteuerungsregeln des Kapitels 2 veranlagt worden, obwohl der betreffende Investmentfonds die Voraussetzungen für einen Spezial-Investmentfonds erfüllt, sind demzufolge die StFestsetzungen, soweit noch änderbar, zu ändern, insbes. sind bei den Anlegern ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge und nicht Ausschüttungen und Vorabpauschalen zu versteuern. § 24 ist in diesem Fall nicht anwendbar. Ist die StFestsetzung hingegen formell bestandskräftig geworden, überlagert die formelle Bestandskraft die materielle Rechtslage. Einer (erneuten) Besteuerung des betreffenden Investmentfonds steht nunmehr § 24 entgegen (vgl. *Niedrig in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 24 Rz. 9 [9/2018]; *Hartmann in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 24 Rz. 16, 22 [3/2021]; *Enders/Lebioda in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 24 Rz. 20).
- ▶ *Ausnahme*: Unter teleologischen Aspekten sollte hiervon allerdings dann eine Ausnahme zu machen sein, wenn ein Investmentfonds, der bislang weder in Deutschland investiert hat noch deutsche Anleger hatte, in Deutschland investiert oder deutsche Anleger aufnimmt, dh. erstmals in den räumlichen Anwendungsbereich des InvStG fällt. Bis zu diesem Zeitpunkt hat er nicht der Besteuerung nach Kapitel 2 unterlegen. Sofern er zu diesem Zeitpunkt die Voraussetzungen für einen Spezial-Investmentfonds erfüllt, sollten auch die Besteuerungsregeln des Kapitels 3 Anwendung finden (glA *Hartmann in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 24 Rz. 14 [3/2021]; *Enders/Lebioda in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 24 Rz. 19).

Rechtsfolge: Die Besteuerungsregeln für Spezial-Investmentfonds sind nicht anwendbar, obwohl der betreffende Investmentfonds die Voraussetzungen für einen Spezial-Investmentfonds erfüllt. § 24 durchbricht damit § 25.

Kapitel 3 Spezial-Investmentfonds (§§ 25–52)

Abschnitt 1 Voraussetzungen und Besteuerung eines Spezial-Investmentfonds (§§ 25–33)

§ 25 Getrennte Besteuerungsregelungen

idF des InvStG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731)

Die Vorschriften des Kapitels 2 sind auf Spezial-Investmentfonds und deren Anleger nicht anzuwenden, es sei denn, in Kapitel 3 werden abweichende Bestimmungen getroffen.

Autor: Ronald *Buge*, Rechtsanwalt, POELLATH, Berlin

Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 25	1	zial-Investmentfonds-Besteuerung	5
B. Erläuterungen zu § 25: Grundsätzliche Exklusivität der Spe-			

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 25

1

Grundinformation: § 25 regelt, dass Spezial-Investmentfonds den Regelungen des Kapitels 3 unterliegen und die Regelungen zu einfachen Investmentfonds (Kapitel 2) nur anwendbar sind, wenn dies ausdrücklich angeordnet wird.

Rechtswentwicklung: Die Vorschrift ist neu und hat keinen Vorgänger im InvStG aF.

Bedeutung: Die Vorschrift grenzt die Besteuerungssysteme für einfache Investmentfonds und Spezial-Investmentfonds voneinander ab. Das Besteuerungssystem für Spezial-Investmentfonds steht eigenständig neben demjenigen für einfache Investmentfonds. Regelungen für einfache Investmentfonds gelten nur dann für Spezial-Investmentfonds, wenn und soweit sie durch eine Vorschrift des Kapitels 3 ausdrücklich für anwendbar erklärt wurden.

Verhältnis zu anderen Vorschriften:

- ▶ *Verhältnis zu den Vorschriften des Kapitels 1 (§§ 1–5a):* Die allgemeinen Vorschriften des Kapitels 1 gelten uneingeschränkt auch für Spezial-Investmentfonds. Dies gilt namentlich für die Begriffsbestimmungen in § 2.
- ▶ *Verhältnis zu den Vorschriften des Kapitels 2 (§§ 6–15):* Die Vorschriften des Kapitels 3 stellen kein *lex specialis* zu den Vorschriften des Kapitels 2 dar. Beide

Besteuerungssysteme stehen eigenständig nebeneinander. Umgekehrt gelten die Vorschriften des Kapitels 2 nicht subsidiär zu den Vorschriften des Kapitels 3. Sie können daher auch nicht zur Lückenfüllung herangezogen werden.

- ▶ *Verhältnis insbesondere zu § 24:* § 24 stellt in gewisser Weise das Gegenstück zu § 25 für einfache Investmentfonds dar, ergänzt aber zugleich auch § 25. § 25 hat Bedeutung für das Tatbestandsmerkmal „unterlegen haben“ in § 24 (s. § 24 Anm. 1). Umgekehrt durchbricht § 24 die Rechtsfolge des § 25, indem er trotz Vorliegens der Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds ausschließlich die Vorschriften des Kapitels 2 für anwendbar erklärt. § 24 ist daher uE systematisch falsch verortet (s. § 24 Anm. 1).
- ▶ *Verhältnis zu § 53:* Gemäß § 53 Abs. 1 Nr. 2 müssen Altersvorsorgevermögensfonds die Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds erfüllen; gem. § 53 Abs. 3 Sätze 1 und 2 sind die Vorschriften des Kapitels 3 entsprechend auf Altersvorsorgevermögensfonds und deren Anleger anzuwenden.

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich:* § 25 gilt für in- und ausländ. Spezial-Investmentfonds sowie gem. § 53 für Altersvorsorgevermögensfonds und deren Anleger.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* Wie das gesamte neugefasste InvStG gilt § 25 ab dem 1.1.2018 (Art. 11 Abs. 3 InvStRefG).

2–4 Einstweilen frei.

5 B. Erläuterungen zu § 25: Grundsätzliche Exklusivität der Spezial-Investmentfonds-Besteuerung

Weiterführung der bisherigen Investmentfondsbesteuerung: In Kapitel 3 wird für Spezial-Investmentfonds und ihre Anleger das bisherige semi-transparente Besteuerungssystem für Investmentfonds gem. § 1 Abs. 1b InvStG aF fortgeführt. Allerdings werden die bisherigen Vorgaben aus §§ 15, 16 InvStG aF für Spezial-Investmentfonds in die Bestimmungen des Kapitels 3 integriert. Publikumsfonds ist damit der Zugang zum Besteuerungssystem für Spezial-Investmentfonds verwehrt. Generell zeigen die Regelungen des Kapitels 3, namentlich die in §§ 26 bis 28 niedergelegten Voraussetzungen, dass der Gesetzgeber den Spezial-Investmentfonds eher skeptisch gegenübersteht und dieses Besteuerungssystem nur in solchen Ausnahmefällen anwendbar sein soll, in denen sich ein Investmentfonds bewusst dafür entschieden hat.

Weiterentwicklung: Das bisherige semi-transparente Besteuerungssystem wird jedoch nicht unverändert übernommen, sondern weiterentwickelt. So wird der Spezial-Investmentfonds zunächst wie ein einfacher Investmentfonds behandelt und ist namentlich mit den Einkünften gem. § 6 Abs. 2 stpfl. (§ 29 Abs. 1). Erst durch die Ausübung der sog. Transparenzoption (§§ 30, 31) sowie durch den StAbzug gem. § 33 iVm. § 50 wird er im Erg. stbefreit. Die Besteuerung inländ. Beteiligungseinkommen wurde vollkommen neu geregelt. Ferner wurden auch einige Zweifelsfragen des bisherigen Rechts geregelt (zB wird in § 47 Abs. 1 Satz 2 gegenüber § 4 Abs. 2 Satz 6 InvStG aF die bisherige Auffassung der FinVerw. aus BMF v. 18.8.2009 – IV C 1 - S 1980 - 1/08/10019, 2009/0539738, BStBl. I 2009, 931, Rz. 77c bzgl. ausschüttungsgleichen Erträgen gesetzlich verankert; s. auch § 47 Anm. 5).

Aufbau: Die Regelungen des Kapitels 3 sind ähnlich aufgebaut wie die des Kapitels 2.

- ▶ *Kapitel 3 Abschnitt 1 (§§ 25–33)* befasst sich zunächst mit der Ebene des Spezial-Investmentfonds. Allerdings haben §§ 26–28, die die Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds regeln, keine Entsprechung im Recht der einfachen Investmentfonds. Man hätte diese Vorschriften systematisch auch in einen eignen Abschnitt ausgliedern können.
- ▶ *Kapitel 3 Abschnitt 2 (§§ 34–51)* regelt sodann die Besteuerung auf Ebene des Anlegers eines Spezial-Investmentfonds.
- ▶ *Kapitel 3 Abschnitt 3 (§ 52)* gehört systematisch eigentlich in Abschnitt 1 hinter § 28.
- ▶ *Die Regelungen über die Verschmelzung von Spezial-Investmentfonds* sind – anders als bei den einfachen Investmentfonds – nicht in einem anderen Abschnitt des Kapitels 3 geregelt, sondern finden sich in einem eigenständigen Abschnitt 5 (§ 54) zusammen mit den Vorschriften über die Verschmelzung von Altersvorsorgevermögensfonds.

Rechtsfolge des § 25:

- ▶ *Zwingende Regelung:* Die Regelungen des Kapitels 3 sind zwingend auf Spezial-Investmentfonds anzuwenden. Der Wortlaut ist insoweit eindeutig. Sofern ein Investmentfonds die Voraussetzungen der §§ 26–28 erfüllt, unterliegt er zwingend den §§ 29–33 und auf Ebene seiner Anleger sind zwingend die §§ 34–51 anzuwenden. Die Vorschriften des Kapitels 2 dürfen weder der Spezial-Investmentfonds noch seine Anleger anwenden. Ein Wahlrecht besteht insoweit nicht (s. dazu § 24 Anm. 5).
- ▶ *Die Vorschriften des Kapitels 2* dürfen nur kraft ausdrücklicher Regelung angewendet werden. Im Einzelnen handelt es sich um folgende Fälle:
 - §§ 6 und 7 sind gem. § 29 Abs. 1 auf Spezial-Investmentfonds anwendbar (s. § 29 Anm. 4).
 - Ein Spezial-Investmentfonds setzt voraus, dass ein Investmentfonds iSv. § 1 vorliegt und die Voraussetzungen für eine GewStBefreiung gem. § 15 Abs. 2 und 3 erfüllt sind (s. § 26 Anm. 5).
 - Ausschüttungen eines Spezial-Investmentfonds werden nur unter den Voraussetzungen von § 16 Abs. 4 nach einem DBA freigestellt (§ 34 Abs. 3 Satz 2, s. § 34 Anm. 15).
 - § 20 ist auf ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge anzuwenden, soweit diese Investmenterträge aus Aktien-, Misch-, Immobilien- oder Auslands-Immobilienfonds enthalten (§ 43 Abs. 3, s. § 43 Anm. 15). Ferner erfasst der Fonds-Teilfrestellungsgewinn Erträge und Wertveränderungen, soweit auf diese § 20 anzuwenden ist (§ 48 Abs. 6, s. § 48 Anm. 30).
 - § 21 ist entsprechend auf BVMinderungen, BA, Veräußerungskosten oder WK anzuwenden, die mit Erträgen in Zusammenhang stehen, die ganz oder teilweise von der Besteuerung freizustellen sind (s. § 44 Anm. 5).

§ 26 Anlagebestimmungen

idF des InvStG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731), zuletzt geändert durch FoStoG v. 3.6.2021 (BGBl. I 2021, 1498; BStBl. I 2021, 803)

Ein Spezial-Investmentfonds ist ein Investmentfonds, der die Voraussetzungen für eine Gewerbesteuerbefreiung nach § 15 Absatz 2 und 3 erfüllt und in der Anlagepraxis nicht wesentlich gegen die nachfolgenden weiteren Voraussetzungen (Anlagebestimmungen) verstößt:

1. ¹Der Investmentfonds oder dessen Verwalter ist in seinem Sitzstaat einer Aufsicht über Vermögen zur gemeinschaftlichen Kapitalanlage unterstellt.
²Diese Bestimmung gilt für Investmentfonds, die nach § 2 Absatz 3 des Kapitalanlagegesetzbuchs von AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaften verwaltet werden, als erfüllt.
2. Die Anleger können mindestens einmal pro Jahr das Recht zur Rückgabe oder Kündigung ihrer Anteile, Aktien oder Beteiligung ausüben.
3. ¹Das Vermögen wird nach dem Grundsatz der Risikomischung angelegt.
²Eine Risikomischung liegt regelmäßig vor, wenn das Vermögen in mehr als drei Vermögensgegenstände mit unterschiedlichen Anlagerisiken angelegt ist.
³Der Grundsatz der Risikomischung gilt als gewahrt, wenn der Investmentfonds in nicht nur unerheblichem Umfang Anteile an einem oder mehreren anderen Investmentfonds hält und diese anderen Investmentfonds unmittelbar oder mittelbar nach dem Grundsatz der Risikomischung angelegt sind.
4. Das Vermögen wird zu mindestens 90 Prozent des Wertes des Investmentfonds in die folgenden Vermögensgegenstände angelegt:
 - a) Wertpapiere im Sinne des § 193 des Kapitalanlagegesetzbuchs und sonstige Anlageinstrumente im Sinne des § 198 des Kapitalanlagegesetzbuchs,
 - b) Geldmarktinstrumente,
 - c) Derivate,
 - d) Bankguthaben,
 - e) Grundstücke, grundstücksgleiche Rechte und vergleichbare Rechte nach dem Recht anderer Staaten,
 - f) Beteiligungen an Immobilien-Gesellschaften nach § 1 Absatz 19 Nummer 22 des Kapitalanlagegesetzbuchs,
 - g) Betriebsvorrichtungen und andere Bewirtschaftungsgegenstände nach § 231 Absatz 3 des Kapitalanlagegesetzbuchs,
 - h) Investmentanteile an inländischen und ausländischen Organismen für gemeinsame Kapitalanlagen in Wertpapieren sowie an inländischen und ausländischen Investmentfonds, die die Voraussetzungen der Nummern 1 bis 7 erfüllen,
 - i) Spezial-Investmentanteile,
 - j) Beteiligungen an ÖPP-Projektgesellschaften nach § 1 Absatz 19 Nummer 28 des Kapitalanlagegesetzbuchs und an Infrastruktur-Projektgesellschaften nach § 1 Absatz 19 Nummer 23a des Kapitalanlagegesetzbuchs, wenn der Verkehrswert dieser Beteiligungen ermittelt werden kann,
 - h) Edelmetalle,

- l) unverbriefte Darlehensforderungen,
 - m) Beteiligungen an Kapitalgesellschaften, wenn der Verkehrswert dieser Beteiligungen ermittelt werden kann,
 - n) Kryptowerte im Sinne von § 1 Absatz 11 Satz 4 des Kreditwesengesetzes, wenn deren Verkehrswert ermittelt werden kann und es sich nicht um Wertpapiere im Sinne des § 193 des Kapitalanlagegesetzbuchs handelt.
5. ¹Höchstens 20 Prozent des Wertes des Investmentfonds werden in Beteiligungen an Kapitalgesellschaften investiert, die weder zum Handel an einer Börse zugelassen noch in einem anderen organisierten Markt zugelassen oder in diesen einbezogen sind. ²Investmentfonds, die nach ihren Anlagebedingungen das bei ihnen angelegte Geld in Immobilien, Immobilien-Gesellschaften oder in Infrastruktur-Projektgesellschaften anlegen, dürfen bis zu 100 Prozent ihres Wertes in Beteiligungen an Kapitalgesellschaften investieren, die die Voraussetzungen von Immobilien-Gesellschaften oder Infrastruktur-Projektgesellschaften erfüllen. ³Innerhalb der Grenzen des Satzes 1 dürfen auch Unternehmensbeteiligungen gehalten werden, die vor dem 28. November 2013 erworben wurden. ⁴ Höchstens 20 Prozent des Wertes des Investmentfonds werden in Kryptowerte im Sinne von Nummer 4 Buchstabe n investiert.
6. ¹Die Höhe der unmittelbaren Beteiligung oder der mittelbaren Beteiligung über eine Personengesellschaft an einer Kapitalgesellschaft liegt unter 10 Prozent des Kapitals der Kapitalgesellschaft. ²Dies gilt nicht für Beteiligungen eines Investmentfonds an
- a) Immobilien-Gesellschaften,
 - b) ÖPP-Projektgesellschaften und
 - c) Gesellschaften, deren Unternehmensgegenstand auf die Erzeugung erneuerbarer Energien nach § 5 Nummer 14 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes gerichtet ist.
7. ¹Ein Kredit darf nur kurzfristig und nur bis zu einer Höhe von 30 Prozent des Wertes des Investmentfonds aufgenommen werden. ²Investmentfonds, die nach den Anlagebedingungen das bei ihnen eingelegte Geld in Immobilien anlegen, dürfen kurzfristige Kredite bis zu einer Höhe von 30 Prozent des Wertes des Investmentfonds und im Übrigen Kredite bis zu einer Höhe von 60 Prozent des Verkehrswertes der unmittelbar oder mittelbar gehaltenen Immobilien aufnehmen.
8. ¹An dem Investmentfonds dürfen sich unmittelbar und mittelbar über Personengesellschaften insgesamt nicht mehr als 100 Anleger beteiligen. ²Natürliche Personen dürfen nur beteiligt sein, wenn
- a) die natürlichen Personen ihre Spezial-Investmentanteile im Betriebsvermögen halten,
 - b) die Beteiligung natürlicher Personen aufgrund aufsichtsrechtlicher Regelungen erforderlich ist oder
 - c) die mittelbare Beteiligung von natürlichen Personen an einem Spezial-Investmentfonds vor dem 9. Juni 2016 erworben wurde.
- ³Der Bestandsschutz nach Satz 2 Buchstabe c ist bei Beteiligungen, die ab dem 24. Februar 2016 erworben wurden, bis zum 1. Januar 2020 und bei Beteiligungen, die vor dem 24. Februar 2016 erworben wurden, bis

zum 1. Januar 2030 anzuwenden. ⁴Der Bestandsschutz nach Satz 2 Buchstabe c ist auch auf die Gesamtrechtsnachfolger von natürlichen Personen anzuwenden.

9. Der Spezial-Investmentfonds hat ein Sonderkündigungsrecht, wenn die zulässige Anlegerzahl überschritten wird oder Personen beteiligt sind, die nicht die Voraussetzungen der Nummer 8 Satz 2 erfüllen.
10. Die Anlagebestimmungen gehen aus den Anlagebedingungen hervor.

Autor: Ronald *Buge*, Rechtsanwalt, POELLATH, Berlin

Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 26	1	G. Erläuterungen zu Nr. 5: 20 %-Grenze für Beteiligungen an Kapitalgesellschaften	45
B. Erläuterungen zum Einleitungssatz: Merkmale eines Spezial-Investmentfonds	5	H. Erläuterungen zu Nr. 6: Emitentenbezogene 10 %-Grenze	50
C. Erläuterungen zu Nr. 1: Investimentaufsicht	10	I. Erläuterungen zu Nr. 7: Kreditaufnahme	55
D. Erläuterungen zu Nr. 2: Rückgaberecht	15	J. Erläuterungen zu Nr. 8: Anlegerbezogene Beschränkungen	60
E. Erläuterungen zu Nr. 3: Risikomischung	20	K. Erläuterungen zu Nr. 9: Sonderkündigungsrecht	65
F. Erläuterungen zu Nr. 4: Zulässige Vermögensgegenstände	25	L. Erläuterungen zu Nr. 10: Anlagebedingungen	70
		M. Keine eigenständige Rechtsfolge des § 26	75

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 26

1

Grundinformation: § 26 regelt die Voraussetzungen für einen Spezial-Investmentfonds.

Rechtentwicklung: § 26 beruht weitgehend auf § 1 Abs. 1b InvStG aF. Mit dieser Vorschrift sollte ihrerseits der bis 2013 geltende Begriff des Investmentvermögens iSv. § 1 Satz 2 InvG aF für stl. Zwecke perpetuiert werden (vgl. amtliche Begr. zum AIFM-StAnpG in BTDrucks. 18/68, 35). Es kann daher zur Auslegung von § 26 auch auf Verwaltungsanweisungen und Literatur zum InvStG aF sowie zum InvG aF zurückgegriffen werden (vgl. auch *Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 26 InvStG 2018 Rz. 6). Die Beschränkung auf maximal 100 Anleger in Nr. 8 Satz 1 geht auf § 15 Abs. 1 Satz 1 InvStG aF und § 16 Satz 1 InvStG aF zurück. Die ausdrückliche Erwähnung von PersGes. in Nr. 8 Satz 1 ist ohne Vorbild im bisherigen Recht. Abweichend von § 15 Abs. 1 Satz 1 InvStG aF und § 16 Satz 1 InvStG aF ist gem. Nr. 8 Sätze 2 ff. nunmehr die Beteiligung von natürlichen Personen unter bestimmten Voraussetzungen möglich.

- ▶ „JStG 2018“ v. 11.12.2018 (BGBl. I 2018, 2338; BStBl. I 2018, 1377): Der Schwellenwert in Nr. 5 Satz 2 wurde an den ebenfalls mit diesem Gesetz geänderten Schwellenwert in der Definition des Immobilienfonds in § 2 Abs. 9 (s. dazu § 2 Anm. 20f.) angepasst.
- ▶ FoStoG v. 3.6.2021 (BGBl. I 2021, 1498; BStBl. I 2021, 803): Mit dem FoStoG wurden im KAGB ua. Infrastruktur-Sondervermögen als eine Form offener inländischer Publikums-AIF eingeführt (vgl. §§ 260a ff. KAGB). Für diese sowie für offene inländische Spezial-AIF mit festen Anlagebedingungen (§ 284 KAGB) wurden die – ebenfalls mit dem FoStoG eingeführten – Infrastruktur-Projektgesellschaften (§ 1 Abs. 9 Nr. 23a KAGB) zulässige Anlagegegenstände (§ 260b Abs. 1 Nr. 1 KAGB bzw. § 284 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. h KAGB). Ferner wurden mit dem FoStoG Kryptowerte iSv. § 1 Abs. 11 Satz 4 KWG für offene inländische Spezial-AIF mit festen Anlagebedingungen als Anlagegegenstände zugelassen (vgl. § 284 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. j KAGB). Mit der Aufnahme in den Katalog zulässiger Vermögensgegenstände in Nr. 4 Buchst. j und n wurden diese Änderungen stl. nachvollzogen. Daneben wurden Infrastruktur-Projektgesellschaften von der 20 %-Grenze in Nr. 5 Satz 1 ausgenommen (vgl. Nr. 5 Satz 2), während für Kryptowerte eine eigene 20 %-Grenze in Nr. 5 Satz 4 eingeführt wurde, die sich ebenfalls aufsichtsrechtliche Vorgaben stl. nachvollzieht (vgl. § 284 Abs. 2 Nr. 3 KAGB). Schließlich wurde auch die Grenze für eine maximal zulässige Kreditaufnahme zur Finanzierung von Immobilien in Nr. 7 Satz 2 an die aufsichtsrechtlichen Änderungen durch das FoStoG (vgl. § 284 Abs. 4 Satz 3 KAGB) angepasst.

Bedeutung:

- ▶ *Anwendungsbereich der Spezial-Investmentfondsbesteuerung:* § 26 stellt die zentrale Vorschrift für Spezial-Investmentfonds dar und umreißt damit den Anwendungsbereich der Vorschriften über die Spezial-Investmentfondsbesteuerung.
- ▶ *Wahlrecht:* § 26 gewährt letztlich ein (nur faktisches) Wahlrecht (s. § 24 Anm. 5), durch spezifische Ausgestaltung der Anlagebedingungen die Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds gezielt herbeizuführen oder zu vermeiden. Allerdings kann dieses Wahlrecht nur bei Neuauflegung eines Investmentfonds ausgeübt werden, weil ein nachträglicher Wechsel in das Besteuerungssystem des Kapitels 3 nicht zulässig ist (vgl. § 24). Liegen die Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds vor, besteht hingegen kein Wahlrecht mehr. Der Spezial-Investmentfonds muss dann zwingend die Besteuerungsregeln des Kapitels 3 anwenden (vgl. § 24 Anm. 5, § 25 Anm. 5).

Verhältnis zu anderen Vorschriften:

- ▶ *Verhältnis zu § 2:* Nach § 2 Abs. 16 gelten optierende PersGes. iSv. § 1a KStG für Zwecke von § 26 nicht als KapGes. Sie sind also insbesondere für Zwecke von Nr. 4 Buchst. m., Nr. 5, Nr. 6 und Nr. 8 nicht als KapGes. anzusehen.
- ▶ *Verhältnis zu § 5:* Nach § 5 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ist eine Überprüfung der stl. Verhältnisse zur Ermittlung der Voraussetzungen für eine Besteuerung als Spezial-Investmentfonds, dh. insbes. der Vorgaben von § 26, zulässig.
- ▶ *Verhältnis zu § 27:* § 27 regelt, dass inländ. Spezial-Investmentfonds nur in bestimmten Rechtsformen gebildet werden können und ergänzt somit die Vorgaben von § 26 in dieser Hinsicht.

- ▶ *Verhältnis zu § 28:* § 28 Abs. 1 enthält eine Nr. 8 Satz 1 ergänzende Vorschrift über die Beteiligung von PersGes. § 28 Abs. 2 bestimmt die Führung des Anteilsregisters sowohl für unmittelbar als auch mittelbar über PersGes. gehaltene Spezial-Investmentanteile. § 28 Abs. 3 ergänzt Nr. 9 und regelt Pflichten für den Fall, dass die Vorgaben von Nr. 8 nicht mehr eingehalten werden (können).
- ▶ *Verhältnis zu § 29 Abs. 3:* § 29 Abs. 3 regelt den Ausschluss von DBA-Schachtelprivilegien und anderen Regelungen, die eine Beteiligung von mindestens 10 % an einer KapGes. voraussetzen, wenn die 10 %-Grenze gem. Nr. 6 überschritten wird.
- ▶ *Verhältnis zu § 29 Abs. 4:* § 29 Abs. 4 ist die Folge der Vorgabe von § 26, dass die Voraussetzungen von § 15 Abs. 2 und 3 eingehalten werden müssen.
- ▶ *Verhältnis zu § 52:* § 52 greift zum einen das Tatbestandsmerkmal „nicht wesentlich ... verstößt“ auf und regelt die Rechtsfolgen von Verstößen gegen die Vorgaben von § 26. Es ist nicht recht nachvollziehbar, warum § 52 systematisch nicht nach § 28, sondern in einem eigenen Abschnitt am Ende des Kapitels 3 platziert wurde.
- ▶ *Verhältnis zu § 53:* Altersvorsorgevermögensfonds müssen ebenfalls die Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds erfüllen (§ 53 Abs. 1 Nr. 2).
- ▶ *Verhältnis zum KAGB:* Während der aufsichtsrechtl. und der stl. Begriff des Spezial-Investmentvermögens zunächst nach § 2 Abs. 3 und Abs. 5 Satz 2 InvG aF und §§ 15, 16 InvStG aF identisch waren, ergab sich mit dem Wegfall der 100-Anleger-Grenze für aufsichtsrechtl. Zwecke durch das InvÄndG ein erstes Auseinanderfallen der aufsichtsrechtl. und der stl. Begrifflichkeiten. Denn die 100-Anleger-Grenze wurde mit dem JStG 2008, mit dem das InvÄndG stl. umgesetzt wurde, ausschließlich für stl. Zwecke in §§ 15, 16 InvStG aF verankert. Mit der Umsetzung der AIFM-Richtlinie fielen die Begriffe dann vollständig auseinander. § 1 Abs. 4 Satz 1 KAGB bestimmt seither, dass Spezial-AIF solche AIF sind, deren Anteile nur an professionelle und semiprofessionelle Anleger vertrieben werden dürfen. §§ 15, 16 InvStG idF des AIFM-StAnpG hielten gleichwohl an der überkommenen Begrifflichkeit des InvG idF vor den Änderungen durch das InvÄndG (max. 100 Anleger, die keine natürlichen Personen sind) fest. Das InvStG 2018 hält ebenfalls noch an der 100-Anleger-Grenze fest, lässt im Übrigen aber unter bestimmten Voraussetzungen die Beteiligung von natürlichen Personen zu (vgl. Nr. 8 Sätze 2 ff., Anm. 60). Dies ändert jedoch nichts daran, dass ein Spezial-AIF (einschließlich der Spezial-AIF mit festen Anlagebedingungen gem. § 284 KAGB) oder – allgemeiner gesprochen – jedes Investmentvermögen iSd. KAGB, das in den Anwendungsbereich des InvStG 2018 fällt, unabhängig von und zusätzlich zu etwaigen zusätzlichen aufsichtsrechtl. Vorgaben die Anforderungen des § 26 erfüllen muss, um für stl. Zwecke als Spezial-Investmentfonds angesehen werden zu können (*Helios/Mann*, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 18; vgl. auch *Jetter/Mager* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 5 [6/2019]).

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich:* § 26 gilt für in- und ausländ. Spezial-Investmentfonds sowie gem. § 53 für Altersvorsorgevermögensfonds.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* Wie das gesamte neugefasste InvStG gilt § 26 ab dem 1.1.2018 (Art. 11 Abs. 3 InvStRefG).

- ▷ „JStG 2018“: Die mit dem „JStG 2018“ v. 11.12.2018 (BGBl. I 2018, 2338; BStBl. I 2018, 1377) geänderten Vorschriften sind grds. auf Investorsträger anzuwenden, die nach dem 10.8.2018 – zu diesem Zeitpunkt leitete die BReg. den Gesetzentwurf dem BRat zu – zufließen (§ 56 Abs. 1 Satz 5). Hierin liegt eine verfassungsrechtl. zulässige sog. unechte Rückwirkung (so BTDrucks. 19/4455, 68f.; § 56 Anm. 1). Unseres Erachtens kann dies nicht auf Spezial-Investorsträger übertragen werden. Die mit der Regelung des § 56 Abs. 1 Satz 5 verbundene Rückwirkung gebietet eine restriktive Auslegung. Die Änderungen in Nr. 5 Satz 2 sind daher entsprechend der allgemeinen Inkrafttretensregel in Art. 20 Abs. 1 des „JStG 2018“ ab dem Tag nach der Verkündung, das war der 15.12.2018, anzuwenden (glA Wenzel in *Blümich*, § 26 InvStG 2018 Rz. 5 [11/2019]). Zwar sieht § 56 Abs. 1a für vor dem 1.1.2019 aufgelegte Aktien-, Misch- und Immobilienfonds iSv. § 2 Abs. 6, 7, 9 vor, dass deren Anlagebedingungen auch dann den Vorgaben der mit dem „JStG 2018“ geänderten § 2 Abs. 6, 7, 9 genügen, wenn sie die Voraussetzungen von § 2 Abs. 6, 7, 9 aF erfüllen. Hiermit soll vermieden werden, dass Investmentfonds, die ihre Anlagebedingungen bereits an die Vorgaben des InvStG idF des InvStRefG angepasst haben, ihre Anlagebedingungen nochmals anpassen müssen (BTDrucks. 19/5595, 82; s. § 56 Anm. 1). Unseres Erachtens kann auch diese Vorschrift – obwohl sie in der amtlichen Begr. als „Klarstellung“ bezeichnet wird (vgl. BTDrucks. 19/5595, 82) – nicht erweiternd auf Spezial-Investmentfonds ausgedehnt werden. Demzufolge müssten Spezial-Investmentfonds, auch wenn sie vor dem 1.1.2019 aufgelegt wurden, ihre Anlagebedingungen bis zum 15.12.2018 an die geänderte Rechtslage anpassen. Die FinVerw. gewährt allerdings eine großzügige Übergangsregelung, so dass diese Problematik im Erg. nicht relevant werden sollte (s. Anm. 45).
- ▷ *FoStoG*: Die mit dem *FoStoG* geänderten Vorschriften sind ab dem 2.8.2021 anzuwenden (§ 57 Abs. 4). Zu diesem Zeitpunkt war die RL (EU) 2019/1160, die mit dem *FoStoG* umgesetzt werden sollte, umzusetzen. Auch die Vorschriften, die nicht unmittelbar der Umsetzung dieser Richtlinie dienen, sollten – mit wenigen Ausnahmen (vgl. Art. 19 Abs. 1–4 *FoStoG*) – ebenfalls zu diesem Zeitpunkt in Kraft treten (vgl. Art. 19 Abs. 5 *FoStoG* sowie BTDrucks. 19/27631, 86, 117). Allerdings nimmt § 57 Abs. 4 nur diejenigen Vorschriften in Bezug, die im RegE des *FoStoG* enthalten waren (Änderungen in Nr. 4 Buchst. j, Nr. 5 Satz 2 und Nr. 7 Satz 2). Die Kryptowerte betreffenden Änderungen (Nr. 4 Buchst. n, Nr. 5 Satz 4) wurden erst durch den FinAussch. eingefügt, der aber offenbar die erforderliche Folgeänderung in § 57 Abs. 4 für entbehrlich gehalten hat (vgl. dazu BTDrucks. 19/28868, 148). Gleichwohl sollten diese Änderungen aufgrund der allgemeinen Inkrafttretensregel in Art. 19 Abs. 5 *FoStoG* uE ebenfalls ab dem 2.8.2021 anzuwenden sein.

2–4 Einstweilen frei.

5 B. Erläuterungen zum Einleitungssatz: Merkmale eines Spezial-Investmentfonds

Investmentfonds: Spezial-Investmentfonds müssen zunächst Investmentfonds iSv. § 1 Abs. 2, 3 sein, also in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen. Ausländi-

sche PersGes. können daher nur Spezial-Investmentfonds sein, wenn sie auch OGAW sind (§ 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2). Teilfonds sind auch für Zwecke von § 26 getrennt zu betrachten (§ 1 Abs. 4), dh., es kann zB nur ein Teilfonds eines Umbrellafonds als Spezial-Investmentfonds qualifizieren, während andere Teilfonds desselben Umbrellafonds Investmentfonds iSd. Kapitels 2 sind.

Gewerbesteuerbefreiung: Die Voraussetzungen von § 15 Abs. 2 und 3 müssen eingehalten werden (s. dazu im Einzelnen § 15 Anm. 1 ff.). Im Erg. entspricht das dem bisherigen Recht in § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 3 InvStG aF. § 26 stellt nur einen Rechtsgrundverweis dar (BTDrucks. 18/8045, 94), verweist jedoch nicht auf die Rechtsfolgen des § 15. Die GewStBefreiung ergibt sich vielmehr eigenständig aus § 29 Abs. 4. Diese Vorschrift knüpft jedoch nicht an das Vorliegen der Voraussetzungen von § 15 Abs. 2 und 3, sondern an den Status als Spezial-Investmentfonds an. Verstöße gegen § 15 Abs. 2 und 3 führen daher uE nicht zur GewStPflicht des Spezial-Investmentfonds, sondern sind im Rahmen von § 52 zu würdigen (s. auch § 29 Anm. 20; glA *Bödecker in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 26 Rz. 23 [3/2021]). Allerdings ist die Bagatellgrenze des § 15 Abs. 3 auch im Rahmen von § 26 zu beachten (s. zur Bagatellgrenze § 15 Anm. 15). Die FinVerw. beanstandet darüber hinaus geringfügige Überschreitungen der Bagatellgrenze nicht (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.2).

Kein wesentlicher Verstoß gegen Anlagebestimmungen: Dieses Tatbestandsmerkmal war in § 1 Abs. 1b InvStG aF nicht enthalten, sondern nur in den entsprechenden Sanktionsvorschriften (§ 1 Abs. 1d und § 15 Abs. 3 Satz 1, ggf. iVm. § 16 Satz 8 InvStG aF). Dieses Merkmal erlangt uE im Rahmen des § 26 auch keine eigenständige Bedeutung. Es wird vielmehr in § 52 Abs. 1 Satz 1 aufgegriffen. Dort sind auch die Rechtsfolgen eines wesentlichen Verstoßes geregelt (s. Erläuterungen zu § 52).

Einstweilen frei.

6–9

C. Erläuterungen zu Nr. 1: Investmentaufsicht

10

Investmentaufsicht: Das Erfordernis einer Aufsicht über Vermögen zur gemeinschaftlichen Kapitalanlage geht auf § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 1 InvStG aF zurück, der seinerseits das gleich lautende Merkmal in § 2 Abs. 9 InvG aF aufgreift.

- ▶ *Begriff:* Nach überkommener, auf § 2 Abs. 9 InvG aF (und letztlich auch § 136 Abs. 1 Nr. 1 InvG aF) zurückgehender Auffassung ist eine Investmentaufsicht eine staatliche Aufsicht, die gerade (auch) dem Schutz der Investmentanleger dienen soll. Eine Investmentaufsicht ist somit namentlich dann anzunehmen, wenn vor der Auflegung die Bonität der Investmentgesellschaft, die Zuverlässigkeit und die fachliche Eignung der leitenden Personen (Zulassungsaufsicht) sowie nach der Auflegung die Beachtung der Vorgaben aus dem Gesetz oder den Vertragsbedingungen, der Satzung, den Anlagebedingungen oder vergleichbaren Bestimmungen zur Strukturierung des Portfolios (zB Anlagegrenzen) kontrolliert werden (laufende Überwachungsaufsicht). An einer Investmentaufsicht sollte es hingegen bei einer bloßen Registrierungspflicht im jeweiligen Sitzstaat oder dann fehlen, wenn aufsichtsrechtl. Handeln nur der Integrität und Funktionsfähigkeit des Marktes oder der Überprüfung stl. Voraussetzungen dienen soll. Gegebenenfalls müssen die betreffenden ausländ. Regelungen unter Berücksichtigung der Verwaltungspraxis in dem jeweiligen Land herangezogen werden.

Zur Rechtslage vor dem AIFM-StAnpG: Abschn. I.3 BaFin-Rundschreiben 14/2008 (WA) v. 22.12.2008 – WA 41 - Wp 2136 - 2008/0001; BMF v. 18.9.2009 – IV C 1 - S 1980 - 1/08/10019, 2009/0539738, BStBl. I 2009, 931, Rz. 5; ähnlich bereits BMF v. 2.6.2005 – IV C 1 - S 1980 - 1 - 87/05, BStBl. I 2005, 728, Rz. 6; *Köndgen in Berger/Steck/Lübbehüsen*, 2010, § 2 InvG Rz. 64.

Zur Rechtslage nach dem AIFM-StAnpG: *Wenzel in Blümich*, § 1 InvStG 2004 Rz. 32 (4/2017).

- ▶ *Unseres Erachtens* kann der bisherige Begriff grds. auch für Zwecke der Nr. 1 übernommen werden (glA *Bödecker in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 26 Rz. 41 [3/2021]). Dies scheint auch die FinVerw. so zu sehen. Allerdings scheint es aus Sicht der FinVerw. ausreichend, wenn entweder eine Zulassungsaufsicht oder eine laufende Überwachungsaufsicht vorliegt (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.7).
- ▶ *Bedeutung der AIFM-Richtlinie:* Der Begriff der Investmentaufsicht muss darüber hinaus aber auch im Licht der AIFM-Richtlinie gesehen werden. Diese sieht primär eine Regulierung der Manager und nicht der von diesen verwalteten AIF vor (vgl. Erwägungsgrund 10 der AIFM-Richtlinie), was auch im Gesetzeswortlaut Niederschlag gefunden hat (s. „Adressat der Investmentaufsicht“). Vor diesem Hintergrund können nicht nur Vorgaben zur Portfoliostruktur (Anlagegrenzen), sondern auch Vorgaben für die Manager zum Schutze der Anleger der von ihnen verwalteten AIF, wie sie sich aus der AIFM-Richtlinie ergeben, konstitutiv für eine Investmentaufsicht sein (glA BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.8). Namentlich unterliegen daher auch die bloß registrierten AIFM (Art. 3 Abs. 2 AIFM-Richtlinie, § 2 Abs. 4 KAGB) einer Investmentaufsicht, denn die Registrierung erlegt den registrierten AIFM gleichwohl Pflichten zum Schutz der Anleger auf und gibt den Aufsichtsbehörden Eingriffsbefugnisse, wenn diese Pflichten verletzt werden (vgl. Art. 3 Abs. 3 und 4, Art. 46 AIFM-Richtlinie; § 2 Abs. 4, §§ 42, 44 Abs. 1, 4 bis 9 KAGB; aA *Bödecker in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 26 Rz. 43 [3/2021]; *Jetter/Mager in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 34 [6/2019]; wohl auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.8). Darin liegt letztlich auch die in der amtlichen Gesetzesbegründung geforderte „mittelbare Produktaufsicht“ (vgl. BTDrucks. 18/8739, 99). Die Aufsicht nach dem KAGB sowie die Aufsicht über AIFM in den Mitgliedstaaten der EU stellt daher stets eine Investmentaufsicht iSv. Nr. 1 dar (glA *Bödecker in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 26 Rz. 43 [3/2021]; *Jetter/Mager in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 33 [6/2019]). Eine allgemeine Finanzmarktaufsicht, eine bloße Börsenaufsicht, aber auch eine allgemeine Gewerbeaufsicht reichen hingegen nach wie vor nicht für eine Investmentaufsicht aus (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.7).

Adressat der Investmentaufsicht kann entweder der Investmentfonds oder dessen Manager sein. Letzteres wurde erst mit dem AIFM-StAnpG eingeführt und stellt eine direkte Reaktion auf die AIFM-Richtlinie dar, die gerade nicht die AIF regulieren wollte (vgl. Erwägungsgrund 10 der AIFM-Richtlinie).

Sitzstaat: Die Investmentaufsicht muss in dem Sitzstaat des Investmentfonds bestehen. Unterliegt der Investmentfonds in seinem Sitzstaat keiner Aufsicht, würde er aber bei Vertrieb seiner Anteile in einem anderen Staat der dortigen Investmentaufsicht unterliegen, sind die Voraussetzungen von Nr. 1 gleichwohl nicht erfüllt.

Unterstellsein: Die Investmentaufsicht muss auf den Investmentfonds auch tatsächlich anwendbar sein, dh., der Investmentfonds muss von den betreffenden Regelungen seines Sitzstaats auch erfasst sein. Gewisse Erleichterungen in der Aufsicht dürften noch unschädlich sein. Liegt allerdings eine vollständige Befreiung von der Aufsicht vor, ist der Investmentfonds der Aufsicht nicht mehr „unterstellt“.

Konzerneigene AIF (Nr. 1 Satz 2) sind zwar vom Anwendungsbereich des KAGB ausgenommen (§ 2 Abs. 3 KAGB), fallen aber gleichwohl in den Anwendungsbereich des InvStG 2018 (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 3). Die fehlende Investmentaufsicht ist gem. Nr. 1 Satz 2 unschädlich, so dass konzerneigene AIF trotz Nicht-Beaufsichtigung Spezial-Investmentfonds bilden können.

Einstweilen frei.

11–14

D. Erläuterungen zu Nr. 2: Rückgaberecht

15

Rückgaberecht: Nr. 2 geht auf § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 2 Satz 1 InvStG aF zurück, der seinerseits das Erfordernis aus § 2 Abs. 9 InvG aF aufgegriffen hat. Während bei § 2 Abs. 9 InvG aF Rückgaberecht und Investmentaufsicht im Verhältnis der Alternativität standen, müssen sowohl nach § 1 Abs. 1b Satz 2 InvStG aF als auch nach § 26 beide Merkmale kumulativ vorliegen.

- ▶ *Begriff:* Mit dem Rückgaberecht ist das Recht eines Anlegers gemeint, seinen Anteil gegen Zahlung des Verkehrswerts zurückgeben oder anderweitig (durch Kündigung) aus dem Investmentfonds auszuschneiden (vgl. BTDrucks. 18/68, 40), wobei auch Sachwertauskehrungen zulässig sind. Markübliche Rücknahmeabschlüsse, Abzüge für Transaktionskosten etc. bleiben unberücksichtigt, wenn sie 15 % des Nettoinventarwerts nicht überschreiten (vgl. dazu Abschn.I.2 BaFin-Rundschreiben 14/2008 (WA) v. 22.12.2008 – WA 41 - Wp 2136 - 2008/0001; Bödecker in Bödecker/Ernst/Hartmann, BeckOK, § 26 Rz. 54 [3/2021]). Außerdem kann die Rückgabe über Rückkaufgesellschaften abgewickelt werden (vgl. dazu Abschn.I.2 BaFin-Rundschreiben 14/2008 (WA) v. 22.12.2008 – WA 41 - Wp 2136 - 2008/0001; Jetter/Mager in Beckmann/Scholtz/Vollmer, § 26 Rz. 44 [6/2019]).
- ▶ *Recht des Anlegers:* Es muss sich um ein Recht des Anlegers handeln. Steht die Annahme eines Rückgabebegehrens hingegen im freien Ermessen des Investmentvermögens oder dessen Verwalters, liegt kein Rückgaberecht iSv. Nr. 2 vor (BaFin v. 12.11.2009 – WA 41 - Wp 2136 - 2008/0001, 2009/0534438, Abschn. II Ziff. 13; Jetter/Mager in Beckmann/Scholtz/Vollmer, § 26 Rz. 41 [6/2019]). Ferner stellt ein Recht des Investmentfonds zum zwangsweisen Rückkauf, auch wenn er zum Nettoinventarwert erfolgt, kein Rückgaberecht iSv. Nr. 2 dar. Gleiches gilt, wenn der Investmentfonds berechtigt ist, freie Liquidität im Wege des Anteilsrückkaufs an seine Anleger auszuschütten.
- ▶ *Teilfonds/Anteilsklassen:* Bei Teilfonds ist für das Rückgaberecht auf den jeweiligen Teilfonds abzustellen, Anteilsklassen bleiben hingegen unberücksichtigt. Im Übrigen kommt es nicht auf Vereinbarungen mit einzelnen Anlegern an, sondern auf ein für die Mehrheit der Anteile geltendes Recht (Abschn.I.2 BaFin-Rundschreiben 14/2008 (WA) v. 22.12.2008 – WA 41 - Wp 2136 - 2008/0001). So genannte *Side Pockets*, dh. Anteile ohne Rückgaberecht, die im Zuge des Erwerbs illiquider Vermögensgegenstände ausgegeben werden und nach

Veräußerung dieser Vermögensgegenstände wieder in Anteile mit Rückgaberecht umgetauscht werden, sind uE hingegen unschädlich, sofern *Side Pockets* auf 30 % des Werts des Investmentfonds begrenzt sind.

Jährliche Ausübung: Das Rückgaberecht muss jährlich ausgeübt werden können (anders noch Abschn. I.2 BaFin-Rundschreiben 14/2008 (WA) v. 22.12.2008 – WA 41 - Wp 2136 - 2008/0001 zu § 2 Abs. 9 InvG aF: einmal innerhalb von zwei Jahren). Damit ist Spezial-Investmentfonds grds. auch der Erwerb illiquider Vermögensgegenstände möglich, bei denen ein tägliches Rückgaberecht nicht möglich ist.

- ▶ **Mindesthaltefristen** von mehr als einem Jahr sind nach dem Gesetzeswortlaut nicht mehr zulässig (anders noch Abschn. I.2 BaFin-Rundschreiben 14/2008 (WA) v. 22.12.2008 – WA 41 - Wp 2136 - 2008/0001 zu § 2 Abs. 9 InvG aF: keine zeitliche Beschränkung). Nach der amtlichen Begr. zum AIFM-StAnpG sollen allerdings gesetzl. vorgesehene Mindesthaltefristen von über einem Jahr unschädlich sein (BTDrucks. 18/68, 40; vgl. Bödecker in Bödecker/Ernst/Hartmann, BeckOK, § 26 Rz. 56 [3/2021]; weitergehend Wenzel in Blümich, § 26 InvStG 2018 Rz. 29 [11/2019]; Jetter/Mager in Beckmann/Scholtz/Vollmer, § 26 Rz. 45 [6/2019]).
- ▶ **Rückgabefristen**, dh. die Frist zwischen Rückgabeerklärung und Rückgabetermin, können uE auch länger als ein Jahr sein, sofern es mindestens einen Rückgabetermin im Jahr gibt. Anders dürfte dies bei einer Auszahlung erst nach Ablauf eines bestimmten Zeitraums nach der Rückgabe (häufig ebenfalls als Rückgabefrist bezeichnet) sein (aA wohl Wenzel in Blümich, § 26 InvStG 2018 Rz. 29 [11/2019]; ebenso Abschn. I.2 BaFin-Rundschreiben 14/2008 (WA) v. 22.12.2008 – WA 41 - Wp 2136 - 2008/0001, allerdings zu § 2 Abs. 9 InvG aF). Die Auszahlung sollte uE relativ zeitnah zur Rückgabe erfolgen, es sei denn, der Rücknahmepreis wird bei einem längeren Zeitraum marktüblich verzinst (wohl glA Jetter/Mager in Beckmann/Scholtz/Vollmer, § 26 Rz. 46 [6/2019]; teilweise aA Bödecker in Bödecker/Ernst/Hartmann, BeckOK, § 26 Rz. 57 [3/2021]).
- ▶ **Eine Aussetzung der Rücknahme** ist unschädlich, wenn außergewöhnliche Umstände iSv. § 98 Abs. 2 Satz 1 KAGB vorliegen, die eine Aussetzung unter Berücksichtigung der Interessen der Anleger erforderlich erscheinen lassen und wenn die Aussetzung nicht mehr als 36 Monate andauert. Gleiches gilt während der Abwicklungsphase eines Investmentfonds, wenn diese höchstens 60 Monate oder eine gesetzlich vorgeschriebene längere Frist andauert (BMF v. 23.10.2014 – IV C 1 - S 1980 - 1/13/10007:007 2014/0939400, DStR 2014, 2346, Rz. 1; glA BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.9ff. mit weiteren Vorgaben für die Liquidationsphase).

Eine Börsennotierung ist – anders als nach § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 2 Satz 2 InvStG aF – nicht mehr einem Rückgaberecht gleichgestellt. Aufgrund der Anforderungen an die Anleger (Nr. 8), dürfte die Börsennotierung von Spezial-Investmentfondsanteilen ohnehin kaum praktikabel sein (BTDrucks. 18/8045, 95).

16–19 Einstweilen frei.

20 E. Erläuterungen zu Nr. 3: Risikomischung

Die Anlage nach dem Grundsatz der Risikomischung war Wesensmerkmal des Investmentbegriffs in § 1 Satz 2 InvG aF, und war auch in § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 4

InvStG aF enthalten. Es handelt sich dabei um einen unbestimmten Rechtsbegriff (s. im Einzelnen *Köndgen* in *Berger/Steck/Lübbehüsen*, 2010, § 1 InvG Rz. 23 ff. mwN). Die Risikodiversifizierung muss objektiver Geschäftszweck des Investmentfonds sein und darf nicht nur zufällig herbeigeführt werden (vgl. Abschn. I.1.b BaFin-Rundschreiben 14/2008 (WA) v. 22.12.2008 – WA 41 - Wp 2136 - 2008/0001; glA *Jetter/Mager* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 57 [6/2019]; *Gottschling* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 85; aA *Bödecker* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 26 Rz. 81 [3/2021]).

Drei-Objekt-Grenze (Nr. 3 Satz 2): Während das InvG aF den Grundsatz der Risikomischung nicht weiter konkretisierte, greift Nr. 3 Satz 2 (wie zuvor schon § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 4 Satz 2 InvStG aF) die bisherige Verwaltungspraxis zum InvG aF auf, wonach eine Risikomischung regelmäßig vorliegt, wenn das Vermögen in mehr als drei Vermögensgegenstände mit unterschiedlichen Anlagerisiken angelegt ist (so bereits Abschn. I.1b BaFin-Rundschreiben 14/2008 (WA) v. 22.12.2008 – WA 41 - Wp 2136 - 2008/0001 zum InvG aF).

- ▶ **Regelvermutung:** Nr. 3 Satz 2 stellt aber nur eine Regelvermutung auf. Es muss gleichwohl stets eine quantitative und qualitative Risikomischung vorliegen. In Anlehnung an die Auffassung der BaFin zum bisherigen Recht dürfte es daran fehlen, wenn die Gesamtentwicklung des Fonds durch Preisbewegungen eines einzigen Vermögensgegenstands oder durch die Entwicklung eines einzelnen Anlagerisikos über Gebühr beeinflusst wird. Dies soll der Fall sein, wenn die Anlage in einen Vermögensgegenstand oder ein Anlagerisiko 50 bis 60 % des Werts des Fonds übersteigt (BaFin v. 28.7.2009 – WA 41 - Wp 2136 - 2008/0001, Abschn. IV; aA *Patzner/Kempf* in *Patzner/Döser/Kempf*, Investmentrecht, 3. Aufl. 2017, § 1 InvStG aF Rz. 66).

Beispiele (nach BaFin v. 28.7.2009 – WA 41 - Wp 2136 - 2008/0001, Abschn. IV):

Ein Investmentfonds ist zu 50 % in Daimler-Aktien, zu 49 % in Porsche-Aktien und zu jeweils 0,5 % in Deutsche Bank- und Commerzbank-Aktien investiert. Er hält damit formal Aktien von vier verschiedenen Emittenten. Die Wertentwicklung hängt aber letztlich nur von zwei Werten (Daimler und Porsche) ab, so dass keine Risikomischung vorliegt.

Ein Investmentfonds ist zu 30 % in physischem Gold und darüber hinaus ausschließlich in 1:1-Zertifikaten von mindestens drei unterschiedlichen Emittenten angelegt, die alle die Entwicklung des Goldpreises abbilden. Es werden zwar mehr als drei Vermögensgegenstände erworben, die jedoch alle das gleiche Anlagerisiko (Wertentwicklung des Goldpreises) abbilden, so dass ebenfalls keine Risikomischung vorliegt.

Bei OGAW geht die FinVerw. aber idR davon aus, dass diese risikogemischt sind (BMF v. 23.10.2014 – IV C 1 - S 1980 - 1/13/10007:007 2014/0939400, DStR 2014, 2346 Rz. 2; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.15).

- ▶ **Ausnahmen:** Unschädlich ist es, wenn in der Anfangs- oder Liquidationsphase die Risikomischung nicht eingehalten werden kann (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.16). Bei Immobilienfonds soll die Risikomischung in Anlehnung an § 244 KAGB innerhalb von vier Jahren vorliegen müssen, bei anderen Fonds innerhalb von sechs Monaten. War der Investmentfonds aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen an der Einhaltung des Grundsatzes der Risikomischung gehindert, kann in Ausnahmefällen auch eine substantiiert dargelegte Absicht ausreichen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.17f.). Unschädlich ist es ferner, wenn der Grundsatz der Risikomischung in bestimmten Sonderfällen (Rückgabe von mehr als 49 % der Anteile, Verschmelzung, grundlegende Änderung der Anlagestrategie, zB Umwandlung eines Rentenfonds in einen Aktienfonds)

während einer Übergangsphase nicht eingehalten, aber anschließend unverzüglich wieder hergestellt wird (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.16; vgl. zusammenfassend auch BMF v. 23.10.2014 – IV C 1 - S 1980 - 1/13/10007:007 2014/0939400, DStR 2014, 2346, Rz. 2).

Mittelbare Risikomischung (Nr. 3 Satz 3): Die Vorschrift geht auf § 2 Abs. 8 Satz 2 InvG aF zurück und war auch bereits in § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 4 InvStG aF enthalten. Sie ist nur von Bedeutung, wenn der Investmentfonds nicht bereits nach Satz 1 oder Satz 2 risikogemischt ist (*Gottschling in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 98).

- ▶ **Andere Vermögen:** Zwar spricht Nr. 3 Satz 3 von einem oder mehreren „anderen Investmentfonds“. Gleichwohl lässt die FinVerw. – ebenso wie bei § 2 Abs. 8 Satz 2 InvG aF und § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 4 Satz 3 InvStG aF – eine Durchschau auf die von Immobilien-Gesellschaften, Immobilien-Holdinggesellschaften, ÖPP-Projektgesellschaften und EEG-Gesellschaften (vgl. dazu auch Nr. 6 Satz 2 Buchst. c, Anm. 50) unmittelbar oder mittelbar gehaltenen Vermögensgegenstände zu (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.20; glA *Jetter/Mager in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 65 [6/2019]; *Gottschling in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 103ff.; vgl. zur bisherigen Rechtslage Abschn. I.1b BaFin-Rundschreiben 14/2008 (WA) v. 22.12.2008 – WA 41 - Wp 2136 - 2008/0001; BMF v. 18.8.2009 – IV C 1 - S 1980 - 1/08/10019, 2009/0539738, BStBl. I 2009, 931, Rz. 8). UE sollte dies auch für die mit dem FoStoG eingeführten Infrastruktur-Projektgesellschaften gelten. Damit dürften namentlich die im Immobilienbereich häufig anzutreffenden Master-Holdinggesellschaften auch weiterhin zulässig sein, sofern diese als Immobilien-Gesellschaften anzusehen sind (vgl. auch *Jetter/Mager in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 64 [6/2019]). Auf eine bestimmte Beteiligungshöhe kommt es allerdings nicht an (*Bödecker in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 26 Rz. 110 [3/2021]). Eine mittelbare Risikomischung dürfte hingegen nicht bei Derivaten möglich sein, auch wenn diese sich auf einen risikogemischten Basiswert beziehen (*Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 26 InvStG 2018 Rz. 14; krit. *Jetter/Mager in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 67 [6/2019]). Bei vermögensverwaltenden PersGes. sollte uE aber stets eine Durchschau stattfinden (glA *Patzner/Kempff in Patzner/Döser/Kempff*, Investmentrecht, 3. Aufl. 2017, § 1 InvStG aF Rz. 69; *Jetter/Mager in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 69 [6/2019]; *Gottschling in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 106).
- ▶ **Erheblichkeit:** Der Investmentfonds muss Anteile an einem oder mehreren anderen Investmentfonds in mehr als nur unerheblichem Umfang halten. Eine fehlende Risikomischung kann daher nicht durch eine nur unerhebliche Beimischung anderer risikogemischter Vermögen kompensiert werden. Dies soll jedenfalls dann gewahrt sein, wenn das Vermögen des Investmentfonds zu mindestens 50 % aus einem oder mehreren anderen risikogemischten Investmentfonds besteht (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.19; vgl. auch BMF v. 23.10.2014 – IV C 1 - S 1980 - 1/13/10007:007, 2014/0939400, DStR 2014, 2346, Rz. 2). Unseres Erachtens sollte auch unterhalb dieses Schwellenwerts von Erheblichkeit ausgegangen werden können (vgl. BaFin v. 12.11.2009 – WA 41 - Wp 2136 - 2008/0001, 2009/0534438, Abschn. II Ziff. 16 zum bisherigen Recht: 30 %; glA *Jetter/Mager in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 68 [6/2019]; *Gottschling in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 102). Ferner ist ein Investmentfonds, der ausschließlich Anteile an einem anderen risikogemischten Investmentfonds hält (*Master-Feeder-Struktur*), aufgrund von Nr. 3 Satz 3 selbst risikogemischt.

Eine Beherrschung des anderen Investmentfonds ist gleichwohl nicht erforderlich und vom Gesetz auch nicht vorgesehen (aA offenbar *Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 26 InvStG 2018 Rz. 14).

Einstweilen frei.

21–24

F. Erläuterungen zu Nr. 4: Zulässige Vermögensgegenstände

25

90 %-Grenze: Die 90 %-Grenze entsprach der Verwaltungsauffassung zum InvG aF (Abschn. I.1c BaFin-Rundschreiben 14/2008 (WA) v. 22.12.2008 – WA 41 - Wp 2136 - 2008/0001) und wurde in § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 5 InvStG aF gesetzlich festgeschrieben. Allerdings kommt es – anders als nach der bisherigen Verwaltungspraxis der BaFin – allein auf die tatsächliche Anlage an und nicht mehr (auch) darauf, dass der objektive Geschäftszweck auf eine entsprechende Anlage gerichtet ist (*Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 26 InvStG 2018 Rz. 15; *Gottschling in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 112). Nach Auffassung der FinVerw. soll die 90 %-Grenze dafür sorgen, dass nicht jede geringfügige Abweichung einen Verstoß begründet; es dürfen jedoch im Rahmen der verbleibenden 10 % nicht planmäßig und dauerhaft unzulässige Vermögensgegenstände erworben werden: Dies würde ein Indiz für die billigende Inkaufnahme eines wesentlichen Verstoßes darstellen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.21). Zumindest Letzteres findet im Gesetzeswortlaut keine Stütze (glA *Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 26 InvStG 2018 Rz. 15; *Jetter/Mager in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 74 [6/2019]; *Gottschling in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 120).

Unmittelbarkeit? Nach der Verwaltungsauffassung zum InvG aF (Abschn. I.1c BaFin-Rundschreiben 14/2008 (WA) v. 22.12.2008 – WA 41 - Wp 2136 - 2008/0001) mussten die zulässigen Vermögensgegenstände unmittelbar gehalten werden. Nr. 6 geht allerdings ausdrücklich davon aus, dass Vermögensgegenstände auch mittelbar über PersGes. gehalten werden können. Die FinVerw. ist der Auffassung, dass bei vermögensverwaltenden PersGes. daher eine „Durchschau“ zu erfolgen habe (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.29; krit. *Bödecker in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 26 Rz. 127 ff. [3/2021]). Dies dürfte wegen § 2 Abs. 16 auch für optierende PersGes. ISv. § 1a KStG gelten.

Wertpapiere (Nr. 4 Buchst. a): Mit der Bezugnahme auf Wertpapiere iSv. § 193 KAGB und sonstige Anlageinstrumente iSv. § 198 KAGB soll sichergestellt werden, dass ein Spezial-Investmentfonds in sämtliche für OGAW zulässige Vermögensgegenstände investieren darf (BTDrucks. 18/8739, 99). Der Verweis auf § 198 KAGB erfasst nur die dort genannten Vermögensgegenstände, nicht jedoch die 10 %-Grenze (BTDrucks. 18/8739, 100; glA *Bödecker in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 26 Rz. 153 [3/2021]). Der weitere Wertpapierbegriff in § 284 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a KAGB gilt nicht mehr (*Jetter/Mager in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 78 [6/2019]; *Bödecker in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 26 Rz. 152 [12/2020]). Die FinVerw. beanstandete es allerdings nicht, wenn ein Spezial-Investmentfonds derartige Wertpapiere, die sich am 31.12.2017 in seinem Bestand befanden, bis zum 30.6.2018 behielt (BMF v. 21.12.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:016, 2017/1058518, DStR 2018, 194 Rz. 5). Die Vorschrift ist aufsichtsrechtl. auszulegen und umfasst daher auch Anteile an geschlossenen Fonds, ggf. auch in der Rechtsform einer PersGes., sofern diese als Wertpapier ausgestaltet sind (§ 193

Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 KAGB; glA *Jetter/Mager* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 80 [6/2019]; *Bödecker* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 26 Rz. 155 [12/2020]; *Gottschling* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 138; zweifelnd *Stadler/Mager*, DStR 2016, 697 [703]; vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.22, 5. Spiegelstrich). Gleiches gilt für Investmentanteile, wenn diese als Wertpapier ausgestaltet sind, jedoch nicht die Vorgaben von Nr. 4 Buchst. h erfüllen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.26). Börsennotierte Anteile an in- oder ausländ. REIT sind Wertpapiere (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.22, 1. Spiegelstrich). Sofern Anteile an Verbriefungszweckgesellschaften die Voraussetzungen von § 193 oder § 198 KAGB erfüllen, sind sie auch dann zulässige Vermögensgegenstände, wenn damit an sich nicht zulässige Vermögensgegenstände verbrieft werden. Die gegenteilige Auffassung in BTDrucks. 18/8739, 100 hat im Gesetzeswortlaut keine Stütze (glA *Bindl/Mager*, BB 2016, 2711 [2718]; *Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 26 InvStG 2018 Rz. 16; *Gottschling* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 129, 139; wohl auch *Stadler/Bindl*, DStR 2016, 1953 [1961]).

Geldmarktinstrumente (Nr. 4 Buchst. b): Der Begriff der Geldmarktinstrumente umfasst sämtliche liquiden Forderungen, die auf einem Sondermarkt für kurzfristige Schuldforderungen gehandelt werden (*Köndgen* in *Berger/Steck/Lübbehüsen*, 2010, § 2 InvG Rz. 15). Der Begriff umfasst in jedem Fall die in § 194 und § 198 Nr. 2 KAGB genannten Instrumente. Zu Einzelfällen s. *Gottschling* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 146.

Derivate (Nr. 4 Buchst. c): Der Begriff der Derivate ist uE weit iSv. § 2 Abs. 2 WpHG zu verstehen (glA *Jetter/Mager* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 87 [6/2019]; *Bödecker* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 26 Rz. 174 [12/2020]; *Gottschling* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 149; vgl. auch *Köndgen* in *Berger/Steck/Lübbehüsen*, 2010, § 2 InvG Rz. 16 zum bisherigen Recht). Insbesondere besteht keine Beschränkung auf die in § 197 KAGB genannten Derivate (glA BaFin v. 22.7.2013 – WA 41 - Wp 2137 - 2013/0001, FAQ Eligible Assets, Teil 2 Ziff. 1 zu § 284 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c KAGB; *Jetter/Mager* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 86 [6/2019]). Zu Einzelfällen s. *Gottschling* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 153.

Bankguthaben (Nr. 4 Buchst. d): Bankguthaben sind unbedingt rückzahlbare Sicht- oder Termineinlagen bei in- oder ausländ. Kreditinstituten, sofern der Rückzahlungsanspruch nicht verbrieft ist (dann Wertpapiere oder Geldmarktinstrumente). Sie können auf Euro oder auf Fremdwährung lauten (*Köndgen* in *Berger/Steck/Lübbehüsen*, 2010, § 2 InvG Rz. 21).

Immobilien (Nr. 4 Buchst. e): Die Regelung in Buchst. e entspricht der Definition der Immobilie in § 1 Abs. 19 Nr. 21 Satz 1 KAGB. Maßgeblich sind insoweit sachenrechtl. Grundsätze (*Köndgen* in *Berger/Steck/Lübbehüsen*, 2010, § 2 InvG Rz. 23). Von diesem Begriff sollten uE allerdings sämtliche für Immobilien-Sondervermögen erwerbbar Vermögensegegenstände iSv. § 231 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1–6 KAGB erfasst sein, insbes. auch Nießbrauchrechte (vgl. dazu auch § 1 Abs. 19 Nr. 21 Satz 2 KAGB; *Jetter/Mager* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 92 [6/2019]).

Immobilien-Gesellschaften (Nr. 4 Buchst. f): Gemäß § 1 Abs. 19 Nr. 22 KAGB sind Immobilien-Gesellschaften, die nach dem Gesellschaftsvertrag oder der Satzung nur Immobilien (§ 1 Abs. 19 Nr. 21 KAGB) sowie die zur Bewirtschaftung der Immobilien erforderlichen Gegenstände erwerben dürfen. Auf die Rechtsform

der Immobilien-Gesellschaft kommt es dabei nicht an. Erfasst werden insbes. auch PersGes.

- ▶ *Weitere Tätigkeiten:* Die Definition in § 1 Abs. 19 Nr. 2 KAGB ist uE zu eng. Auch insoweit müssen sämtliche für Immobilien-Sondervermögen erwerbbarer Immobilien-Gesellschaften iSv. §§ 234 f. KAGB erfasst sein, dh. insbes. auch Immobilien-Holdinggesellschaften, die Anteile an anderen Immobilien-Gesellschaften halten (vgl. § 235 Abs. 1 Nr. 2 KAGB; glA BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.39; *Jetter/Mager in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 99 [6/2019]; *Bödecker in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 26 Rz. 193 [12/2020]; *Gottschling in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 165). Unabhängig davon müssen die (einschränkenden) Voraussetzungen der §§ 231 ff. KAGB nicht eingehalten werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.23; glA *Jetter/Mager in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 96 [6/2019]). Tätigkeiten, die für die Gesellschaft neben den einer mittelbar oder unmittelbar gehaltenen Immobilie innewohnenden Risiken weitere wesentliche Risiken begründen, zB der Erwerb von immobilienbesicherten Darlehensforderungen, der Betrieb eines Hotels oder andere gewerbliche Tätigkeiten, führen hingegen zum Ausschluss der Eigenschaft als Immobilien-Gesellschaft (BaFin v. 22.7.2013 – WA 41 - Wp 2137 - 2013/0001, FAQ Eligible Assets, Teil 2 Ziff. 8).
- ▶ *Das sog. Satzungserfordernis*, dh. dass sich die Begrenzungen für Immobilien-Gesellschaften aus dem Gesellschaftsvertrag oder der Satzung ergeben müssen, sollte uE insbes. bei ausländ. Immobilien-Gesellschaften nicht allzu streng gehandhabt werden. Es sollte ausreichen, wenn sich die für Immobilien-Gesellschaften geltenden Beschränkungen im Auslegungswege ermitteln lassen (glA *Jetter/Mager in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 95 [6/2019]; *Gottschling in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 166).
- ▶ *Investmentfonds:* Ein AIF, der sowohl die Voraussetzungen für eine Immobilien-Gesellschaft als auch für einen Investmentfonds erfüllt, kann auch dann als Immobiliengesellschaft erworben werden, wenn er die Voraussetzungen von Nr. 4 Buchst. h oder i nicht erfüllt (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.23; vgl. auch BaFin v. 16.10.2017 – WA 42 - QB 4100 - 2016/005 zur Einstufung einer Immobilien-Gesellschaft als AIF).

Betriebsvorrichtungen und Bewirtschaftungsgegenstände (Nr. 4 Buchst. g): Die Aufnahme von Bewirtschaftungsgegenständen iSv. § 231 Abs. 3 KAGB ist folgerichtig, weil derartige Gegenstände auch von Immobilien-Gesellschaften erworben werden dürfen. Hierzu gehören auch die Anteile an einer nicht weiter am Vermögen einer Immobilien-Gesellschaft in der Rechtsform einer KG beteiligten Komplementär-GmbH sowie Gesellschaften, die ausschließlich Bewirtschaftungsgegenstände iSv. § 231 Abs. 3 KAGB halten (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.24).

Investmentanteile (Nr. 4 Buchst. h): Anteile an Investmentfonds iSd. Kapitels 2 sind nur noch zulässige Vermögensgegenstände, wenn es sich um OGAW handelt oder der Investmentfonds die Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds mit Ausnahme der anlegerbezogenen Voraussetzungen (Nr. 8) erfüllt. Obwohl das Gesetz von Organismen für gemeinsame „Kapitalanlagen“ spricht, sind hiermit OGAW iSv. § 1 Abs. 2 KAGB bzw. der OGAW-Richtlinie gemeint (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.25). Als Wertpapier ausgestaltete Investmentanteile können jedoch nach Nr. 4 Buchst. a erworben werden, auch wenn für diese die Voraussetzungen der Nr. 1 bis 7 nicht erfüllt sind (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.26; glA *Jetter/Mager in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 105 [6/2019]; *Gottschling in*

Moritz/Jesch/Mann, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 183). Hielt ein Spezial-Investmentfonds am 31.12.2017 Investmentanteile iSv. § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 5 Buchst. h InvStG aF, die nach Nr. 4 Buchst. h oder i nicht mehr zulässig sind, beanstandete es die Fin-Verw. nicht, wenn diese Anteile bis zum 30.6.2018 behalten wurden (BMF v. 21.12.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:016, 2017/1058518, DStR 2018, 194, Rz. 5).

Spezial-Investmentanteile (Nr. 4 Buchst. i): Anteile an Spezial-Investmentfonds sind ohne Einschränkungen zulässige Vermögensgegenstände.

ÖPP-Projektgesellschaften und Infrastruktur-Projektgesellschaften (Nr. 4 Buchst. j):

- ▶ *Der Begriff der ÖPP-Projektgesellschaft* ergibt sich aus § 1 Abs. 19 Nr. 28 KAGB. Auf die Rechtsform kommt es dabei nicht an, die ÖPP-Projektgesellschaft kann also auch PersGes. sein.
 - ▷ *Erforderlich ist stets eine „Öffentlich-Private-Partnerschaft“:* Dieser Begriff ist gesetzlich nicht definiert. Üblicherweise wird hierunter eine dauerhafte, in beiderseitigem Vorteil liegende, dem Gemeinwohl dienende Kooperation zwischen der öffentlichen Hand und Unternehmen der Privatwirtschaft beim Entwerfen, bei der Planung, Erstellung, Finanzierung, dem Management, Betreiben und Verwerten von bislang in staatlicher Verantwortung erbrachten öffentlichen Leistungen verstanden (vgl. amtliche Begr. zum sog. ÖPP-Beschleunigungsgesetz, BTDrucks. 15/5668, 10). § 1 Abs. 19 Nr. 28 KAGB ist allerdings nicht nur auf inländ. ÖPP beschränkt (aA *Gottschling* in *Moritz/Klebeck/Jesch*, 2016, § 1 KAGB Rz. 382). Die von der ÖPP-Projektgesellschaft errichteten Anlagen oder Bauwerke müssen ferner der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen. Diese können vielfältig sein (vgl. zu den möglichen Einsatzbereichen von ÖPP BTDrucks. 15/5668, 10).
 - ▷ *Keine Beschränkung auf Betreiberphase:* Anders als nach dem aufgehobenen InvG können ÖPP-Projektgesellschaften auch vor der Betreiberphase erworben werden (vgl. von *Livonius/Riedl* in *Moritz/Klebeck/Jesch*, 2016, § 284 KAGB Rz. 69).
- ▶ *Der Begriff der Infrastruktur-Projektgesellschaft* ergibt sich aus § 1 Abs. 19 Nr. 23a KAGB. Er ist nahezu identisch mit dem Begriff der ÖPP-Projektgesellschaft, erfordert aber keine Öffentlich-Private-Partnerschaft. ÖPP-Projektgesellschaften sind somit stets auch Infrastruktur-Projektgesellschaften. Der Begriff umfasst aber auch rein privatwirtschaftlich initiierte Projekte (so ausdrücklich BTDrucks. 19/27631, 87). Bis zum Inkrafttreten des FoStoG (s. Anm. 1) waren Gesellschaften, deren Zweck auf die Durchführung derartiger Projekte gerichtet ist, nur im Rahmen von Buchst. m und damit insbes. nur in der Rechtsform der KapGes. und unter den weiteren Beschränkungen von Nr. 5 und 6 erwerbbar (glA *Gottschling* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 194). Im Übrigen kommt es auch bei der Infrastruktur-Projektgesellschaft nicht auf die Rechtsform an, dh. eine Infrastruktur-Projektgesellschaft kann ebenfalls PersGes. Sein. Zu Konkurrenzen s. unten.

Edelmetalle (Nr. 4 Buchst. k): Der Begriff der Edelmetalle umfasst investmentstl. auch Halbedelmetalle (vgl. von *Livonius/Riedl* in *Moritz/Klebeck/Jesch*, 2016, § 284 KAGB Rz. 70) sowie einige weitere korrosionsbeständige, idR teurere und in gleichem Maße wie Edelmetalle fungible und mit Wertaufbewahrungsfunktion ausgestattete Metalle (*Jetter/Mager* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 108 [6/2019]; *Bödecker* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 26 Rz. 231 [3/2021]; *Gottschling*

in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 197; *Patzner/Kempf* in *Patzner/Döser/Kempf*, Investmentrecht, 3. Aufl. 2017, § 1 InvStG aF Rz. 81). Erfasst wird aber nur der unmittelbare Erwerb von Edelmetallen. Zertifikate auf Edelmetalle oder Finanzinstrumente, die die Wertentwicklung von Edelmetallen abbilden, können ggf. als Wertpapiere (Buchst. a) oder Derivate (Buchst. c) erworben werden (vgl. BaFin v. 22.7.2013 – WA 41 - Wp 2137 - 2013/0001, FAQ Eligible Assets, Teil 1 Ziff. 2 und 5).

Unverbriefte Darlehensforderungen (Nr. 4 Buchst. l): Unverbriefte Darlehensforderungen umfassen sowohl Gelddarlehensforderungen iSv. §§ 488 ff. BGB als auch Sachdarlehensforderungen iSv. §§ 607 ff. BGB, die allerdings nicht wertpapiermäßig verbrieft sein dürfen (dann Buchst. a; vgl. *Patzner/Kempf* in *Patzner/Döser/Kempf*, Investmentrecht, 3. Aufl. 2017, § 1 InvStG aF Rz. 82). Erfasst ist nicht nur der Erwerb, sondern auch die Vergabe von Darlehen, sofern dies keine GewStPflicht begründet (*Bindl/Mager*, BB 2016, 2711 [2718]; *Wenzel* in *Blümich*, § 26 InvStG 2018 Rz. 40 [11/2019]; *Jetter/Mager* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 110 [6/2019]; *Gottschling* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 201 f.; vgl. auch *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 26 Rz. 240 [3/2021], der allerdings die Gewerblichkeit grds. verneint).

Beteiligungen an Kapitalgesellschaften (Nr. 4 Buchst. m):

- ▶ *Der Begriff der Kapitalgesellschaft* ist technisch, dh. iSv. § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG zu verstehen. Optierende PersGes. iSv. § 1a KStG sind jedoch nicht erfasst (§ 2 Abs. 16). Der Begriff umfasst allerdings auch ausländ. Gesellschaften, die aufgrund eines Rechtstypenvergleichs einer AG, GmbH oder KGaA vergleichbar sind (vgl. *Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 26 InvStG 2018 Rz. 18 zu Nr. 5). Der Begriff soll den Begriff der Unternehmensbeteiligung aus § 2 Abs. 4 Nr. 9, 11 InvG aF (nunmehr § 284 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. i KAGB für Spezial-AIF mit festen Anlagebedingungen) ersetzen, wurde jedoch eingengt und umfasst insbes. nicht mehr Anteile an PersGes. (vgl. amtliche Begr. zum AIFM-StAnpG in BTDrucks. 18/68, 41). Anteile an (Spezial-)Investmentfonds, auch wenn sie die Rechtsform von KapGes. (zB Investment-AG) haben, fallen wegen § 6 Abs. 1 iVm. § 29 Abs. 1 für Zwecke des InvStG nicht unter Buchst. m. Sie können vielmehr gem. Buchst. h oder i erworben werden (aA *Gottschling* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 207; *Jetter/Mager* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 113 [6/2019]; *Bödecker* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 26 Rz. 248 [12/2020]).
- ▶ *Die Ermittlung des Verkehrswerts* muss möglich sein. Dies bedeutet, dass der Wert der Beteiligung anhand einer anerkannten Methode der Unternehmensbewertung ermittelt werden kann (*Köndgen* in *Berger/Steck/Lübbehüsen*, 2010, § 2 InvG Rz. 32). Insoweit wird man sich an §§ 26, 28, 32 KARBV zu orientieren haben.

Kryptowerte (Nr. 4 Buchst. n):

- ▶ *Der Begriff der Kryptowerte* richtet sich nach § 1 Abs. 11 Satz 4 KWG. Erfasst sind danach virtuelle Währungen, die üblicherweise als Token oder Coins bezahlt werden. Am bekanntesten dürften Bitcoin, Ether, Litecoin und Ripple sein. Der Begriff der Kryptowerte ist ein Auffangtatbestand, der auch anderen Kategorien des Finanzinstrumentebegriffs in § 1 Abs. 11 KWG zuzuordnen sein kann. Erfasst sind auch sog. Security Token und Investment Token, die ggf. als aktienähnliche Anteile, Schuldtitel, Vermögensanlage oder Investmentanteile iSv. § 1 Abs. 11 Satz 1 Nr. 1, 2, 3, 5 KWG einzustufen sein können (s. zum Ganzen BaFin v. 2.3.2020, Merkblatt: Hinweise zum Tatbestand des Kryptoverwahrgeschäfts, Abschn. I. 1; *Schwennicke* in *Schwennicke/Auerbach*,

KWG, 4. Aufl. 2021, § 1 Rz. 253 ff. mwN; zur stl. Behandlung s. BMF-Entwurf v. 17.6.2021 [verbändeöffentlich]). Nicht erfasst sind elektronische Gutscheine für Waren und Dienstleistungen (Utility Token, *Schwennicke in Schwennicke/Auerbach*, KWG, 4. Aufl. 2021, § 1 Rz. 259) sowie E-Geld, Verbundzahlungssysteme und Zahlungsvorgänge von Anbietern elektronischer Kommunikationsnetze oder -dienste (vgl. § 1 Abs. 11 Satz 5 KWG).

- ▶ *Kein Wertpapier*: Ob ein Kryptowert zugleich die Voraussetzungen eines Wertpapiers erfüllt, ist einzelfallabhängig und nach Nr. 1 iVm. §§ 193, 198 KAGB zu beantworten. Die Wertpapiereigenschaft nach anderen Gesetzen (s. dazu *Schwennicke in Schwennicke/Auerbach*, KWG, 4. Aufl. 2021, § 1 Rz. 257 f. mwN) kann, muss aber nicht notwendigerweise auf §§ 193, 198 KAGB durchschlagen.

Beteiligungen an Personengesellschaften als solche sind grds. keine erwerbbaaren Vermögensgegenstände mehr (vgl. für gewerbliche PersGes. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.21; BMF v. 23.10.2014 – IV C 1 - S 1980 - 1/13/10007:007, 2014/0939400, DStR 2014, 2346, Rz. 4 zum bisherigen Recht). Zum Bestandsschutz für Unternehmensbeteiligungen s. Anm. 45.

- ▶ *Bei vermögensverwaltenden Personengesellschaften* (einschließlich gewerblich geprägten PersGes.) gestattet die FinVerw. eine Durchschau auf die von der PersGes. gehaltenen Vermögensgegenstände. Dies gilt jedoch nicht für Immobilien-Gesellschaften in der Rechtsform einer vermögensverwaltenden PersGes.; diese sind vielmehr nach Nr. 4 Buchst. f erwerbbar (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.29). Eine Durchschau findet uE auch dann nicht statt, wenn der Anteil an der vermögensverwaltenden PersGes. als Wertpapier (zB geschlossener Fonds gem. § 193 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 KAGB) qualifiziert. Er ist dann als Wertpapier (Buchst. a) ohne Rücksicht auf die von der PersGes. gehaltenen Vermögensgegenstände erwerbbar. Dem steht nicht entgegen, dass das BMF auch bei AIF in der Rechtsform einer vermögensverwaltenden oder gewerblich geprägten PersGes. „durchschauen“ will (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.29). Ein AIF in der Rechtsform einer PersGes. ist nur dann Wertpapier, wenn er zusätzlich die Voraussetzungen von § 193 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 KAGB erfüllt.
- ▶ *Anteile an gewerblichen Personengesellschaften* (nicht jedoch gewerblich geprägte PersGes.) können jedenfalls dann erworben werden, wenn sie in eine andere Kategorie von Nr. 4 fallen, insbes. als Wertpapier (zB geschlossener Fonds gem. § 193 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 KAGB; glA *Haug*, Ubg 2017, 303 [304]), Beteiligungen an Immobilien-Gesellschaften oder ÖPP-Projektgesellschaften qualifizieren (glA *Bindl/Mager*, BB 2016, 2711 [2718]). Anteile an gewerblichen PersGes., die in keine dieser Kategorien fallen, sollten uE gleichwohl im Rahmen der 10 %igen Öffnungsquote erwerbbar sein (glA *Patzner/Kempf in Patzner/Döser/Kempf*, Investmentrecht, 3. Aufl. 2017, § 1 InvStG aF Rz. 84; vgl. auch *Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 26 InvStG 2018 Rz. 15; vgl. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.21, wonach aber ein bewusstes Ausnutzen der Öffnungsquote unzulässig sein soll). Letzteres gilt allerdings nicht für bestandsgeschützte Anteile an PersGes. iSv. Nr. 5 Satz 3 (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.25).
- ▶ *Optierende Personengesellschaften* (§ 1a KStG) gelten für Zwecke von § 26 nicht als KapGes. (§ 2 Abs. 16). UE müssen daher die vorstehenden Grundsätze auch für optierende PersGes. Gelten (wohl glA *Haug*, FR 2021, 410 [413]).

Konkurrenzen: Vermögensgegenstände können uE in mehrere Kategorien von Nr. 4 fallen. Für die Erwerbbarkeit ist es ausreichend, dass der betreffende Vermögensgegenstand zumindest in eine Kategorie zulässiger Vermögensgegenstände fällt (vgl. *Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 26 InvStG 2018 Rz. 16; *Jetter/Mager* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 75 [6/2019]; *Bödecker* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 26 Rz. 146 [3/2021]). So können zB nach Nr. 4 Buchst. h oder i nicht erwerbbar Investmentanteile als Anteile an Immobilien-Gesellschaften (Nr. 4 Buchst. f) erworben werden, wenn sie die Voraussetzungen dafür erfüllen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.23). Ebenso können Investmentanteile, die nicht die Vorgaben von Nr. 4 Buchst. h erfüllen, aber als Wertpapier ausgestaltet sind, nach Nr. 4 Buchst. a erworben werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.26). Bei Beteiligungen an KapGes. müssen die Anforderungen der Nr. 5 und 6 auch dann erfüllt sein, wenn die Beteiligung an der KapGes. auch noch in eine andere Kategorie fällt (vgl. *Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 26 InvStG 2018 Rz. 18; s. dazu im Einzelnen Anm. 45, 50). Der Begriff der Infrastruktur-Projektgesellschaft ist zwar weiter als der der ÖPP-Projektgesellschaft. Gleichwohl sind ÖPP-Projektgesellschaften uE immer auch Infrastruktur-Projektgesellschaften. Dies hat Bedeutung für Nr. 5.

Einstweilen frei.

26–44

G. Erläuterungen zu Nr. 5: 20 %-Grenze für Beteiligungen an Kapitalgesellschaften

45

Die 20 %-Grenze für Beteiligungen an KapGes. geht auf die 20 %-Grenze für Unternehmensbeteiligungen in § 90h Abs. 4 Satz 1 InvG aF (jetzt § 284 Abs. 3 Satz 1 KAGB für Spezial-AIF mit festen Anlagebedingungen) zurück (vgl. amtliche Begr. zum AIFM-StAnpG in BTDrucks. 18/68, 41 f.; BMF v. 23.10.2014 – IV C 1 - S 1980 - 1/13/10007:007, 2014/0939400, DStR 2014, 2346, Rz. 4).

Der Wert des Investmentfonds ergibt sich aus den aktuellen (Kurs-)Werten der Vermögensgegenstände abzüglich der aufgenommenen Kredite und sonstigen Verbindlichkeiten (vgl. amtliche Begr. zum AIFM-StAnpG in BTDrucks. 18/68, 42; BaFin v. 1.12.2009 – WA 41 - Wp 2136 - 2008/0053, Fragenkatalog zu § 53 InvG aF, Rz. II.6; glA *Jetter/Mager* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 126 [6/2019]).

Der Begriff der Beteiligung an Kapitalgesellschaften ist wie in Nr. 4 Buchst. m, also technisch iSv. § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG (einschließlich vergleichbarer ausländ. Rechtsformen, aber ohne optierende PersGes. iSv. § 1a KStG), zu verstehen (s. Anm. 25). Es ist unerheblich, ob die Beteiligung an der KapGes. auch in eine andere Kategorie zulässiger Vermögensgegenstände gem. Nr. 4 fällt. Der Begriff umfasst daher insbes. Beteiligungen an Immobilien-Gesellschaften oder ÖPP-Projektgesellschaften in der Rechtsform einer KapGes. Anteile an (Spezial-)Investmentfonds fallen wegen § 6 Abs. 1 iVm. § 29 Abs. 1 auch dann nicht hierunter, wenn der (Spezial-)Investmentfonds die Rechtsform einer KapGes. (zB Investment-AG) hat (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.27, 26.33; glA *Gottschling* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 222; *Wenzel* in *Blümich*, § 26 InvStG 2018 Rz. 44 [11/2019]; *Jetter/Mager* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 122 [6/2019]; *Bödecker* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 26 Rz. 257 [3/2021]).

Beteiligungen an EEG-Gesellschaften iSv. Nr. 6 Satz 2 Buchst. c fallen uneingeschränkt unter die 20 %-Grenze. Eine nennenswerte Finanzierung der Erzeugung erneuerbarer Energien durch Spezial-Investmentfonds dürfte daher kaum möglich sein. Gleiches galt bis zum Inkrafttreten des FoStoG (s. Anm. 1) für ÖPP-Projektgesellschaften. Allerdings stellen diese nunmehr einen Unterfall der Infrastruktur-Projektgesellschaft dar, so dass sie uE gem. Nr. 5 Satz 2 erwerbbar sind. Sofern eine EEG-Gesellschaft allerdings zugleich die Voraussetzungen einer Infrastruktur-Projektgesellschaft erfüllt, muss die 20 %-Grenze auch insoweit unanwendbar sein.

Keine Börsennotierung (Nr. 5 Satz 1): Die 20 %-Grenze gilt nicht für börsennotierte Beteiligungen an KapGes. Diese sind (auch) Wertpapiere iSv. Nr. 4 Buchst. a und können daher unbegrenzt erworben werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.33). Der Begriff des organisierten Marktes bestimmt sich nach § 1 Abs. 19 Nr. 29 KAGB, für die fehlende Börsenzulassung kann auf den Begriff des „nicht notierten Unternehmens“ iSv. § 1 Abs. 19 Nr. 27 KAGB (jeweils iVm. § 2 Abs. 1) zurückgegriffen werden (*Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 26 InvStG 2018 Rz. 18).

Immobilien-Gesellschaften und Infrastruktur-Projektgesellschaften (Nr. 5 Satz 2): Beteiligungen an Immobilien-Gesellschaften (Nr. 4 Buchst. f) und Infrastruktur-Projektgesellschaften (Nr. 4 Buchst. j) sind nicht in die 20 %-Grenze einzubeziehen.

- ▶ *Nach Inkrafttreten des FoStoG* (s. Anm. 1) ist lediglich erforderlich, dass die Anlagebedingungen vorsehen, dass die Investmentfonds das bei ihnen angelegte Geld in Immobilien, Immobilien-Gesellschaften oder in Infrastruktur-Projektgesellschaften anlegen. Aufgrund der gesetzgeberischen Intention (vgl. BTDrucks. 19/27631, 112) darf diese Aufzählung jedoch nicht als abschließend betrachtet werden. Somit ist insbesondere auch der Erwerb von Anteilen an anderen Immobilienfonds (vgl. § 2 Abs. 9 Satz 4) und Anteilen an Gesellschaften iSv. § 2 Abs. 9 Satz 6 ohne Rücksicht auf etwaige Quoten zulässig. Da der Begriff der Infrastruktur-Projektgesellschaft stets auch ÖPP-Projektgesellschaften erfasst, sind uE nunmehr auch ÖPP-Projektgesellschaften ohne Begrenzung erwerbbar. Gleiches muss gelten, wenn eine EEG-Gesellschaft (Nr. 6 Satz 2 Buchst. c) zugleich die Voraussetzungen einer Infrastruktur-Projektgesellschaft erfüllt. Umgekehrt dürften reine Infrastruktur-Projektgesellschaften, die weder zugleich ÖPP-Projektgesellschaften noch EEG-Gesellschaften sind, nur sehr eingeschränkt erwerbbar sein, weil eine korrespondierende Ausnahme in Nr. 6 Satz 2 für Infrastruktur-Projektgesellschaften fehlt. Es ist daher zweifelhaft, ob die Investition von Spezial-Investmentfonds in Infrastrukturprojekte dadurch tatsächlich erleichtert wird,
- ▶ *Bis zum Inkrafttreten des FoStoG* (s. Anm. 1) galt dies zum einen nur für Immobilien-Gesellschaften und zum anderen – anders als nach § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 6 Satz 2 InvStG aF – nur für Fonds, die nach ihren Anlagebedingungen mehr als 50 % ihres Aktivvermögens in Immobilien oder Immobilien-Gesellschaften anlegen. Zwar entsprach diese Formulierung § 2 Abs. 9 Satz 1 (allerdings ohne den Begriff „fortlaufend“), es war jedoch uE zweifelhaft, ob auch im Übrigen auf § 2 Abs. 9 zurückgegriffen werden konnte, insbes. ob die zusätzlichen Regelungen in § 2 Abs. 9 Sätze 4ff. anwendbar sind. Die Höhe des Aktivvermögens ist uE gleichwohl nach § 2 Abs. 9a zu ermitteln. Dies scheint auch Auffassung der FinVerw. zu sein, denn sie will „alternativ“ den Wert des Investmentfonds gem. § 2 Abs. 9a Satz 2 als Bemessungsgrundlage zulassen. Un-

abhängig davon beanstandet es die FinVerw. bis zum 31.12.2021 nicht, wenn in den Anlagebedingungen nur allg. eine Anlage in Immobilien vorgesehen ist (s. zum Ganzen BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.32). Diese Nichtbeanstandungsregelung dürfte mit dem Inkrafttreten des FoStoG überholt sein.

Bestandsschutzregelung für Unternehmensbeteiligungen (Nr. 5 Satz 3): Der Begriff der Unternehmensbeteiligung bestimmt sich nach § 2 Abs. 4 Nr. 9, 11 InvG aF (bzw. nunmehr inhaltsgleich § 284 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. i KAGB). Die Bestandsschutzregelung betrifft vor allem Anteile an gewerblichen PersGes., insbes. geschlossenen Fonds (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.34). Sofern diese allerdings als Wertpapiere iSv. § 193 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 KAGB qualifizieren, fallen sie bereits von vornherein nicht in den Anwendungsbereich von Nr. 5, sondern sind als Wertpapiere (Nr. 4 Buchst. a) ohne Einschränkungen erwerbbar. Der relevante Zeitpunkt ist aus § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 6 Satz 3 InvStG aF übernommen und stellt auf den Gesetzesbeschluss des Deutschen BTag zum AIFM-StAnpG ab. Das sollte verfassungsrechtl. unproblematisch sein. Maßgeblich ist insoweit der Erwerb des wirtschaftlichen Eigentums (*Haisch/Helios*, FR 2014, 313 [323]; enger BMF v. 4.6.2014 – IV C 1 - S 1980 - 1/13/10007:002, 2014/0500897, FR 2014, 715, Rz. 7). Bestandsgeschützte Anteile an PersGes. iSv. Nr. 5 Satz 3 sind nicht zusätzlich auf die Öffnungsquote anzurechnen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.35).

Kryptowerte (Nr. 5 Satz 4): Für Kryptowerte (Nr. 4 Buchst. n) gilt in Anlehnung an die aufsichtsrechtlichen Vorgaben (§ 284 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 KAGB) ebenfalls eine 20 %-Grenze. Es handelt sich dabei jedoch um eine eigenständige Grenze, die unabhängig von der 20 %-Grenze in Nr. 5 Satz 1 ist. Auf diese Grenze sind daher weder Beteiligungen an KapGes. iSv. Nr. 5 Satz 1 noch bestandsgeschützte Unternehmensbeteiligungen iSv. Nr. 5 Satz 3 anzurechnen.

Einstweilen frei.

46–49

H. Erläuterungen zu Nr. 6: Emittentenbezogene 10 %-Grenze

50

Die 10 %-Grenze in Nr. 6 ist aus § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 7 InvStG aF übernommen worden. Sie wurde mit dem AIFM-StAnpG erstmals eingeführt.

Zweck: Trotz gewisser Ähnlichkeiten mit den emittentenbezogenen Anlagegrenzen für OGAW in § 210 KAGB (bzw. § 64 InvG aF) dient die Grenze in Nr. 6 nicht der Risikostreuung (glA *Gottschling* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 239). Zweck ist vielmehr, die Möglichkeiten zur unternehmerischen Einflussnahme weitgehend auszuschließen und die Nutzung von Schachtelprivilegien nach DBA sowie die Anwendung der Mutter-Tochter-Richtlinie auszuschließen (vgl. amtliche Begr. zum AIFM-StAnpG, BTDrucks. 18/68, 42). Zu den Folgen bei Überschreiten der 10 %-Grenze s. § 29 Anm. 14, § 52 Anm. 5.

Grundfall (Nr. 6 Satz 1):

- ▶ *Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft:* Ebenso wie bei Nr. 5 ist dieser Begriff wie in Nr. 4 Buchst. m, also technisch iSv. § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG (einschließlich vergleichbarer ausländ. Rechtsformen), zu verstehen. Aufgrund von § 2 Abs. 16 gilt allerdings der Anteil an einer optierenden PersGes. auch für Zwecke von Nr. 6 Satz 1 nicht als Beteiligung an einer KapGes. Demzufolge können auch mehr als 10 % der Anteile an einer optierenden PersGes. erworben werden (aA möglicherweise *Haug*, FR 2021, 410 [413]). Anteile an (Spezial-)Investment-

fonds fallen wegen § 6 Abs. 1 iVm. § 29 Abs. 1 nicht unter Nr. 6, auch wenn der (Spezial-)Investmentfonds die Rechtsform einer KapGes. (zB Investment-AG) hat (glA *Gottschling* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 250; *Wenzel* in *Blümich*, § 26 InvStG 2018 Rz. 47 [11/2019]). Nach Auffassung der FinVerw. soll dies bei Investmentfonds iSd. Kapitels 2 nur gelten, wenn diese auch die Voraussetzungen von Nr. 4 Buchst. h erfüllen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.37). Dies steht uE im Widerspruch zum Gesetzeswortlaut und zur Auffassung der FinVerw. zu Nr. 5 Satz 1 (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.27, 26.33; s. Anm. 45). Auch aufgrund des Zwecks von Nr. 6 ist eine derartige Sichtweise nicht geboten. Auf Investmentfonds kann kein unternehmerischer Einfluss genommen werden. Ferner sind die Mutter-Tochter-Richtlinie sowie DBA-Schachtelprivilegien idR auf Investmentfonds nicht anwendbar (glA *Jetter/Mager* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 133 [6/2019]; vgl. auch *Gottschling* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 248, zu *Master-Feeder-Strukturen*).

- ▶ *Unmittelbare oder mittelbare Beteiligung*: Auch bei mittelbarer Beteiligung über eine PersGes. muss die 10 %-Grenze beachtet werden (krit. dazu *Häisch*, RdF 2015, 294 [297 f.]). Entgegen dem missverständlichen Wortlaut dürfte das wohl auch bei mittelbaren Beteiligungen über mehrere PersGes. gelten (wohl glA BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.38: „Personengesellschaften“). Die von der PersGes. gehaltene Beteiligung ist dem Spezial-Investmentfonds allerdings nur anteilig zuzurechnen.
- ▶ *Unter dem Kapital der Kapitalgesellschaft* ist nur das Nennkapital zu verstehen. Rücklagen oder gar Gesellschafterdarlehen sind nicht zu berücksichtigen (*Bindl/Mager*, BB 2016, 2711 [2718]; *Jetter/Mager* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 130 [6/2019]).
- ▶ *Börsennotierte Anteile an Kapitalgesellschaften* werden ebenfalls von Nr. 6 Satz 1 erfasst (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.37). Die missverständliche Aussage in der amtlichen Begr. zum AIFM-StAnpG (BTDrucks. 18/68, 42) hat im Gesetzeswortlaut keinen Niederschlag gefunden (glA *Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 26 InvStG 2018 Rz. 22; *Gottschling* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 242; aA *Patzner/Kempf* in *Patzner/Döser/Kempf*, Investmentrecht, 3. Aufl. 2017, § 1 InvStG aF Rz. 91).

Ausnahmen (Nr. 6 Satz 2):

- ▶ *Immobilien-Gesellschaften (Nr. 6 Satz 2 Buchst. a)*: Die 10 %-Grenze gilt nicht für Immobilien-Gesellschaften in der Rechtsform einer KapGes. Anders als bei Nr. 5 muss für Zwecke von Nr. 6 Satz 2 Buchst. a in den Anlagebedingungen nicht vorgesehen sein, dass Beteiligungen an Immobilien-Gesellschaften erworben werden dürfen. Nach Auffassung der FinVerw. soll dies auch für Gesellschaften gelten, die Bewirtschaftungsgegenstände iSv. § 231 Abs. 3 KAGB darstellen (s. dazu Anm. 25; vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.37).
- ▶ *ÖPP-Projektgesellschaften (Nr. 6 Satz 2 Buchst. b)*: Die Ausnahme für ÖPP-Projektgesellschaften trägt dem Umstand Rechnung, dass an diesen Gesellschaften häufig Beteiligungen von 10 % und mehr erworben werden. ÖPP-Projektgesellschaften sind zugleich Infrastruktur-Projektgesellschaften. Mit Inkrafttreten des FoStoG (s. Anm. 1) sind sie daher auch unabhängig von der 20 %-Grenze in Nr. 5 Satz 1 erwerbbar. Umgekehrt fehlt für Infrastruktur-Projektgesellschaften eine korrespondierende Ausnahme in Nr. 6 Satz 2 (s. Anm. 45).

- *EEG-Gesellschaften (Nr. 6 Satz 2 Buchst. c)*: Es handelt sich um eine spezifisch stl. Kategorie. Investmentrechtlich dürfte es sich idR um Unternehmensbeteiligungen (§ 284 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. i KAGB), in seltenen Ausnahmefällen auch um Immobilien-Gesellschaften oder ÖPP-Projektgesellschaften, ggf. aber um Infrastruktur-Projektgesellschaften handeln. Die Regelung ist dann deklaratorisch. Es darf allerdings ebenfalls bezweifelt werden, ob der mit Nr. 6 Satz 2 Buchst. c intendierte Zweck, Investitionen in erneuerbare Energien durch Spezial-Investmentfonds zu fördern, erreicht werden kann, da es – wie bei ÖPP-Projektgesellschaften – an einer entsprechenden Rückausnahme in Nr. 5 fehlt, sofern die EEG-Gesellschaft nicht zugleich Infrastruktur-Projektgesellschaft ist.

Einstweilen frei.

51–54

I. Erläuterungen zu Nr. 7: Kreditaufnahme

55

Das eingeschränkte Kreditaufnahmeverbot wurde erstmals mit dem AIFM-StAnpG in § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 8 eingeführt und ist ohne inhaltliche Veränderungen in Nr. 7 übernommen worden. Die Regelung orientiert sich an den für Spezial-AIF mit festen Anlagebedingungen geltenden Grenzen in § 284 Abs. 4 KAGB.

Zweck: Nach der amtlichen Begr. zum AIFM-StAnpG soll mit der Begrenzung der zulässigen Kreditaufnahme der vermögensverwaltende Charakter der Tätigkeit eines Investmentfonds gewahrt werden (BTDrucks. 18/68, 42). Zudem sollten *Hedgefonds* (§ 283 KAGB) lediglich im Rahmen der mit dem AIFM-StAnpG eingeführten Bestandsschutzregelung (§ 22 Abs. 2 InvStG aF) als Investmentfonds (nach bisherigem Recht) gelten. Im Übrigen sollten *Hedgefonds* nicht mehr als Investmentfonds iSv. § 1 Abs. 1b InvStG aF angesehen werden (vgl. auch § 22 Abs. 2 Satz 5 InvStG aF). Auch diesem Zweck dient die Begrenzung der Kreditaufnahme, da *Leverage* in beträchtlichem Umfang Wesensmerkmal eines *Hedgefonds* ist (vgl. § 283 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KAGB; glA *Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 26 InvStG 2018 Rz. 24). Eine *Hedgefonds*-Strategie dürfte daher im Rahmen eines Spezial-Investmentfonds nicht mehr umsetzbar sein (glA *Gottschling* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 254).

Der Begriff der Kreditaufnahme ist anhand der aufsichtsrechtl. Vorgaben zu ermitteln. Danach wurde dieser Begriff aus Anlegerschutzgründen weit ausgelegt und umfasst alle Vorgänge, die wirtschaftlich zu einer Fremdfinanzierung von Anlagen im Sondervermögen führen. Es muss keine Darlehensaufnahme im klassischen Sinne vorliegen. Auch eine Kontoüberziehung kann Kreditaufnahme sein (BaFin v. 1.12.2009 – WA 41 - Wp 2136 - 2008/0053, Fragenkatalog zu § 53 InvG aF Rz. II.1; aA *Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 26 InvStG 2018 Rz. 25; *Gottschling* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 255). Valutarische Sollsalden bei Wertpapiergeschäften oder sog. *Back-to-Back*-Darlehen beim Erwerb von Fremdwährungen stellen hingegen keine Kreditaufnahme dar (BaFin v. 1.12.2009 – WA 41 - Wp 2136 - 2008/0053, Fragenkatalog zu § 53 InvG aF Rz. II.2 und 3). Der Einsatz von Derivaten, Wertpapier-Darlehen oder andere Arten der Hebelfinanzierung (zB Leerverkäufe) stellen hingegen keine Kreditaufnahme dar (Arg. § 1 Abs. 19 Nr. 25 Satz 1 KAGB; glA *Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 26 InvStG 2018 Rz. 25; *Jetter/Mager* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 139 [6/2019]; *Gottschling* in *Moritz/Jesch/Mann*,

2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 255; *Patzner/Kempff* in *Patzner/Döser/Kempff*, Investmentrecht, 3. Aufl. 2017, § 1 InvStG aF Rz. 92; ebenso BaFin v. 1.12.2009 – WA 41 - Wp 2136 - 2008/0053, Fragenkatalog zu § 53 InvG aF Rz. II.1 zum bisherigen Recht). Der Begriff der Kreditaufnahme ist daher enger als der des *Leverage* iSv. § 1 Abs. 19 Nr. 25 KAGB (*Krause* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 284 KAGB Rz. 25 [11/2016]). Eine Kreditaufnahme auf der Ebene von nachgeschalteten Gesellschaften wird hingegen nicht von Nr. 7 erfasst (*Jetter/Mager* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 143 [6/2019]; *Gottschling* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 252).

Kurzfristige Kredite (Nr. 7 Satz 1, Satz 2 Halbs. 1) dürfen von sämtlichen Spezial-Investmentfonds nur bis zur Höhe von 30 % ihres Werts aufgenommen werden. Kurzfristig sind dabei Kredite mit einer Laufzeit von bis zu einem Jahr (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.40; glA BaFin v. 1.12.2009 – WA 41 - Wp 2136 - 2008/0053, Fragenkatalog zu § 53 InvG aF Rz. II.8). Spezial-Investmentfonds, die in Immobilien investieren, brauchen die weiteren Vorgaben von § 254 KAGB (ggf. iVm. § 284 Abs. 4 Satz 2 Halbs. 1 KAGB) für stl. Zwecke nicht zu beachten.

Langfristige Kredite (Nr. 7 Satz 2 Halbs. 2) dürfen nur von Spezial-Investmentfonds, die in Immobilien investieren, und nur bis zur Höhe von 60 % (bis zum Inkrafttreten des FoStoG 50 %) des Verkehrswerts (Bruttowert, vgl. *Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 26 InvStG 2018 Rz. 26) der unmittelbar oder mittelbar gehaltenen Immobilien aufgenommen werden. Es muss sich aufgrund des eindeutigen Wortlauts nicht um Immobilienfonds iSv. § 2 Abs. 9 handeln. Es genügt, wenn nach den Anlagebedingungen in Immobilien investiert wird (glA *Jetter/Mager* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 144 [6/2019]; *Bödecker* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 26 Rz. 278 [12/2020]; *Gottschling* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 364; aA *Wenzel* in *Blümich*, § 26 InvStG 2018 Rz. 50 [11/2019]). Es sollte uE aber auch die Anlage in Immobilien-Gesellschaften erfasst sein, zumal bei der Ermittlung der 50 %-Grenze auch der Wert der mittelbar gehaltenen Immobilien zu berücksichtigen ist (so ausdrücklich auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.40). Die weiteren Vorgaben von § 254 KAGB (ggf. iVm. § 284 Abs. 4 Satz 2 Halbs. 1 KAGB) brauchen auch bei langfristigen Krediten für stl. Zwecke nicht beachtet zu werden. Zwar wurde die Regelung in Nr. 5 Satz 2 im Hinblick auf Infrastruktur-Projektgesellschaften erweitert und auch die Anhebung der Grenze auf 60 % in Nr. 7 Satz 2 Halbs. 2 geht auf die aufsichtsrechtliche Anpassung in § 284 Abs. 4 Satz 3 KAGB zurück. Allerdings gilt die aufsichtsrechtliche Regelung auch nach den Änderungen durch das FoStoG nur in Bezug auf Immobilien.

56–59 Einstweilen frei.

60 J. Erläuterungen zu Nr. 8: Anlegerbezogene Beschränkungen

Mit Nr. 8 sollen die bislang für Spezial-Investmentfonds gem. § 15 Abs. 1 Satz 1 und § 16 Satz 1 InvStG aF geltenden Anforderungen in das neue Recht übernommen werden. Grundlegend neu sind hingegen die Regelungen zur mittelbaren Beteiligung über PersGes., für die ergänzend § 28 Abs. 1 zu beachten ist, und zur Beteiligung natürlicher Personen. Nr. 8 wird ferner durch § 28 Abs. 2 betr. die Führung des Anteilsregisters und Nr. 9 iVm. § 28 Abs. 3 ergänzt. Letztere regeln die

Folgen einer Überschreitung der zulässigen Anlegerzahl oder der unzulässigen Beteiligung natürlicher Personen.

100-Anleger-Grenze (Nr. 8 Satz 1):

Körperschaften und natürliche Personen: Der Begriff des Anlegers in Nr. 8 Satz 1 umfasst nur Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen iSd. KStG und natürliche Personen. Die entgegenstehenden Ausführungen zu natürlichen Personen in BTDrucks. 18/8045, 95 sind irreführend: Der Begriff „Anleger“ wird in Nr. 8 Satz 1 neutral verwendet. Dass natürliche Personen sich nur unter bestimmten Voraussetzungen beteiligen dürfen, ergibt sich erst aus Nr. 8 Satz 2. Investmentfonds iSd. Kapitels 2 sind uE zulässige Anleger, auch wenn an ihnen natürliche Personen beteiligt sind.

Personengesellschaften sind hingegen – anders als im bisherigen Recht (vgl. dazu *Lübbehüsen* in *Berger/Steck/Lübbehüsen*, 2010, § 15 Rz. 12f. mwN) – für Zwecke der 100-Anleger-Grenze kein Anleger (Zählobjekt) mehr. Vielmehr wird auf die an der PersGes. beteiligten Körperschaften und natürlichen Personen „durchgeschaut“ und diese jeweils als ein Anleger gezählt (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.41; *Gottschling* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 268). Dies gilt auch für optierende PersGes. ISv. § 1a KStG (vgl. § 2 Abs. 16). Bei vermögensverwaltenden PersGes. steht dies zwar im Einklang mit § 2 Abs. 10, weil bei diesen gem. § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO die Spezial-Investmentanteile anteilig ihren Gesellschaftern zuzurechnen sind (sog. Bruchteilsbetrachtung). Gleichwohl soll die Beteiligung im PV gerade die Ausnahme sein (s. „Beteiligung natürlicher Personen (Nr. 8 Satz 2)“). In dem praktisch wichtigeren Fall der gewerblichen PersGes. dürfte daher ein von § 2 Abs. 10 abweichendes Verständnis vorliegen (glA *Jetter/Mager* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 150 [6/2019]). Der Wortlaut erfasst auch mehrstufige PersGes.-Strukturen (s. dazu auch § 28 Anm. 5).

Beteiligung natürlicher Personen (Nr. 8 Satz 2): Anders als im bisherigen Recht ist die Beteiligung natürlicher Personen an Spezial-Investmentfonds jedenfalls im Grundsatz zulässig, und zwar sowohl eine unmittelbare als auch eine mittelbare über PersGes. Die Beteiligungsmöglichkeiten natürlicher Personen unterliegen jedoch vielfältigen Einschränkungen. Zusammengefasst soll eine Beteiligung natürlicher Personen an Spezial-Investmentfonds grds. nur im BV zulässig sein. Eine Beteiligung im PV soll hingegen nur in Ausnahmefällen zulässig sein. Angesichts der Regelung in § 34 Abs. 2 Satz 1, insbes. des Ausschlusses des Abgeltungsteuertarifs (§ 32d EStG; s. § 34 Anm. 10), erscheint es allerdings fraglich, warum Beteiligungen im PV nur unter derart eingeschränkten Voraussetzungen zulässig sein sollen.

Hält eine natürliche Personen Spezial-Investmentanteile im Betriebsvermögen (Nr. 8 Satz 2 Buchst. a), ist dies ohne weitere Einschränkungen zulässig. Dies gilt zunächst für das unmittelbare Halten der Anteile (glA *Wenzel* in *Blümich*, § 26 InvStG 2018 Rz. 55 [11/2019]), was in der Praxis ggf. nur schwer abzubilden ist. Erfasst ist aber auch das mittelbare Halten der Anteile im BV einer gewerblichen (ggf. auch gewerblich geprägten) PersGes., was der Gesetzgeber offenbar als den Regelfall ansieht (vgl. BTDrucks. 18/8045, 95). Der Wortlaut steht dem nicht entgegen (*Gottschling* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 276; aA *Neumann*, DB 2016, 1779). Die Anteile müssen nicht im BV der natürlichen Person gehalten werden, sondern lediglich von der natürlichen Person in einem BV. Dies kann auch das BV einer PersGes. sein, an der die natürliche Person beteiligt ist, denn PersGes. sind für Zwecke der Nr. 8 keine Anleger (glA *Jetter/Mager* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 152 [6/2019]).

Aufsichtsrechtliche Regelungen (Nr. 8 Satz 2 Buchst. b): Ist die Beteiligung natürlicher Personen aufgrund aufsichtsrechtl. Regelungen zwingend erforderlich, können sie Spezial-Investmentanteile steuerunschädlich – unmittelbar oder mittelbar (vgl. *Wenzel in Blümich*, § 26 InvStG 2018 Rz. 56 [11/2019]) – und ggf. auch im PV, allerdings unter Beachtung von § 34 Abs. 2 Satz 1, halten. Die amtliche Begr. nennt hier den Fall, dass eine Vergütung der Fondsverwalter zumindest teilweise zwingend in Anteilen am Spezial-Investmentfonds zu erfolgen hat (vgl. BTDrucks. 18/8045, 96).

Bestandsgeschützte Alt-Anteile (Nr. 8 Satz 2 Buchst. c): Schließlich gibt es noch einen zeitlich gestaffelten Bestandsschutz für Spezial-Investmentanteile, die von natürlichen Person vor dem 9.6.2016 (Beschlussfassung des BTag über das InvSt-RefG) mittelbar erworben wurden.

- ▶ *Unzulässige Anteile im Privatvermögen:* Dies betrifft uE allerdings nur Anteile, die unzulässigerweise im PV gehalten werden. Wurden oder werden die Anteile im BV gehalten oder erfüllen sie die Voraussetzungen von Nr. 8 Satz 2 Buchst. b, können sie unabhängig von ihrem Erwerbszeitpunkt zeitlich unbegrenzt gehalten werden (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.43).
- ▶ *Mittelbare Beteiligung:* Erfasst wird nur die mittelbare Beteiligung von natürlichen Personen im PV. Das bezieht sich uE nur auf die mittelbare Beteiligung über (vermögensverwaltende) PersGes. Die mittelbare Beteiligung über KapGes. oder Investmentfonds iSd. Kapitels 2 ist hingegen nicht von der Bestandsschutzregelung erfasst (glA *Jetter/Mager in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 147 [6/2019]; *Gottschling in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 280; *Bödecker in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 26 Rz. 284 [12/2020]).
- ▶ *Kein Spezial-Investmentfonds im Erwerbszeitpunkt:* Es ist nicht erforderlich, dass der betreffende Spezial-Investmentfonds die Voraussetzungen nach §§ 26–28 bereits im Erwerbszeitpunkt eingehalten hat (glA *Wenzel in Blümich*, § 26 InvStG 2018 Rz. 57 [11/2019]; *Jetter/Mager in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 155 [6/2019]).
- ▶ *Gesetzesbeschluss der Bundesregierung:* Der Bestandsschutz differenziert sodann weiter danach, ob die Anteile vor dem 24.2.2016, dh. dem Gesetzesbeschluss der BReg. zum InvStRefG (dann Bestandsschutz bis 1.1.2030, Nr. 8 Satz 2 Buchst. c Satz 3) oder ab dem 24.2.2016, aber vor dem 9.6.2016 erworben wurden (dann Bestandsschutz bis zum 1.1.2020, Nr. 8 Satz 2 Buchst. c Satz 2).
- ▶ *Bei unterschiedlichen Erwerbszeitpunkten* ist der Bestandsschutz getrennt für die jeweiligen Anteile zu bestimmen (*Wenzel in Blümich*, § 26 InvStG 2018 Rz. 58 [11/2019]). Die mittelbare Beteiligung muss allerdings zum jeweiligen Zeitpunkt bestanden haben. War zum relevanten Zeitpunkt nur die PersGes. beteiligt, erwirbt die natürliche Person jedoch erst danach einen Anteil an der PersGes., ist die mittelbare Beteiligung erst zum letztgenannten Zeitpunkt begründet und ggf. unzulässig (*Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 26 InvStG 2018 Rz. 28; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.43).
- ▶ *Gesamtrechtsnachfolger:* Der Bestandsschutz gilt auch für Gesamtrechtsnachfolger, also im Fall des Todes, nicht jedoch im Rahmen der Einzelrechtsnachfolge (Nr. 8 Satz 2 Buchst. c Satz 3; *Gottschling in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 283).
- ▶ *Die Besteuerung der Spezial-Investererträge* erfolgt während des Bestandsschutzes zwar im PV. Aufgrund von § 34 Abs. 2 Satz 1 ist allerdings insbes. der

Abgeltungsteuertarif (§ 32d EStG) ausgeschlossen (s. im Einzelnen § 34 Anm. 10).

Einstweilen frei.

61–64

K. Erläuterungen zu Nr. 9: Sonderkündigungsrecht

65

Nr. 9 ergänzt Nr. 8 und fordert ein Sonderkündigungsrecht bei Verstößen gegen Nr. 8. Nr. 9 wird durch § 28 Abs. 3 ergänzt. Nr. 9 ist indes nicht Rechtsgrundlage für das Sonderkündigungsrecht. Dieses muss sich vielmehr aus den Anlagebedingungen ergeben (glA *Jetter/Mager* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 158 [6/2019]; *Gottschling* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 288; *Bödecker* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 26 Rz. 293 [3/2021]; aA *Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 26 InvStG 2018 Rz. 29).

Kündigungsgründe: Das Sonderkündigungsrecht muss für den Fall bestehen, dass die zulässige Anlegerzahl überschritten wird oder natürliche Personen unzulässigerweise beteiligt sind. Der Spezial-Investmentfonds kann weitere Kündigungsgründe vorsehen.

Inhalt des Sonderkündigungsrechts: Das Gesetz enthält keine Vorgaben zum Inhalt des Sonderkündigungsrechts. Vor dem Hintergrund des Zwecks der Vorschrift muss es darauf gerichtet sein, die Mitgliedschaft eines unzulässigerweise beteiligten Anlegers zu beenden. Eine vollständige Auflösung des Spezial-Investmentfonds ist nicht erforderlich (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.44). Keine Vorgaben existieren hinsichtlich Fristen und Termine. Eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund dürfte nicht ohne Weiteres möglich sein. Übliche Fristen (bis zu sechs Monate) und Termine (zB zum Quartals- oder Halbjahresende) sind zu akzeptieren. Gegebenenfalls sind auch weitergehende Vorgaben zu berücksichtigen, die sich aus dem anwendbaren Zivil- und Aufsichtsrecht ergeben. Nicht geregelt ist ebenfalls, ob und inwieweit der Anleger abzufinden ist. Auch insoweit sollte auf das anwendbare Zivil- und Aufsichtsrecht zurückgegriffen werden (vgl. auch *Jetter/Mager* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 161 [6/2019]; *Gottschling* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 290 f.).

Sonstige Maßnahmen: § 28 Abs. 3 gestattet auch „sonstige Maßnahmen“, um die zulässige Anlegerzahl und Anlegerzusammensetzung wiederherzustellen. Derartige „sonstige Maßnahmen“, mit denen die Vorgaben von Nr. 8 wieder hergestellt werden können, zB die zwangsweise Rücknahme oder Übertragung des Anteils auf einen anderen (zulässigen) Anleger (s. § 28 Anm. 15), sollten uE als milderes Mittel akzeptiert werden, so dass bei Vorhandensein derartiger „sonstiger Maßnahmen“ die Vorgaben von Nr. 9 auch ohne ein förmliches Sonderkündigungsrecht erfüllt sind (glA *Jetter/Mager* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 160 [6/2019]). Nicht ausreichend (wenngleich stl. unschädlich und empfehlenswert) sind präventive Maßnahmen, die dazu dienen, die Überschreitung der zulässigen Anlegerzahl oder die Beteiligung unzulässiger Anleger zu vermeiden. Nr. 9 fordert Maßnahmen, mit denen nachträglich eingetretene Umstände korrigiert werden können (*Gottschling* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 292).

Wirksamkeit: Das Sonderkündigungsrecht oder die sonstigen Maßnahmen müssen dabei so ausgestaltet sein, dass sie nach dem anwendbaren Recht, insbes. dem einschlägigen Zivil- und Aufsichtsrecht, zulässig sind und wirksam ausgeübt wer-

den können (vgl. auch *Wenzel in Blümich*, § 26 InvStG 2018 Rz. 62 [11/2019]). Insbesondere muss es auch bei mittelbaren Beteiligungen über PersGes. greifen.

Die Ausübung des Sonderkündigungsrechts in den gesetzlich geforderten Fällen richtet sich nach § 28 Abs. 3 (s. § 28 Anm. 15).

66–69 Einstweilen frei.

70 L. Erläuterungen zu Nr. 10: Anlagebedingungen

Regelung in den Anlagebedingungen: Nach Nr. 10 müssen die Anlagebestimmungen aus den Anlagebedingungen hervorgehen. Eine ähnliche Regelung sah bereits § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 9 InvStG aF vor. Unter den Begriff „Anlagebestimmungen“ fallen aufgrund der Legaldefinition im Einleitungssatz von § 26 sämtliche Vorgaben in Nr. 1–9. Was als Anlagebedingungen gilt, ergibt sich aus § 2 Abs. 12 (s. § 2 Anm. 23). Hierunter sollten auch *Side Letters* zu fassen sein (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.48; glA *Bindl/Mager*, BB 2016, 2711 [2719], s. aber § 2 Anm. 23). Es sollte uE ausreichend sein, wenn sich die Anlagebestimmungen im Auslegungswege ermitteln lassen; ggf. muss auf das einschlägige Aufsichtsrecht zurückgegriffen werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.45; *Jetter/Mager in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 168 [6/2019]; *Gottschling in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 301; aA *Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 26 InvStG 2018 Rz. 30). Das rein tatsächliche Einhalten der Anlagebestimmungen, ohne dass entsprechende Regelungen in den Anlagebedingungen existieren, genügt hingegen nicht (*Helios/Mann*, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 19). Letztlich kann daher nur empfohlen werden, die Anforderungen von § 26 so genau wie möglich in den Anlagebedingungen wiederzugeben, um einen ungewollten Statuswechsel zu vermeiden. Ein bloßer Verweis auf § 26 ist nicht ausreichend (*Jetter/Mager in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 168 [6/2019]; *Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 26 InvStG 2018 Rz. 30).

Übergangserleichterung: Die FinVerw. beanstandet es nicht, wenn ein Investmentfonds die Anlagebestimmungen tatsächlich einhält, seine Anlagebedingungen aber erst bis zum 30.6.2018 an die Vorgaben von § 26 angepasst hat. Finanzinformationsdienstleister und Entrichtungspflichtige durften sich bis zu diesem Zeitpunkt auf eine entsprechende Eigenerklärung des Investmentfonds (Selbstdeklaration als Spezial-Investmentfonds) verlassen und den betreffenden Investmentfonds als Spezial-Investmentfonds behandeln (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.46).

71–74 Einstweilen frei.

75 M. Keine eigenständige Rechtsfolge des § 26

Als bloße Definitionsvorschrift hat § 26 keine eigenständige Rechtsfolge. Liegen die Voraussetzungen von § 26 vor, ist der betreffende Investmentfonds ein Spezial-Investmentfonds und es gelten die Besteuerungsregeln des Kapitels 3 sowie die Besteuerungsregeln des Kapitels 2, die ausdrücklich für anwendbar erklärt werden (vgl. § 25). Die Folgen von Verstößen gegen die Voraussetzungen von § 26 sind in § 52 geregelt.

§ 27 Rechtsformen von inländischen Spezial-Investmentfonds

idF des InvStG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731)

Inländische Spezial-Investmentfonds können gebildet werden

1. in Form eines Sondervermögens nach § 1 Absatz 10 des Kapitalanlagegesetzbuchs oder
2. in Form einer Investmentaktiengesellschaft mit veränderlichem Kapital nach § 108 des Kapitalanlagegesetzbuchs.

Autor: Ronald *Buge*, Rechtsanwalt, POELLATH, Berlin

Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu		B. Erläuterungen zu § 27: Rechts-	
§ 27	1	formzwang	5

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 27

1

Grundinformation: § 27 regelt die zulässigen Rechtsformen für inländ. Spezial-Investmentfonds.

Rechtsentwicklung: § 27 beruht inhaltlich im Wesentlichen auf § 1 Abs. 1f InvStG aF. Die offene Investmentkommanditgesellschaft ist allerdings ausschließlich die für Altersvorsorgevermögensfonds zulässige Rechtsform (vgl. § 53 Abs. 1), was im Erg. aber der bisherigen Rechtslage entspricht (vgl. § 1 Abs. 1f Nr. 3 InvStG aF).

Bedeutung: § 27 ergänzt § 26 im Hinblick auf die zulässigen Rechtsformen inländ. Spezial-Investmentfonds. Aufgrund der Vorgaben des § 26 Nr. 1 und 2 (Investmentaufsicht, Rückgaberecht) dürfte allerdings ohnehin idR nur diese Rechtsformen bei inländ. Spezial-Investmentfonds in Betracht kommen. Anders kann dies sein, wenn Investmentfonds iSv. § 1 Abs. 2 Satz 2 als Spezial-Investmentfonds genutzt werden sollen oder bei lediglich registrierten Verwaltungsgesellschaften (§ 2 Abs. 4, 4a, 5 KAGB), wobei sich insoweit die Frage stellt, ob dann noch das Merkmal der Investmentaufsicht (s. dazu § 26 Anm. 10) erfüllt ist (*Jetter/Mager in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 27 Rz. 13 f, 16 [6/2019]; *Jesch in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 27 Rz. 9).

Verhältnis zu anderen Vorschriften:

- ▶ *Verhältnis zu § 26:* Die Vorgaben von § 27 gehören zwar nicht zu den „Anlagebestimmungen“ iSv. § 26, sind aber ebenso wie diese konstitutive Merkmale eines inländ. Spezial-Investmentfonds.
- ▶ *Verhältnis zu § 52:* In dem – eher theoretischen – Fall, dass nachträglich gegen die Vorgaben von § 27 verstoßen wird, sollte uE § 52 entsprechend angewendet werden.
- ▶ *Verhältnis zu § 53:* Nach § 53 Abs. 1 Nr. 2 muss ein Altersvorsorgevermögensfonds zwar die „Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds“ erfüllen. Hierzu

zählt jedoch nicht § 27. Zulässige Rechtsform eines Altersvorsorgevermögensfonds ist ausschließlich die offene Investmentkommanditgesellschaft (s. § 53 Anm. 5).

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich:* § 27 gilt nur für inländ. Spezial-Investmentfonds.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* Wie das gesamte neugefasste InvStG gilt § 27 ab dem 1.1.2018 (Art. 11 Abs. 3 InvStRefG).

2–4 Einstweilen frei.

5 B. Erläuterungen zu § 27: Rechtsformzwang

Inländische Spezial-Investmentfonds: § 27 betrifft nur inländ. Spezial-Investmentfonds. Ausländische Spezial-Investmentfonds fallen nicht unter diese Vorschrift und können demzufolge in jeder Rechtsform gebildet werden. Die Abgrenzung zwischen in- und ausländ. Spezial-Investmentfonds richtet sich nach § 2 Abs. 2 und 3 (s. § 2 Anm. 6f.).

Sondervermögen (Nr. 1): Spezial-Investmentfonds können zum einen in der Form eines Sondervermögens iSv. § 1 Abs. 10 KAGB gebildet werden. Näheres zu Organisation und Struktur des Sondervermögens ergibt sich aus den §§ 92ff. KAGB. Anders als nach bisherigem Recht (vgl. § 1 Abs. 1f Nr. 1 Buchst. a–c InvStG aF) bestehen keine Anforderungen mehr an die Ansässigkeit der Verwaltungsgesellschaft (*Jetter/Mager in Beckmann/Scholtz/Vollmer, § 27 Rz. 7 [6/2019]; Bödecker in Bödecker/Ernst/Hartmann, BeckOK, § 27 Rz. 1 [3/2021]*). Das Sondervermögen kann daher – soweit aufsichtsrechtl. zulässig – insbes. auch durch eine ausländ. AIF-Verwaltungsgesellschaft iSv. § 1 Abs. 18 KAGB verwaltet werden.

Investment-AG mit veränderlichem Kapital (Nr. 2): Zulässige Rechtsform für Spezial-Investmentvermögen kann zum anderen eine Investment-AG mit veränderlichem Kapital iSv. § 108 KAGB sein. Der gegenüber dem bisherigen Recht geänderte Verweis (vgl. § 1 Abs. 1f Nr. 2 InvStG aF: „Kapitel 1 Abschnitt 4 Unterabschnitt 3 des KAGB“) bedeutet keine inhaltliche Änderung.

Teilfonds bzw. Teilgesellschaftsvermögen haben die Rechtsform des Gesamtorganismus, dessen Teil sie sind (*Jetter/Mager in Beckmann/Scholtz/Vollmer, § 27 Rz. 18 [6/2019]*).

Rechtsfolge: Ebenso wie § 26 enthält § 27 keine unmittelbare Rechtsfolge. Ein als Sondervermögen oder Investment-AG mit veränderlichem Kapital errichteter Spezial-Investmentfonds unterliegt den Besteuerungsregeln des Kapitels 3. Der Fin-Verw. steht insoweit kein materielles Prüfungsrecht zu (*Wenzel in Blümich, § 27 InvStG 2018 Rz. 8 [11/2019]*). Umgekehrt unterliegt ein in einer anderen Rechtsform gebildetes inländ. Investmentvermögen auch dann nicht den Besteuerungsregeln des Kapitels 3, wenn es im Übrigen die Voraussetzungen von § 26 erfüllt.

Nachträglicher Verstoß? Fraglich ist, ob nachträgliche Verstöße gegen § 27 denkbar sind. Dies würde letztlich einen identitätswahrenden Wechsel der Rechtsform bedeuten, der allenfalls bei einer Investment-AG denkbar ist. Es ist allerdings bereits ungeklärt, ob die §§ 190ff. UmwG auf die Investment-AG überhaupt anwendbar sein können. Sofern dies der Fall wäre, sollte uE § 52 analog angewendet werden (glA *Jetter/Mager in Beckmann/Scholtz/Vollmer, § 27 Rz. 17 [6/2019]; Jesch in Moritz/Jesch/Mann, 2. Aufl. 2020, § 27 Rz. 4, 10*).

§ 28 Beteiligung von Personengesellschaften

idF des InvStG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731)

(1) ¹Personengesellschaften, die unmittelbar oder mittelbar über andere Personengesellschaften Anleger eines Spezial-Investmentfonds sind, haben dem Spezial-Investmentfonds innerhalb von drei Monaten nach einem Erwerb des Spezial-Investmentanteils den Namen und die Anschrift ihrer Gesellschafter mitzuteilen. ²Die Personengesellschaft hat dem Spezial-Investmentfonds Änderungen in ihrer Zusammensetzung innerhalb von drei Monaten anzuzeigen.

(2) Der gesetzliche Vertreter des Spezial-Investmentfonds hat die unmittelbar und mittelbar über Personengesellschaften beteiligten Anleger spätestens sechs Monate nach dem Erwerb eines Spezial-Investmentanteils in einem Anteilsregister einzutragen.

(3) Erlangt der Spezial-Investmentfonds Kenntnis von einer Überschreitung der zulässigen Anlegerzahl oder von der Beteiligung natürlicher Personen, die nicht die Voraussetzungen des § 26 Nummer 8 erfüllen, so hat er unverzüglich sein Sonderkündigungsrecht auszuüben oder sonstige Maßnahmen zu ergreifen, um die zulässige Anlegerzahl und Anlegerzusammensetzung wiederherzustellen.

Autor: Ronald *Buge*, Rechtsanwalt, POELLATH, Berlin

Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 28	1	C. Erläuterungen zu Abs. 2: Anteilsregister	10
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Mitteilungspflichten von Personengesellschaften	5	D. Erläuterungen zu Abs. 3: Ausübung des Sonderkündigungsrechts	15

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 28

1

Grundinformation: § 28 ergänzt die Vorgaben von § 26 Nr. 8 zur zulässigen Anlegerzahl und von § 26 Nr. 9 zum Sonderkündigungsrecht. Die amtl. Überschrift ist missverständlich. Insbesondere Abs. 2 und Abs. 3 betreffen auch und vornehmlich die unmittelbare Beteiligung (vgl. auch *Jesch in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 28 Rz. 1). Abs. 1 regelt die Pflicht einer PersGes., dem Spezial-Investmentfonds die Zahl ihrer unmittelbar oder mittelbar über weitere PersGes. beteiligten Gesellschafter mitzuteilen. Abs. 2 verpflichtet die gesetzlichen Vertreter (§ 3) eines Spezial-Investmentfonds, ein Anteilsregister zu führen. Abs. 3 regelt Modalitäten der Ausübung des Sonderkündigungsrechts gem. § 26 Nr. 9.

Rechtsentwicklung: Die Vorschrift ist neu und hat keinen Vorgänger im InvStG aF.

Bedeutung: § 28 regelt bestimmte Pflichten, die es dem Spezial-Investmentfonds und der FinVerw. ermöglichen sollen, die Zahl und Zusammensetzung der Anleger, auch und gerade bei mittelbarer Beteiligung über (ggf. mehrere) PersGes. zu

überprüfen. Sie statuiert ferner eine Pflicht zur Ausübung des Sonderkündigungsrechts.

Verhältnis zu anderen Vorschriften:

- ▶ *Verhältnis zu § 2:* Nach § 2 Abs. 16 gelten optierende PersGes. iSv. § 1a KStG für Zwecke von § 28 nicht als KapGes. Sie sind also für Zwecke von § 28 weiterhin als PersGes. zu betrachten.
- ▶ *Verhältnis zu § 5:* § 28 dient auch dazu, der FinVerw. die Prüfung der Voraussetzungen für eine Besteuerung als Spezial-Investmentfonds (§ 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2) zu ermöglichen (vgl. BTDrucks. 18/8045, 97).
- ▶ *Verhältnis zu § 26:* § 28 ergänzt und konkretisiert § 26 Nr. 8 und 9.
- ▶ *Verhältnis zu § 52:* Verstöße gegen § 28 ziehen nicht die Rechtsfolgen des § 52 nach sich, auch wenn sie wesentlich sind. § 28 Abs. 3 kann aber Bedeutung bei der Frage erlangen, ob die Nichtausübung des Sonderkündigungsrechts einen wesentlichen Verstoß darstellt (s. § 52 Anm. 5).
- ▶ *Verhältnis zu § 53:* Die Pflichten aus § 28 gelten auch für Altersvorsorgevermögensfonds und deren Anleger (§ 53 Abs. 3 Satz 1). Anleger eines Altersvorsorgevermögensfonds müssen jedoch darüber hinaus eine Bestätigung gem. § 53 Abs. 2 im Hinblick auf die Voraussetzungen von § 53 Abs. 1 Nr. 1 vorlegen.
- ▶ *Verhältnis zu § 55:* Nach § 55 werden vorsätzliche oder leichtfertige Verstöße gegen § 28 als Ordnungswidrigkeiten geahndet.

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich:* § 28 gilt für in- und ausländ. Spezial-Investmentfonds sowie gem. § 53 für Altersvorsorgevermögensfonds und deren Anleger.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* Wie das gesamte neugefasste InvStG gilt § 28 ab dem 1.1.2018 (Art. 11 Abs. 3 InvStRefG).

2–4 Einstweilen frei.

5 B. Erläuterungen zu Abs. 1: Mitteilungspflichten von Personengesellschaften

Personengesellschaft als Anleger: Da § 28 Abs. 1 dem Zweck dient, dem Spezial-Investmentfonds die Einhaltung der 100-Anleger-Grenze in § 26 Nr. 8 zu ermöglichen (vgl. BTDrucks. 18/8045, 97), ist die Formulierung zumindest im Hinblick auf gewerbliche PersGes. missverständlich. Nach dem Konzept von § 26 Nr. 8 sind PersGes. gerade keine Anleger (Zählobjekte) iSd. 100-Anleger-Grenze (s. § 26 Anm. 60; *Klusak/Lange in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 28 Rz. 3 [6/2019]; *Jesch in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 28 Rz. 19). Es geht also um PersGes., die unmittelbar oder mittelbar Spezial-Investmentanteile halten.

Mittelbares Halten: Gemeint ist nur das mittelbare Halten von Spezial-Investmentanteilen durch eine PersGes. über eine andere PersGes. (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 28.2). Das mittelbare Halten von Spezial-Investmentanteilen über eine KapGes. oder eine andere Körperschaft fällt nicht unter Abs. 1 (*Jesch in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 28 Rz. 16; vgl. auch *Skowronek in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 28 Rz. 37 [12/2020]). In diesem Fall ist die KapGes. oder andere Körperschaft Anleger (Zählobjekt) iSd. 100-Anleger-Grenze (s. § 26 Anm. 60).

Optierende PersGes. iSv. § 1a KStG gelten jedoch für Zwecke von § 28 nicht als KapGes., sondern weiterhin als PersGes. (vgl. § 2 Abs. 16). Während die Formulierung in § 26 Nr. 8 im Hinblick auf mehrstufige Personengesellschaftsstrukturen nicht vollkommen klar ist, ergibt sich uE in der Zusammenschau mit Abs. 1 Satz 1, dass für Zwecke der 100-Anleger-Grenze auch durch mehrstufige Personengesellschaftsstrukturen „durchzuschauen“ ist (s. § 26 Anm. 60).

Ausländische Spezial-Investmentfonds/ausländische Personengesellschaften: Die Vorschrift gilt sowohl für in- und ausländ. Spezial-Investmentfonds als auch für daran beteiligte in- und ausländ. PersGes. Ob ein ausländ. Rechtsgebilde für deutsche stl. Zwecke als PersGes. einzustufen ist, ist anhand eines Rechtstypenvergleichs zu bestimmen (vgl. Tabellen 1 und 2 zu BMF v. 24.12.1999 – IV B 4 - S 1300 - 111/99, BStBl. I 1999, 1076). Eine Option gem. § 1a KStG ist hingegen unerheblich (vgl. § 2 Abs. 16).

Rechtsnatur der Meldepflichten: Bei den Meldepflichten des Abs. 1 handelt es sich um öffentlich-rechtl. Pflichten. § 28 begründet keine zivilrechtl. Ansprüche. Zivilrechtliche Ansprüche zumindest gegen die unmittelbar beteiligte PersGes. können sich jedoch aus den Anlagebedingungen, insbes. den Vertragsbedingungen, der Satzung oder dem Gesellschaftsvertrag des Spezial-Investmentfonds ergeben. Aus Sicht des Spezial-Investmentfonds empfiehlt es sich daher, korrespondierende zivilrechtl. Meldepflichten der beteiligten PersGes. und Auskunftsansprüche des Spezial-Investmentfonds gegenüber seinen Anlegern in diese Dokumente aufzunehmen (glA Skowronek in Bödecker/Ernst/Hartmann, BeckOK, § 28 Rz. 44 [12/2020]).

Mitteilungspflicht bei Ersterwerb (Abs. 1 Satz 1):

- ▶ **Mitteilungspflichtiges Ereignis** ist der Erwerb der Spezial-Investmentanteile. Maßgeblich soll dabei das schuldrechtl. Verpflichtungsgeschäft sein (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 28.2; glA Wenzel in Blümich, § 28 InvStG 2018 Rz. 10 [11/2019]; Klusak/Lange in Beckmann/Scholtz/Vollmer, § 28 Rz. 7 [6/2019]; Jesch in Moritz/Jesch/Mann, 2. Aufl. 2020, § 28 Rz. 16). Wegen § 2 Abs. 10 sollte uE der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums maßgeblich sein (glA Skowronek in Bödecker/Ernst/Hartmann, BeckOK, § 28 Rz. 61 [3/2021]). Erwirbt eine PersGes. den Anteil an einer anderen PersGes., die bereits (unmittelbar oder mittelbar) Spezial-Investmentanteile hält, löst dies uE nicht die Mitteilungspflicht nach Satz 1 aus. Zwar dürfte eine Mitteilung vom Zweck der Norm her sinnvoll sein. Angesichts der Bußgeldbewehrung verbietet sich jedoch eine extensive Auslegung. Bei der die Spezial-Investmentanteile bereits haltenden PersGes. wird allerdings eine Anzeigepflicht nach Satz 2 ausgelöst.
- ▶ **Mitteilungspflichtig** ist die PersGes. Der Eintritt des mitteilungspflichtigen Ereignisses löst die Mitteilungspflicht sowohl für die unmittelbar als auch für die mittelbar beteiligte PersGes. aus. Letzteres ist angesichts der Bußgeldbewehrung der Vorschrift nicht unproblematisch, da die bloß mittelbar beteiligte PersGes. möglicherweise keine Kenntnis von ihrer mittelbaren Beteiligung hat. In diesem Fall sollte allerdings auch kein leichtfertiger Pflichtverstoß iSv. § 55 Abs. 1 Nr. 2 vorliegen (glA Klusak/Lange in Beckmann/Scholtz/Vollmer, § 28 Rz. 3 [6/2019]; Skowronek in Bödecker/Ernst/Hartmann, BeckOK, § 28 Rz. 69 [12/2020]).
- ▶ **Inhalt der Mitteilung:** Mitzuteilen sind ausschließlich Name (bei nicht natürlichen Personen die Firma oder sonstige Bezeichnung) und Anschrift (bei nicht natürlichen Personen Geschäftsadresse) der Gesellschafter. Weitere Informationen sind nicht erforderlich, insbes. nicht der für § 26 Nr. 8 durchaus relevante Umstand, ob der Anteil im PV oder im BV gehalten wird (vgl. auch Jesch in Moritz/Jesch/Mann, 2. Aufl. 2020, § 28 Rz. 14). Ferner wird der Spezial-Invest-

mentfonds wegen der Vorgaben für den Inhalt des Anteilsregisters auch die weitergehenden, dort aufzunehmenden Informationen (s. Anm. 10) einfordern müssen. Überdies dürfte er weitergehende Informationen für die Erstellung der Feststellungserklärung (§ 50) benötigen. Insoweit wäre es daher ratsam, eine entsprechende zivilrechtl. Pflicht in den konstituierenden Dokumenten des Spezial-Investmentfonds zu verankern (glA *Wenzel in Blümich*, § 28 InvStG 2018 Rz. 11 [11/2019]; vgl. auch *Jesch in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 28 Rz. 15). Der Begriff des Gesellschafters ist uE zivilrechtl. zu verstehen und umfasst nur unmittelbare Gesellschafter. Ist eine andere PersGes. Gesellschafter, ist nur diese PersGes. als Gesellschafter mitzuteilen. Die andere, mittelbar an dem Spezial-Investmentfonds beteiligte PersGes. ist selbst mitteilungspflichtig (glA *Skowronek in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 28 Rz. 58 [3/2021]).

- ▶ **Adressat der Mitteilung** ist auch bei nur mittelbarer Beteiligung der Spezial-Investmentfonds, dh. dessen gesetzlicher Vertreter (§ 3 Abs. 1 Satz 2). Eine Mitteilung einer mittelbar beteiligten PersGes. lediglich an die unmittelbar beteiligte PersGes. genügt nicht (*Skowronek in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 28 Rz. 60 [3/2021]).
- ▶ **Form der Mitteilung**: Eine Form der Mitteilung ist nicht vorgeschrieben. Die FinVerw. leitet aus der Bußgeldbewehrung (§ 55 Abs. 1 Nr. 2) ein Schriftformanfordernis ab (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 28.2; im Erg. glA *Wenzel in Blümich*, § 28 InvStG 2018 Rz. 10 [11/2019]). Unseres Erachtens lässt sich das aus dem Gesetz nicht ableiten. Mündliche Mitteilungen wären daher zulässig. Gleichwohl ist – nicht zuletzt aus Nachweisgründen – zumindest Textform (§ 126b BGB) empfehlenswert (glA *Klusak/Lange in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 28 Rz. 7 [6/2019]; *Jesch in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 28 Rz. 26; *Skowronek in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 28 Rz. 57 [3/2021]).
- ▶ **Mitteilungsfrist**: Die Mitteilung ist innerhalb von drei Monaten nach Eintritt des mitteilungspflichtigen Ereignisses zu erstatten.

Anzeigepflicht bei Gesellschafterwechsel (Abs. 1 Satz 2):

- ▶ **Anzeigepflichtiges Ereignis** sind Änderungen in der Zusammensetzung der PersGes. Die Formulierung ist missverständlich. Gemeint sind Änderungen im Gesellschafterkreis der PersGes. (BTDruks. 18/8045, 97). Dies umfasst jeden Ein- oder Austritt von Gesellschaftern sowie jede Übertragung eines Gesellschaftersanteils auf einen bislang nicht beteiligten Gesellschafter, und zwar sowohl im Wege der Einzel- als auch der Gesamtrechtsnachfolge. Maßgeblich ist die Rechtswirksamkeit der Änderung (BTDruks. 18/8045, 97). Anteilsübertragungen zwischen bestehenden Gesellschaftern oder sonstige Verschiebungen der Beteiligungsverhältnisse ohne Gesellschafterwechsel sind vor dem Hintergrund der Zwecksetzung (Überwachung der 100-Anlegergrenze gem. § 26 Nr. 8) nicht anzeigepflichtig (glA *Klusak/Lange in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 28 Rz. 8 [6/2019]; anders ggf. bei Formwechsel). Ebenso lösen Änderungen der nach Satz 1 mitteilungspflichtigen Tatsachen, dh. von Name oder Anschrift eines Gesellschafters keine Anzeigepflicht aus (glA *Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 28 InvStG 2018 Rz. 1; *Wenzel in Blümich*, § 28 InvStG 2018 Rz. 11 [11/2019]; *Jesch in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 28 Rz. 28).
- ▶ **Anzeigepflichtig** ist diejenige PersGes., bei der der Wechsel eines unmittelbar beteiligten Gesellschafters eintritt. Ändern sich dadurch bei mehrstufigen Strukturen zugleich mittelbare Beteiligungsverhältnisse, ist diejenige PersGes., bei der nur eine mittelbare Änderung eintritt, nicht anzeigepflichtig.

- ▶ *Inhalt der Anzeige:* Nach dem Gesetzeswortlaut ist die Änderung der Zusammensetzung anzuzeigen. Dies ist missverständlich. Die bloße Anzeige, dass ein Gesellschafterwechsel erfolgt ist, ermöglicht es dem Spezial-Investmentfonds nicht, die Einhaltung der Vorgaben von § 26 Nr. 8 zu prüfen. Man wird hier wohl fordern müssen, dass – ebenso wie bei Satz 1 – Name (bzw. Firma oder sonstige Bezeichnung) und Adresse (bzw. Geschäftsadresse) mitgeteilt werden. Ferner sollten die ausscheidenden Gesellschafter mitgeteilt werden (*Jesch in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 28 Rz. 30). Eine derartige extensive Auslegung des Wortlauts begegnet freilich vor dem Hintergrund der Bußgeldbewehrung (§ 55 Abs. 1 Nr. 3) erheblichen Bedenken. Eine Ahndung von Verstößen sollte daher nur mit äußerster Zurückhaltung erfolgen.
- ▶ *Adressat, Form und Frist der Anzeige:* Es gelten die gleichen Grundsätze wie bei Satz 1.

Rechtsfolgen bei Verstößen:

- ▶ § 52 ist von vornherein nicht anwendbar, da kein Verstoß durch den Spezial-Investmentfonds vorliegt.
- ▶ *Ordnungswidrigkeit:* Vorsätzliche oder leichtfertige Verstöße gegen Abs. 1 können als Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße von bis zu 10 000 € geahndet werden (§ 55 Abs. 1 Nr. 2 und 3, Abs. 2). Namentlich vor dem Hintergrund der unklaren Formulierung hinsichtlich des Inhalts der Anzeige sollte eine Ahndung wegen nicht richtiger oder nicht vollständiger Anzeige (§ 55 Abs. 1 Nr. 3 Var. 2 und 3) nur mit äußerster Zurückhaltung erfolgen. Eine Ahndung wegen der Nichtmitteilung von im Gesetz nicht ausdrücklich genannten Tatsachen ist uE unzulässig. Unzulässig ist ferner eine Ahndung wegen nicht oder nicht rechtzeitig erfolgter Mitteilung bei bloß mittelbarem Erwerb. Geahndet werden können aber ohnehin nur Verstöße, die durch inländ. PersGes. oder gegenüber inländ. Spezial-Investmentfonds begangen wurden (§§ 5, 7 Abs. 1 OWiG). § 370 Abs. 7 AO ist mangels ausdrücklicher Verweisung nicht entsprechend anwendbar.
- ▶ *Zwangmaßnahmen:* Die FinVerw. kann die Abgabe der Mitteilungen bzw. Anzeigen im Verwaltungswege erzwingen (§§ 328 ff. AO). Sie ist dabei allerdings ebenfalls auf den räumlichen Anwendungsbereich der AO beschränkt.
- ▶ *Sonderkündigungsrecht:* Nach Auffassung der FinVerw. soll die Weigerung der PersGes., die Mitteilung bzw. Anzeigen gem. Abs. 1 zu erstatten, dazu führen, dass der Spezial-Investmentfonds das Sonderkündigungsrecht ausüben muss (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 28.3; glA *Wenzel in Blümich*, § 28 InvStG 2018 Rz. 11 [11/2019]; *Skowronek in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 28 Rz. 44, 71 [3/2021]; s. Anm. 15; krit. *Klusak/Lange in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 28 Rz. 6 [6/2019]; *Jesch in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 28 Rz. 33).

Einstweilen frei.

6–9

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Anteilsregister

10

Zweck: Das nach Abs. 2 zu führende Anteilsregister soll es der FinVerw. ermöglichen, die zulässige Anlegerzahl und -zusammensetzung zu prüfen (§ 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2; vgl. BTDrucks. 18/8045, 97). Entgegen der amlt. Überschrift betrifft Abs. 2 nicht nur mittelbare Beteiligungen über PersGes., sondern auch unmittelbare Beteiligungen.

Anteilsregister: Es handelt sich dabei um ein intern zu führendes, nicht öffentliches Verzeichnis (vgl. BTDrucks. 18/8045, 97). Einzutragen sind unmittelbar und mittelbar über PersGes. (ggf. auch mehrstufig) beteiligte Anleger. Auch insoweit gilt uE der Anlegerbegriff des § 26 Nr. 8, dh., die PersGes. als solche ist nicht als Anleger zu verzeichnen. Weitere Vorgaben enthält das Gesetz nicht. Aufzunehmen dürften aber wohl mindestens die nach Abs. 1 mitzuteilenden Tatsachen sein, also Name und Anschrift (bzw. Firma und Geschäftsadresse, s. Anm. 5). Die FinVerw. verlangt darüber hinaus bei inländ. Anlegern Steuernummer sowie Angaben zu einer etwa anwendbaren StBefreiung (anwendbare Rechtsnorm, NV-Art), wobei es bis zum 31.12.2021 nicht beanstandet werden soll, wenn nur Name und Anschrift aufgenommen wird. Ferner sind ausländ. bzw. beschränkt stpfl. Anleger als solche zu kennzeichnen. Schließlich sollen ab dem 1.1.2019 auch die Besitzzeiten sämtlicher Anleger aus dem Anteilsregister hervorgehen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 28.6). Wegen der Bußgeldbewehrung (§ 55 Abs. 1 Nr. 4) ist eine derartig extensive Auslegung allerdings problematisch (glA Klusak/Lange in Beckmann/Scholtz/Vollmer, § 28 Rz. 13 [6/2019]).

Verpflichteter: Zur Führung des Anteilsregisters ist der gesetzliche Vertreter (§ 3) des Spezial-Investmentfonds verpflichtet. Die Regelung ist deklaratorisch, da sämtliche Rechte und Pflichten eines Spezial-Investmentfonds von dessen gesetzlichem Vertreter zu erfüllen sind (vgl. § 3 Abs. 1 Satz 1).

Eintragungsfrist: Die Eintragung muss innerhalb von sechs Monaten nach dem Erwerb des Spezial-Investmentanteils erfolgen. Es kann sich dabei sowohl um einen originären Erwerb im Zuge der Auflegung des Spezial-Investmentfonds als auch um einen derivativen Erwerb nach Veräußerung des Spezial-Investmentanteils handeln. Maßgeblich dürfte wie bei Abs. 1 das schuldrechtl. Verpflichtungsgeschäft sein (so ausdrücklich Wenzel in Blümich, § 28 InvStG 2018 Rz. 16 [11/2019]). Unseres Erachtens erscheint auch insoweit wegen § 2 Abs. 10 der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums der zutreffende Zeitpunkt (s. Anm. 5).

- ▶ **Unmittelbarer Erwerb:** Bei unmittelbarem Erwerb sind sowohl unmittelbar als auch mittelbar über PersGes. beteiligte Anleger einzutragen. Die Frist läuft dabei unabhängig davon, ob die PersGes. ihren Meldepflichten gem. Abs. 1 nachkommt. Kommt die PersGes. ihren Meldepflichten nach Abs. 1 nicht nach und kann der Spezial-Investmentfonds deshalb die mittelbar beteiligten Anleger nicht rechtzeitig in das Anteilsregister eintragen, scheidet eine Ahndung wegen nicht rechtzeitiger Eintragung (§ 55 Abs. 1 Nr. 4 Var. 4) an mangelnder Leichtfertigkeit (glA Klusak/Lange in Beckmann/Scholtz/Vollmer, § 28 Rz. 15 [6/2019]; Jesch in Moritz/Jesch/Mann, 2. Aufl. 2020, § 28 Rz. 44).
- ▶ **Mittelbarer Erwerb:** Bei mittelbaren Anteilerwerben, dh. wenn die Anteile an einer unmittelbar oder mittelbar über weitere PersGes. beteiligten PersGes. übertragen werden, scheidet eine Eintragungspflicht nach dem Wortlaut von Abs. 2 aus. Gleichwohl wäre es vom Zweck der Norm her sinnvoll, das Anteilsregister auch in diesem Fall zu aktualisieren. Angesichts der Bußgeldbewehrung verbietet sich jedoch ebenso wie bei Abs. 1 Satz 1 (s. Anm. 5) eine extensive Auslegung.

Rechtsfolgen bei Verstößen:

- ▶ § 52 ist nicht anwendbar (s. § 52 Anm. 5).
- ▶ **Ordnungswidrigkeit:** Vorsätzliche oder leichtfertige Verstöße gegen Abs. 2 können als Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße von bis zu 10 000 € geahndet

werden (§ 55 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2). Aufgrund der Unklarheiten hinsichtlich der in das Anteilsregister einzutragenden Tatsachen sollte eine Ahndung wegen nicht richtiger oder nicht vollständiger Eintragung (§ 55 Abs. 1 Nr. 4 Var. 2 und 3) nur mit äußerster Zurückhaltung erfolgen. Unzulässig ist eine Ahndung wegen nicht oder nicht rechtzeitig erfolgter Eintragung bei bloß mittelbarem Erwerb (s. „Mittelbarer Erwerb“; glA *Jesch in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 28 Rz. 44). Wegen des räumlichen Geltungsbereichs (s. Anm. 5) können effektiv nur Verstöße von Spezial-Investmentfonds mit inländ. Verwaltern geahndet werden.

- ▶ **Zwangmaßnahmen:** Die FinVerw. kann die ordnungsgemäße Führung des Anteilsregisters im Verwaltungswege erzwingen (§§ 328ff. AO), allerdings ebenfalls nur im räumlichen Anwendungsbereich der AO.

Einstweilen frei.

11–14

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Ausübung des Sonderkündigungsrechts

15

Abs. 3 regelt die Ausübung des Sonderkündigungsrechts gem. § 26 Nr. 9 (s. dazu § 26 Anm. 65).

Gesetzliche Kündigungsgründe: Es müssen die von § 26 Nr. 9 vorgegebenen Kündigungsgründe vorliegen, dh. entgegen § 26 Nr. 8 die zulässige Anlegerzahl überschritten oder Anleger unzulässigerweise beteiligt sein (s. § 26 Anm. 60). Das betrifft – entgegen der missverständlichen amtl. Überschrift – sowohl unmittelbar als auch mittelbar über PersGes. beteiligte Anleger (glA wohl auch *Wenzel in Blümich*, § 28 InvStG 2018 Rz. 22 [11/2019]). Ein Überschreiten der maximalen Anzahl von 100 Anlegern ist unschädlich, soweit das Überschreiten durch Erbfall oder durch vorweggenommene Erbfolge (zB Schenkung) verursacht ist und innerhalb von drei Jahren die zulässige Anlegerzahl wieder hergestellt wird (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.41, 28.7).

Kenntnis: Der Spezial-Investmentfonds (genauer: sein gesetzlicher Vertreter iSv. § 3, vgl. *Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 28 InvStG 2018 Rz. 3) muss positive Kenntnis vom Vorliegen der Kündigungsgründe haben. Bloßes Kennenmüssen (§ 122 Abs. 2 BGB), selbst grob fahrlässige Unkenntnis, genügen nicht. Der gesetzliche Vertreter des Spezial-Investmentfonds kann grds. auf die Angaben der Anleger vertrauen. Eine Nachforschungspflicht trifft ihn nur bei offenkundig fehlerhaften Angaben (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 28.8; *Wenzel in Blümich*, § 28 InvStG 2018 Rz. 20 [11/2019]; *Klusak/Lange in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 28 Rz. 17 [6/2019]; *Jesch in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 28 Rz. 48).

Weitere Kündigungsgründe? Sofern der Spezial-Investmentfonds noch weitere (Sonder-)Kündigungsgründe festgelegt hat, richtet sich deren Ausübung grds. nicht nach Abs. 3. Allerdings soll die Weigerung einer am Spezial-Investmentfonds beteiligten PersGes., die Mitteilungen bzw. Anzeigen nach Abs. 1 zu erstatten, zwingend die Ausübung des Sonderkündigungsrechts gem. Abs. 3 nach sich ziehen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 28.3; *Wenzel in Blümich*, § 28 InvStG 2018 Rz. 11 [11/2019]). Dies ergibt sich uE nicht aus dem Gesetzeswortlaut und ist jedenfalls dann unverhältnismäßig, wenn der Spezial-Investmentfonds auch entspre-

chende zivilrechtl. Ansprüche gegenüber der PersGes. hat und diese auch durchsetzt (s. Anm. 5). Aufgrund der fehlenden gesetzlichen Grundlage wäre allerdings die Ahndung mit einem Bußgeld gem. § 55 Abs. 1 Nr. 5 unzulässig, wenn der Spezial-Investmentfonds in diesem Fall das Sonderkündigungsrecht nicht ausübt (krit. auch *Klusak/Lange* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 28 Rz. 6 [6/2019]; *Jesch* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 28 Rz. 33).

Rechtsfolgen:

- ▶ *Ausübung des Sonderkündigungsrechts:* Das Sonderkündigungsrecht muss ausgeübt werden, dh., der gesetzliche Vertreter des Spezial-Investmentfonds muss die Kündigungserklärung abgeben. Ein Ermessen besteht nicht (*Wenzel* in *Blümich*, § 28 InvStG 2018 Rz. 21 [11/2019]). Die Erklärung muss wirksam abgegeben werden, insbes. sind etwaige Formerfordernisse des anwendbaren Zivil- oder Aufsichtsrechts zu beachten.
- ▶ *Sonstige Maßnahmen:* Abs. 3 lässt daneben nicht näher spezifizierte „sonstige Maßnahmen“ zu. Hierbei kann es sich zB um eine zwangsweise Anteilsrücknahme oder die zwangsweise Übertragung auf einen zulässigen Anleger handeln (*Klusak/Lange* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 28 Rz. 20 [6/2019]). Dies hat uE Ausstrahlungswirkung auf § 26 Nr. 9 (s. § 26 Anm. 65). Auch diese sonstigen Maßnahmen müssen aber wirksam, insbes. formwirksam, ergriffen werden.
- ▶ *Unverzüglich:* Das Sonderkündigungsrecht oder die sonstige Maßnahme muss unverzüglich, dh. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs. 1 Satz 1 BGB, vgl. *Wenzel* in *Blümich*, § 28 InvStG 2018 Rz. 21 [11/2019]; *Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 28 InvStG 2018 Rz. 3), ausgeübt werden. Die Wirksamkeit der Kündigung oder der sonstigen Maßnahme kann auch zu einem späteren Zeitpunkt eintreten, etwa wenn zulässigerweise Fristen und Termine gelten (s. dazu § 26 Anm. 65).
- ▶ *Verstöße:*
 - ▷ § 52: Die Nichtausübung des Sonderkündigungsrechts trotz positiver Kenntnis von der Überschreitung der 100-Anleger-Grenze oder unzulässigen Beteiligung von Anlegern stellt einen wesentlichen Verstoß gegen die Anlagebestimmung des § 26 Nr. 10 dar, der die Rechtsfolgen des § 52 auslöst (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 28.7; glA *Wenzel* in *Blümich*, § 28 InvStG 2018 Rz. 21 [11/2019]).
 - ▷ *Ordnungswidrigkeit:* Wird das Sonderkündigungsrecht oder die sonstige Maßnahme vorsätzlich oder leichtfertig nicht oder nicht rechtzeitig ausgeübt bzw. ergriffen, kann dies mit einer Geldbuße von bis zu 10000 € geahndet werden (§ 55 Abs. 1 Nr. 5). Wegen des räumlichen Geltungsbereichs (s. Anm. 5) können effektiv nur Verstöße von Spezial-Investmentfonds mit inländ. Verwaltern geahndet werden.
 - ▷ *Zwangmaßnahmen:* Die FinVerw. kann die Ausübung des Sonderkündigungsrechts im Verwaltungswege erzwingen (§§ 328 ff. AO), allerdings ebenfalls nur im räumlichen Anwendungsbereich der AO.

§ 29 Steuerpflicht des Spezial-Investmentfonds

idF des InvStG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731)

(1) Die Vorschriften der §§ 6 und 7 für die Besteuerung von Investmentfonds sind auf Spezial-Investmentfonds anzuwenden, soweit sich aus den nachfolgenden Regelungen keine Abweichungen ergeben.

(2) In der Statusbescheinigung nach § 7 Absatz 3 ist der Status als Spezial-Investmentfonds zu bestätigen.

(3) ¹Bei einer Überschreitung der zulässigen Beteiligungshöhe nach § 26 Nummer 6 sind auf den Spezial-Investmentfonds keine Besteuerungsregelungen anzuwenden, die eine über dieser Grenze liegende Beteiligungshöhe voraussetzen. ²Dies gilt auch, wenn in Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung Abweichendes geregelt ist.

(4) Spezial-Investmentfonds sind von der Gewerbesteuer befreit.

Autor: Ronald *Buge*, Rechtsanwalt, POELLATH, Berlin

Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 29	1	D. Erläuterungen zu Abs. 3: Überschreitung der 10 %-Grenze nach § 26 Nr. 6	15
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Entsprechende Anwendung von §§ 6 und 7	5	E. Erläuterungen zu Abs. 4: Gewerbesteuerbefreiung	20
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Statusbescheinigung	10		

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 29

1

Grundinformation zu § 29: Die §§ 29–33 regeln die Besteuerung auf Ebene des Spezial-Investmentfonds. § 29 stellt dabei die Grundnorm dar.

► *Abs. 1* regelt die grundsätzliche KStPflicht des Spezial-Investmentfonds. Insofern sind die Regelungen für einfache Investmentfonds entsprechend anzuwenden. *Abs. 2* regelt die besondere Statusbescheinigung für Spezial-Investmentfonds. *Abs. 3* regelt die materiellen Folgen einer Überschreitung der emittentenbezogenen 10 %-Grenze in § 26 Nr. 6. Die Norm hat allerdings nur einen sehr eingeschränkten Anwendungsbereich (s. Anm. 15). *Abs. 4* regelt die GewSt-Befreiung des Spezial-Investmentfonds.

Rechtsentwicklung des § 29: § 29 greift nur teilweise bisherige Regelungen auf. Die grundsätzliche KStPflicht des Spezial-Investmentfonds stellt eine bewusste Abweichung von der früheren StBefreiung gem. § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG aF dar. *Abs. 2* ist neu und hat keinen Vorgänger im bisherigen Recht. *Abs. 3* Satz 1 übernimmt die bisherige Regelung aus § 1 Abs. 1e InvStG aF. *Abs. 3* Satz 2 hat nur

klarstellende Funktion. Abs. 4 führt die bislang in § 11 Abs. 1 Sätze 2 und 3 InvStG aF enthaltende GewStBefreiung fort.

Bedeutung des § 29: § 29 stellt die Grundnorm für die Besteuerung von Spezial-Investmentfonds dar.

- ▶ *Trennungsprinzip (Intransparenz) als Grundsatz:* Durch den Verweis auf §§ 6 und 7 in Abs. 1 wird zunächst ein Gleichlauf mit den Regelungen für den (einfachen) Investmentfonds hergestellt. Der Spezial-Investmentfonds ist damit insbes. eigenständiges KStSubjekt. Es gilt folglich das Trennungsprinzip, dh., die Besteuerungsebenen des Spezial-Investmentfonds und seiner Anleger sind getrennt zu betrachten; WG oder Einkünfte des Spezial-Investmentfonds werden den Anlegern nicht als eigene WG oder Einkünfte zugerechnet. Dies entspricht der bisherigen Rechtslage (vgl. § 11 Abs. 1 Satz 1 InvStG aF).
- ▶ *(Semi-)Transparenz:* Im Zusammenspiel mit den Regelungen über die Transparenzoption und den StAbzug gem. § 33 iVm. § 50 kann gleichwohl eine effektive StBefreiung auf Ebene des Spezial-Investmentfonds erreicht werden, wie dies nach § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG aF der Fall war. Die semi-transparente Besteuerung auf Anlegerebene erfolgt – wie schon im bisherigen Recht – durch die Besteuerung ausgeschütteter und ausschüttungsgleicher Erträge (s. die Kommentierungen zu §§ 34ff.). Neu ist, dass inländ. Beteiligungseinnahmen (§ 6 Abs. 3) durch die Ausübung der Transparenzoption (§ 30) den Anlegern unmittelbar zugerechnet werden. Hierdurch wird – entgegen dem allgemeinen Grundgedanken des InvStRefG – zwar eine erhöhte Komplexität geschaffen. Diese wird vom Gesetzgeber jedoch für erforderlich erachtet, um europarechtl. Bedenken zu begegnen (vgl. amtliche Begr. in BTDrucks. 18/8045, 97).

Verhältnis des § 29 zu anderen Vorschriften:

- ▶ *Verhältnis zu §§ 6–14:* Abs. 1 erklärt nur §§ 6 und 7 für anwendbar. §§ 8–14 sind nicht anwendbar.
- ▶ *Verhältnis zu § 15:* § 26 enthält einen Rechtsgrundverweis auf § 15 Abs. 2 und 3 (s. § 26 Anm. 5). Die GewStBefreiung in Abs. 4 gilt indes unabhängig davon, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind (s. Anm. 20).
- ▶ *Verhältnis zu § 25:* Abs. 1 ist eine derjenigen Vorschriften, die die Vorschriften des Kapitels 2 auf Spezial-Investmentfonds für anwendbar erklärt.
- ▶ *Verhältnis zu §§ 30–33:* §§ 30–33 enthalten sachliche StBefreiungen, die im Erg. dazu führen, dass auf Ebene des Spezial-Investmentfonds keine effektive Besteuerung erfolgt. Es handelt sich dabei um abweichende Regelungen iSv. Abs. 1 Halbs. 2.
- ▶ *Verhältnis zu §§ 37ff.:* Zwar regeln auch die §§ 37ff. eine Einkünfteermittlung auf Ebene des Spezial-Investmentfonds. Diese Einkünfteermittlung hat jedoch ausschließlich Bedeutung für die – auf Ebene der Anleger zu versteuernden – ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge (§§ 35, 36). Für die Frage, welche Einkünfte auf Ebene des Spezial-Investmentfonds zu versteuern sind, sind ausschließlich die §§ 6, 7 iVm. Abs. 1 maßgeblich (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 29.1, 37.4).
- ▶ *Verhältnis zu § 52:* Während Abs. 3 die materiellen Folgen einer Überschreitung der Anlagegrenze in § 26 Nr. 6 regelt, regelt § 52 die Folgen von Verstößen gegen § 26 Nr. 6.
- ▶ *Verhältnis zu § 53:* § 29 gilt in vollem Umfang für Altersvorsorgevermögensfonds (§ 53 Abs. 3 Satz 1).

- ▶ *Verhältnis zu § 55:* Ordnungswidrig kann auch die Nicht- oder nicht rechtzeitige Rückgabe der besonderen Statusbescheinigung für Spezial-Investmentfonds sein (§ 55 Abs. 1 Nr. 1).

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich:* § 29 gilt für in- und ausländ. Spezial-Investmentfonds sowie gem. § 53 für Altersvorsorgevermögensfonds.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* Wie das gesamte neugefasste InvStG gilt § 29 ab dem 1.1.2018 (Art. 11 Abs. 3 InvStRefG).

Einstweilen frei.

2–4

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Entsprechende Anwendung von §§ 6 und 7 5

Körperschaftsteuersubjekt: Abs. 1 verweist in vollem Umfang auf §§ 6 und 7. Spezial-Investmentfonds sind somit insbes. KStSubjekte – inländ. Spezial-Investmentfonds Zweckvermögen iSv. § 1 Abs. 1 Nr. 5, ausländ. Spezial-Investmentfonds Vermögensmassen iSv. § 2 Nr. 1. Sie sind daher – vorbehaltlich der Ausübung der Transparenzoption und des StAbzugs gem. § 33 iVm. § 50 – mit den in § 6 Abs. 2–5 genannten Einkünften stpfl. Die Einkünfteermittlung richtet sich nach § 6 Abs. 7. Die Bestimmungen der §§ 37 ff. spielen für die Einkünfteermittlung des Spezial-Investmentfonds keine Rolle. Die Einkünfteermittlung gem. §§ 37 ff. muss zusätzlich für Zwecke der Anlegerbesteuerung erfolgen (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 29.2; glA *Haug in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 29 Rz. 24f.). Ebenso müssen für Zwecke der Besteuerung des Spezial-Investmentfonds ein WK-Überhang nach §§ 6 Abs. 8 iVm. § 10d Abs. 4 EStG und daneben für Zwecke der Anlegerbesteuerung nicht ausgeglichene negative Erträge nach § 41 Abs. 2 iVm. § 51 Abs. 1 gesondert festgestellt werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 29.3). Siehe im Übrigen § 6 Anm. 1 ff. und § 7 Anm. 1 ff.

Keine Steuerbefreiung aufgrund steuerbegünstigter Anleger: §§ 8–14 sind nicht auf Spezial-Investmentfonds anwendbar. Haben diese also stbegünstigte Anleger, so kann deren StBefreiung allenfalls durch Ausübung der Transparenzoption bzw. im Rahmen des StAbzugs gem. § 33 iVm. § 50 geltend gemacht werden. Erfolgt dies nicht, ist die Besteuerung eines Spezial-Investmentfonds mit stbegünstigten Anlegern gegenüber der Besteuerung eines (einfachen) Investmentfonds mit stbegünstigten Anlegern nachteilig (glA *Klusak/Lange in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 29 Rz. 4 [10/2019]; *Haug in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 29 Rz. 23).

Einstweilen frei.

6–9

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Statusbescheinigung 10

Besondere Statusbescheinigung: Die nach § 7 Abs. 3 iVm. Abs. 1 zu erteilende Statusbescheinigung muss den besonderen Status als Spezial-Investmentfonds bestätigen. Die FinVerw. muss in diesem Zusammenhang die Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds prüfen. Hierzu muss der Spezial-Investmentfonds Anlagebedingungen und Anteilsregister vorlegen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 29.4).

Wirkung: Sofern der Spezial-Investmentfonds die Transparenzoption nicht geltend macht, wirkt die Statusbescheinigung im Erg. wie die Statusbescheinigung für einen (einfachen) Investmentfonds. Macht der Spezial-Investmentfonds hingegen die Transparenzoption geltend, dient die Statusbescheinigung ausschließlich dazu, gegenüber dem Entrichtungspflichtigen seine Berechtigung zur Geltendmachung der Transparenzoption nachzuweisen. Der Entrichtungspflichtige hat in diesem Fall den StAbzug so vorzunehmen, als ob die Anleger Gläubiger der Kapitalerträge wären (§ 31 Abs. 1 Satz 1).

Übergangserleichterung: Bis einschließlich 30.6.2018 konnte der Spezial-Investmentfonds anstelle der besonderen Statusbescheinigung auch eine eigenhändig unterschriebene Selbstdeklaration verwenden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.46; s. § 26 Anm. 65).

Wegfall der Voraussetzungen/Rückforderung: Fallen die Voraussetzungen für einen Spezial-Investmentfonds weg oder wird die besondere Statusbescheinigung zurückgefordert, ist sie unverzüglich, dh. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs. 1 Satz 1 BGB, vgl. *Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 29 InvStG 2018 Rz. 4), zurückzugeben. Wird die besondere Statusbescheinigung vorsätzlich oder leichtfertig nicht oder nicht rechtzeitig zurückgegeben, kann dies mit einer Geldbuße bis zu 10 000 € geahndet werden (§ 55 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2).

11–14 Einstweilen frei.

15 D. Erläuterungen zu Abs. 3: Überschreitung der 10 %-Grenze nach § 26 Nr. 6

Abs. 3 Satz 1:

Überschreitung der zulässigen Beteiligungshöhe nach § 26 Nr. 6: Die in § 26 Nr. 6 festgelegte 10 %-Grenze muss vom Spezial-Investmentfonds überschritten worden sein, gleich aus welchem Grund. Ein Verstoß, dh. ein schuldhaftes Handeln, das ggf. die Rechtsfolgen von § 52 auslöst, muss nicht vorliegen (*Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 29 InvStG 2018 Rz. 5). Bei den in § 26 Nr. 6 Satz 2 genannten Gesellschaften ist eine Beteiligung von über 10 % zulässig. Abs. 3 ist auf derartige Beteiligungen nicht anwendbar (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 29.5). Ferner ist § 26 Nr. 6 nicht auf Anteile an (Spezial-)Investmentfonds anwendbar, auch wenn diese die Rechtsform einer KapGes. haben (s. § 26 Anm. 50). Überdies ist § 26 Nr. 6 auch nicht auf optierende PersGes. (§ 1a KStG) anzuwenden, weil diese für Zwecke von § 26 nicht als KapGes. gelten (§ 2 Abs. 16). UE ist dann allerdings auch eine Beteiligung von mindestens 10 % mit den entsprechenden Rechtsfolgen zulässig (aA möglicherweise Haug, FR 2021, 410, [413]),

Besteuerungsregeln: Der Begriff „Besteuerungsregeln“ ist weit und umfasst sämtliche die Besteuerung betreffender Rechtsnormen iSv. § 4 AO. Der räumliche Geltungsbereich des InvStG 2018 ist allerdings zu beachten. Eine Einschränkung ergibt sich mittelbar durch den Bezug zu § 26 Nr. 6. Es muss sich um Rechtsnormen handeln, die die Besteuerung von Einkünften aus KapGes. regeln. Erfasst werden auch Rechtsnormen, die daneben die Besteuerung von Einkünften aus anderen Körperschaften als KapGes. oder gänzlich anderer Einkünfte regeln. Ferner müssen diese Vorschriften auf die Besteuerung von Spezial-Investmentfonds anwend-

bar sein. Satz 1 zielt zwar in erster Linie auf sachliche StBefreiungen, erfasst seinem Wortlaut nach aber sämtliche für die Besteuerung von Einkünften aus KapGes. auf der Ebene von Spezial-Investmentfonds geltenden Regelungen.

Beteiligungshöhe: Die Rechtsnorm muss ihre Rechtsfolgen – zumindest auch – an eine über der Beteiligungsgrenze von § 26 Nr. 6 liegende Beteiligungshöhe knüpfen, dh., eine entsprechende Beteiligungshöhe muss maW Tatbestandsvoraussetzung der betreffenden Rechtsnorm sein. Da § 26 Nr. 6 Satz 1 verlangt, dass die Beteiligung unter 10 % liegen muss, sind Rechtsnormen nicht anzuwenden, deren Rechtsfolgen eine Beteiligung von mindestens 10 % voraussetzen.

Rechtsfolge von Satz 1 ist, dass die betreffende Rechtsnorm nicht anwendbar ist, auch wenn der Spezial-Investmentfonds aufgrund Überschreitens der nach § 26 Nr. 6 zulässigen Beteiligungshöhe die entsprechende Tatbestandsvoraussetzung erfüllt. Ist die Rechtsnorm bereits aus anderen Gründen nicht anwendbar, kommt es auf Satz 1 nicht mehr an. Rechtsnormen, die Rechtsfolgen an das Vorliegen einer Beteiligung knüpfen, die unter 10 % liegt (zB 5 %), sind uE anzuwenden, sofern die unter 10 % liegende Beteiligung des Spezial-Investmentfonds an der KapGes. diese Beteiligungsschwelle überschreitet. Erst wenn der Spezial-Investmentfonds die Beteiligungsgrenze des § 26 Nr. 6 überschreitet, sind derartige Rechtsnormen nicht mehr anwendbar. Unseres Erachtens deckt der Wortlaut von Satz 1 ein derartiges Verständnis, obwohl dort das Wort „soweit“ fehlt.

Einzelfälle:

- ▶ § 8b Abs. 4 KStG: In Betracht kommt insbes. § 8b Abs. 4 KStG. § 8b KStG ist indes gem. § 6 Abs. 6 überhaupt nicht im Rahmen der Investmentfondsbesteuerung anwendbar. Dies gilt aufgrund des Verweises in Abs. 1 auch für Spezial-Investmentfonds. Die Ausübung der Transparenzoption ist ohne Bedeutung. Die Transparenzoption bewirkt, dass inländ. Beteiligungseinnahmen den Anlegern zugerechnet werden. Auf deren Ebene ist Abs. 3 wiederum ohne Bedeutung. Es gilt stattdessen § 30 Abs. 2 und 3 (s. § 30 Anm. 10). Bei Investmentfonds und Dach-Spezial-Investmentfonds gilt hingegen wieder § 6 Abs. 6 (ggf. iVm. Abs. 1). Ausländische Beteiligungseinnahmen sind hingegen bereits dem Grunde nach nicht stbar, so dass es auf § 8b Abs. 4 KStG nicht ankommt. In dem – seltenen – Fall, dass die Beteiligung an einer ausländ. KapGes. der inländ. gewerblichen BS eines Spezial-Investmentfonds zuzurechnen ist (§ 6 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 iVm. § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a EStG), ist § 8b Abs. 4 KStG wiederum vorrangig aufgrund von § 6 Abs. 6 iVm. Abs. 1 ausgeschlossen (glA *Haug in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 29 Rz. 43; *Klusak/Lange in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 29 Rz. 12 [10/2019]; *Wolny in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 29 Rz. 45 [3/2021]).
- ▶ § 9 Nr. 2a, 7, 8 GewStG setzen zwar eine Beteiligung von mindestens 10 bzw. 15 % voraus, sind jedoch wegen Abs. 4 für Spezial-Investmentfonds ohne Bedeutung.
- ▶ *Mutter-Tochter-Richtlinie*: Die Mutter-Tochter-Richtlinie ist für in Deutschland ansässige Anteilseigner durch § 8b Abs. 1 iVm. Abs. 4 KStG umgesetzt. Es kann daher auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden. Bei ausländ. Spezial-Investmentfonds, die an einer inländ. KapGes. (unzulässigerweise) zu mindestens 10 % beteiligt sind, scheitert eine Freistellung oder Erstattung von auf Ausschüttungen inländ. KapGes. einbehaltener KapErtrSt gem. § 43b iVm. § 50d EStG an Abs. 3 Satz 1 (*Klusak/Lange in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 29 Rz. 12 [10/2019]). Bei Ausschüttungen einer in einem anderen Mitgliedstaat

ansässigen KapGes. richtet sich die Anwendung der Mutter-Tochter-Richtlinie, dh. die Abstandnahme vom Quellensteuerabzug, nach dem Recht des betreffenden Mitgliedstaats. Abs. 3 Satz 1 hat insoweit keine Bedeutung.

- **DBA-Schachtelprivilegien:** Durch Transformationsgesetz iSv. Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG in den Rang einfachen Bundesrechts erhobene Bestimmungen von DBA sind ohne Weiteres Rechtsnormen iSv. § 4 AO und damit auch Besteuerungsregeln iSv. Abs. 3 Satz 1. Abs. 3 Satz 1 stellt damit bereits einen *Treaty Override* dar, so dass Abs. 3 Satz 2 nur deklaratorische Bedeutung hat (s. „Abs. 3 Satz 2“). Die Freistellung schachtelprivilegierter Dividenden gilt nur für im Inland ansässige Spezial-Investmentfonds, die Dividenden von einer im jeweils anderen Staat ansässigen KapGes. beziehen. Insoweit gilt – wie vorstehend bereits erwähnt –, dass derartige Einkünfte überhaupt nur in dem seltenen Fall stbar sind, dass die Beteiligung an der betreffenden KapGes. der inländ. gewerblichen BS eines Spezial-Investmentfonds zuzurechnen ist (§ 6 Abs. 5 Nr. 1 iVm. § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a EStG). Wird in diesem Fall die zulässige Beteiligungshöhe überschritten, ist das DBA-Schachtelprivileg (sofern es nicht schon aus anderen Gründen ausgeschlossen ist) gem. Abs. 3 Satz 1 ausgeschlossen. Im Hinblick auf die Reduktion oder den Ausschluss des Quellensteuerabzugs gelten die vorstehenden Ausführungen zur Mutter-Tochter-Richtlinie entsprechend.

Abs. 3 Satz 2:

Abweichende DBA-Regeln: Gemäß Abs. 3 Satz 2 sollen die Rechtsfolgen von Abs. 3 Satz 1 auch dann eintreten, wenn in einem DBA „Abweichendes geregelt“ ist. Bei enger Wortlautinterpretation müsste es sich also um eine Regelung in einem DBA handeln, die speziell Spezial-Investmentfonds (und zwar diesen selbst, nicht deren Anlegern) Vorteile bei Beteiligung von mindestens 10 % gewähren will. Unabhängig von der Frage, ob derartig spezifische DBA-Regeln überhaupt existieren, wäre ein derartiges Verständnis der Norm zirkulär. Sollen aber mit Satz 2 lediglich DBA-Schachtelprivilegien ausgeschlossen werden (so die amtliche Begr. in BTDrucks. 18/8045, 98), ist Satz 2 deklaratorisch, weil sich dies bereits aus Satz 1 ergibt.

So bereits die hM zu § 1 Abs. 1e InvStG aF, vgl. Bödecker in Bödecker/Ernst/Hartmann, 2016, § 1 Rz. 178 ff.; Gottschling/Schatz in Moritz/Jesch, 2016, § 1 Rz. 208; Bauderer/Mundel in Haase, 2. Aufl. 2015, § 1 Rz. 207; Wenzel in Blümich, § 1 InvStG 2004 Rz. 41 (4/2017).

Geht man mit der Gegenauffassung (Haug in Moritz/Jesch/Mann, § 29 Rz. 48; Klusak/Lange in Beckmann/Scholtz/Vollmer, § 29 Rz. 13 [10/2019]) davon aus, dass Abs. 3 Satz 1 ebenfalls durch DBA verdrängt werden kann, hat Abs. 3 Satz 2 hingegen konstitutive Bedeutung.

Unseres Erachtens belegt aber Abs. 3 Satz 2, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass zumindest Spezial-Investmentfonds (mangels insoweit struktureller Unterschiede aber wohl auch Investmentfonds) selbst grds. berechtigt sind, Vorteile eines DBA in Anspruch zu nehmen (zur Frage der DBA-Berechtigung von Fonds allg. s. Einf. Anm. 8).

16–19 Einstweilen frei.

E. Erläuterungen zu Abs. 4: Gewerbesteuerbefreiung

20

Gewerbesteuerbefreiung: Spezial-Investmentfonds sind von der GewSt befreit. Dies gilt auch für Altersvorsorgevermögensfonds (Abs. 53 Abs. 3 Satz 1). Abs. 4 führt somit hinsichtlich der GewSt die Regelungen von § 11 Abs. 1 Sätze 2 und 3 InvStG aF fort.

Konstitutive Regelung: Die Regelung ist zwar folgerichtig, weil § 26 verlangt, dass ein Spezial-Investmentfonds die Voraussetzungen für eine GewStBefreiung gem. § 15 Abs. 2 und 3 erfüllen muss (s. § 26 Anm. 5). Sie ist indes nicht deklaratorisch (so aber BMF, Anwendungsfragen, Rz. 29.6; glA *Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 29 InvStG 2018 Rz. 7; *Wenzel in Blümich*, § 29 Rz. 20 [11/2019]; *Wolny in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 29 Rz. 54 [12/2020]), sondern konstitutiv, denn die StBefreiung in Abs. 4 gilt auch, wenn die Voraussetzungen von § 15 Abs. 2 und 3 nicht erfüllt sind (glA *Klusak/Lange in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 29 Rz. 16 [10/2019]; so wohl auch *Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 29 InvStG 2018 Rz. 7: ungeachtet der Art ihrer Tätigkeit). Der Spezial-Investmentfonds wird dann nicht etwa gewstpfl., denn § 15 Abs. 1 und 4 sind für Spezial-Investmentfonds nicht anwendbar. § 26 enthält lediglich eine Rechtsgrundverweisung auf § 15 Abs. 2 und 3 (s. § 26 Anm. 5). Etwaige Verstöße gegen § 15 Abs. 2 und 3 sind daher im Rahmen des § 52 zu würdigen. Erst wenn danach ein wesentlicher Verstoß vorliegt, der Spezial-Investmentfonds als aufgelöst und ein Investmentfonds als neu aufgelegt gilt (§ 52 Abs. 1), ist dieser neu aufgelegte Investmentfonds auch gewstpfl. (glA *Klusak/Lange in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 29 Rz. 16 [10/2019]; *Haug in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 29 Rz. 43).

§ 30 Inländische Beteiligungseinnahmen und sonstige inländische Einkünfte mit Steuerabzug

idF des InvStG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731), zuletzt geändert durch WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17)

(1) ¹Die Körperschaftsteuerpflicht für die inländischen Beteiligungseinnahmen eines Spezial-Investmentfonds entfällt, wenn der Spezial-Investmentfonds gegenüber dem Entrichtungspflichtigen unwiderruflich erklärt, dass den Anlegern des Spezial-Investmentfonds Steuerbescheinigungen gemäß § 45a Absatz 2 des Einkommensteuergesetzes ausgestellt werden sollen (Transparenzoption). ²Die Anleger gelten in diesem Fall als Gläubiger der inländischen Beteiligungseinnahmen und als Schuldner der Kapitalertragsteuer.

(2) § 8b des Körperschaftsteuergesetzes ist vorbehaltlich des Absatzes 3 auf die dem Anleger zugerechneten Beteiligungseinnahmen anwendbar, soweit

1. es sich um Gewinnausschüttungen einer Gesellschaft im Sinne des § 26 Nummer 6 Satz 2 handelt und

2. die auf die Spezial-Investmentanteile des Anlegers rechnerisch entfallende Beteiligung am Kapital der Gesellschaft die Voraussetzungen für eine Freistellung nach § 8b des Körperschaftsteuergesetzes erfüllt.

(3) ¹§ 3 Nummer 40 des Einkommensteuergesetzes und § 8b des Körperschaftsteuergesetzes sind auf die dem Anleger zugerechneten inländischen Beteiligungseinnahmen nicht anzuwenden, wenn der Anleger

1. ein Lebens- oder Krankenversicherungsunternehmen ist und der Spezial-Investmentanteil den Kapitalanlagen zuzurechnen ist oder

2. ein Institut oder Unternehmen nach § 3 Nummer 40 Satz 3 des Einkommensteuergesetzes oder § 8b Absatz 7 des Körperschaftsteuergesetzes ist und der Spezial-Investmentfonds in wesentlichem Umfang Anteile hält, die

a) dem Handelsbestand im Sinne des § 340e Absatz 3 des Handelsgesetzbuchs zuzuordnen wären oder

b) zum Zeitpunkt des Zugangs zum Betriebsvermögen als Umlaufvermögen auszuweisen wären,

wenn sie von dem Institut oder Unternehmen unmittelbar erworben worden wären.

²Satz 1 Nummer 1 gilt entsprechend, wenn der Anleger ein Pensionsfonds ist.

(4) ¹Ist der Anleger des Spezial-Investmentfonds ein Dach-Spezial-Investmentfonds, so sind die Absätze 1 bis 3 entsprechend auf den Dach-Spezial-Investmentfonds und dessen Anleger anzuwenden. ²Dies gilt nicht, soweit der Dach-Spezial-Investmentfonds Spezial-Investmentanteile an einem anderen Dach-Spezial-Investmentfonds hält.

(5) Die Absätze 1 bis 4 gelten entsprechend für sonstige inländische Einkünfte eines Spezial-Investmentfonds, die bei Vereinnahmung durch den Spezial-Investmentfonds einem Steuerabzug unterliegen.

Autor: Ronald *Buge*, Rechtsanwalt, POELLATH, Berlin

Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 30	1	D. Erläuterungen zu Abs. 3: Ausschluss von § 3 Nr. 40 EStG und § 8b KStG	15
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Transparenzoption	5	E. Erläuterungen zu Abs. 4: Mehrstufige Strukturen	20
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Anwendbarkeit von § 8b KStG	10	F. Erläuterungen zu Abs. 5: Sonstige inländische Einkünfte mit Steuerabzug	25

1 A. Allgemeine Erläuterungen zu § 30

Grundinformation zu § 30: § 30 regelt die Transparenzoption für Spezial-Investmentfonds. Abs. 1 regelt dabei die eigentliche, als Wahlrecht ausgestaltete Transparenzoption sowie die Folgen der Ausübung auf Ebene des Spezial-Investmentfonds (StBefreiung inländ. Beteiligungseinnahmen) und auf Anlegerebene (Zurechnung der inländ. Beteiligungseinnahmen). Abs. 2 regelt die Anwendbarkeit von § 3 Nr. 40 EStG und § 8b KStG auf die dem Anleger zugerechneten inländ. Beteiligungseinnahmen. Abs. 3 enthält als Rückausnahme Ausschlüsse von der Anwendbarkeit des Abs. 2, die den allgemeinen Ausschlüssen nach § 3 Nr. 40 Satz 3 EStG sowie § 8b Abs. 7 und 8 KStG entsprechen. Abs. 4 regelt die Folgen einer ausgeübten Transparenzoption bei Dach-Spezial-Investmentfonds. Abs. 5 erklärt Abs. 1–4 auf sonstige inländ. Einkünfte, die dem StAbzug unterliegen, für entsprechend anwendbar.

Rechtswentwicklung des § 30: § 30 ist neu und hat keinen Vorgänger im InvStG aF. Allerdings ersetzt § 30 zum einen teilweise die nach bisherigem Recht, ohne weitere Voraussetzungen geltende KStBefreiung von Investmentfonds gem. § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG aF. Zum anderen ersetzt § 30 das frühere Regelungskonzept des inländ. Dividendenanteils (§ 7 Abs. 3 ff. InvStG aF), der insbes. auch der beschränkten StPflcht unterlag (§ 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. b Doppelbuchst. aa EStG aF).

► *WElektroMobFördG („JStG 2019“)* v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17): Die mit dem InvStRefG eingeführten Regelungen in Abs. 3 waren zum einen unvollständig, weil Abs. 3 Nr. 1 aF – anders als § 8b Abs. 8 KStG – Pensionsfonds als Anleger „versehentlich“ (BTDrucks. 19/13436, 178) nicht erfasste. Zum anderen bezog sich Abs. 3 Nr. 2 aF auf die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des InvStRefG geltende Fassung von § 3 Nr. 40 Sätze 3 und 4 EStG und § 8b Abs. 7 KStG. Diese wurden jedoch mit dem BEPS-UmsG v. 20.12.2016 (BGBl. I 2016, 3000; BStBl. I 2017, 5) noch vor der erstmaligen Anwendung des InvStG 2018 geändert, ohne dass dies im InvStG 2018 nachvollzogen worden wäre. Durch den mit WElektroMobFördG („JStG 2019“) neu gefassten Abs. 3 wurde dies bereinigt (vgl. BTDrucks. 19/13436, 178). Allerdings dürften die Änderungen weitgehend deklaratorischen Charakter haben: Durch die gewählte Verweistechnik in Abs. 3 Nr. 2 aF wurden die an § 3 Nr. 40 Sätze 3 und 4 EStG aF und § 8b Abs. 7 KStG aF vorgenommenen Änderungen in Bezug auf die erfassten Institute und Unternehmen dynamisch in das InvStG 2018 übernommen. Das in Abs. 3 Nr. 2 Buchst. a aF erwähnte Handelsbuch ist im Erg.

identisch mit dem Handelsbestand iSv. § 340e Abs. 3 HGB, wie er nunmehr in § 3 Nr. 40 Satz 3 Halbs. 1 EStG nF, § 8b Abs. 7 Satz 1 KStG nF und auch in Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a nF erwähnt wird (s. § 3 Nr. 40 EStG Anm. J 16-4, § 8b KStG Anm. J 16-5). Ähnliches sollte für das Ziel der kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolgs in Abs. 3 Nr. 2 Buchst. b gelten, zumal der nunmehr erforderliche Ausweis im UV im Zeitpunkt des Zugangs zum BV in § 3 Nr. 40 Satz 3 Halbs. 2 EStG nF, § 8b Abs. 7 Satz 2 KStG nF und auch in Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b nF zuvor als Indiz für die Erzielung eines kurzfristigen Eigenhandelserfolgs angesehen wurde (s. dazu § 3 Nr. 40 EStG Anm. J 16-4; § 8b KStG Anm. J 16-8).

Bedeutung des § 30:

- ▶ *Sachliche Steuerbefreiung:* § 30 ist zusammen mit § 33 eine zentrale Vorschrift der Besteuerung für Spezial-Investmentfonds. Sie ermöglicht (zusammen mit § 33) im Erg. eine vollständige KStBefreiung auf Ebene des Spezial-Investmentfonds. § 30 stellt gleichwohl eine sachliche, keine persönliche StBefreiung dar, weil sie lediglich bestimmte Einkünfte des Spezial-Investmentfonds – inländ. Beteiligungseinnahmen und sonstige inländ. Einkünfte mit StAbzug – stfrei stellt, nicht jedoch den Spezial-Investmentfonds als solchen.
- ▶ *„Echte“ Transparenz:* Während die sog. eingeschränkte Transparenz im bisherigen Recht den Anleger unter Beibehaltung der grundsätzlichen Trennung von Investmentfonds und Anleger lediglich weitgehend so stellte, als ob er die vom Investmentfonds erzielten Einkünfte unmittelbar erzielt hätte, führt die Ausübung der Transparenzoption zu einer „echten“ Transparenz, dh. einer unmittelbaren Zurechnung der Einkünfte (nicht allerdings der vom Spezial-Investmentfonds gehaltenen WG) beim Anleger. Der Anleger erzielt somit die Einkünfte iSv. § 2 Abs. 1 Satz 1 EStG in eigener Person.
- ▶ *Sicherung des inländischen Steuersubstrats:* § 30 dient auch der Sicherung des inländ. StSubstrats. Die StBefreiung inländ. Beteiligungseinnahmen und sonstige inländ. Einkünfte mit StAbzug auf Ebene des Spezial-Investmentfonds aufgrund der Transparenzoption ist nur unter der Voraussetzung möglich, dass diese Einkünfte einem steuerausländischen Anleger zugerechnet werden und nunmehr auf dessen Ebene nach § 49 EStG stpfl. sind.

Verhältnis des § 30 zu anderen Vorschriften:

- ▶ *Verhältnis zu § 6:* Der Begriff der inländ. Beteiligungseinnahmen in § 30 entspricht demjenigen in § 6 Abs. 3. Die Transparenzoption für sonstige inländ. Einkünfte mit StAbzug setzt voraus, dass diese gem. § 6 Abs. 5 (iVm. § 29 Abs. 1) stbar sind.
- ▶ *Verhältnis zu § 26:* § 30 Abs. 2 Nr. 1 flankiert § 26 Nr. 6, indem er § 8b KStG nur dann für anwendbar erklärt, wenn zulässigerweise eine Beteiligung an einer KapGes. von mindestens 10 % erworben wird. Bei inländ. Beteiligungseinnahmen aus anderen als den in § 26 Nr. 6 Satz 2 genannten KapGes. ist § 8b KStG auch dann nicht anwendbar, wenn die durchgerechnete Beteiligung des Anlegers mindestens 10 % beträgt.
- ▶ *Verhältnis zu § 29 Abs. 1:* Die Transparenzoption stellt eine Abweichung iSv. § 29 Abs. 1 aE dar.
- ▶ *Verhältnis zu § 29 Abs. 3:* § 29 Abs. 3 und § 30 Abs. 2 Nr. 1 verfolgen zwar ein ähnliches Ziel (Sanktionierung von Überschreitungen der Grenze in § 26 Nr. 6), betreffen allerdings unterschiedliche Besteuerungsebenen.

- ▶ *Verhältnis zu § 29 Abs. 4:* Während § 30 die sachliche KStBefreiung inländ. Beteiligungseinnahmen und sonstiger inländ. Einkünfte mit StAbzug im Fall der Ausübung der Transparenzoption regelt, ergibt sich die GewStBefreiung auch ohne Ausübung der Transparenzoption aus § 29 Abs. 4.
- ▶ *Verhältnis zu §§ 31, 32:* §§ 31, 32 regeln weitere Folgen der Ausübung der Transparenzoption auf Abzug und Anrechnung der KapErtrSt (§ 31) sowie die Haftung (§ 32).
- ▶ *Verhältnis zu § 33:* § 33 stellt das Gegenstück zu § 30 für die nicht von § 30 erfassten, aber nach § 6 iVm. § 29 Abs. 1 auf Ebene eines Spezial-Investmentfonds stbaren Einkünfte dar. Die Transparenzoption kann unabhängig vom StAbzug gem. § 33 iVm. § 50 ausgeübt werden (*Helios/Mann*, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 20). § 33 liegt zwar grds. ein anderes Regelungskonzept zugrunde (StBefreiung aufgrund von StAbzug), gleichwohl gibt es auch dort transparente oder semi-transparente Ansätze (zB § 33 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 2). Hingegen ist die Immobilien-Transparenzoption (§ 33 Abs. 2) in ihrem begrenzten Anwendungsbereich § 30 nachgebildet (s. § 33 Anm. 15).
- ▶ *Verhältnis zu § 35:* Wird die Transparenzoption ausgeübt, gehören die inländ. Beteiligungseinnahmen und die sonstigen inländ. Einkünfte mit StAbzug zu den Zurechnungsbeträgen (§ 35 Abs. 3), die stfrei an die Anleger ausgeschüttet werden können (s. § 35 Anm. 15).
- ▶ *Verhältnis zu § 36:* § 36 Abs. 1 Satz 2 bestimmt ausdrücklich, dass inländ. Beteiligungseinnahmen und sonstige inländ. Einkünfte mit StAbzug nicht zu den ausschüttungsgleichen Erträgen gehören, wenn die Transparenzoption ausgeübt wurde.
- ▶ *Verhältnis zu § 42:* § 42 Abs. 4 regelt die Besteuerung der in ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen enthaltenen inländ. Beteiligungseinnahmen, wenn die Transparenzoption nicht ausgeübt wurde (s. § 42 Anm. 8). Die Besteuerung der sonstigen inländ. Einkünfte mit StAbzug auf Anlegerebene erfolgt gem. § 42 Abs. 5, wenn die Transparenzoption nicht ausgeübt wurde (s. § 42 Anm. 9).
- ▶ *Verhältnis zu § 45:* § 45 Abs. 1 enthält spezielle Regelungen zur Ermittlung des Gewerbeertrags auf Ebene des Anlegers, die auch für inländ. Beteiligungseinnahmen, nicht jedoch für sonstige inländ. Einkünfte mit StAbzug gelten, die dem Anleger infolge der Ausübung der Transparenzoption zugerechnet werden.
- ▶ *Verhältnis zu § 49:* Im Zeitpunkt der Veräußerung nicht ausgeschüttete inländ. Beteiligungseinnahmen und sonstige inländ. Einkünfte mit StAbzug, die infolge der Ausübung der Transparenzoption dem Anleger zugerechnet wurden, mindern den Gewinn des Anlegers aus der Veräußerung seiner Spezial-Investmentanteile (§ 49 Abs. 3 Satz 5, s. § 48 Anm. 15).
- ▶ *Verhältnis zu § 51:* Inländische Beteiligungseinnahmen und sonstige inländ. Einkünfte mit StAbzug gehören uE auch dann zu den gesondert und ggf. einheitlich festzustellenden Besteuerungsgrundlagen, wenn die Transparenzoption ausgeübt wurde, weil es sich dann zumindest um Zurechnungsbeträge iSv. § 55 Abs. 3 handelt, die stfrei ausgeschüttet werden können.
- ▶ *Verhältnis zu § 53:* § 30 gilt vollumfänglich für Altersvorsorgevermögensfonds (§ 53 Abs. 3 Satz 1).
- ▶ *Verhältnis zu § 3 Nr. 40 EStG und § 8b KStG:* Die grundsätzliche Anwendbarkeit von § 3 Nr. 40 EStG und § 8b KStG ergibt sich aus der unmittelbaren Zurechnung von inländ. Beteiligungseinnahmen beim Anleger. Sofern in den in-

länd. Beteiligungseinnahmen nach § 3 Nr. 40 EStG oder § 8b KStG begünstigte Erträge enthalten sind (s. Anm. 10, 15), ist der Anwendungsbereich dieser Vorschriften eröffnet. § 30 Abs. 2 und 3 enthalten jedoch Einschränkungen bzw. verdrängen § 3 Nr. 40 EStG und § 8b KStG partiell.

- ▶ *Verhältnis zu §§ 43ff. EStG:* Indem der Anleger gem. § 30 Abs. 1 Satz 2 als Gläubiger der Kapitalerträge gilt, unterliegen die ihm zugerechneten inländ. Beteiligungseinnahmen und sonstigen Einkünfte dem StAbzug gem. §§ 43ff. EStG, soweit hierin Einkünfte enthalten sind, von denen gem. § 43 EStG KapErtrSt einzubehalten und abzuführen ist.

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich:* § 30 gilt für inländ. und ausländ. Spezial-Investmentfonds sowie gem. § 53 für Altersvorsorgevermögensfonds und deren Anleger.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* Wie das gesamte neugefasste InvStG gilt § 30 ab dem 1.1.2018 (Art. 11 Abs. 3 InvStRefG). Die Änderungen in Abs. 3 durch das WElektroMobFördG sind erst ab dem 1.1.2020 anzuwenden (§ 57 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8). Zwar waren die in Abs. 3 aF enthaltenen Regelungen nur versehentlich nicht zutr. an die §§ 3 Nr. 40 Satz 3 EStG, 8b Abs. 7, 8 KStG angepasst. Gleichwohl sollten sich die materiellen Auswirkungen in Grenzen halten (s.o.). Unseres Erachtens sollte die FinVerw. die Neuregelung im Billigkeitswege auch auf die VZ 2018 und 2019 anwenden, wenn der Stpfl. dies beantragt. Dies ist namentlich bei Pensionsfonds als Anleger (Abs. 3 Satz 2 nF) denkbar.

Einstweilen frei.

2–4

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Transparenzoption

5

Inländische Beteiligungseinnahmen: Der Begriff richtet sich nach § 6 Abs. 3 iVm. § 29 Abs. 1, umfasst also insbes. auch Entgelte, Einnahmen und Bezüge gem. § 2 Abs. 2 Halbs. 2 Buchst. a bis c KStG. Zu inländ. Beteiligungseinnahmen gehören auch Gewinnausschüttungen (Dividenden) einer inländ. Immobilien-Gesellschaft in der Rechtsform einer KapGes. (zB GmbH). Ferner werden auch Gewinnausschüttungen einer inländischen optierenden PersGes. iSv. § 1a KStG erfasst. § 2 Abs. 16 steht insoweit nicht entgegen (vgl. *Haug*, FR 2021, 410 [413]).

Spezial-Investmentfonds: Die Regelung umfasst sowohl inländ. als auch ausländ. Spezial-Investmentfonds (zur Abgrenzung § 2 Abs. 2 und 3). Die inländ. Beteiligungseinnahmen müssen (unter Hinwegdenken der Rechtsfolgen der Transparenzoption) dem Spezial-Investmentfonds nach allgemeinen Grundsätzen zuzurechnen sein, dh. von diesem iSv. § 2 Abs. 1 Satz 1 EStG erzielt werden.

Erklärung: Die Transparenzoption wird durch eine Erklärung des Spezial-Investmentfonds ausgeübt, dass den Anlegern StBescheinigungen gem. § 45a Abs. 2 EStG ausgestellt werden. Dass die StBescheinigungen tatsächlich ausgestellt werden, ist für die Wirksamkeit der Ausübung der Transparenzoption ohne Bedeutung (*Behrens*, RdF 2017, 297 gegen BTDrucks. 18/8045, 97; *Mann* in *Blümich*, § 30 InvStG 2018 Rz. 14 [3/2020]). Eine besondere Form für die Erklärung ist nicht vorgeschrieben. Aus Beweisgründen empfiehlt sich uE zumindest die Textform (§ 126b BGB; wohl glA BMF, Anwendungsfragen, Rz. 30.3: schriftlich oder elektronisch; glA *Stadler/Jetter* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 30 Rz. 37;

vgl. aber *Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 30 InvStG 2018 Rz. 5: Schriftform; glA *Wolny* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 30 Rz. 28 [3/2021]). Eine Frist für die Abgabe der Erklärung besteht nicht. Sie kann gleich bei Auflegung des Spezial-Investmentfonds, aber auch zu einem späteren Zeitpunkt abgegeben werden (BMF v. 21.12.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:016, 2017/1058518, DStR 2018, 194, Rz. 6; *Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 30 InvStG 2018 Rz. 5; *Stadler/Jetter* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 30 Rz. 47). Eine vor dem 19.2.2021 (Datum der Veröffentlichung von BMF v. 20.1.2021 – IV C 1 - S 1980 - 1/19/10008:011, 2021/0055361 im BStBl. I) ausgeübte Transparenzoption ist auch dann für die Vergangenheit und Zukunft als wirksam anzuerkennen, wenn nicht alle von der FinVerw. in formaler Hinsicht geforderten Voraussetzungen erfüllt sind (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 30.9).

Unwiderruflich: Die Erklärung muss unwiderruflich erfolgen, dh., der Spezial-Investmentfonds muss in geeigneter Weise erklären, dass nachträgliche Änderungen ausgeschlossen sind und er auf ein Widerrufsrecht verzichtet (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 30.3; *Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 30 InvStG 2018 Rz. 5). Die Erklärung ist damit faktisch nur einmal möglich (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 30.13; teilweise aA *Behrens*, RdF 2017, 297 [298]). Ebenso ist eine Befristung der Transparenzoption ausgeschlossen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 30.4). Die FinVerw. will es aber nicht beanstanden, wenn eine vor dem 19.2.2021 (Datum der Veröffentlichung von BMF v. 20.1.2021 – IV C 1 - S 1980 - 1/19/10008:011, 2021/0055361 im BStBl. I) ausgeübte Transparenzoption vor dem Zufluss der ersten inländ. Beteiligungseinnahme oder der ersten sonstigen inländ. Einkünfte mit StAbzug im ersten Geschäftsjahr, das nach dem 31.12.2020 beginnt, mW ab diesem Geschäftsjahr zurückgenommen wird. Bei einer Rücknahme darf die Transparenzoption erneut ausgeübt werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 30.4).

Entrichtungspflichtiger: Der Begriff richtet sich nach der Legaldefinition in § 7 Abs. 3 Satz 1 iVm. § 29 Abs. 1 und umfasst die jeweils gem. § 44 EStG zum StAbzug verpflichteten Personen (s. § 7 Anm. 20). Der Entrichtungspflichtige muss Adressat der Erklärung sein (teilweise aA *Behrens*, RdF 2017, 297).

- ▶ *Verwahrstelle?* In der amtlichen Begr. wird für inländ. Spezial-Investmentfonds als Regelfall die Verwahrstelle (§§ 68 ff. KAGB) als Entrichtungspflichtiger angesehen (vgl. BTDrucks. 18/8045, 98). Dies mag allenfalls für verwahrfähige WG gelten. Eine Verwahrstelle ist indes für inländ. Spezial-Investmentfonds nicht zwingend. Wird der inländ. Spezial-Investmentfonds zulässigerweise in der Rechtsform der Investment-AG mit veränderlichem Kapital aufgelegt (vgl. § 27 Nr. 2), wird er aber von einer KVG iSv. § 2 Abs. 4 KAGB verwaltet, ist keine Verwahrstelle erforderlich. Überdies ist bei nicht verwahrfähigen WG, insbes. bei nicht börsennotierten Anteilen an KapGes. wie etwa Immobilien-Gesellschaften in der Rechtsform einer GmbH, selbst bei Vorhandensein einer Verwahrstelle, diese GmbH wegen § 44 Abs. 1 Satz 3 Var. 1 EStG Entrichtungspflichtige.
- ▶ *Mehrere Entrichtungspflichtige:* Nach Auffassung der FinVerw. kann die Transparenzoption nur für sämtliche dem StAbzug unterliegende inländ. Beteiligungseinnahmen und sonstige inländ. Einkünfte mit StAbzug iSv. Abs. 5 einheitlich ausgeübt werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 30.5, 30.12; glA *Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 30 InvStG 2018 Rz. 5;

Dyckmans, Ubg 2015, 531 [539]; *Haug*, Ubg 2017, 303 [306]). Die Erklärung über die Ausübung der Transparenzoption gegenüber einem Entrichtungspflichtigen entfaltet Wirkung für alle anderen Entrichtungspflichtigen. Der Spezial-Investmentfonds ist verpflichtet, alle Entrichtungspflichtigen unverzüglich über die Ausübung der Transparenzoption zu informieren, anderenfalls kommt eine Haftung gem. § 32 in Betracht (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 30.12). Unseres Erachtens ist diese Auffassung mit dem Gesetzeswortlaut unvereinbar. Dem Gesetz kann keine Verpflichtung entnommen werden, die Erklärung gegenüber sämtlichen Entrichtungspflichtigen einheitlich abzugeben. Gibt es mehrere Entrichtungspflichtige, kann der Spezial-Investmentfonds die Transparenzoption auch nur gegenüber einzelnen Entrichtungspflichtigen ausüben (insoweit glA *Behrens*, RdF 2017, 297 [298]; *Wolny* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 30 Rz. 19 [3/2021]; *Stadler/Jetter* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 30 Rz. 62). Übt er sie jedoch gegenüber einem Entrichtungspflichtigen aus, so gilt die Erklärung für sämtliche inländ. Beteiligungseinnahmen und sonstigen inländ. Einkünfte mit StAbzug, für die dieser Entrichtungspflichtige KapErtrSt einbehalten und abführen muss (insoweit glA BMF, Anwendungsfragen, Rz. 30.5; *Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 30 InvStG 2018 Rz. 5; *Stadler/Jetter* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 30 Rz. 66 f., 69; insoweit aA *Behrens*, RdF 2017, 297 [298]).

- ▶ *Hinzukommende Entrichtungspflichtige*: Nach Auffassung der FinVerw. gilt eine einmal erklärte Transparenzoption auch, wenn ein weiterer Entrichtungspflichtiger hinzukommt. Der Spezial-Investmentfonds muss diesen Entrichtungspflichtigen unverzüglich über die Ausübung der Transparenzoption informieren, anderenfalls kommt eine Haftung gem. § 32 in Betracht (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 30.12). Auch für diese Auffassung findet sich keine Stütze im Gesetzeswortlaut. Unseres Erachtens steht es dem Spezial-Investmentfonds in diesen Fällen frei, dem hinzugekommenen Entrichtungspflichtigen ebenfalls die Transparenzoption zu erklären (*Stadler/Jetter* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 30 Rz. 74).

Im Fall der Verschmelzung (§ 54 iVm. § 23) sind ab dem auf den Übertragungstichtag folgenden Tag die Verhältnisse des übernehmenden Spezial-Investmentfonds maßgeblich. Hat der übernehmende Spezial-Investmentfonds die Transparenzoption ausgeübt, der übertragende Spezial-Investmentfonds hingegen nicht, soll der Spezial-Investmentfonds nach Auffassung der FinVerw. den oder die Entrichtungspflichtigen des übertragenden Spezial-Investmentfonds entsprechend informieren (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 30.10). Im umgekehrten Fall (übertragender Spezial-Investmentfonds hat die Transparenzoption ausgeübt, übernehmender Spezial-Investmentfonds hingegen nicht) soll die Transparenzoption für den übertragenden Spezial-Investmentfonds mit Ablauf des Übertragungstichtags enden. Der übernehmende Spezial-Investmentfonds soll allerdings nach den allgemeinen Regeln jederzeit die Transparenzoption ausüben können (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 30.11). Nach hier vertretener Auffassung ist dies jedenfalls dann abzulehnen, wenn es unterschiedliche Entrichtungspflichtige gibt. Ebenso wie der Spezial-Investmentfonds die Transparenzoption gegenüber unterschiedlichen Entrichtungspflichtigen unterschiedlich ausüben kann, ist dies auch bei übertragendem und übernehmendem Spezial-Investmentfonds möglich. Im Übrigen entspricht dies auch der sog. Fußstapfentheorie des § 23 Abs. 2 iVm. § 54 Abs. 1 Satz 1 (glA *Stadler/Jetter* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 30 Rz. 80, die für

den Fall der unterschiedlichen Ausübung der Transparenzoption von übertragendem und übernehmendem Spezial-Investmentfonds gegenüber demselben Entrichtungspflichtigen ein Wahlrecht annehmen).

Wahlrecht: Die Ausübung der Transparenzoption ist weder für in- noch für ausländ. Spezial-Investmentfonds verpflichtend, sie stellt somit ein echtes Wahlrecht dar. Sie kann insbes. unabhängig vom StAbzug gem. § 33 iVm. § 50 ausgeübt werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 30.7; *Stadler/Jetter in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 30 Rz. 59). Wird sie ausgeübt, kann sie allerdings nur einheitlich für sämtliche Anleger ausgeübt werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 30.6; *Stadler/Jetter in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 30 Rz. 72).

Rechtsfolgen:

Körperschaftsteuerbefreiung (Abs. 1 Satz 1): Die Ausübung der Transparenzoption bewirkt gem. Abs. 1 Satz 1, dass die von ihr erfassten inländ. Beteiligungseinnahmen (und sonstigen inländ. Einkünfte mit StAbzug, vgl. Abs. 5) auf Ebene des Spezial-Investmentfonds sachlich kstbefreit werden. Die GewStBefreiung ergibt sich hingegen auch ohne Ausübung einer Transparenzoption aus § 29 Abs. 4.

Anleger als Gläubiger der Kapitalerträge (Abs. 1 Satz 2): Gemäß Abs. 1 Satz 2 gelten die Anleger als Gläubiger der inländ. Beteiligungseinnahmen und als Schuldner der KapErtrSt. Letzteres ist deklaratorisch und ergibt sich bereits aus § 44 Abs. 1 Satz 1 EStG.

- ▶ **Materiell-rechtliche Zurechnung (Volltransparenz):** Die Zurechnung der inländ. Beteiligungseinnahmen beim Anleger wirkt materiell-rechtl., dh., der Anleger erzielt die betreffenden Einkünfte iSv. § 2 Abs. 1 Satz 1 EStG unmittelbar (Volltransparenz; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 30.15; *Helios/Mann*, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 20). Die Einkünfte behalten daher auch ihren ursprünglichen Charakter (*Mann in Blümich*, § 30 InvStG 2018 Rz. 20 [3/2020]).
- ▶ **Umfang der Zurechnung:** Nach dem Wortlaut werden die inländ. Beteiligungseinnahmen und sonstigen inländ. Einkünfte mit StAbzug brutto zugerechnet, dh. ohne Berücksichtigung von Aufwendungen des Spezial-Investmentfonds. Letztere sind somit auf dessen Ebene „eingesperrt“ und können nur im Wege der Rückgabe geltend gemacht werden (*Haisch*, RdF 2015, 294 [302]; *Helios/Mann*, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 20 f.; *Stadler/Bindl*, DStR 2016, 1953 [1962]; *Jetter/Mager in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 30 Rz. 89, 98 f.).
- ▶ **Der Kapitalertragsteuerabzug** erfolgt nach der materiell-rechtl. Zurechnung in Abs. 1 Satz 2, dh. insbes. nach den allgemeinen Regelungen in §§ 43 ff. EStG, allerdings modifiziert gem. § 31 (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 30.16).
- ▶ **Steuererklärungspflicht:** Unbeschränkt stpfl. Anleger müssen die zugerechneten Einkünfte unabhängig von einer Ausschüttung durch den Spezial-Investmentfonds in ihrer StErklärung angeben (*Behrens*, RdF 2017, 297 [299]), soweit der KapErtrStAbzug nicht abgeltende Wirkung hat (s. § 31 Anm. 5). Bei natürlichen Personen, die zulässigerweise ihren Spezial-Investmentanteil im PV halten (s. § 26 Anm. 60) unterliegen die zugerechneten Kapitalerträge idR dem besonderen StTarif gem. § 32 Abs. 1 EStG. § 34 Abs. 2 Satz 1 ist nicht anwendbar, weil die zugerechneten Kapitalerträge (Zurechnungsbeträge, vgl. § 35 Abs. 3) nicht zu den Spezial-Investmenterträgen gehören (*Ronig in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 31 Rz. 39 [12/2020]).
- ▶ **Bei beschränkt steuerpflichtigen Anlegern iSv. § 1 Abs. 4 EStG oder § 2 Nr. 1 KStG (Steuerausländer)** hat der KapErtrStAbzug hingegen idR abgeltende Wirkung

(§ 50 Abs. 2 Satz 1 EStG; § 32 Abs. 1 KStG; s. § 31 Anm. 5). Bei diesen sollte allerdings eine Erstattung von 2/5 der KapErtrSt gem. § 44a Abs. 9 EStG möglich sein. Ebenso dürfte auch eine Erstattung aufgrund eines DBA zulässig sein, weil der Anleger aufgrund von § 30 Abs. 1 als Nutzungsberechtigter anzusehen sein sollte. Eine Erstattung von KapErtrSt nach der Mutter-Tochter-Richtlinie (§ 43b EStG) dürfte hingegen wegen mangelnder Unmittelbarkeit ausgeschlossen sein (*Jetter/Mager in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 30 Rz. 87, die allerdings für eine Anwendung von § 43b EStG im Billigkeitswege plädieren).

- ▶ **Wertpapierleihe/Pensionsgeschäfte:** Werden inländ. Beteiligungserträge iSv. § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 iVm. § 29 Abs. 1, dh. Einkünfte iSv. § 2 Nr. 2 Halbs. 2 KStG, aufgrund der Ausübung der Transparenzoption den Anlegern unmittelbar zugerechnet, ist wie folgt zu differenzieren: Nur bei Anlegern, bei denen es sich um beschränkt Stpfl. iSv. § 2 Nr. 2 KStG oder stbefreite Körperschaften iSv. § 5 Abs. 1 KStG (mit Ausnahme von nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG stbefreiten Körperschaften) oder nach anderen Gesetzen handelt, besteht eine materielle Stpfl. gem. § 2 Nr. 2 Halbs. 2 KStG ggf. iVm. § 5 Abs. 2 Nr. 2 KStG. Bei unbeschränkt stpfl. Anlegern, die ihre Spezial-Investmentanteile in einem BV halten, stellen Entgelte iSv. § 2 Nr. 2 Halbs. 2 KStG stpfl. BE dar. Unbeschränkt stpfl. Anleger, die ihre Spezial-Investmentanteile zulässigerweise im PV halten (s. dazu § 26 Anm. 60), erzielen allenfalls Einkünfte iSv. § 22 Nr. 3 EStG, ggf. sind die Entgelte iSv. § 2 Nr. 2 Halbs. 2 KStG bei diesen Anlegern nicht stbar. Beschränkt stpfl. Anleger iSv. § 1 Abs. 4 EStG oder § 2 Nr. 1 KStG sind mit Entgelten iSv. § 2 Nr. 2 Halbs. 2 KStG im Inland nicht stpfl. § 49 EStG enthält keinen entsprechenden Tatbestand. Zum StAbzug s. § 31 Anm. 5.
- ▶ **Keine Zurechnung von Wirtschaftsgütern:** Gemäß Abs. 1 Satz 2 werden dem Anleger nur die vom Spezial-Investmentfonds erzielten inländ. Beteiligungseinnahmen zugerechnet. Eine Zurechnung der vom Spezial-Investmentfonds gehaltenen WG, aus denen diese inländ. Beteiligungseinnahmen fließen, erfolgt hingegen nicht (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 30.30 aE; glA *Mann in Blümich*, § 30 InvStG 2018 Rz. 20 [3/2020]; *Jetter/Mager in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 30 Rz. 83).
- ▶ **Keine ausgeschütteten oder ausschüttungsgleichen Erträge:** Die im Zuge der Transparenzoption zugerechneten Erträge gehören nicht mehr zu den Einkünften des Spezial-Investmentfonds und können somit auch keine ausgeschütteten oder ausschüttungsgleichen Erträge sein. Sie können als Zurechnungsbeträge (§ 35 Abs. 3) vorrangig und stfrei ausgeschüttet werden (§ 35 Abs. 2; s. § 35 Anm. 10, 15). Sie gehören auch nicht zu den ausschüttungsgleichen Erträgen (§ 36 Abs. 1 Satz 2; s. § 36 Anm. 5; vgl. auch *Jetter/Mager in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 30 Rz. 92 ff.).

Einstweilen frei.

6–9

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Anwendbarkeit von § 8b KStG

10

Zugerechnete Beteiligungseinnahmen: Abs. 2 betrifft die aufgrund der Ausübung der Transparenzoption dem Anleger zugerechneten inländ. Beteiligungseinnahmen iSv. § 6 Abs. 3, auch wenn der Wortlaut nur von „Beteiligungseinnahmen“ spricht (*Mann in Blümich*, § 30 InvStG 2018 Rz. 25 [3/2020]). Einkünfte aus Wertpapierleihe oder Pensionsgeschäften (§ 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2) werden jedoch nicht

von Abs. 2 erfasst, weil sie auch nicht unter § 8b KStG fallen (*Wolny in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 30 Rz. 49 [3/2021]). Handelt es sich bei dem Anleger um ein KStSubjekt, so ist § 8b KStG unmittelbar anwendbar, soweit in den gem. Abs. 1 Satz 2 zugerechneten Einkünften Bezüge iSv. § 8b Abs. 1 KStG enthalten sind (*Mann in Blümich*, § 30 InvStG 2018 Rz. 25, 26 [3/2020]). Für § 8b Abs. 2 KStG spielt Abs. 2 (und auch Abs. 3) im Erg. keine Rolle, weil Gewinne iSv. § 8b Abs. 2 KStG auf Ebene des Spezial-Investmentfonds bereits nicht stbar sind (vgl. dazu § 6 Anm. 30; glA *Mann in Blümich*, § 30 InvStG 2018 Rz. 27 [3/2020]; *Stadler/Jetter in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 30 Rz. 111). Abs. 2 modifiziert die Voraussetzungen von § 8b KStG im Rahmen der Transparenzoption. Zum einen enthält er begrüßenswerte Klarstellungen im Hinblick auf die Anwendbarkeit von § 8b KStG, zum anderen engt Abs. 2 dessen Anwendungsbereich im Rahmen der Transparenzoption auch erheblich ein. In jedem Fall müssen aber die – ggf. durch Abs. 2 modifizierten – Voraussetzungen von § 8b KStG auf Ebene des Anlegers erfüllt sein (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 30.24: Rechtsgrundverweis).

Sachliche Voraussetzungen (Abs. 2 Nr. 1):

Gesellschaft iSv. § 26 Nr. 6 Satz 2: Es handelt sich hierbei um Immobilien-Gesellschaften, ÖPP-Projektgesellschaften sowie die sog. EEG-Gesellschaften (s. § 26 Anm. 50). Es sind dies diejenigen KapGes., an denen ein Spezial-Investmentfonds zulässigerweise zu mindestens 10 % beteiligt sein darf. Die Vorschrift flankiert somit § 29 Abs. 3: Ist ein Spezial-Investmentfonds (unzulässigerweise) zu mindestens 10 % an anderen als den in § 26 Nr. 6 Satz 2 genannten KapGes. oder an anderen Körperschaften (zB Genossenschaften) beteiligt, ist § 8b KStG auf Beteiligungserträge aus diesen KapGes. selbst dann nicht anwendbar, wenn die relevante Beteiligung eines Anlegers gem. Nr. 2 sowie die übrigen Voraussetzungen von § 8b KStG erfüllt sind.

Gewinnausschüttungen: Erfasst sind zunächst offene und vGA; uE sind jedoch sämtliche gem. § 8b Abs. 1 KStG stfreien Bezüge hiervon erfasst, also insbes. auch Ausschüttungen auf Genussrechte, mit denen eine Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös verbunden ist (glA *Mann in Blümich*, § 30 InvStG 2018 Rz. 26 [3/2020]; *Stadler/Jetter in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 30 Rz. 122 f.).

Beteiligungshöhe (Abs. 2 Nr. 2): Abs. 2 Nr. 2 modifiziert die Vorgaben von § 8b Abs. 4 KStG (10 %-Grenze).

- ▶ **Durchrechnung:** Maßgeblich ist die durchgerechnete Beteiligungshöhe des Anlegers, ggf. unter Berücksichtigung weiterer, vom Anleger unmittelbar gehaltenen Beteiligungen an der ausschüttenden Gesellschaft (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 30.23, 30.25; glA *Stadler/Jetter in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 30 Rz. 141; teilweise aA *Wolny in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 30 Rz. 53 [3/2021]). Dies ist vor dem Hintergrund der gem. Abs. 1 Satz 2 angeordneten Volltransparenz folgerichtig. Das Unmittelbarkeitserfordernis in § 8b Abs. 4 KStG ist aufgrund der Fiktion in Abs. 1 Satz 2 erfüllt.
- ▶ **Unterjähriger Hinzuwerb:** Entsprechend der restriktiven Auffassung der FinVerw. zu § 8b Abs. 4 Satz 6 KStG (s. dazu § 8b KStG Anm. 137 mwN) geht die FinVerw. auch bei einem unterjährigem Hinzuwerb, der zu einem Überschreiten der 10 %-Grenze führt, lediglich von einer Anwendbarkeit von § 8b Abs. 1 KStG auf denjenigen Teil der Dividende aus, der dem Hinzuwerb entspricht (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 30.25 ff. mit Berechnungsbeispiel; differenzierend *Mann in Blümich*, § 30 InvStG 2018 Rz. 26 [3/2020]). Unseres Erachtens ist dies – ebenso wie im originären Anwendungsbereich von § 8b Abs. 4 Satz 6

KStG (s. § 8b KStG Anm. 137 mwN) – abzulehnen (glA *Stadler/Jetter* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 30 Rz. 134).

Rechtsfolge des Abs. 2: § 8b KStG ist mit den Maßgaben des Abs. 2 und vorbehaltlich von Abs. 3 (s. Anm. 15) anzuwenden. Die grundsätzliche Anwendbarkeit von § 8b KStG ergibt sich bereits aus der materiell-rechtl. Zurechnung der inländ. Beteiligungseinnahmen beim Anleger. Abs. 2 enthält daher eine modifizierte Rechtsgrundverweisung auf § 8b KStG. Soweit Abs. 2 (und Abs. 3) keine besonderen Regelungen enthalten, müssen die übrigen Voraussetzungen von § 8b KStG erfüllt sein, insbes. § 8b Abs. 1 Satz 2 KStG.

Anwendbarkeit des Teileinkünfteverfahrens: Abs. 2 enthält ausschließlich Anwendungseinschränkungen für § 8b KStG. Das Teileinkünfteverfahren gilt uneingeschränkt. Zwar spielt die Beteiligungshöhe im Rahmen von § 3 Nr. 40 EStG keine Rolle. Das Teileinkünfteverfahren ist aber beim Anleger (natürliche Person) auch insoweit anzuwenden, als ihm im Rahmen der Transparenzoption inländ. Beteiligungseinnahmen aus anderen als den in § 26 Nr. 2 Satz 2 genannten KapGes. zugerechnet werden, an denen der Spezial-Investmentfonds (unzulässigerweise) zu mindestens 10 % beteiligt ist. § 29 Abs. 3 sperrt in diesen Fällen nicht die Anwendbarkeit von § 3 Nr. 40 EStG, weil er sich nur auf den Spezial-Investmentfonds bezieht, nicht jedoch auf den Anleger (§ 29 Anm. 15). Diesem werden aber im Rahmen der Transparenzoption die betreffenden Einkünfte zugerechnet (glA *Mann* in *Blümich*, § 30 InvStG 2018 Rz. 28 [3/2020]; *Stadler/Jetter* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 30 Rz. 105, 128).

Einstweilen frei.

11–14

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Ausschluss von § 3 Nr. 40 EStG und § 8b KStG

15

Zugerechnete inländische Beteiligungseinnahmen: Abs. 3 betrifft ebenso wie Abs. 2 die aufgrund der Ausübung der Transparenzoption dem Anleger zugerechneten inländ. Beteiligungseinnahmen. Da § 3 Nr. 40 EStG und § 8b KStG aufgrund der materiell-rechtlich wirkenden Zurechnung unmittelbar anwendbar sind, sind an sich auch deren Ausschlüsse gem. § 3 Nr. 40 Satz 3 EStG und § 8b Abs. 7 und 8 KStG zu beachten. Da gem. Abs. 1 Satz 2 dem Anleger nur die vom Spezial-Investmentfonds erzielten inländ. Beteiligungseinnahmen, nicht aber die vom Spezial-Investmentfonds gehaltenen WG zugerechnet werden (s. Anm. 5; glA BMF, Anwendungsfragen, Rz. 30.30 aE), enthält Abs. 3 sinnvolle Klarstellungen im Hinblick auf die Anwendbarkeit von § 3 Nr. 40 Satz 3 EStG und § 8b Abs. 7 und 8 KStG.

Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen, Pensionsfonds (Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2): Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 sind § 8b Abs. 8 KStG nachgebildet. Es kann daher zunächst auf die Erläuterungen zu § 8b Abs. 8 KStG verwiesen werden (§ 8b KStG Anm. 235 ff.).

Spezial-Investmentanteile als Kapitalanlagen: Anders als im originären Anwendungsbereich von § 8b Abs. 8 KStG kommt es für einen Ausschluss von § 8b Abs. 1–7 KStG nicht auf die Zurechnung der Anteile an der KapGes., aus der die inländ. Beteiligungseinnahmen stammen, sondern auf die Zurechnung der Spezial-Investmentanteile zu den Kapitalanlagen an (zum Merkmal der Zurechnung zu den Kapitalanlagen s. § 8b KStG Anm. 237).

Unternehmen des Finanzsektors (Abs. 3 Satz 1 Nr. 2): Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ist § 3 Nr. 40 Satz 3 EStG bzw. § 8b Abs. 7 KStG nachgebildet. Es kann daher zunächst auf die entsprechenden Erläuterungen verwiesen werden (§ 3 Nr. 40 EStG Anm. 176 ff., § 8b KStG Anm. 224 ff.). Zu den Änderungen durch das WElektro-MobFördG („JStG 2019“) s. Anm. 1.

Institut oder Unternehmen: Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 verweist für die betroffenen Institute und Unternehmen auf § 3 Nr. 40 Satz 3 EStG bzw. § 8b Abs. 7 KStG. Erfasst sind somit zum einen Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute iSv. § 1 Abs. 1, 1a KWG (§ 3 Nr. 40 Satz 3 Halbs. 1 EStG, § 8b Abs. 7 Satz 1 KStG; s. dazu im Einzelnen § 3 Nr. 40 EStG Anm. 177, § 8b KStG Anm. 225) und zum anderen Finanzunternehmen iSv. § 1 Abs. 3 KWG, sofern an diesen Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitute unmittelbar oder mittelbar zu mehr als 50 % beteiligt sind (§ 3 Nr. 40 Satz 3 Halbs. 2 EStG, § 8b Abs. 7 Satz 2 KStG; s. dazu im Einzelnen § 3 Nr. 40 EStG Anm. J 16-4; § 8b KStG Anm. J 16-7).

Handelsbestand iSv. § 340e Abs. 3 HGB (Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 Buchst. a): Die Vorschrift in Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a betrifft nur Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute und ist § 3 Nr. 40 Satz 3 Halbs. 1 EStG bzw. § 8b Abs. 7 Satz 1 KStG nachgebildet. Insoweit kann auf die einschlägigen Erläuterungen (§ 3 Nr. 40 EStG Anm. J 16-4; § 8b KStG Anm. J 16-5) verwiesen werden.

Ausweis im Umlaufvermögen im Zeitpunkt des Zugangs zum Betriebsvermögen (Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b): Die Vorschrift in Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b betrifft nur (bankenbeherrschte, s. „Finanzunternehmen“) Finanzunternehmen und ist § 3 Nr. 40 Satz 3 Halbs. 2 EStG bzw. § 8b Abs. 7 Satz 2 KStG nachgebildet. Auch insoweit kann auf die einschlägigen Erläuterungen (§ 3 Nr. 40 EStG Anm. J 16-4; § 8b KStG Anm. J 16-8) verwiesen werden.

Als-Ob-Betrachtung: Die Voraussetzungen von Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a und b sind lediglich fiktiv auf Anlegerebene zu prüfen. Nur für diese Zwecke ordnet Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 daher an, dass WG und Tätigkeiten des Spezial-Investmentfonds dem Anleger zuzurechnen sind. Ob Anleger iSv. Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a ihre Spezial-Investmentanteile dem Handelsbestand iSv. § 340e Abs. 3 HGB zuzuordnen haben oder Anleger iSv. Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b ihre Spezial-Investmentanteile im Zeitpunkt des Zugangs zum BV als UV auszuweisen haben, ist unerheblich (glA *Mann in Blümich*, § 30 InvStG 2018 Rz. 35 [3/2020]).

Wesentlicher Umfang: Die den Anlegern für Zwecke der Prüfung der Voraussetzungen von Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a und b zuzurechnenden Tätigkeiten des Spezial-Investmentfonds müssen einen „wesentlichen Umfang“ angenommen haben. Dieses Merkmal ist weder in § 3 Nr. 40 Satz 3 EStG noch in § 8b Abs. 7 KStG enthalten. Das Gesetz macht hierzu keine weiteren Vorgaben. Von einem wesentlichen Umfang sollte uE jedenfalls dann nicht mehr ausgegangen werden, wenn die fraglichen Geschäfte des Spezial-Investmentfonds gemessen an seiner Gesamttätigkeit 10 % oder weniger betragen. Maßgebend sollten dabei Handelsvolumina sein (weitgehend glA *Stadler/Jetter in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 30 Rz. 166; vgl. auch *Mann in Blümich*, § 30 InvStG 2018 Rz. 35 [3/2020]; wertende Gesamtbetrachtung der Umstände des Einzelfalls; *Wolny in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 30 Rz. 82a [3/2021] will diesem Merkmal hingegen überhaupt keine Bedeutung beimessen).

Rechtsfolge des Abs. 3: Liegen die Voraussetzungen von Abs. 3 vor, sind § 8b KStG bzw. § 3 Nr. 40 EStG auf die den jeweiligen Anlegern zugerechneten inländ.

Beteiligungseinnahmen nicht anwendbar. Abs. 3 verdrängt daher in seinem Anwendungsbereich § 3 Nr. 40 Satz 3 EStG und § 8b Abs. 7 und 8 KStG.

Einstweilen frei.

16–19

E. Erläuterungen zu Abs. 4: Mehrstufige Strukturen

20

Doppelstöckige Struktur (Abs. 4 Satz 1): Abs. 4 Satz 1 betrifft zunächst nur doppelstöckige Strukturen, dh., Anleger eines Spezial-Investmentfonds (Ziel-Spezial-Investmentfonds) ist selbst ein Spezial-Investmentfonds (Dach-Spezial-Investmentfonds), der aber seinerseits keine (weiteren) Spezial-Investmentfonds als Anleger hat. Die Begrifflichkeiten Dach- und Ziel-Spezial-Investmentfonds bestimmen sich nach § 2 Abs. 5 Satz 2.

- ▶ *Dach-Spezial-Investmentfonds:* Es muss sich beim Anleger eines Spezial-Investmentfonds ebenfalls um einen Spezial-Investmentfonds handeln. Der Anleger muss also seinerseits die Vorgaben von § 26 erfüllen.
- ▶ *Ziel-Spezial-Investmentfonds:* Der Ziel-Spezial-Investmentfonds muss seinerseits die Transparenzoption ausgeübt haben. Soweit er dies nicht getan hat, geht eine etwaige Ausübung der Transparenzoption durch den Dach-Spezial-Investmentfonds ins Leere, denn der Dach-Spezial-Investmentfonds würde insofern lediglich Spezial-Investmenterträge und damit keine inländ. Beteiligungseinnahmen oder sonstige inländ. Einkünfte mit StAbzug erzielen.
- ▶ *Erklärung gegenüber dem Entrichtungspflichtigen:* Die Ausübung der Transparenzoption durch den Dach-Spezial-Investmentfonds erfolgt durch Erklärung nach Maßgabe von Abs. 1 Satz 1 (s. Anm. 5).
 - ▷ *Entrichtungspflichtiger:* Adressat soll der Entrichtungspflichtige des Ziel-Spezial-Investmentfonds sein (so wohl BTDrucks. 18/8045, 100; *Mann in Blümich*, § 30 InvStG 2018 Rz. 41 [3/2020]). Im Einzelfall kann problematisch sein, welche Stelle Entrichtungspflichtiger ist; uE kann dies gerade nicht die Verwahrstelle (sofern überhaupt vorhanden) des Ziel-Spezial-Investmentfonds sein. Es muss vielmehr diejenige Stelle sein, die den StAbzug gem. § 5 vornimmt oder vornehmen müsste, in aller Regel also der Ziel-Spezial-Investmentfonds selbst. Dieser muss dann die Erklärung des Dach-Spezial-Investmentfonds an die Entrichtungspflichtigen weiterleiten, die von den Einkünften an den Ziel-Spezial-Investmentfonds einen StAbzug vornehmen (aA *Stadler/Jetter in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 30 Rz. 190: Erklärung unmittelbar gegenüber dem oder den Entrichtungspflichtigen, die von den Einkünften an den Ziel-Spezial-Investmentfonds einen StAbzug vornehmen).
 - ▷ *Andere Entrichtungspflichtige?* Die Ausübung der Transparenzoption gegenüber dem Ziel-Spezial-Investmentfonds hindert den Dach-Spezial-Investmentfonds nach hier vertretener Auffassung (s. Anm. 5) nicht, die Transparenzoption gegenüber anderen Entrichtungspflichtigen – sei es in Bezug auf andere Ziel-Spezial-Investmentfonds oder in Bezug auf andere inländ. Beteiligungseinnahmen – abweichend auszuüben.
- ▶ *Rechtsfolge des Abs. 4 Satz 1:* Die Rechtsfolgen von Abs. 4 Satz 1 bestimmen sich in entsprechender Anwendung von Abs. 1–3. Insbesondere sind die über den Ziel-Spezial-Investmentfonds bezogenen inländ. Beteiligungseinnahmen und sonstigen inländ. Einkünfte mit StAbzug auf Ebene des Dach-Spezial-In-

vestmentfonds kstfrei (Abs. 1 Satz 1 iVm. Abs. 4 Satz 1) und die Einkünfte gelten unmittelbar den Anlegern des Dach-Spezial-Investmentfonds als zugeflossen (Abs. 1 Satz 2 iVm. Abs. 4 Satz 1).

Mehrstufige Strukturen (Abs. 4 Satz 2): Abs. 4 Satz 2 schließt eine transparente Zurechnung bei mehr als zwei Beteiligungsstufen aus.

- ▶ *Ebene des Dach-Spezial-Investmentfonds:* Bei einer drei- oder mehrstufigen Struktur werden inländ. Beteiligungseinnahmen und sonstige inländ. Einkünfte mit StAbzug zwingend auf Ebene des zweiten Dach-Spezial-Investmentfonds definitiv besteuert. Üben der Ziel-Spezial-Investmentfonds und der erste Dach-Spezial-Investmentfonds allerdings die Transparenzoption aus, erfolgt der StAbzug gem. § 7 iVm. § 29 Abs. 1 und damit insbes. gem. § 7 Abs. 1 Satz 3. Nach hier vertretener Auffassung (s. Anm. 5) kann der zweite Dach-Spezial-Investmentfonds allerdings die Transparenzoption gegenüber anderen Entrichtungspflichtigen ausüben (glA Behrens, RdF 2017, 297 [300]). Hierfür spricht auch das „soweit“ in Abs. 4 Satz 2.
- ▶ *Ebene der Anleger:* Die Anleger des zweiten Dach-Spezial-Investmentfonds haben auch im Hinblick auf die diesem zugerechneten inländ. Beteiligungseinnahmen und sonstigen inländ. Erträge mit StAbzug Spezial-Investmenterträge, dh. ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge zu versteuern. Eine Berücksichtigung der stl. Vorbelastung auf Ebene des zweiten Dach-Spezial-Investmentfonds ist nur über § 42 Abs. 4 möglich.

21–24 Einstweilen frei.

25 F. Erläuterungen zu Abs. 5: Sonstige inländische Einkünfte mit Steuerabzug

Abs. 5 erweitert den Anwendungsbereich der Transparenzoption auf sonstige inländ. Einkünfte mit StAbzug.

Sonstige inländische Einkünfte: Der Begriff ist iSv. § 6 Abs. 5 (iVm. § 29 Abs. 1) zu verstehen. Erfasst werden daher insbes. inländ. Einkünfte iSv. § 49 EStG, soweit es sich nicht um inländ. Beteiligungseinnahmen oder inländ. Immobilienerträge handelt.

Steuerabzug: Die sonstigen inländ. Einkünfte müssen einem StAbzug unterliegen. Dieser StAbzug muss sich aus den allgemeinen Regeln, insbes. §§ 43 ff. EStG ergeben. § 7 (iVm. § 29 Abs. 1) enthält selbst keinen Abzugstatbestand, sondern modifiziert lediglich einen aus anderem Grund bestehenden StAbzug (s. § 7 Anm. 1).

Anwendungsfälle: Inländische Einkünfte und der StAbzug müssen kumulativ vorliegen. Im Wesentlichen verbleiben daher folgende Anwendungsfälle:

- ▶ *Einkünfte aus stiller Gesellschaft und partiarischem Darlehen,* wenn der Inhaber des Handelsgeschäfts bzw. der Darlehensgeber Wohnsitz, Geschäftsleitung oder Sitz im Inland hat. Die StPflcht ergibt sich aus § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a Halbs. 1 iVm. § 20 Abs. 1 Nr. 4 EStG, der StAbzug folgt aus § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG. Zinsen aus Darlehen, die durch inländ. Grundbesitz besichert sind (§ 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. c Doppelbuchst. aa EStG), fallen hingegen nicht unter die sonstigen Einkünfte mit StAbzug (aA Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 30 InvStG 2018 Rz. 15), weil sie keinem StAbzug unterliegen (vgl. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 EStG).

- ▶ *Einkünfte aus Versicherungsverträgen*, wenn das VU Geschäftsleitung oder Sitz im Inland hat. Die StPflcht ergibt sich aus § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a Halbs. 1 iVm. § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG, der StAbzug folgt aus § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG. Diese Fallgruppe dürfte praktisch kaum vorkommen.
- ▶ *Einnahmen aus Leistungen einer nicht steuerbefreiten Körperschaft iSv. § 1 Abs. 1 Nr. 3–5 KStG* mit Geschäftsleitung oder Sitz im Inland, die Gewinnausschüttungen iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG vergleichbar sind. Die StPflcht ergibt sich aus § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a Halbs. 1 iVm. § 20 Abs. 1 Nr. 9 EStG, der StAbzug folgt aus § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7a EStG.
- ▶ *Erträge aus Wandelanleihen und Gewinnobligationen*, wenn der Schuldner Wohnsitz, Geschäftsleitung oder Sitz im Inland hat. Die StPflcht ergibt sich in diesem Fall aus § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a Halbs. 2 EStG, der StAbzug folgt aus § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG.
- ▶ *Einkünfte aus Genussrechten*, die nicht in § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG genannt sind, wenn der Schuldner Wohnsitz, Geschäftsleitung oder Sitz im Inland hat (zu Letzteren s. § 49 EStG Anm. 850). Die StPflcht ergibt sich aus § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. c Doppelbuchst. bb iVm. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG, der StAbzug folgt aus § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG.
- ▶ *Fälle des sog. anonymen Tafelgeschäfts*. Die StPflcht folgt hier entweder aus § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a Halbs. 1 oder Buchst. d EStG, der StAbzug aus § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 Buchst. a, Nr. 9 oder 10 sowie Satz 2 EStG iVm. § 44 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb EStG.

Ausübung der Transparenzoption: Die Transparenzoption wird auch insoweit durch Erklärung gegenüber dem Entrichtungspflichtigen nach Maßgabe von Abs. 1 Satz 1 ausgeübt. Nach hier vertretener Auffassung (s. Anm. 5) gilt die gegenüber einem Entrichtungspflichtigen abgegebene Erklärung für sämtliche inländ. Beteiligungseinnahmen und sonstigen inländ. Einkünfte, für die dieser Entrichtungspflichtige zum StAbzug verpflichtet ist. Der Spezial-Investmentfonds ist aber nicht verpflichtet, die Transparenzoption gegenüber sämtlichen Entrichtungspflichtigen zu erklären.

Rechtsfolge des Abs. 5: Für die sonstigen inländ. Einkünfte mit StAbzug gelten bei Ausübung der Transparenzoption die Abs. 1 bis 4 entsprechend. Insbesondere sind die sonstigen inländ. Einkünfte auf Ebene des Spezial-Investmentfonds kstfrei (Abs. 1 Satz 1 iVm. Abs. 5) und gelten unmittelbar den Anlegern des Dach-Spezial-Investmentfonds als zugeflossen (Abs. 1 Satz 2 iVm. Abs. 5). Abs. 2 und 3 spielen hingegen kaum eine Rolle, weil die von Abs. 5 erfassten Einkünfte – mit Ausnahme von Einnahmen aus Leistungen einer nicht stbefreiten Körperschaft gem. § 20 Abs. 1 Nr. 9 EStG – weder § 3 Nr. 40 EStG noch § 8b KStG unterliegen (Stadler/Jetter in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 30 Rz. 235 ff.). Die sonstigen inländ. Einkünfte mit StAbzug gehören bei Ausübung der Transparenzoption auch zu den Zurechnungsbeträgen iSv. § 35 Abs. 3. Bei Nichtausübung der Transparenzoption kann jedoch im Hinblick auf in den ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen enthaltene versteuerte sonstige inländ. Einkünfte § 42 Abs. 5 geltend gemacht werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 30.21).

§ 31 Steuerabzug und Steueranrechnung bei Ausübung der Transparenzoption

idF des InvStG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731), zuletzt geändert durch WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17)

(1) ¹Nimmt ein Spezial-Investmentfonds die Transparenzoption wahr, so sind die Regelungen des Einkommensteuergesetzes zum Steuerabzug vom Kapitalertrag so anzuwenden, als ob dem jeweiligen Anleger die inländischen Beteiligungseinnahmen oder die sonstigen inländischen Einkünfte unmittelbar selbst zugeflossen wären. ²In den Steuerbescheinigungen sind neben den nach § 45a des Einkommensteuergesetzes erforderlichen Angaben zusätzlich anzugeben:

1. Name und Anschrift des Spezial-Investmentfonds als Zahlungsempfänger,
2. Zurechnungszeitpunkt des Kapitalertrags,
3. Name und Anschrift der am Spezial-Investmentfonds beteiligten Anleger als Gläubiger der Kapitalerträge,
4. Gesamtzahl der Anteile des Spezial-Investmentfonds und Anzahl der Anteile der einzelnen Anleger jeweils zum Zurechnungszeitpunkt sowie
5. Anteile der einzelnen Anleger an der Kapitalertragsteuer.

³Zurechnungszeitpunkt ist der Tag, an dem die jeweiligen Kapitalerträge dem Spezial-Investmentfonds zugerechnet werden; dies ist bei Kapitalerträgen nach § 43 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 und 1a des Einkommensteuergesetzes der Tag des Gewinnverteilungsbeschlusses.

(2) Wird vom Steuerabzug Abstand genommen oder wird die Steuer erstattet, so hat der Spezial-Investmentfonds die Beträge an diejenigen Anleger auszu zahlen, bei denen die Voraussetzungen für eine Abstandnahme oder Erstattung vorliegen.

(3) ¹Die auf Kapitalerträge im Sinne des § 43 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1a oder des § 36a Absatz 1 Satz 4 des Einkommensteuergesetzes bei Ausübung der Transparenzoption erhobene Kapitalertragsteuer wird auf die Einkommen- oder Körperschaftsteuer des Anlegers angerechnet, wenn

1. der Spezial-Investmentfonds die Voraussetzungen für eine Anrechenbarkeit nach § 36a Absatz 1 bis 3 des Einkommensteuergesetzes erfüllt und
2. der Anleger innerhalb eines Zeitraums von 45 Tagen vor und 45 Tagen nach dem Zurechnungszeitpunkt mindestens 45 Tage ununterbrochen wirtschaftlicher Eigentümer der Spezial-Investmentanteile ist (Mindesthaldedauer), der Anleger während der Mindesthaldedauer unter Berücksichtigung von gegenläufigen Ansprüchen und von Ansprüchen nahestehender Personen ununterbrochen das volle Risiko eines sinkenden Wertes der Spezial-Investmentanteile trägt und nicht verpflichtet ist, den ihm nach § 30 Absatz 1 unmittelbar zugerechneten Kapitalertrag ganz oder überwiegend, unmittelbar oder mittelbar anderen Personen zu vergüten.

²Fehlen die Voraussetzungen des Satzes 1, so sind drei Fünftel der Kapitalertragsteuer nicht anzurechnen. ³Die Sätze 1 und 2 sind nicht anzuwenden, wenn

1. die Kapitalerträge des Anlegers im Sinne des § 43 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1a und des § 36a Absatz 1 Satz 4 des Einkommensteuergesetzes im Veranlagungszeitraum nicht mehr als 20 000 Euro betragen oder

2. der Spezial-Investmentfonds im Zurechnungszeitpunkt seit mindestens einem Jahr ununterbrochen wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien oder Genussscheine ist und der Anleger im Zurechnungszeitpunkt seit mindestens einem Jahr ununterbrochen wirtschaftlicher Eigentümer der Spezial-Investmentanteile ist.

⁴Ein Spezial-Investmentfonds und der an ihm beteiligte Anleger gelten unabhängig von dem Beteiligungsumfang als einander nahestehende Personen im Sinne des Satzes 1 und des § 36a Absatz 3 des Einkommensteuergesetzes.

⁵Wurde für einen Anleger kein Steuerabzug vorgenommen oder ein Steuerabzug erstattet und liegen die Voraussetzungen des Satzes 1 nicht vor, ist der Anleger verpflichtet,

1. dies gegenüber seinem zuständigen Finanzamt anzuzeigen,
2. Kapitalertragsteuer in Höhe von 15 Prozent der Kapitalerträge im Sinne des § 43 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1a und des § 36a Absatz 1 Satz 4 des Einkommensteuergesetzes nach amtlich vorgeschriebenem Vordruck auf elektronischem Weg anzumelden und
3. die angemeldete Steuer zu entrichten.

⁶Die Anzeige, Anmeldung und Entrichtung hat bei Steuerpflichtigen, die ihren Gewinn durch Bestandsvergleich ermitteln, nach Ablauf des Wirtschaftsjahres, bei Investmentfonds nach Ablauf des Geschäftsjahres und bei anderen Steuerpflichtigen nach Ablauf des Kalenderjahres bis zum Zehnten des folgenden Monats zu erfolgen. ⁷§ 42 der Abgabenordnung bleibt unberührt.

Autor: Ronald Buge, Rechtsanwalt, POELLATH, Berlin

Mitherausgeber: Dr. Martin Klein, Rechtsanwalt/Steuerberater/
 Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 31	1	C. Erläuterungen zu Abs. 2: Abstandnahme/Erstattung	10
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Steuerabzug bei ausgeübter Transparenzoption	5	D. Erläuterungen zu Abs. 3: Anrechnung	15

1 A. Allgemeine Erläuterungen zu § 31

Grundinformation zu § 31: § 31 ergänzt § 30 und regelt Einzelheiten zum StAbzug und zur Anrechnung der KapErtrSt bei Ausübung der Transparenzoption. Abs. 1 regelt zum einen, wie die allgemeinen Vorschriften zum KapErtrStAbzug (§§ 43 ff. EStG) bei Ausübung der Transparenzoption anzuwenden sind und stellt zum anderen besondere Anforderungen an die StBescheinigung gem. § 45a EStG. Abs. 2 regelt die Durchführung der Abstandnahme oder Erstattung der KapErtrSt bei Ausübung der Transparenzoption. Abs. 3 stellt die Anwendung von § 36a EStG bei Anrechnung der KapErtrSt sicher, wenn die Transparenzoption ausgeübt wurde, wobei § 36a EStG im Erg. nicht nur auf Ebene des Spezial-Investmentfonds im Hinblick auf die von ihm gehaltenen Anteile oder Genussscheine, aus denen die inländ.

Beteiligungseinnahmen erzielt werden, sondern auch auf Ebene des Anlegers im Hinblick auf die von ihm gehaltenen Spezial-Investmentanteile anzuwenden ist.

Rechtswicklung des § 31: § 31 ist neu und hat keinen Vorgänger im InvStG aF.

- ▶ *WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019* (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17): Mit dem WElektroMobFördG („JStG 2019“) erfolgte zum einen in Abs. 1 eine Präzisierung hinsichtlich des in der StBescheinigung anzugebenden Zuflusszeitpunkts der von § 30 erfassten Kapitalerträge. Zum anderen wurde Abs. 3 dahingehend ergänzt, dass die Voraussetzungen des § 36a EStG nicht nur auf Ebene des Spezial-Investmentfonds, sondern auch auf Ebene des Anlegers im Hinblick auf die von ihm gehaltenen Spezial-Investmentanteile anzuwenden sind. Der Gesetzgeber wollte damit befürchtete Umgehungsgestaltungen erfassen, bei denen nicht sicher war, ob diese nach dem bis dahin geltenden Recht als Gestaltungsmissbrauch (Abs. 3 Satz 3 aF iVm. §§ 36a Abs. 7 EStG, 42 AO) hätten erfasst werden können (BTDrucks. 19/14909, 54).

Bedeutung des § 31: § 31 dient vor allem der technischen Durchführung des StAbzugs und der Anrechnung der KapErtrSt bei Ausübung der Transparenzoption. Abs. 3 durchbricht den Grundsatz, dass die Voraussetzungen von § 36a EStG in der Person desjenigen erfüllt sein müssen, bei dem die KapErtrSt angerechnet werden soll. Bei Ausübung der Transparenzoption müssen die Voraussetzungen von § 36a EStG auch auf Ebene des Spezial-Investmentfonds erfüllt sein, obwohl die Anrechnung auf Ebene des Anlegers erfolgt.

Verhältnis des § 31 zu anderen Vorschriften:

- ▶ *Verhältnis zu § 7:* Wird die Transparenzoption nicht ausgeübt, ist § 31 nicht anwendbar. Der StAbzug gegenüber dem Spezial-Investmentfonds richtet sich in diesem Fall nach § 7 iVm. § 29 Abs. 1 sowie ergänzend nach §§ 43 ff. EStG.
- ▶ *Verhältnis zu § 30:* § 31 ergänzt § 30 und setzt voraus, dass die Transparenzoption ausgeübt wird.
- ▶ *Verhältnis zu § 33 iVm. § 50:* § 31 ist auf den StAbzug gem. § 33 Abs. 1 nicht anwendbar. Dieser erfolgt ausschließlich gem. § 50. Im Rahmen der Immobilien-Transparenzoption (§ 33 Abs. 2 Satz 3 ff.) ist § 31 Abs. 1 und 2 indes entsprechend anwendbar (§ 33 Abs. 2 Satz 5).
- ▶ *Verhältnis zu § 53:* § 31 gilt vollumfänglich für Altersvorsorgevermögensfonds (§ 53 Abs. 3 Satz 1).
- ▶ *Verhältnis zu §§ 36, 36a EStG:* Die Anrechnung der abgezogenen KapErtrSt richtet sich bei ausgeübter Transparenzoption grds. nach §§ 36, 36a EStG, weil die Einkünfte den Anlegern unmittelbar zuzurechnen sind. Abs. 3 modifiziert allerdings § 36a EStG dahingehend, dass dessen Voraussetzungen auf Ebene des Spezial-Investmentfonds erfüllt sein müssen und dass die Voraussetzungen von § 36a EStG zusätzlich auf Ebene des Anlegers im Hinblick auf die von ihm gehaltenen Spezial-Investmentanteile erfüllt sein müssen. Ferner sind die Rechtsfolgen zwar § 36a EStG nachgebildet, allerdings nochmals eigenständig in Abs. 3 geregelt.
- ▶ *Verhältnis zu §§ 43 ff.:* Der KapErtrStAbzug bei ausgeübter Transparenzoption richtet sich grds. nach §§ 43 ff. EStG, weil die Einkünfte den Anlegern unmittelbar zuzurechnen sind. § 31 modifiziert §§ 43 ff. EStG bei ausgeübter Transparenzoption.
- ▶ *Verhältnis zu §§ 44a Abs. 10 Satz 1 Nr. 3, 44b Abs. 2 EStG:* Obwohl durch diese Vorschriften § 36a EStG auch für Körperschaften iSv. § 44a Abs. 7 EStG gelten

soll, berücksichtigt Abs. 3 diese Fallgruppe nicht. Dies kann für Körperschaften iSv. § 44a Abs. 7 EStG nachteilige Folgen haben (s. Anm. 15).

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich:* § 31 gilt für inländ. und ausländ. Spezial-Investmentfonds sowie gem. § 53 für Altersvorsorgevermögensfonds und deren Anleger.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* Wie das gesamte neugefasste InvStG gilt § 31 ab dem 1.1.2018 (Art. 11 Abs. 3 InvStRefG). Die Neuregelungen durch das WElektro-MobFördG („JStG 2019“) sind ab dem 1.1.2020 anzuwenden (§ 57 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9). Zur Anwendung von Abs. 3 aF für bis einschließlich 31.12.2019 s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 31.41 ff.

2–4 Einstweilen frei.

5 B. Erläuterungen zu Abs. 1: Steuerabzug bei ausgeübter Transparenzoption

Ausübung der Transparenzoption: Abs. 1 setzt – wie § 31 insgesamt – voraus, dass die Transparenzoption ausgeübt wurde.

Rechtsfolge von Abs. 1 Satz 1: Rechtsfolge von Abs. 1 Satz 1 ist, dass die Regelungen des EStG zum KapErtrStAbzug so anzuwenden sind, als ob die inländ. Beteiligungseinnahmen oder sonstigen inländ. Erträge dem Anleger unmittelbar zugeflossen sind. Die Regelung ist uE deklaratorisch und folgt bereits aus der materiell-rechtl. Zurechnung der betreffenden Einkünfte beim Anleger gem. § 30 Abs. 1 Satz 2 ggf. iVm. Abs. 5. Allerdings sind die in § 31 geregelten Abweichungen zu berücksichtigen.

- ▶ *Tatbestand der Kapitalertragsteuer:* Der jeweils anwendbare Tatbestand der KapErtrSt ergibt sich unmittelbar aus § 43 EStG. Gegenüber dem Anleger liegen gerade keine inländ. Beteiligungseinnahmen oder sonstigen inländ. Einkünfte mehr vor, sondern die einzelnen Kapitalerträge gem. § 43 EStG. Anders ist die Rechtslage lediglich, wenn der Anleger seinerseits ein (Dach-)Investmentfonds oder ein (Dach-)Spezial-Investmentfonds ist, der die Transparenzoption nicht ausgeübt hat.
- ▶ *Wertpapierleihe/Pensionsgeschäfte:* Besonderheiten ergeben sich bei inländ. Beteiligungseinnahmen iSv. § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 iVm. § 29 Abs. 1, dh. Einkünfte iSv. § 2 Nr. 2 Halbs. 2 KStG. Entsprechend der materiellen Rechtslage (s. § 30 Anm. 5) ist wie folgt zu differenzieren:
 - ▷ *Beschränkt Steuerpflichtige* iSv. § 2 Nr. 2 KStG und steuerbefreite Körperschaften iSv. § 5 Abs. 1 KStG oder nach anderen Steuergesetzen: Bei diesen Anlegern (mit Ausnahme von stbefreiten Körperschaften gem. § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG) besteht im Hinblick auf Entgelte iSv. § 2 Nr. 2 Halbs. 2 KStG eine materielle StPflicht (vgl. § 5 Abs. 2 Nr. 2 KStG) und damit auch eine Verpflichtung zum StAbzug gem. § 32 Abs. 3 KStG. Die FinVerw. will es nicht beanstanden, wenn die KapErtrSt. erst bis zum 10. des Folgemonats abgeführt wird (BMF v. 2.11.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/17/10016, 2017/0852865).
 - ▷ *Bei unbeschränkt steuerpflichtigen Anlegern* existiert kein Tatbestand – weder nach §§ 43 ff. EStG noch nach § 32 Abs. 3 KStG – aufgrund dessen Ka-

pErtrSt einbehalten und abgeführt werden könnte, und zwar unabhängig davon, ob die betreffenden Einkünfte im BV oder im PV anfallen (*Ronig in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 31 Rz. 51 [3/2021]).

- ▷ *Bei beschränkt steuerpflichtigen Anlegern iSv. § 1 Abs. 4 EStG oder § 2 Nr. 1 KStG (Steuerausländer)* fehlt es bereits an der materiellen StPflicht. Demzufolge ist gegenüber diesen Anlegern auch kein StAbzug vorzunehmen, weder nach §§ 43 ff. EStG noch nach § 50a EStG oder § 32 Abs. 3 KStG.
- ▶ *Steuersatz:* Es gilt § 43a EStG (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 31.1). Der besondere StSatz gem. § 7 Abs. 1 Satz 3 darf nur noch gegenüber Anlegern angewendet werden, die ihrerseits Investmentfonds oder Dach-Spezial-Investmentfonds sind, die die Transparenzoption nicht ausgeübt haben. Die Ausübung der Transparenzoption kann daher ggf. nachteilig sein, weil der Anleger zB auf die in den inländ. Beteiligungseinnahmen enthaltenen Kapitalerträge iSv. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG einen höheren KapErtrStSatz zu entrichten hat als der Spezial-Investmentfonds.
- ▶ *Abstandnahme/Erstattung:* Ob und inwieweit ggf. vom StAbzug Abstand genommen oder KapErtrSt erstattet werden kann, richtet sich ausschließlich nach §§ 44a, 44b EStG und den persönlichen Merkmalen des jeweiligen Anlegers (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 31.2). In den Fällen des § 44a Abs. 9 EStG ist ggf. § 50d Abs. 3 EStG zu beachten. Auch vor diesem Hintergrund kann die Ausübung der Transparenzoption nachteilig sein. Die Nachweise für eine Abstandnahme oder Erstattung, insbes. etwaige NV-Bescheinigungen muss der Anleger dem Spezial-Investmentfonds zur Verfügung stellen, der diese wiederum dem Entrichtungspflichtigen vorlegen muss. Zur Durchführung der Abstandnahme oder Erstattung s. Abs. 2 sowie Anm. 10.
- ▶ *Zeitpunkt:* Der Entrichtungspflichtige hat die KapErtrSt zu dem Zeitpunkt einzubehalten und abzuführen, zu dem die inländ. Beteiligungseinnahmen oder sonstigen inländ. Einkünfte mit StAbzug dem Spezial-Investmentfonds zufließen. Auf den Zufluss beim Anleger kann es nicht ankommen. Die dem Anleger gem. § 30 Abs. 1 Satz 2 zugerechneten Einkünfte stellen vielmehr Zurechnungsbeträge iSv. § 35 Abs. 3 dar, die gem. § 35 Abs. 2 Satz 1 als verwendet gelten und stfrei ausgeschüttet werden können (s. dazu § 35 Anm. 10, 15). Dieser Zuflusszeitpunkt muss für den StAbzug außer Betracht bleiben, zumal er dem Entrichtungspflichtigen idR überhaupt nicht bekannt sein dürfte. Die Fiktion in Abs. 1 Satz 1 muss uE vielmehr dahingehend verstanden werden, dass die von der Transparenzoption erfassten Kapitalerträge für Zwecke des StAbzugs zu dem Zeitpunkt bei den Anlegern als zugeflossen gelten, zu dem sie dem Spezial-Investmentfonds zufließen. Abs. 1 Satz 1 stellt somit lediglich das erhebungstechnische Gegenstück zu der materiell-rechtl. Regelung in § 30 Abs. 1 dar. Damit muss es auf den Zuflusszeitpunkt für Zwecke des KapErtrStAbzugs ankommen. Dies ist gem. § 44 Abs. 1 Satz 2 EStG der gem. § 11 EStG maßgebliche Zeitpunkt. Allerdings gilt für Kapitalerträge iSv. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG die Sonderregelung in § 44 Abs. 2 EStG, die freilich nur für das StAbzugsverfahren gilt und den materiell-rechtl. Zufluss unberührt lässt (*Mann in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 44 EStG Rz. 128c mwN [1/2021]). Für Kapitalerträge iSv. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a EStG verbleibt es hingegen bei der Grundregel des § 44 Abs. 1 Satz 2 EStG (*Mann in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 44 EStG Rz. 129b [1/2021]). Die Regelungen in Abs. 1 Satz 3 zum Zurechnungszeitpunkt haben uE hierfür keine Bedeutung (s.u.).

- ▶ *Zur Steueranmeldung* s. BMF v. 2.11.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/17/10016, 2017/0852865.
- ▶ *Abgeltende Wirkung*: Soweit Spezial-Investmentanteile zulässigerweise im PV gehalten werden (s. § 26 Anm. 60), hat ein KapErtrStAbzug bei ausgeübter Transparenzoption grds. abgeltende Wirkung (§ 43 Abs. 5 EStG). Die dem Anleger bei ausgeübter Transparenzoption zugerechneten Einkünfte gehören gerade nicht mehr zu den Spezial-Investmenterträgen (vgl. § 35 Abs. 3 und § 36 Abs. 1 Satz 2), so dass § 34 Abs. 2 Satz 1 nicht gilt. Auch bei beschränkt stpfl. und stbefreiten Anlegern hat der KapErtrStAbzug idR abgeltende Wirkung (§ 50 Abs. 2 Satz 1 EStG; § 32 Abs. 1 KStG). Im Übrigen müssen unbeschränkt stpfl. Anleger die ihnen zugerechneten Einkünfte in ihrer StErklärung angeben (s. § 30 Anm. 5).

Steuerbescheinigung (Abs. 1 Satz 2): Die Pflicht zur Ausstellung einer StBescheinigung ergibt sich zunächst aus § 45a Abs. 2 (ggf. iVm. Abs. 3) EStG. Dass die StBescheinigungen den Anlegern ausgestellt werden sollen, ergibt sich bereits aus der Erklärung über die Ausübung der Transparenzoption gem. § 30 Abs. 1 Satz 1 (ggf. iVm. Abs. 5). Die StBescheinigung muss zusätzlich zu den gem. § 45a Abs. 2 EStG erforderlichen Angaben die in Abs. 1 Satz 2 aufgeführten Angaben enthalten. Nur dies ermöglicht letztlich eine Nutzung der StBescheinigung durch die Anleger. Während bis einschließlich VZ 2019 der Zuflusszeitpunkt beim Spezial-Investmentfonds bzw. die Gesamtzahl der Anteile zu diesem Zeitpunkt zu bescheinigen war (Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 und 4 aF) ist ab dem VZ 2020 der Zurechnungszeitpunkt gem. Abs. 1 Satz 3 anzugeben (Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 und 4 idF des WElektroMobFördG/„JStG 2019“). Für die Geltendmachung der Rechte aus der StBescheinigung durch die Anleger soll eine vervielfältigte Ausfertigung der Originalbescheinigung ausreichen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 31.2; abw. von R 36 Satz 1 EStR). Der Spezial-Investmentfonds muss dem Entrichtungspflichtigen bei jeder zufließenden inländ. Beteiligungseinnahme die nach Abs. 1 Satz 2 erforderlichen Informationen zur Verfügung stellen, insbes. Änderungen in der Anlegerzusammensetzung (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 31.3ff., mit Verweis auf die Muster gem. BMF v. 15.12.2017 – IV C 1 - S 2401/08/10001:018, 2017/1044120, BStBl. I 2018, 13, zuletzt geändert durch BMF v. 18.12.2018 – IV C 1 - S 2204/12/10003, 2018/1026099, BStBl. I 2018, 1400). Liegen dem Entrichtungspflichtigen im jeweiligen Zuflusszeitpunkt keine aktuellen Angaben vor, darf er beim KapErtrStAbzug den stl. Status der Anleger nicht berücksichtigen und keine StBescheinigung erteilen. Liegen die aktuellen Angaben zu einem späteren Zeitpunkt vor, muss er ggf. den KapErtrStAbzug korrigieren und eine StBescheinigung erteilen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 30.22).

Zurechnungszeitpunkt (Abs. 1 Satz 3):

- ▶ *Hintergrund und Bedeutung der Regelung:*
 - ▷ *Unklarheit über den relevanten Zeitpunkt:* Der Gesetzgeber sah in der Bezugnahme auf den Zufluss beim Spezial-Investmentfonds in Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 und 4 zum einen eine Unklarheit, welcher Zeitpunkt gemeint sei (BTDrucks. 19/14909, 53). Nicht zutr. ist dabei die Erwägung des Gesetzgebers, beim Zuflusszeitpunkt könne es sich um den nach § 38 Abs. 2 maßgeblichen Zeitpunkt handeln (glA Kloster in Moritz/Jesch/Mann, 2. Aufl. 2020, § 31 Rz. 29). § 38 betrifft zwar eine Einkünfteermittlung auf Ebene des Spezial-Investmentfonds, die allerdings nur Bedeutung für die Ermittlung der auf Ebene der Anleger zu besteuern den ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Er-

träge hat. Die Besteuerung auf Ebene des Spezial-Investmentfonds gem. §§ 29 iVm. § 6 hat damit nichts zu tun (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 29.1; § 29 Anm. 1, 5). Außerdem gehören auch die den Anlegern im Rahmen der Transparenzoption zugerechneten inländ. Beteiligungseinnahmen und sonstigen inländ. Einkünfte mit StAbzug gerade nicht zu den ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 30.30 aE; § 30 Anm. 5). Aus der systematischen Stellung von § 31 und dem Bezug zum KapErtrStRecht ergibt sich uE vielmehr ohne Weiteres, dass der Zuflusszeitpunkt in Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 und 4 der Zuflusszeitpunkt für KapErtrStZwecke gem. § 44 Abs. 1 Satz 2 EStG, ggf. auch § 44 Abs. 2 EStG ist.

- ▷ *Abweichende Zeitpunkte:* Zum anderen ging der Gesetzgeber davon aus, dass das Abstellen auf den Zuflusszeitpunkt den allgemeinen Zurechnungsregeln im Bereich des EStRechts widerspreche (BTDrucks. 19/14909, 53). Dies ist insoweit richtig, als die Zurechnung der inländ. Beteiligungseinnahmen und sonstigen inländ. Einkünfte mit StAbzug im Zeitpunkt des kaperttrrechtl. Zuflusszeitpunkts nichts mit der materiell-rechtl. Zurechnung der Einkünfte zu tun hat und diese Information somit für die Besteuerung des Anlegers bedeutungslos ist.
- ▷ *Bedeutung:* Abs. 1 Satz 3 hat indes keine materiell-rechtl. Bedeutung (aA möglicherweise *Wenzel in Blümich*, § 31 Rz. 11 [3/2020]). Die Frage, wem die inländ. Beteiligungseinnahmen und sonstigen inländ. Einkünfte mit StAbzug zuzurechnen sind, ist ausschließlich eine Frage des materiellen Rechts. Abs. 1 Satz 3 regelt hingegen lediglich, welche Angaben in der StBescheinigung gem. Abs. 1 Satz 2 zu machen sind. Diese hat jedoch keine Bindungswirkung für die StFestsetzung, insbes. nicht für die Frage, wem Einkünfte zuzurechnen sind. Sie dient lediglich als Nachweis, für wessen Rechnung KapErtrSt abgeführt wurde. Die Regelung in Abs. 1 Satz 3 enthebt daher weder den Anleger als Stpfl. noch die FinBeh. der Prüfung, wem die Einkünfte materiell-rechtl. zuzurechnen sind (krit. auch *Kloster in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 31 Rz. 31 f.). Der Zurechnungszeitpunkt hat allerdings noch Bedeutung für den Ausschluss der Anrechnung von KapErtrSt gem. Abs. 3 (s. Anm. 15).
- ▶ *Grundfall (Abs. 1 Satz 3 Halbs. 1):* Der Zurechnungszeitpunkt soll im Grundsatz derjenige Zeitpunkt sein, in dem die jeweiligen Kapitalerträge dem Spezial-Investmentfonds zugerechnet werden. Wegen der Spezialregelung in Abs. 1 Satz 3 Halbs. 2 fallen unter Abs. 1 Satz 3 Halbs. 1 nur die inländ. Beteiligungseinnahmen iSv. § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 (Einnahmen aus Wertpapierleihe/Pensionsgeschäften) sowie die sonstigen inländ. Einkünfte mit StAbzug iSv. § 30 Abs. 5, so dass diese Regelung nur geringe praktische Bedeutung haben dürfte. Gleichwohl ist diese Regelung ein Widerspruch in sich, weil die inländ. Beteiligungseinnahmen und die sonstigen inländ. Einkünfte mit StAbzug bei ausgeübter Transparenzoption gerade nicht mehr dem Spezial-Investmentfonds, sondern vielmehr dem Anleger zugerechnet werden (s. § 30 Anm. 5). Die Regelung muss uE daher so verstanden werden, dass der Zurechnungszeitpunkt derjenige ist, zu dem die inländ. Beteiligungseinnahmen und die sonstigen inländ. Einkünfte mit StAbzug dem Spezial-Investmentfonds zugerechnet würden, wenn dieser die Transparenzoption nicht ausgeübt hätte. Wegen der Regelung in § 6 Abs. 7 iVm. § 29 Abs. 1 führt dies (wieder) zur Anwendung des Zuflussprinzips (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 31.17). Es dürfte daher insoweit auch kein

Unterschied zur bisherigen Rechtslage bestehen. Da die Anleger ihre Spezial-Investmentanteile jedoch regelmäßig im BV halten (vgl. § 26 Anm. 60), dürfte der Zuflusszeitpunkt für ihre Besteuerung, insbes. die Ermittlung desjenigen, dem die Einkünfte zuzurechnen sind, nur eine eingeschränkte Bedeutung haben.

- ▶ **Dividenden (Abs. 1 Satz 3 Halbs. 2):** Bei Kapitalerträgen iSv. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 1a EStG, dh. inländ. Beteiligungseinnahmen iSv. § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1, soll es hingegen auf den Gewinnverteilungsbeschluss ankommen. Dadurch wird ein Gleichlauf mit § 20 Abs. 5 EStG erreicht (vgl. BTDruks. 19/14909, 53; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 31.14). Ferner wird dem Anleger in der Tat eine für ihn bedeutsame Information mitgeteilt. Dies gilt auch für den Regelfall, dass Anleger ihre Spezial-Investmentanteile im BV halten, weil es auch im BV für die Zurechnung der Beteiligungseinkünfte auf den Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses ankommt (s. § 5 EStG Anm. 399). Gleichwohl verbleibt es dabei, dass der Anleger als Stpfl. und die FinBeh. eigenständig und ggf. auch unabhängig von den Angaben in der StBescheinigung die materielle Zurechnung zu prüfen haben. Die FinVerw. will es dabei zwar nicht beanstanden, wenn die betroffenen Kapitalerträge und die daraus resultierenden Zurechnungsbeträge in den Buchhaltungssystemen des Spezial-Investmentfonds erst am (Geschäfts-)Tag nach dem Gewinnverteilungsbeschluss (Ex-Tag) berücksichtigt werden. Gleichwohl bleibt es für die Zurechnung gegenüber den Anlegern beim gesetzlich vorgegebenen Tag des Gewinnverteilungsbeschlusses (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 31.15). Um systemtechnische Anpassungen zu ermöglichen, beanstandete es die FinVerw. unabhängig davon bis zum 31.12. 2020 nicht, wenn auch materiell auf den Ex-Tag abgestellt wurde (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 31.16).

6–9 Einstweilen frei.

10 C. Erläuterungen zu Abs. 2: Abstandnahme/Erstattung

Hintergrund der Regelung: Abs. 2 trägt dem Umstand Rechnung, dass eine etwaige Abstandnahme oder Erstattung zwar entsprechend den persönlichen Merkmalen der Anleger erfolgt, Zahlungen (einschließlich ggf. nicht erhobener oder erstatteter KapErtrSt) gleichwohl an den Spezial-Investmentfonds erfolgen. Die entsprechenden Beträge sollen aber gerade nicht in das Vermögen des Spezial-Investmentfonds fließen und damit letztlich sämtlichen Anlegern zugutekommen, sondern nur an diejenigen Anleger ausgezahlt werden, die durch die jeweilige Bestimmung über die Abstandnahme oder Erstattung begünstigt werden (s. BTDruks. 18/8045, 100).

Abstandnahme/Erstattung: Ob und inwieweit vom StAbzug Abstand genommen oder die Steuer erstattet werden kann, richtet sich nach den allgemeinen Regelungen in §§ 44a, 44b EStG (s. Anm. 5).

Rechtsfolge des Abs. 2: Die vom Spezial-Investmentfonds vereinnahmten Beträge, bei denen es sich um aufgrund von § 44a EStG nicht erhobene oder erstattete KapErtrSt handelt, hat der Spezial-Investmentfonds an die jeweils betreffenden begünstigten Anleger auszuzahlen. Die Auszahlung erfolgt stfrei, weil es sich auch insoweit um Zurechnungsbeträge (§ 35 Abs. 3) handelt (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 31.20; vgl. auch § 35 Anm. 15). Die Auszahlung gegenüber den begünstigten Anlegern kann auch in Form von neuen Anteilen am Spezial-Investmentfonds erfolgen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 31.18). Ferner will es die FinVerw. nicht

beanstanden, wenn bei Spezial-Investmentfonds, an denen nur ein Anleger oder ausschließlich Anleger beteiligt sind, bei denen in gleicher Höhe vom StAbzug Abstand zu nehmen ist, die Abstandnahme- und Erstattungsbeträge im Einvernehmen mit allen Anlegern dem Vermögen des Spezial-Investmentfonds ohne Ausgabe neuer Spezial-Investmentanteile zugeführt werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 31.19). Unseres Erachtens ist aber in all diesen Fällen eine entsprechende Regelung in den Anlagebedingungen oder zumindest ein entsprechender Beschluss der Anleger erforderlich.

Einstweilen frei.

11–14

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Anrechnung

15

Hintergrund der Regelung: Bei Ausübung der Transparenzoption werden dem Anleger die Einkünfte unmittelbar zugerechnet und er ist Gläubiger der Kapitalerträge (§ 30 Abs. 1 Satz 2). Ferner wird die StBescheinigung auf ihn ausgestellt (Abs. 1 Satz 2). Materiell ist der Anleger damit zur Anrechnung der KapErtrSt auf seine persönliche ESt- oder KStSchuld berechtigt (§ 36 EStG ggf. iVm. § 31 Abs. 1 Satz 1 KStG). Einer besonderen Anordnung, dass die Regelungen über die StAnrechnung anwendbar sind, bedarf es nicht. Somit ist neben § 36 EStG auch § 36a EStG (ggf. iVm. § 31 Abs. 1 Satz 1 KStG) anzuwenden. Da aufgrund der Transparenzoption jedoch nur Einkünfte, nicht aber die WG, aus denen die Einkünfte erzielt werden, zugerechnet werden (s. § 30 Anm. 5), könnte der Anleger nie die Voraussetzung des § 36a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG (ununterbrochenes wirtschaftliches Eigentum während der Mindesthaltedauer) erfüllen. Abs. 3 modifiziert daher § 36a EStG zum einen so, dass dessen Voraussetzungen im Hinblick auf die Anteile oder Genussscheine, aus denen die Kapitalerträge iSv. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a EStG oder § 36a Abs. 1 Satz 4 EStG erzielt werden, auf Ebene des Spezialfonds vorliegen müssen (Abs. 3 Satz 1 Nr. 1; glA *Kloster in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 31 Rz. 41). Kumulativ verlangt Abs. 3 Satz 1 Nr. 2, dass die Voraussetzungen von § 36a EStG auch auf Ebene des anrechnungsberechtigten Anlegers erfüllt sein müssen, allerdings im Hinblick auf die von ihm gehaltenen Spezial-Investmentanteile. Damit sollten befürchtete Umgehungsgestaltungen vermieden werden (s. Anm. 1).

Steuerbegünstigte Körperschaften: In den Fällen des § 44a Abs. 7 EStG (insbes. stbegrünstigte Körperschaften) sind ab dem VZ 2019 die §§ 44a Abs. 10 Satz 1 Nr. 3, 44b Abs. 2 EStG idF des „JStG 2018“ v. 11.12.2018 zu berücksichtigen, mit dem die Anforderungen von § 36a EStG auch für die Abstandnahme vom StAbzug gem. § 44a Abs. 7 EStG gelten sollen. Sofern ein Anleger iSv. § 44a Abs. 7 EStG an einem Spezial-Investmentfonds beteiligt ist, der die Transparenzoption ausgeübt hat, ist er aus dem gleichen Grund wie ein stpfl. Anleger (Nichtzurechnung von WG aufgrund der Ausübung der Transparenzoption) nicht in der Lage, sein unterbrochenes wirtschaftliches Eigentum während der Mindesthaltedauer nachzuweisen. Im Erg. würde § 44a Abs. 7 EStG somit bei Spezial-Investmentfonds ins Leere laufen. Unseres Erachtens muss die Regelung in Abs. 3 daher auch auf §§ 44a Abs. 10 Satz 1 Nr. 3, 44b Abs. 2 EStG ausgedehnt werden.

Anwendbarkeit von § 36a Abs. 1 bis 3 EStG (Abs. 3 Satz 1):

- ▶ *Kapitalerträge iSv. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a EStG und § 36a Abs. 1 Satz 4 EStG:* Ebenso wie nach § 36a Abs. 1 werden von Abs. 3 nur Kapitalerträge iSv. § 43

Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a EStG (vgl. § 36a Abs. 1 Satz 1 EStG) erfasst, allerdings auch dann, wenn die Anteile oder Genussscheine einer Wertpapiersammelbank im Ausland zur Verwahrung anvertraut sind (§ 36a Abs. 1 Satz 4 EStG). Bei allen anderen inländ. Beteiligungseinnahmen und sonstigen Einkünften mit StAbzug erfolgt die Anrechnung der KapErtrSt, ohne dass die Voraussetzungen von § 36a EStG oder Abs. 3 erfüllt sein müssen. Abs. 3 Satz 1 idF des WElektro-MobFördG („JStG 2019“) stellt dies ausdrücklich klar (vgl. *Hahne/Völker*, BB 2017, 858 [861], Fn. 18 zu Abs. 3 Satz 1 aF).

- ▶ *Ebene des Spezial-Investmentfonds (Abs. 3 Satz 1 Nr. 1)*: Obwohl die StAnrechnung auf Ebene des Anlegers erfolgt, kann er die originären Voraussetzungen von § 36a Abs. 1-3 EStG nicht erfüllen, weil ihm bei ausgeübter Transparenzoption nur Einkünfte, nicht aber die WG, aus denen diese Einkünfte erzielt werden, zugerechnet werden (s. § 30 Anm. 5). Demzufolge ordnet Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 zunächst an, dass die Voraussetzungen von § 36a Abs. 1-3 EStG in Bezug auf die Anteile oder Genussscheine, aus denen die Kapitalerträge iSv. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a EStG oder § 36a Abs. 1 Satz 4 EStG erzielt werden, auf Ebene des Spezial-Investmentfonds erfüllt sein müssen. Dabei sind Teilfonds jeweils für sich getrennt zu betrachten (§ 1 Abs. 4; vgl. *Hahne/Völker*, BB 2017, 858 [861]). Im Übrigen erschöpft sich die Regelung in Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 in einem Rechtsgrundverweis auf die Voraussetzungen von § 36a Abs. 1-3 EStG (*Kloster in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 31 Rz. 44), insbes. die Mindesthaltedauer, das Mindestwertänderungsrisiko sowie die fehlende Verpflichtung, die Kapitalerträge ganz oder überwiegend unmittelbar oder mittelbar einer anderen Person zu vergüten (s. dazu im Einzelnen § 36 EStG Anm. 10; BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, 2017/0298180, BStBl. I 2017, 726 idF des BMF v. 20.2.2018 – IV C 1 - S 2299/16/10002, 2018/0121297, BStBl. I 2018, 308). Insoweit enthält Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 keine Spezialregelungen.
- ▶ *Ebene des Anlegers (Abs. 3 Satz 1 Nr. 2)*: Daneben enthält Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ab dem VZ 2020 die kumulativ zu berücksichtigende Voraussetzung, dass die Vorgaben von § 36a EStG auch im Hinblick auf die vom Anleger gehaltenen Spezial-Investmentanteile erfüllt sein müssen. Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 verweist insoweit allerdings nicht auf eine entsprechende Anwendung von § 36a Abs. 1-3 EStG, sondern stellt eigene Voraussetzungen auf, die zwar an die Voraussetzungen von § 36a Abs. 1-3 EStG angelehnt sind, diesen jedoch zT nicht vollkommen entsprechen.
- ▷ *Die Mindesthaltedauer* wird in Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 in Anlehnung an § 36a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2 EStG definiert. Entscheidend ist zumindest wirtschaftliches Eigentum des Anlegers an den Spezial-Investmentanteilen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 31.29 ff.; vgl. dazu auch § 36a EStG Anm. 10). Anstelle der Fälligkeit der Kapitalerträge (vgl. § 36a Abs. 2 Satz 1 EStG) verweist Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 auf den Zurechnungszeitpunkt iSv. Abs. 1 Satz 3 (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 31.24). Da Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 nur Kapitalerträge iSv. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a EStG erfasst, ist an sich der Tag des Gewinnverteilungsbeschlusses Zurechnungszeitpunkt (Abs. 1 Satz 3 Halbs. 2). Insoweit läge eine Abweichung von § 36a Abs. 2 Satz 1 EStG vor. Zwar sieht die FinVerw. bei § 36a Abs. 2 Satz 1 EStG ebenfalls grds. den Tag des Gewinnverteilungsbeschlusses als maßgeblich an, beanstandet es aber – anders als bei Abs. 1 Satz 3 (s. Anm. 5) – nicht, wenn stattdessen auf den ersten Geschäftstag nach dem Tag des Gewinnverwendungsbeschlusses (Ex-Tag) ab-

gestellt wird (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, 2017/0298180, BStBl. I 2017, 726, Rz. 3f.; s. auch § 36a EStG Anm. 15). Aus Vereinfachungsgründen beanstandet es die FinVerw. daher nicht, wenn auch für Zwecke von Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 generell auf den Ex-Tag abgestellt wird (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 31.27). Dies gilt uE aber nicht für Zwecke von Abs. 1 Satz 3, dh., in der StBescheinigung ist gleichwohl der Tag des Gewinnverteilungsbeschlusses anzugeben. Auch ohne ausdrücklichen Verweis sollte uE aber § 36a Abs. 2 Satz 2 EStG (Fifo-Methode) im Rahmen von Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 entsprechend angewendet werden (offen gelassen bei *Kloster in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 31 Rz. 53).

- ▷ *Das Wertänderungsrisiko* wird in Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 lediglich im Grundsatz wie das Mindestwertänderungsrisiko in § 36a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 3 EStG definiert. Wesentlicher Unterschied ist, dass der Anleger nach Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 während der Mindesthaltedauer das volle (§ 36a Abs. 3 Satz 1 EStG: 70 %) Wertänderungsrisiko der von ihm gehaltenen Spezial-Investmentanteile tragen muss. Folgerichtig sind Absicherungsgeschäfte in jedem Umfang schädlich (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 31.25; anders gem. § 36a Abs. 3 Satz 2 EStG: bis zu 30 %; krit zum Ganzen *Kloster in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 31 Rz. 59ff.). Ferner ist die Fiktion hinsichtlich der nahe stehenden Person in Abs. 3 Satz 4 zu beachten. Im Übrigen kann auf die Erläuterungen zu § 36a Abs. 3 EStG verwiesen werden (s. BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, 2017/0298180, BStBl. I 2017, 726, Rz. 10ff., ggf. idF des BMF v. 20.2.2018 – IV C 1 - S 2299/16/10002, 2018/0121297, BStBl. I 2018, 308; § 36a EStG Anm. 20f.).
- ▷ *Keine Verpflichtung zur Weitergabe der Zurechnungsbeträge*: Vergleichbar mit § 36a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG dürfen die Zurechnungsbeträge (§ 35 Abs. 3), dh. die dem Anleger aufgrund der Transparenzoption zugerechneten inländ. Beteiligungseinnahmen und sonstigen inländ. Einkünfte mit StAbzug, an eine andere Person weiterzureichen sein. Vor dem Hintergrund des Zwecks von Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 sollte dies allerdings nur Zurechnungsbeträge erfassen, soweit es sich um Kapitalerträge iSv. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a EStG oder § 36a Abs. 1 Satz 4 EStG handelt. Von einer schädlichen Verpflichtung zur Weitergabe der Zurechnungsbeträge ist auszugehen, wenn der Anleger die Zurechnungsbeträge ganz oder überwiegend (zu mehr als 50 %) unmittelbar in Form von Ausgleichszahlungen oder Leihgebühren weiterreicht. In gleicher Weise ist auch die mittelbare Weitergabe erfasst, wenn bspw. der Vorteil (zB im Rückkaufpreis oder in Derivaten) eingepreist wird (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 31.26). Dies entspricht der Situation bei § 36a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG (s. BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, 2017/0298180, BStBl. I 2017, 726, Rz. 83f.; s. § 36a EStG Anm. 10).
- ▷ *Ein-Anleger-Fonds*: Bei Spezial-Investmentfonds mit nur einem Anleger, der seine Spezial-Investmentanteile nicht auf eine andere Person überträgt und nicht in vollem Umfang zurückgibt, soll nach Auffassung der FinVerw. idR von einer Anwendung von Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 abzusehen sein (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 31.28).

Teilweise Nichtanrechnung (Abs. 3 Satz 2): Liegen die Voraussetzungen des Abs. 3 Satz 1 kumulativ, dh. sowohl auf Ebene des Spezial-Investmentfonds als auch auf Ebene des Anlegers, nicht vor, werden nur 2/5 der KapErtrSt angerechnet, iHv. von 3/5 (15 Prozentpunkte) der KapErtrSt verbleibt es bei einer Definitiv-

belastung. Das entspricht der Regelung in § 36a Abs. 1 Satz 2 EStG. Die nach § 36a Abs. 1 Satz 3 EStG und nach Abs. 3 Satz 1 aF bis einschließlich VZ 2019 aufgrund der Verweistechnik auch im Rahmen von § 31 vorgesehene Möglichkeit, die nicht anrechenbare KapErtrSt bei der Ermittlung der Einkünfte abzuziehen, ist aufgrund der Neufassung durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) nicht mehr vorgesehen (*Kloster in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 31 Rz. 76). Dafür ist uE kein sachlicher Grund erkennbar.

Rückausnahme (volle Anrechnung; Abs. 3 Satz 3): In Anlehnung an § 36a Abs. 5 EStG regelt Abs. 3 Satz 3 zwei Rückausnahmetatbestände, in denen ohne das Vorliegen der Voraussetzungen von Abs. 3 Satz 1 eine volle Anrechnung der KapErtrSt erfolgt.

- ▶ *20 000 €-Grenze (Abs. 3 Satz 3 Nr. 1):* Die § 36a Abs. 5 Nr. 1 EStG nachgebildete Vorschrift enthält eine Art „Freigrenze“ von 20 000 €. Dabei sind nach Auffassung der FinVerw. die betroffenen Kapitalerträge iSv. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a EStG und § 36a Abs. 1 Satz 4 EStG aus sämtlichen Spezial-Investmentfonds, an denen ein Anleger beteiligt ist, sowie aus der Direktanlage des betreffenden Anlegers zusammenzurechnen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 31.34). Dies erscheint zwar sachgerecht, weil § 30 dem Anleger die betreffenden Kapitalerträge materiell-rechtl. zurechnet, und entspricht auch der Rechtslage nach Abs. 3 aF. Die getrennten Regelungen in Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 einerseits und § 36a Abs. 5 Nr. 1 EStG andererseits werfen die Frage auf, ob es für Anleger in Spezial-Investmentfonds zwei 20 000 €-Grenzen gibt. Unabhängig davon sind bei der Ermittlung der 20 000 €-Grenze allerdings Kapitalerträge, die unter die Ausnahmeregelung in Abs. 3 Satz 3 Nr. 2 (langfristige Anlage) fallen, nicht zu berücksichtigen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 31.34). Zu der Parallelvorschrift in § 36a Abs. 5 Nr. 2 EStG existieren keine vergleichbaren Aussagen. Dies sollte uE aber auch dort gelten und umgekehrt sollten unter § 36a Abs. 5 Nr. 2 EStG fallende Kapitalerträge nicht bei der Ermittlung der 20 000 €-Grenze in Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 berücksichtigt werden.
- ▶ *Langfristige Anlage (Abs. 3 Satz 3 Nr. 2):* Vergleichbar mit § 36a Abs. 5 Nr. 2 EStG sieht Abs. 3 Satz 3 Nr. 2 eine Rückausnahme (volle Anrechnung der KapErtrSt) bei langfristiger (länger als ein Jahr) Anlage. Entsprechend dem Konzept von Abs. 3 muss die Jahresfrist allerdings sowohl auf Ebene des Spezial-Investmentfonds im Hinblick auf die Anteile oder Genussscheine als auch auf Ebene des Anlegers im Hinblick auf die Spezial-Investmentanteile erfüllt sein. Maßgeblicher Zeitpunkt ist der Zurechnungszeitpunkt iSv. Abs. 1 Satz 3, während es nach § 36a Abs. 5 Nr. 2 EStG auf den Zufluss der Kapitalerträge ankommt. Unseres Erachtens sollte – ebenso wie bei der Mindesthaltedauer (s.o.) – einheitlich auf den Ex-Tag abgestellt werden (glA § 36a EStG Anm. 32 betr. § 36a Abs. 5 Nr. 2 EStG). Sowohl die Anteile oder Genussscheine als auch die Spezial-Investmentanteile müssen während der Jahresfrist ununterbrochen gehalten worden sein. Zwischenzeitliche Veräußerungen und Rückerwerbe oder Übertragungen im Rahmen von Wertpapierdarlehensgeschäften sind somit schädlich (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 31.35). Im Übrigen sollte uE auf die Grundsätze zu § 36a Abs. 5 Nr. 2 EStG zurückgegriffen werden können, insbes. auch die Fifo-Methode angewendet werden (s. BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, 2017/0298180, BStBl. I 2017, 726, Rz. 92 ff.; s. auch § 36a EStG Anm. 32).

Nahe stehende Person (Abs. 3 Satz 4): Bei der Bestimmung des (Mindest-)Wertänderungsrisikos sind ua. Absicherungsgeschäfte durch nahe stehende Personen

schädlich (vgl. Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 iVm. § 36a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 3 EStG sowie Abs. 3 Satz 1 Nr. 2). Weder Abs. 3 noch § 36a EStG enthalten eine Definition der nahe stehenden Person. Die FinVerw. greift für Zwecke von § 36a EStG auf § 1 Abs. 2 AStG zurück (vgl. BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, 2017/0298180, BStBl. I 2017, 726, Rz. 64 ff. mit umfangreichen Beispielen). Für den Spezial-Investmentfonds gilt dies wegen des Verweises in Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 auf § 36a EStG unmittelbar. Unseres Erachtens kann für Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 auf Anleger-Ebene nichts anderes gelten. Danach wäre von einem Nahestehen grds. erst bei einer Beteiligung von 25 % auszugehen (vgl. § 1 Abs. 2 AStG). Abs. 3 Satz 4 fingiert nun sowohl für Zwecke von Abs. 3 Satz 1 als auch für Zwecke von § 36a EStG Anleger und Spezial-Investmentfonds unabhängig vom Beteiligungsumfang als nahe stehende Personen. Damit sollen Gestaltungen erfasst werden, die knapp unterhalb der 25 %-Schwelle angesiedelt sind (vgl. BTDrucks. 19/14909, 56). Aufgrund des Wortlauts betrifft das uE aber nur den einzelnen Anleger und den Spezial-Investmentfonds (und umgekehrt), nicht jedoch die Anleger untereinander (insoweit möglicherweise aA BMF, Anwendungsfragen, Rz. 31.36; aA *Kloster in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 31 Rz. 73). Allerdings nennt die FinVerw. auch drei Fallgruppen aus dem Bereich der Altersvorsorge und dem Versicherungswesen, bei denen nicht von einer nahe stehenden Person ausgegangen werden soll (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 31.37).

Anzeige, Anmeldung und Nacherhebung bei Abstandnahme oder Erstattung (Abs. 3 Sätze 5 und 6): Abs. 3 Sätze 5 und 6 greift die Regelung in § 36a Abs. 4 EStG auf. Wegen der kumulativen Verknüpfung von Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und 2 genügt es für die Anwendung von Abs. 3 Satz 5, wenn die Voraussetzungen von Abs. 3 Satz 1 nur auf einer Ebene (Spezial-Investmentfonds oder Anleger) nicht erfüllt sind. Im Übrigen sind Abs. 3 Sätze 5 und 6 und § 36a Abs. 4 EStG in Tatbestand und Rechtsfolgen weitgehend identisch, so dass insoweit auf die Grundsätze zu § 36a EStG verwiesen werden kann (s. BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, 2017/0298180, BStBl. I 2017, 726, Rz. 111 ff.; vgl. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 31.38). Im Hinblick auf die Fristen für Anzeige, Anmeldung und Entrichtung (Abs. 3 Satz 6) will es die FinVerw. nicht beanstanden, wenn bilanzierende Anleger für Wj., die vor dem 1.7.2021 enden, Investmentfonds für Geschäftsjahre, die vor dem 1.7.2021 enden, und andere Anleger für das Kj. 2020 die Anzeige, Anmeldung und Entrichtung erst bis zum 10.7.2021 vornehmen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 31.39). Bei (einfachen) Investmentfonds als Anleger eines Spezial-Investmentfonds mit nach § 8 oder § 10 stbegünstigten Anlegern ist die Entrichtung gem. Abs. 3 Sätze 5 und 6 vorrangig vor den Haftungstatbeständen des § 14 (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 31.40).

Anwendbarkeit von § 42 AO (Abs. 3 Satz 7): Die Regelung entspricht § 36a Abs. 7 EStG und ist ebenso wie diese problematisch (vgl. § 36a EStG Anm. 40 mwN; *Kloster in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 31 Rz. 97 ff.). Letztlich lässt der Gesetzgeber mit der Neufassung von Abs. 3 im Rahmen des WElektroMob-FördG („JStG 2019“) erkennen, dass er der Regelung in § 36a Abs. 7 EStG nicht komplett vertraut und die von ihm als missbilligenswert erkannten Fallgestaltungen besser ausdrücklich regelt (BTDrucks. 19/14909, 54).

§ 32 Haftung bei ausgeübter Transparenzoption

idF des InvStG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731)

(1) ¹Der Entrichtungspflichtige haftet für die Steuer, die bei ausgeübter Transparenzoption zu Unrecht nicht erhoben oder erstattet wurde. ²Die Haftung ist ausgeschlossen, soweit der Entrichtungspflichtige nachweist, dass er die ihm auferlegten Pflichten weder vorsätzlich noch grob fahrlässig verletzt hat.

(2) Der Anleger haftet für die Steuer, die bei ausgeübter Transparenzoption zu Unrecht nicht erhoben oder erstattet wurde, wenn die Haftung nach Absatz 1 ausgeschlossen oder die Haftungsschuld uneinbringlich ist.

(3) ¹Der gesetzliche Vertreter des Spezial-Investmentfonds haftet für die Steuer, die bei ausgeübter Transparenzoption zu Unrecht nicht erhoben oder erstattet wurde, wenn die Haftung nach den Absätzen 1 und 2 ausgeschlossen oder die Haftungsschuld uneinbringlich ist. ²Die Haftung setzt voraus, dass der gesetzliche Vertreter zum Zeitpunkt der Abstandnahme vom Steuerabzug oder der Erstattung von Kapitalertragsteuer Kenntnis von den fehlenden Voraussetzungen für eine Abstandnahme oder Erstattung hatte und dies dem Entrichtungspflichtigen nicht mitgeteilt hat.

Autor: Ronald *Buge*, Rechtsanwalt, POELLATH, Berlin

Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 32	1	C. Erläuterungen zu Abs. 2: Inanspruchnahme des Anlegers . . .	10
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Haftung des Entrichtungspflichtigen	5	D. Erläuterungen zu Abs. 3: Haftung des gesetzlichen Vertreters	15

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 32

1

Grundinformation zu § 32: § 32 regelt die Haftung bei ausgeübter Transparenzoption in gestufter Form. Abs. 1 regelt die primäre Haftung des Entrichtungspflichtigen und verdrängt § 44 Abs. 5 Satz 1 EStG (s. Anm. 5). Abs. 2 soll eine Haftung des Anlegers begründen. Der Anleger ist bei ausgeübter Transparenzoption Gläubiger der Kapitalerträge (§ 30 Abs. 1 Satz 2) und damit bereits Schuldner der KapErtrSt (§ 44 Abs. 1 Satz 1 EStG). Eine Haftungsinanspruchnahme scheidet damit aus. Abs. 2 ist daher uE als Regelung zu verstehen, unter welchen Voraussetzungen der Anleger als Schuldner der KapErtrSt in Anspruch genommen werden kann und verdrängt insoweit § 44 Abs. 5 Satz 2 EStG (s. Anm. 10). Abs. 3 regelt eine nachrangige Haftung des gesetzlichen Vertreters (§ 3) des Spezial-Investmentfonds.

Rechtswicklung des § 32: § 32 hat keinen Vorgänger im InvStG aF.

Bedeutung des § 32: § 32 regelt für den Fall, dass KapErtrSt zu Unrecht nicht erhoben oder erstattet wurde, die Haftung für den Steuerausfall sowie die Inanspruchnahme des Anlegers (vgl. auch BTDrucks. 18/8045, 100).

Verhältnis des § 32 zu anderen Vorschriften:

- ▶ *Verhältnis zu § 30:* § 32 ergänzt § 30 und setzt voraus, dass die Transparenzoption ausgeübt wurde.
- ▶ *Verhältnis zu § 33 iVm. § 50:* § 32 ist auf den StAbzug gem. § 33 Abs. 1 nicht anwendbar. Dieser erfolgt ausschließlich gem. § 50. Im Rahmen der Immobilien-Transparenzoption (§ 33 Abs. 2 Sätze 3 ff.) ist § 32 indes entsprechend anwendbar (§ 33 Abs. 2 Satz 5).
- ▶ *Verhältnis zu § 53:* § 32 gilt vollumfänglich für Altersvorsorgevermögensfonds (§ 53 Abs. 3 Satz 1).
- ▶ *Verhältnis zu § 44 Abs. 5 EStG:* Zwar regelt § 44 Abs. 5 EStG die Haftung der Entrichtungspflichtigen (Schuldner der KapErtrSt, die den Verkaufsauftrag ausführenden Stellen oder die die Kapitalerträge auszahlenden Stellen) bzw. die Inanspruchnahme des Gläubigers der Kapitalerträge für die geschuldete KapErtrSt, während § 32 die Haftung der Entrichtungspflichtigen oder des gesetzlichen Vertreters bzw. Inanspruchnahme des Gläubigers der Kapitalerträge für zu Unrecht nicht erhobene oder erstattete KapErtrSt. Beide Begriffe sind uE identisch. Wurde KapErtrSt zu Unrecht nicht erhoben oder erstattet, wird sie gleichwohl geschuldet. Abs. 1 verdrängt daher § 44 Abs. 5 Satz 1 EStG (s. Anm. 5), während Abs. 2 § 44 Abs. 5 Satz 2 EStG verdrängt (s. Anm. 10). § 44 Abs. 5 Satz 3 EStG ist uE auch im Rahmen von Abs. 1 anzuwenden (s. Anm. 5; glA *Klusak/Lange in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 32 Rz. 3 [11/2020]).
- ▶ *Verhältnis zu §§ 34, 69 AO:* Der gesetzliche Vertreter iSv. § 3 stellt einen Unterfall des gesetzlichen Vertreters iSv. § 34 AO dar. Die Haftung gem. Abs. 3 ist gleichwohl kein Spezialfall der Haftung gem. § 69 AO, weil der Spezial-Investmentfonds bei ausgeübter Transparenzoption gerade kein StSchuldner mehr ist (*Klusak/Lange in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 32 Rz. 12 [11/2020]).
- ▶ *Verhältnis zu § 191 AO:* Die Haftungsinanspruchnahme erfolgt durch Haftungsbescheid gem. § 191 AO, wobei § 44 Abs. 5 Satz 3 EStG uE auch im Rahmen von Abs. 1 anzuwenden ist (s. Anm. 5). Das Ermessen ist allerdings durch § 32 vorgeprägt (*Enders/Lebioda in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 32 Rz. 19). Die Inanspruchnahme des Anlegers gem. Abs. 2 erfolgt hingegen durch Nachforderungsbescheid gem. § 167 Abs. 1 Satz 1 AO (s. Anm. 10).

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich:* § 32 gilt für in- und ausländ. Spezial-Investmentfonds sowie gem. § 53 für Altersvorsorgevermögensfonds und deren Anleger.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* Wie das gesamte neugefasste InvStG gilt § 32 ab dem 1.1.2018 (Art. 11 Abs. 3 InvStRefG).

2–4 Einstweilen frei.

5 B. Erläuterungen zu Abs. 1: Haftung des Entrichtungspflichtigen

Ausgeübte Transparenzoption: § 32 regelt die Haftung nur im Fall der ausgeübten Transparenzoption. Wurde die Transparenzoption nicht ausgeübt, liegen ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge vor, von denen ggf. ein StAbzug gem. § 50 vorzunehmen ist. § 50 verweist seinerseits auf §§ 43 ff. EStG, so dass sich

die Haftung in diesem Fall unmittelbar nach § 44 Abs. 5 Satz 1 EStG richtet (*Klusak/Lange* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 32 Rz. 2 [11/2020]; *Enders/Lebioda* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 32 Rz. 15; *Wolny* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 32 Rz. 29 [3/2021]).

Entrichtungspflichtiger: Der Begriff des Entrichtungspflichtigen bestimmt sich auch für Zwecke des § 32 nach § 7 Abs. 3 Satz 1 iVm. § 29 Abs. 1. Er ist damit inhaltsgleich mit der Einzelaufzählung möglicher Entrichtungspflichtiger in § 44 Abs. 5 Satz 1 EStG.

Zu Unrecht nicht erhobene oder erstattete Kapitalertragsteuer: Gegenstand der Haftung ist die zu Unrecht nicht erhobene oder erstattete KapErtrSt. Inhaltlich besteht uE trotz anders lautender Formulierung kein Unterschied zu § 44 Abs. 5 Satz 1 EStG; KapErtrSt kann nur dann zu Unrecht nicht erhoben oder erstattet werden, wenn sie gleichwohl geschuldet wird. Die geschuldete KapErtrSt gem. § 44 Abs. 5 Satz 1 EStG ist somit identisch mit der zu Unrecht nicht erhobenen oder erstatteten KapErtrSt in Abs. 1 Satz 1 (glA *Klusak/Lange* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 32 Rz. 5 [11/2020]).

Entlastungsbeweis (Abs. 1 Satz 2): Die Haftungsschuld entfällt, wenn der Entrichtungspflichtige nachweisen kann, dass er die ihm auferlegten Pflichten weder vorsätzlich noch grob fahrlässig verletzt hat. Die Regelung entspricht wörtlich § 44 Abs. 5 Satz 1 Halbs. 2 EStG, so dass auf die hierzu entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden kann (s. § 44 EStG Anm. 40). Gelingt der Entlastungsbeweis, fällt die Haftungsschuld dem Grunde nach weg. Die FinBeh. hat dann auch kein Ermessen mehr, den Entrichtungspflichtigen in Anspruch zu nehmen.

Rechtsfolgen des Abs. 1:

- ▶ **Haftungsinanspruchnahme:** Liegen die Voraussetzungen von Abs. 1 Satz 1 vor und kann sich der Entrichtungspflichtige nicht nach Abs. 1 Satz 2 entlasten, kann die FinBeh. den Entrichtungspflichtigen mit Haftungsbescheid gem. § 191 AO in Anspruch nehmen. Die FinBeh. hat hierbei zwar grds. ein Ermessen; uE ist das Ermessen jedoch durch das gestufte Haftungsregime in § 32 vorgeprägt, so dass eine Inanspruchnahme des Entrichtungspflichtigen regelmäßig ermessensfehlerfrei ist.
- ▶ **Nachforderungsbescheid:** Der Entrichtungspflichtige kann alternativ auch durch Nachforderungsbescheid in Anspruch genommen werden, sofern die Voraussetzungen von § 167 Abs. 1 Satz 1 AO erfüllt sind. Es bedarf dann keines Ermessens.
- ▶ **Analoge Anwendung von § 44 Abs. 5 Satz 3 EStG:** § 44 Abs. 5 Satz 3 EStG ist uE im Rahmen von Abs. 1 analog anzuwenden, dh., es bedarf keines Haftungsbescheids, soweit der Entrichtungspflichtige die KapErtrSt richtig angemeldet hat oder soweit sie ihre Zahlungsverpflichten gegenüber dem FA oder dem Betriebsprüfer schriftlich anerkennt. Sowohl die StAnmeldung als auch das schriftliche Anerkenntnis stehen einem StBescheid gleich (§ 167 Sätze 1 und 3, § 168 AO). Die FinBeh. verfügt in diesen Fällen also über einen vollstreckbaren Titel, so dass es eines weiteren Titels (Haftungs- oder Nachforderungsbescheid) nicht bedarf.
- ▶ **Konkurrenzen:** Obwohl Abs. 1 letztlich inhaltsgleich mit § 44 Abs. 5 Satz 1 EStG ist, verdrängt er innerhalb seines Anwendungsbereichs, dh. bei ausgeübter Transparenzoption, als *lex specialis* § 44 Abs. 5 Satz 1 EStG.

Einstweilen frei.

6–9

10 C. Erläuterungen zu Abs. 2: Inanspruchnahme des Anlegers

Keine Haftung: Entgegen dem Wortlaut der Überschrift ist Abs. 2 keine Vorschrift über die Haftung. Der Anleger gilt bei ausgeübter Transparenzoption als Gläubiger der Kapitalerträge und damit zugleich als Schuldner der KapErtrSt (§ 30 Abs. 1 Satz 2; vgl. auch § 44 Abs. 1 Satz 1 EStG). Das Gesetz trennt klar zwischen StSchuldner und Haftungsschuldner (§ 33 AO). Haftung bedeutet dabei stets Entstehen für eine fremde StSchuld. Der StSchuldner kann damit niemals Haftungsschuldner sein. Abs. 2 regelt somit keine Haftungsinanspruchnahme, sondern die Inanspruchnahme des Anlegers als StSchuldner. Insoweit besteht eine Parallelität zu § 44 Abs. 5 Satz 2 EStG (glA *Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 33 InvStG 2018 Rz. 6; *Enders/Lebioda in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 32 Rz. 6, 34; vgl. auch *Klusak/Lange in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 32 Rz. 9 [11/2020]).

Ausgeübte Transparenzoption und zu Unrecht nicht erhobene oder erstattete Kapitalertragsteuer: Abs. 2 steht zunächst unter den gleichen Voraussetzungen wie Abs. 1 (s. Anm. 5). Ein Verschulden des Anlegers ist hingegen nicht erforderlich (*Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 32 InvStG 2018 Rz. 5). Der Anleger schuldet aber nur die zu Unrecht nicht erhobene oder erstattete KapErtrSt, haftet jedoch nach Abs. 2 nicht für etwa beim Entrichtungspflichtigen entstandene stl. Nebenleistungen (Zinsen, Säumniszuschläge) oder Vollstreckungskosten (*Wolny in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 32 Rz. 89 [3/2021]; *Enders/Lebioda in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 32 Rz. 39).

Subsidiarität: Die Inanspruchnahme des Anlegers als StSchuldner erfolgt im Verhältnis zum Entrichtungspflichtigen nur subsidiär.

- ▶ **Haftung gem. Abs. 1 ausgeschlossen:** Der Anleger kann zum einen dann in Anspruch genommen werden, wenn die Haftung gem. Abs. 1 ausgeschlossen ist. Dies ist der Fall, wenn die Voraussetzungen für die Haftungsinanspruchnahme gem. Abs. 1 nicht vorliegen, praktisch also nur, wenn dem Entrichtungspflichtigen eine Entlastung gem. Abs. 1 Satz 2 gelingt.
- ▶ **Haftungsschuld uneinbringlich:** Die amtliche Begr. nennt hier die Insolvenz des Entrichtungspflichtigen als mögliche Fallgruppe (BTDrucks. 18/8045, 101). Es ist uE in jedem Fall erforderlich, dass die FinBeh. den Entrichtungspflichtigen zuvor in Anspruch genommen hat, ggf. auch bis hin zur Vollstreckung (so wohl BMF, Anwendungsfragen, Rz. 32.3). Allein der Umstand, dass eine Durchsetzung des Haftungsanspruchs gem. Abs. 1 mit Schwierigkeiten verbunden oder aber eine Inanspruchnahme des Anlegers im Vergleich dazu einfacher wäre, führt noch nicht zu einer Uneinbringlichkeit (glA *Wenzel in Blümich*, § 32 InvStG 2018 Rz. 13 [11/2019]; *Klusak/Lange in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 32 Rz. 10 [11/2020]). Lediglich wenn von vornherein offenkundig ist, dass beim Entrichtungspflichtigen keinerlei vollstreckbares Vermögen vorhanden ist, kann auch ohne gesonderte Inanspruchnahme des Entrichtungspflichtigen von einer Uneinbringlichkeit ausgegangen werden (glA *Enders/Lebioda in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 32 Rz. 38).

Rechtsfolge des Abs. 2:

- ▶ **Nachforderungsbescheid:** Der Anleger wird durch Nachforderungsbescheid (§ 167 Abs. 1 Satz 1 AO) in Anspruch genommen (*Klusak/Lange in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 32 Rz. 11 [11/2020]).

- ▶ **Gesamtschuldner:** Entrichtungspflichtiger und Anleger sind als Haftungs- und StSchuldner Gesamtschuldner gem. § 44 AO (vgl. § 44 Abs. 1 Satz 1 AO). Das der FinBeh. hier an sich zustehende Auswahlermessen ist durch Abs. 2 klar vorgeprägt (*Wolny* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 32 Rz. 86 [3/2021]).
- ▶ **Konkurrenzen:** § 44 Abs. 5 Satz 2 EStG regelt für den Bereich des KapErtrStAbzugs die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des Gläubigers der Kapitalerträge. § 44 Abs. 5 Satz 2 EStG wird jedoch durch Abs. 2 als *lex specialis* verdrängt. Eine Inanspruchnahme des Anlegers ist daher nur unter den Voraussetzungen von Abs. 2 möglich. Eine Inanspruchnahme des Anlegers aufgrund von § 44 Abs. 5 Satz 2 EStG ist im Anwendungsbereich von Abs. 2 ausgeschlossen.

Einstweilen frei.

11–14

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Haftung des gesetzlichen Vertreters 15

Gesetzlicher Vertreter: Wer gesetzlicher Vertreter ist, bestimmt sich nach § 3.

Ausgeübte Transparenzoption und zu Unrecht nicht erhobene oder erstattete Kapitalertragsteuer: Abs. 3 steht zunächst unter den gleichen Voraussetzungen wie Abs. 1 und 2 (s. Anm. 5, 10).

Kenntnis von fehlenden Voraussetzungen für die Abstandnahme oder Erstattung (Abs. 3 Satz 2):

- ▶ **Voraussetzungen für die Abstandnahme oder Erstattung:** Es muss sich um Umstände handeln, die für die Voraussetzungen einer Abstandnahme oder Erstattung gem. §§ 44a, 44b EStG von Bedeutung sind. Andere Umstände, etwa der Umstand, dass Einkünfte vorliegen, die einem StAbzug unterliegen, spielen keine Rolle.
- ▶ **Positive Kenntnis:** Der gesetzliche Vertreter muss (positive) Kenntnis haben. Unkenntnis, auch grob fahrlässige, ist nicht ausreichend (vgl. *Stadler/Mager*, DStR 2016, 697 [703]; *Wenzel* in *Blümich*, § 32 InvStG 2018 Rz. 16 [11/2019]; *Wolny* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 32 Rz. 99 [3/2021]; *Klusak/Lange* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 32 Rz. 14 [11/2020]; *Enders/Lebioda* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 32 Rz. 44). Die anders lautende Auffassung der FinVerw. (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 32.4: „hätte wissen müssen“; vgl. auch bereits amtliche Begr. in BTDrucks. 18/8045, 101) steht in klarem Widerspruch zum insoweit eindeutigen Gesetzeswortlaut. Die Formulierung dürfte auf Entwurfsversionen des InvStRefG zurückgehen (s. dazu *Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 32 InvStG 2018 Rz. 8 mwN).
- ▶ **Keine Mitteilung an den Entrichtungspflichtigen:** Die Haftung des gesetzlichen Vertreters setzt ferner voraus, dass dieser trotz positiver Kenntnis dem Entrichtungspflichtigen nicht mitgeteilt hat, dass die Voraussetzungen für eine Abstandnahme oder Erstattung nicht vorliegen. Dies soll zB der Fall sein, wenn der Spezial-Investmentfonds die Transparenzoption ausgeübt, aber nicht alle Entrichtungspflichtigen darüber informiert hat (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 32.4; vgl. aber zur Ausübung der Transparenzoption bei mehreren Entrichtungspflichtigen § 30 Anm. 5). Insoweit bedarf es auch keines Verschuldens (*Wolny* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 32 Rz. 102 [3/2021]). Umgekehrt bedeutet dies aber auch, dass sich der gesetzliche Vertreter nach Kenntniserlangung durch Mitteilung an den Entrichtungspflichtigen „enthaften“

kann. Es bestehen keine weiteren Anforderungen an die Mitteilung, insbes. muss diese nicht unverzüglich erfolgen (anders zB im ähnlich gelagerten Fall von § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 EStG; glA *Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 32 InvStG 2018 Rz. 8; *Wenzel* in *Blümich*, § 32 InvStG 2018 Rz. 16 [11/2019]; *Enders/Lebioda* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 32 Rz. 46; *Klusak/Lange* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 32 Rz. 14 [11/2020]).

Subsidiarität: Die Inanspruchnahme des gesetzlichen Vertreters erfolgt jedoch im Verhältnis zum Entrichtungspflichtigen und zum Anleger wiederum nur subsidiär.

- ▶ **Haftungsausschluss gem. Abs. 1 und 2:** Zum Ausschluss der Haftung gem. Abs. 1 s. Anm. 10. Ein Ausschluss der „Haftung“ gem. Abs. 2 (genauer: der Inanspruchnahme des Anlegers) ist nicht möglich, weil die Inanspruchnahme des Anlegers lediglich voraussetzt, dass die Haftung gem. Abs. 1 ausgeschlossen oder die Haftungsschuld uneinbringlich ist. Im Hinblick auf Abs. 2 kommt daher nur eine Uneinbringlichkeit der StSchuld des Anlegers in Betracht (glA *Wolny* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 32 Rz. 91, 97 [3/2021]).
- ▶ **Uneinbringlichkeit:** Zur Uneinbringlichkeit der Haftungsschuld gem. Abs. 1 s. Anm. 10. Eine Uneinbringlichkeit der StSchuld des Anlegers ist uE nach den gleichen Grundsätzen zu beurteilen. Ebenso wie bei Abs. 2 genügt es nicht, dass eine Inanspruchnahme des gesetzlichen Vertreters mit weniger Schwierigkeiten verbunden ist (glA *Klusak/Lange* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 32 Rz. 14 [11/2020]).

Rechtsfolgen des Abs. 3:

- ▶ **Haftungsbescheid:** Abs. 3 enthält einen „echten“ Haftungstatbestand im Sinne eines Einstehens für fremde StSchuld. Die Haftung des gesetzlichen Vertreters ist daher durch Haftungsbescheid gem. § 191 AO geltend zu machen.
- ▶ **Gesamtschuldner:** Der gesetzliche Vertreter ist zusammen mit dem Entrichtungspflichtigen und dem Anleger Gesamtschuldner gem. § 44 AO (vgl. § 44 Abs. 1 Satz 1 AO). Das der FinBeh. hier an sich zustehende Auswahlermessen ist durch Abs. 3 und Abs. 2 klar vorgeprägt.

§ 33 Inländische Immobilienerträge und sonstige inländische Einkünfte ohne Steuerabzug

idF des InvStG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731), zuletzt geändert durch StÜmgBG v. 23.6.2017 (BGBl. I 2017, 1682; BStBl. I 2017, 865)

(1) Die Steuerpflicht für die inländischen Immobilienerträge eines Spezial-Investmentfonds entfällt, wenn der Spezial-Investmentfonds auf ausgeschüttete oder ausschüttungsgleiche inländische Immobilienerträge Kapitalertragsteuer gemäß § 50 erhebt, an die zuständige Finanzbehörde abführt und den Anlegern Steuerbescheinigungen gemäß § 45a Absatz 2 des Einkommensteuergesetzes ausstellt.

(2) ¹Die ausgeschütteten oder ausschüttungsgleichen inländischen Immobilienerträge gelten bei einem vereinnahmenden Investmentfonds oder Dach-Spezial-Investmentfonds als Einkünfte nach § 6 Absatz 4. ²Diese unterliegen einem Steuerabzug ohne Berücksichtigung des § 7 Absatz 1 Satz 3. ³Der Steuerabzug gegenüber einem Dach-Spezial-Investmentfonds entfällt, wenn der Dach-Spezial-Investmentfonds unwiderruflich gegenüber dem Ziel-Spezial-Investmentfonds erklärt, dass den Anlegern des Dach-Spezial-Investmentfonds Steuerbescheinigungen gemäß § 45a Absatz 2 des Einkommensteuergesetzes ausgestellt werden sollen (Immobilien-Transparenzoption). ⁴Bei ausgeübter Immobilien-Transparenzoption gelten

1. beschränkt steuerpflichtigen Anlegern unmittelbar Einkünfte im Sinne des § 49 Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe f, Nummer 6 oder 8 des Einkommensteuergesetzes,
2. Anlegern, die unbeschränkt steuerpflichtige Investmentfonds oder Dach-Spezial-Investmentfonds sind, Einkünfte nach § 6 Absatz 4 und
3. sonstigen Anlegern Spezial-Investmenterträge als zugeflossen.

⁵§ 31 Absatz 1 und 2 sowie § 32 sind entsprechend anzuwenden. ⁶Dach-Spezial-Investmentfonds, bei denen nach Satz 4 Nummer 1 oder 2 inländische Immobilienerträge zugerechnet werden, können insoweit keine Immobilien-Transparenzoption ausüben. ⁷Gegenüber dem Dach-Spezial-Investmentfonds ist in den Fällen des Satzes 4 Nummer 1 oder 2 ein Steuerabzug ohne Berücksichtigung des § 7 Absatz 1 Satz 3 vorzunehmen.

(3) ¹Die ausgeschütteten oder ausschüttungsgleichen inländischen Immobilienerträge gelten bei beschränkt steuerpflichtigen Anlegern als unmittelbar bezogene Einkünfte nach § 49 Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe f, Nummer 6 oder Nummer 8 des Einkommensteuergesetzes. ²Satz 1 und Absatz 2 Satz 4 Nummer 1 gelten auch für die Anwendung der Regelungen in Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung. ³Der Abzug der Kapitalertragsteuer durch den Spezial-Investmentfonds auf die in den ausgeschütteten oder ausschüttungsgleichen Erträgen enthaltenen inländischen Immobilienerträge hat bei beschränkt steuerpflichtigen Anlegern, abweichend von § 50 Absatz 2 Satz 1 des Einkommensteuergesetzes, keine abgeltende Wirkung.

(4) ¹Die Absätze 1 bis 3 gelten entsprechend für sonstige inländische Einkünfte, die bei Vereinnahmung keinem Steuerabzug unterliegen. ²Die sonstigen inländischen Einkünfte gelten bei beschränkt steuerpflichtigen Anlegern als unmittelbar bezogene Einkünfte nach dem Tatbestand des § 49 Absatz 1 des Einkommensteuergesetzes.

mensteuergesetzes, der der Vereinnahmung durch den Spezial-Investmentfonds zugrunde lag.

Autor: Ronald *Buge*, Rechtsanwalt, POELLATH, Berlin

Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

Anm. | Anm.

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 33 1

**B. Erläuterungen zu Abs. 1:
Inländische Immobilienerträge 5**

**C. Erläuterungen zu Abs. 2:
Steuerabzug und Transparenz**

I. Besonderer Steuerabzug gegenüber Investmentfonds und Semi-Transparenz (Abs. 2 Sätze 1 und 2) 10	II. Immobilien-Transparenzoption (Abs. 2 Sätze 3 bis 7) 15
--	--

**D. Erläuterungen zu Abs. 3:
Steuerausländer 20**

**E. Erläuterungen zu Abs. 4:
Sonstige inländische Einkünfte ohne Steuerabzug 25**

1 A. Allgemeine Erläuterungen zu § 33

Grundinformation zu § 33: § 33 ermöglicht eine KStBefreiung der nicht von § 30 erfassten, auf Ebene des Spezial-Investmentfonds stbaren Einkünfte. Abs. 1 regelt die KStBefreiung von inländ. Immobilienerträgen (§ 6 Abs. 4 iVm. § 29 Abs. 1) durch StAbzug auf der Fondsausgangsseite gem. § 50. Abs. 2 regelt zum einen eine Einkünfteumqualifikation und einen besonderen StAbzug gegenüber Investmentfonds und Dach-Spezial-Investmentfonds als Anleger des Spezial-Investmentfonds und ermöglicht zum anderen für einen eng begrenzten Anwendungsbereich eine Immobilien-Transparenzoption. Beide Regelungen hängen nicht miteinander zusammen und sind systematisch unzutreffend platziert (s. Anm. 10 und 15). Abs. 3 regelt weitere Folgen des StAbzugs gem. Abs. 1. Die Regelung ist uE ebenfalls systematisch unzutreffend platziert (s. Anm. 15). Abs. 4 regelt die entsprechende Anwendung von Abs. 1–3 für sonstige inländ. Einkünfte, die (auf der Fondseingangsseite) keinem StAbzug unterliegen.

Rechtentwicklung des § 33: § 33 ist neu und hat keinen Vorgänger im InvStG aF. Abs. 2 Satz 4 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1 und Abs. 4 Satz 2 greifen allerdings das Regelungskonzept von § 15 Abs. 3 ggf. iVm. § 16 Satz 8 InvStG aF auf. § 33 idF des InvStRefG sah nur eine KStBefreiung von inländ. Immobilienerträgen und sonstigen inländ. Einkünften ohne StAbzug auf der Fondseingangsseite durch StAbzug gem. § 50 auf der Fondsausgangsseite vor (derzeitige Abs. 1, 3 und 4).

► *StUmgBG v. 23.6.2017* (BGBl. I 2017, 1682; BStBl. I 2017, 865): Noch vor Inkrafttreten des InvStRefG wurde Abs. 2 eingefügt, der insbes. die Immobilien-

Transparenzoption regelt. Darüber hinaus gab es Folgeänderungen in Abs. 3 und 4.

Bedeutung des § 33:

- ▶ *Sachliche Steuerbefreiung:* § 33 ist – gleichsam als Gegenstück zu § 30 – die KStBefreiung für inländ. Immobilienerträge und sonstige inländ. Einkünfte, die keinem StAbzug auf der Fondseingangsseite unterliegen, dh. die nicht von § 30 erfasst werden. § 33 stellt ebenso wie § 30 eine sachliche KStBefreiung dar. Sie wird auch nicht deshalb zu einer persönlichen KStBefreiung, weil im Zusammenspiel mit der Transparenzoption nach § 30 im Erg. sämtliche stbaren Einkünfte eines Spezial-Investmentfonds stfrei sind.
- ▶ *Keine transparente Besteuerung:* § 33 geht technisch einen anderen Weg als § 30. Die inländ. Immobilienerträge und die sonstigen inländ. Einkünfte ohne StAbzug auf der Fondseingangsseite bleiben Einkünfte des Spezial-Investmentfonds und werden nicht den Anlegern zugerechnet. Der Anleger erzielt auch insoweit ausgeschüttete oder ausschüttungsgleiche Erträge (vgl. § 36 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, der insbes. die inländ. Immobilienerträge umfasst). Von diesen Erträgen wird vielmehr ein StAbzug gem. § 50 auf der Fondsausgangsseite vorgenommen, der zur KStFreiheit der entsprechenden Erträge auf Ebene des Spezial-Investmentfonds führt. Der StAbzug führt auf Anlegerebene jedoch allenfalls zu einer Semi-Transparenz. Die ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge, soweit sie inländ. Immobilienerträge und sonstige inländ. Einkünfte ohne StAbzug auf der Fondseingangsseite enthalten, werden – je nach Anleger – in Einkünfte iSv. § 49 Abs. 1 EStG oder § 6 Abs. 4 oder 5 (ggf. iVm. § 29 Abs. 1) umqualifiziert (s. Anm. 5 und 10). Lediglich im Rahmen der Immobilien-Transparenzoption (Abs. 2 Sätze 3ff.) werden die ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge des Ziel-Spezial-Investmentfonds partiell unmittelbar den Anlegern des Dach-Spezial-Investmentfonds zugerechnet (s. Anm. 15).
- ▶ *Wahlrecht:* Der StAbzug gem. § 33 iVm. § 50 stellt – ebenso wie die Transparenzoption gem. § 30 (s. § 30 Anm. 5) – für inländ. und ausländ. Spezial-Investmentfonds ein Wahlrecht dar (s. Anm. 5). Das Wahlrecht kann unabhängig von der Transparenzoption ausgeübt werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.1 f.).
- ▶ *Unsystematische und unvollständige Regelung:* Die Regelung weist vielfältige systematische Fehler auf. Die Regelungen in Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2 wären uE zusammenzufassen. Ferner wären die Regelungen in Abs. 3 und Abs. 2 Satz 1 zusammenzufassen und unmittelbar hinter Abs. 1 zu platzieren (s. Anm. 10, Anm. 20). Die Regelung über die Immobilien-Transparenzoption müsste hingegen in einen eigenen Absatz danach ausgegliedert werden (s. Anm. 15). Ferner bedürfen viele Regelungen einer gesetzlicher Klarstellung; insbes. die Regelung zur Immobilien-Transparenzoption bedarf einer grundlegenden gesetzlichen Überarbeitung (s. Anm. 15).

Verhältnis des § 33 zu anderen Vorschriften:

- ▶ *Verhältnis zu § 6:* Der Begriff der inländ. Immobilienerträge in § 30 entspricht demjenigen in § 6 Abs. 4. Der StAbzug auf der Fondsausgangsseite für sonstige inländ. Einkünfte ohne StAbzug auf der Fondseingangsseite setzt voraus, dass diese gem. § 6 Abs. 5 (iVm. § 29 Abs. 1) stbar sind.
- ▶ *Verhältnis zu § 7:* Der besondere StAbzug gegenüber Investmentfonds und Dach-Spezial-Investmentfonds gem. Abs. 2 Satz 2 stellt eine Durchbrechung

von § 7 Abs. 1 Satz 4 (ggf. iVm. § 29 Abs. 1) dar und verdrängt diesen. Im Übrigen ist § 7 mit Ausnahme von dessen Abs. 1 Satz 3 auf diesen besonderen StAbzug anwendbar (s. Anm. 10).

- ▶ *Verhältnis zu §§ 8 bis 10:* Werden bei Investmentfonds als Anleger eines (Dach-)Spezial-Investmentfonds aufgrund des StAbzugs gem. Abs. 1 oder der Immobilien-Transparenzoption ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge in inländ. Immobilienerträge umqualifiziert, kann der Investmentfonds insoweit die §§ 8–10 geltend machen, als stbefreite Anleger an ihm beteiligt sind.
- ▶ *Verhältnis zu § 29 Abs. 1:* Der StAbzug gem. § 33 iVm. § 50 stellt eine Abweichung iSv. § 29 Abs. 1 aE dar.
- ▶ *Verhältnis zu § 29 Abs. 4:* Während § 33 die sachliche KStBefreiung inländ. Immobilienerträge und sonstiger inländ. Einkünfte ohne StAbzug auf der Fondseingangsseite regelt, ergibt sich die GewStBefreiung auch ohne StAbzug gem. § 50 auf der Fondsausgangsseite aus § 29 Abs. 4.
- ▶ *Verhältnis zu § 30:* § 33 stellt das Gegenstück zu § 30 für die nicht von § 30 erfassten, aber nach § 6 iVm. § 29 Abs. 1 auf Ebene eines Spezial-Investmentfonds stbaren Einkünfte dar. Die Ausübung des StAbzugs gem. § 33 iVm. § 50 auf der Fondsausgangsseite erfolgt unabhängig von der Ausübung der Transparenzoption. § 33 liegt zwar grds. ein anderes Regelungskonzept als § 30 zugrunde (StBefreiung aufgrund von StAbzug), gleichwohl gibt es bei § 30 ebenfalls transparente oder semi-transparente Ansätze (zB Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 2). Hingegen ist die Immobilien-Transparenzoption (Abs. 2 Sätze 3 ff.) § 30 nachgebildet (s. Anm. 15).
- ▶ *Verhältnis zu §§ 31, 32:* Der StAbzug gem. § 33 richtet sich ausschließlich nach § 50. §§ 31, 32 sind daher insoweit nicht anwendbar. § 31 Abs. 1 und 2 sowie § 32 sind aber bei Ausübung der Immobilien-Transparenzoption entsprechend anwendbar (Abs. 2 Satz 5).
- ▶ *Verhältnis zu § 35:* Vergleichbar den Regelungen bei Ausübung der Transparenzoption gem. § 30 gehören die dem Anleger eines Dach-Spezial-Investmentfonds zugerechneten ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen inländ. Immobilienerträge und sonstigen inländ. Einkünfte ohne StAbzug des Ziel-Spezial-Investmentfonds, für die der Dach-Spezial-Investmentfonds die Immobilien-Transparenzoption ausgeübt hat, zu den Immobilien-Zurechnungsbeträgen (§ 35 Abs. 3a), die stfrei an die Anleger ausgeschüttet werden können (s. § 35 Anm. 17).
- ▶ *Verhältnis zu § 36:* Anders als bei der Ausübung der Transparenzoption gem. § 30 enthält § 36 Abs. 1 Satz 2 keine ausdrückliche Regelung, dass die dem Anleger eines Dach-Spezial-Investmentfonds zugerechneten ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen inländ. Immobilienerträge und sonstigen inländ. Einkünfte ohne StAbzug des Ziel-Spezial-Investmentfonds, für die der Dach-Spezial-Investmentfonds die Immobilien-Transparenzoption ausgeübt hat, nicht zu den ausschüttungsgleichen Erträgen gehören. Unseres Erachtens muss § 36 Abs. 1 Satz 2 insoweit allerdings analog angewendet werden. Gleichwohl ist eine gesetzliche Klarstellung wünschenswert (s. Anm. 15).
- ▶ *Verhältnis zu § 42:* § 42 Abs. 5 regelt die Besteuerung von in ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen enthaltenen inländ. Immobilienerträgen und sonstigen inländ. Einkünften ohne StAbzug (Fondseingangsseite) auf Anle-

gerebene, wenn der StAbzug gem. § 50 (Fondsausgangsseite) nicht vorgenommen wurde, dh. die inländ. Immobilienerträge und sonstigen inländ. Einkünfte ohne StAbzug auf Ebene des Spezial-Investmentfonds versteuert wurden (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.11).

- ▶ *Verhältnis zu § 49:* Im Zeitpunkt der Veräußerung nicht ausgeschüttete Immobilien-Zurechnungsbeträge (§ 35 Abs. 3a) mindern den Gewinn des Anlegers aus der Veräußerung seiner Spezial-Investmentanteile (§ 49 Abs. 3 Satz 5, s. § 49 Anm. 15).
- ▶ *Verhältnis zu § 50:* Der zur StFreiheit der inländ. Immobilienerträge und sonstigen inländ. Einkünfte ohne StAbzug auf der Fondseingangsseite führende StAbzug auf der Fondsausgangsseite erfolgt auch in den Fällen des Abs. 2 Satz 2 ausschließlich gem. § 50 (s. Anm. 10).
- ▶ *Verhältnis zu § 51:* Auch wenn die KStPflicht für inländ. Immobilienerträge oder sonstige inländ. Einkünfte ohne StAbzug auf der Fondseingangsseite aufgrund von Abs. 1 ggf. iVm. Abs. 4 entfällt, ist gleichwohl eine gesonderte und einheitliche Feststellung gem. § 51 erforderlich (s. Anm. 5).
- ▶ *Verhältnis zu §§ 43ff. EStG:* Die §§ 43 ff. EStG gelten sowohl beim StAbzug gem. § 50 als auch beim StAbzug im Rahmen der Immobilien-Transparenzoption gem. Abs. 2 Satz 2 oder 4 (iVm. § 7) nur insoweit, als ihre Geltung über § 50 bzw. § 7 angeordnet ist.

Geltungsbereich des § 33:

- ▶ *Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich:* § 33 gilt für in- und ausländ. Spezial-Investmentfonds sowie gem. § 53 für Altersvorsorgevermögensfonds und deren Anleger.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* Wie das gesamte neugefasste InvStG gilt § 33 (einschließlich der Änderungen durch das StUmgBG) ab dem 1.1.2018 (Art. 11 Abs. 3 InvStRefG).

Einstweilen frei.

2–4

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Inländische Immobilienerträge

5

Inländische Immobilienerträge: Der Begriff richtet sich nach § 6 Abs. 4 iVm. § 29 Abs. 1. Gewinnausschüttungen (Dividenden) einer inländ. Immobilien-Gesellschaft in der Rechtsform einer KapGes. (zB GmbH) gehören nicht zu den inländ. Immobilienerträgen, sondern zu inländ. Beteiligungseinnahmen, für die ggf. die Transparenzoption gem. § 30 ausgeübt werden kann (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.2; Haug in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 33 Rz. 18).

Spezial-Investmentfonds: Die Regelung umfasst sowohl in- als auch ausländ. Spezial-Investmentfonds (zur Abgrenzung § 2 Abs. 2 und 3).

Steuerabzug gem. § 50: Es muss ein StAbzug gem. § 50 auf der Fondsausgangsseite vorgenommen werden.

- ▶ *Verpflichtung/Wahlrecht:* Entrichtungspflichtiger ist der Spezial-Investmentfonds (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.8).
 - ▷ *Ausländische Spezial-Investmentfonds* sind aufgrund des eindeutigen Wortlauts von § 50 nicht zum StAbzug verpflichtet und können aufgrund des räumlichen Geltungsbereichs des InvStG auch nicht zum StAbzug verpflicht-

tet werden. Um die StBefreiung gem. Abs. 1 zu erlangen, müssen sie sich dem KapErtrStAbzugsregime gleichsam freiwillig unterwerfen (BTDrucks. 18/8045, 97; krit. dazu *Neumann*, DB 2016, 1779 [1781]).

- ▷ *Inländische Spezial-Investmentfonds* sind zwar zum StAbzug von ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen verpflichtet (§ 50 Abs. 1 Satz 1 iVm. Satz 2 Nr. 1). Im originären Anwendungsbereich von § 50 unterliegt gegenüber unbeschränkt stpfl. Anlegern jedoch nur die nach Anwendung von § 42 Abs. 5 verbleibende Bemessungsgrundlage dem StAbzug (BMF v. 8.11.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:010, 2017/0934849, DStR 2017, 2736, Rz. 10). Bei beschränkt stpfl. Anlegern iSv. § 1 Abs. 4 EStG oder § 2 Nr. 1 KStG (Steuerausländern) unterliegen ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge nicht der beschränkten Stpfl. (s. § 34 Anm. 5). Im originären Anwendungsbereich von § 50 darf daher insoweit keine KapErtrSt einbehalten und abgeführt werden (BTDrucks. 18/8045, 121; *Bindl/Stadler*, BB 2017, 1943; § 50 Anm. 10; vgl. dazu auch BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Rz. 313). Ebenso ist im originären Anwendungsbereich von § 50 gegenüber als Anlegern beteiligten Investmentfonds und Dach-Spezial-Investmentfonds kein KapErtrStAbzug vorzunehmen (Abs. 2 Sätze 1 und 2, s. Anm. 10). Inländischen Spezial-Investmentfonds steht somit ebenfalls ein Wahlrecht zu (BMF v. 8.11.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:010, 2017/0934849, DStR 2017, 2736, Rz. 10; aA *Stadler/Bindl*, DStR 2016, 1953 [1962]; *Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 33 InvStG 2018 Rz. 4), das durch KapErtrStAbzug gegenüber Steuerausländern und als Anlegern beteiligten Investmentfonds und Dach-Spezial-Investmentfonds sowie durch KapErtrStAbzug gegenüber unbeschränkt stpfl. Anlegern ohne Berücksichtigung von § 42 Abs. 5 und Ausstellung entsprechender StBescheinigungen ausgeübt wird (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.3; glA *Haug in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 33 Rz. 23). Wird dieser StAbzug nicht vorgenommen, sind die inländ. Immobilienerträge auf Ebene des inländ. Spezial-Investmentfonds in vollem Umfang stpfl. Hat ein inländischer Spezial-Investmentfonds ausschließlich nach § 44a EStG begünstigte Anleger und darf er deshalb sowohl im originären Anwendungsbereich von § 50 als auch im Anwendungsbereich von Abs. 1 vom StAbzug Abstand nehmen (s. „Erhebung und Abführung an die zuständige Finanzbehörde“), darf er sein Wahlrecht uE durch Erklärung gegenüber der zuständigen FinBeh. ausüben.
- ▷ *Spätere Änderungen*: Anders als bei der Transparenzoption gem. § 30 muss das Wahlrecht gem. Abs. 1, soweit es besteht, nicht unwiderruflich ausgeübt werden. Sofern der Spezial-Investmentfonds in einem späteren Jahr keinen StAbzug vornimmt, lebt die KStPflicht der inländ. Immobilienerträge auf seiner Ebene wieder auf (krit. dazu BMF v. 21.12.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:016, 2017/1058518, DStR 2018, 194, Rz. 8; glA BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.3; *Mann in Blümich*, § 33 InvStG 2018 Rz. 11 [11/2019]; aA *Haug in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 33 Rz. 31 ff.).
- ▶ *Ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche inländische Immobilienerträge*: Das Gesetz kennt den Begriff „ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche inländische Immobilienerträge“ nicht. Gemeint sind ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge, soweit darin inländ. Immobilienerträge enthalten sind (*Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 33 InvStG 2018 Rz. 5;

Haug in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 33 Rz. 26). Nur von diesem Teilbetrag, dem „inländischen Immobilienanteil“, ist ein StAbzug vorzunehmen, um die StBefreiung gem. Abs. 1 zu erlangen.

- ▷ *Erfasste Einkünfte*: Der inländ. Immobilienanteil muss sämtliche inländ. Immobilienerträge des Spezial-Investmentfonds umfassen (BTDrucks. 18/8045, 101). Er kann nicht nur auf Erträge aus bestimmten inländ. Immobilien beschränkt sein (insoweit glA BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.4; Haug in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 33 Rz. 28; aA *Wolny* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 33 Rz. 33 [12/2020]). Ferner muss der StAbzug gegenüber sämtlichen Anlegern vorgenommen werden (glA *Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 33 InvStG 2018 Rz. 4; Haug in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 33 Rz. 30). Die FinVerw. geht davon aus, dass das Wahlrecht zum StAbzug nur einheitlich für sämtliche inländ. Immobilienerträge und sämtliche sonstigen inländ. Einkünfte iSv. Abs. 4 ausgeübt werden kann (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.36, wohl auch Rz. 33.4; glA *Mann* in *Blümich*, § 33 InvStG 2018 Rz. 11, 51 [11/2019]; Haug in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 33 Rz. 36, 110). Dies ergibt sich uE nicht zwingend aus dem Gesetzeswortlaut. Die Regelungen in Abs. 1 und Abs. 4 stehen selbständig nebeneinander, so dass von den sonstigen inländ. Einkünften iSv. Abs. 4 kein StAbzug vorgenommen werden muss, um die StBefreiung für inländ. Immobilienerträge gem. Abs. 1 zu erhalten und umgekehrt. Andererseits lässt sich eine vollständige KStBefreiung des Spezial-Investmentfonds nur erreichen, wenn der StAbzug nicht nur von den inländ. Immobilienerträgen, sondern auch von den sonstigen inländ. Einkünften iSv. Abs. 4 vorgenommen wird (insoweit zutr. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.4). Zwingend ist dies indes nicht. Geht der Spezial-Immobilienfonds hier nicht einheitlich vor, bleibt er partiell kstplf.
- ▷ *Höhe des inländischen Immobilienanteils*: Der inländ. Immobilienanteil entspricht nicht automatisch den inländ. Immobilienerträgen des Spezial-Investmentfonds. Vielmehr handelt es sich um den Betrag, der sich im Rahmen der Einkünfteermittlung gem. §§ 37 ff. ergibt, dh. insbes. auch unter Berücksichtigung (anteiliger) nach Maßgabe von §§ 39 f. zu berücksichtigender Aufwendungen des Spezial-Investmentfonds.
- ▷ *Nachträgliche Korrekturen am inländischen Immobilienanteil* zB aufgrund einer Bp. führen uE jedenfalls dann nicht zur kstplf. sämtlicher inländ. Immobilienerträge, wenn KapErtrSt. ordnungsgemäß nacherhoben wird (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.5; im Erg. glA *Stadler/Bindl*, DStR 2016, 1953 [1962]; *Bindl/Mager*, BB 2016, 2711 [2719]; Haug in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 33 Rz. 29; aA *Mann* in *Blümich*, § 33 InvStG 2018 Rz. 12 [11/2019]).
- ▶ *Anwendung von § 50*: Der StAbzug muss nach Maßgabe von § 50 erfolgen, dh. insbes. zum Satz von 15 % (§ 50 Abs. 1 Satz 1) und nach den für den StAbzug von Kapitalerträgen iSd. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 EStG geltenden Vorschriften des EStG (vgl. § 50 Abs. 2 Satz 2). Dies umfasst auch die Abstandnahme gem. § 44a EStG und das sog. Interbankenprivileg (§ 43 Abs. 2 Satz 2 EStG; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.10). Anders als im originären Anwendungsbereich von § 50 (s. § 50 Anm. 10) muss der StAbzug wegen der Regelung in Abs. 3 (s. Anm. 20) auch gegenüber Steuerausländern vorgenommen werden. Durch die Ausübung des Wahlrechts zum StAbzug gegenüber Steuerausländern wird die Rechtsfolge des Abs. 3 Satz 1 ausgelöst. Damit existiert ein Tatbestand der

beschränkten StPflcht, der dem StAbzug die rechtl. Grundlage gibt (vgl. auch *Behrens*, RdF 2017, 297 [303] zu Abs. 2 Satz 4 Nr. 1; aA *Mann in Blümich*, § 33 InvStG 2018 Rz. 13).

Erhebung und Abführung an die zuständige Finanzbehörde:

- ▶ *Erhebung*: Die KapErtrSt muss erhoben und abgeführt werden. Dies ist nicht nur der Fall, wenn die KapErtrSt tatsächlich einbehalten und abgeführt wird, sondern auch, wenn von einem Einbehalt gem. § 44a EStG Abstand genommen wird.

Stadler/Bindl, DStR 2016, 1953 (1962); *Bindl/Mager*, BB 2016, 2711 (2719); *Helios/Mann*, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 21; *Haug*, Ubg 2017, 303 (306f.), der allerdings insoweit unzutreffend von Transparenzoption spricht; aA *Neumann*, DB 2016, 1779 (1781); vgl. auch amtliche Begr. zum StUmgBG (BTDrucks. 18/12127, 63).

- ▶ *Die zuständige Finanzbehörde* bestimmt sich nach § 4. Bei ausländ. Spezial-Investmentfonds ist stets § 4 Abs. 2 Nr. 1 anwendbar, weil § 33 sich ausschließlich auf Fälle bezieht, in denen Einkünfte gem. § 6 Abs. 2 erzielt werden, die keinem StAbzug auf der Fondseingangsseite unterliegen (vgl. auch *Stadler/Bindl*, DStR 2016, 1953 [1962]). Maßgeblich ist damit die Belegenheit der Immobilie.
- ▶ *Zeitpunkt*: Der StAbzug muss im Zeitpunkt der Ausschüttung oder bei Thesaurierung am Geschäftsjahresende oder bei Veräußerung erfolgen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.8).

Ausstellung von Steuerbescheinigungen: Soweit § 50 bereits originär anwendbar ist, ergibt sich eine Verpflichtung zur Ausstellung von StBescheinigungen bereits aus dem Verweis auf §§ 43 ff. EStG in § 50 Abs. 2 Satz 2. Soweit ein Wahlrecht besteht (s.o.) ist die Ausstellung der StBescheinigungen gem. § 45a EStG ebenso wie der StAbzug selbst freiwillig, für die KStFreiheit allerdings zwingend erforderlich (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.8).

Im Fall der Verschmelzung (§ 54 iVm. § 23) sind ab dem auf den Übertragungstichtag folgenden Tag die Verhältnisse des übernehmenden Spezial-Investmentfonds maßgeblich. Nimmt der übernehmende Spezial-Investmentfonds den StAbzug gem. Abs. 1 vor, gilt dies ab dem Übertragungstichtag auch für den inländ. Immobilienanteil des übertragenden Spezial-Investmentfonds. Hatte dieser zuvor keinen StAbzug gem. Abs. 1 vorgenommen, ist für den Zeitraum bis zum Übertragungstichtag eine KStErklärung abzugeben (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.6). Im umgekehrten Fall, dass nur der übertragende, nicht aber der übernehmende Spezial-Investmentfonds den StAbzug gem. Abs. 1 vorgenommen hat, endet die KStBefreiung des übertragenden Spezial-Investmentfonds mit dem Übertragungstichtag und der inländ. Immobilienanteil unterliegt ab diesem Stichtag auf Ebene des übernehmenden Spezial-Investmentfonds der KSt. Auf den bis zum Übertragungstichtag auf Ebene des übertragenden Spezial-Investmentfonds angefallenen inländ. Immobilienanteil muss der übernehmende Spezial-Investmentfonds den StAbzug gem. Abs. 1 vornehmen. Es steht dem übernehmenden Spezial-Investmentfonds jedoch jederzeit frei, den StAbzug gem. Abs. 1 in der Zukunft vorzunehmen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.7).

Rechtsfolge:

- ▶ *Ebene des Spezial-Investmentfonds*: Die inländ. Immobilienerträge sind auf Ebene des Spezial-Investmentfonds kstfrei. Die GewStBefreiung ergibt sich unabhängig von einem StAbzug auf der Fondsausgangsseite aus § 29 Abs. 4 (*Mann in Blümich*, § 33 InvStG 2018 Rz. 9 [11/2019]). Eine Pflicht zur Abgabe

einer eigenen KStErklärung des Spezial-Investmentfonds entfällt uE nur, wenn zugleich auch für sonstige inländ. Einkünfte ohne StAbzug (Fondseingangsseite) ein StAbzug gem. Abs. 4 iVm. § 50 (Fondsausgangsseite) vorgenommen wird, was nicht zwingend ist (s. Anm. 25). Eine Feststellungserklärung gem. § 51 ist hingegen gleichwohl abzugeben.

- ▶ *Ebene der Anleger:* Auf Ebene der Anleger liegen – anders als bei der Transparenzoption gem. § 30 – auch bei Vornahme des StAbzugs gem. Abs. 1 nach wie vor ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge, dh. Spezial-Investmenterträge iSv. § 34 vor. Bei bestimmten Anlegern werden diese Einkünfte jedoch umqualifiziert (Abs. 2 Satz 1, s. Anm. 10; Abs. 3, s. Anm. 20).

Einstweilen frei.

6–9

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Steuerabzug und Transparenz

I. Besonderer Steuerabzug gegenüber Investmentfonds und Semi-Transparenz (Abs. 2 Sätze 1 und 2)

10

Hintergrund der Regelung: Die Regelung in Abs. 2 Sätze 1 und 2 wurde noch vor Inkrafttreten des InvStRefG durch das StUmgBG v. 23.6.2017 (BGBl. I 2017, 1682; BStBl. I 2017, 865) in das InvStG 2018 eingefügt. Mit der Regelung sollten Besteuerungslücken geschlossen werden, die sich im Fall mehrstufiger Investmentfondsstrukturen ergeben können. Entscheidend war der Umstand, dass von dem zur KStFreiheit führenden StAbzug gem. Abs. 1 auch dann hätte Abstand genommen werden müssen, wenn an dem (Ziel-)Spezial-Investmentfonds andere vereinnahmende Investmentfonds oder Dach-Spezial-Investmentfonds beteiligt sind, denn Abs. 1 ändert nichts daran, dass auf der Ausgangsseite des (Ziel-)Spezial-Investmentfonds nach wie vor nur ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge, dh. Spezial-Investmenterträge iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 3a EStG, vorliegen, von denen nach allgemeinen Grundsätzen kein StAbzug vorzunehmen ist. Die bloße Umqualifikation der in den ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen enthaltenen inländ. Immobilienerträge iSv. § 6 Abs. 4 (ggf. iVm. § 29 Abs. 1) – wie sie in Abs. 2 Satz 1 angeordnet ist – hätte daran nichts geändert, weil auch inländ. Immobilienerträge nach allgemeinen Regeln keinem StAbzug unterliegen, sondern im Veranlagungswege zu erfassen sind. Somit bedurfte es noch einer Regelung, die für diese Fälle konstitutiv einen KapErtrStAbzug anordnet, was mit Abs. 2 Satz 2 geschehen ist. Nur betrifft Abs. 2 Satz 2 letztlich den StAbzug gem. Abs. 1, der einerseits zur KStFreiheit des (Ziel-)Spezial-Investmentfonds führt, andererseits aber seinerseits wieder (ungeschriebene, s.u.) Voraussetzung für die Umqualifikation in Abs. 2 Satz 1 ist (s. dazu im Einzelnen *Bindl/Mager*, BB 2016, 2711 [2720 f.]; *Bindl/Stadler*, BB 2017, 1943; *Behrens*, RdF 2017, 297 [300]; vgl. auch BTDrucks. 18/12127, 63).

Unzutreffende systematische Stellung: Die Regelungen in Abs. 2 Sätze 1 und 2 sind uE demzufolge systematisch falsch verortet. Systematisch zutr. müsste die Regelung in Abs. 2 Satz 2 dergestalt in Abs. 1 aufgenommen werden, dass die KStFreiheit nur eintritt, wenn auch gegenüber vereinnahmenden Investmentfonds und Dach-Spezial-Investmentfonds von den ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen inländ. Immobilienerträgen KapErtrSt gem. § 50 erhoben, an die zuständige FinBeh. abgeführt und StBescheinigungen gem. § 45a EStG ausgestellt werden (vorbehaltlich der Ausübung der Immobilien-Transparenzoption auf Ebene eines

vereinnahmenden Dach-Spezial-Investmentfonds), wobei § 7 Abs. 1 Satz 3 nicht anwendbar ist. Die in Abs. 2 Satz 1 angeordnete Umqualifikation dieser Einkünfte müsste systematisch zutr. – ebenso wie die Parallelregelung für beschränkt Stpfl. in Abs. 3 Satz 1 – als Rechtsfolge des StAbzugs gem. Abs. 1 in Abs. 3 geregelt werden, der seinerseits systematisch falsch verortet ist (s. Anm. 20). Die gesamte Regelung bedarf daher dringend einer redaktionellen gesetzgeberischen Überarbeitung.

Semi-Transparenz (Abs. 2 Satz 1):

- ▶ *Ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche inländische Immobilienerträge:* Siehe Anm. 5.
- ▶ *Vereinnahmender Investmentfonds oder Dach-Spezial-Investmentfonds:* Die Regelung betrifft nur Anleger eines Spezial-Investmentfonds, bei denen es sich um einen Investmentfonds iSd. Kapitels 2 oder einen Dach-Spezial-Investmentfonds (§ 2 Abs. 5 Satz 2) handelt. Der Begriff des Dach-Investmentfonds wurde bewusst nicht verwendet, weil es sich dabei nach § 2 Abs. 5 Satz 1 um einen Investmentfonds iSd. Kapitels 2 handelt, der Investmentanteile an einem anderen Investmentfonds iSd. Kapitels 2 (Ziel-Investmentfonds), nicht jedoch an einem Ziel-Spezial-Investmentfonds iSv. § 2 Abs. 5 Satz 2 hält (BTDrucks. 18/12127, 64). Erfasst werden sowohl inländ. als auch ausländ. Investmentfonds und Dach-Spezial-Investmentfonds (zur Abgrenzung § 2 Abs. 2 und 3).
- ▶ *Ungeschriebene Voraussetzung von Abs. 2 Satz 1 ist – ebenso wie in Abs. 3 (s. Anm. 20) –, dass der StAbzug auf der Fondsausgangsseite gem. Abs. 1, modifiziert durch Abs. 2 Satz 2 freiwillig vorgenommen wird. Nur in diesem Fall besteht ein Bedürfnis, die ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen inländ. Immobilienerträge in Einkünfte iSv. § 6 Abs. 4 (ggf. iVm. § 29 Abs. 1) umzuqualifizieren und damit das deutsche Besteuerungsrecht sicherzustellen. Wird der StAbzug nicht vorgenommen und werden die Einkünfte demzufolge auf Ebene des (Ziel-)Spezial-Investmentfonds besteuert, bedarf es keiner Umqualifikation und Besteuerung auf Ebene des vereinnahmenden Investmentfonds oder Dach-Spezial-Investmentfonds, weil das deutsche Besteuerungsrecht gesichert ist (glA Haug in Moritz/Jesch/Mann, 2. Aufl. 2020, § 33 Rz. 55). Nach Auffassung der FinVerw. soll die Umqualifikation hingegen stets stattfinden, lediglich die Besteuerung auf Ebene des vereinnahmenden Investmentfonds oder Dach-Spezial-Investmentfonds unterbleiben, sofern der inländ. Immobilienanteil auf Ebene des (Ziel-)Spezial-Investmentfonds besteuert wurde (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.12f.; insoweit glA Mann in Blümich, § 33 InvStG 2018 Rz. 21 [11/2019]). Unseres Erachtens ist dieses Verständnis mit dem Wortlaut der Norm nicht vereinbar.*
- ▶ *Rechtsfolge:*
 - ▷ *Auf Ebene des vereinnahmenden Investmentfonds und des Dach-Spezial-Investmentfonds* gelten die ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen inländ. Immobilienerträge als inländ. Immobilienerträge iSv. § 6 Abs. 4 (ggf. iVm. § 29 Abs. 1) und sind entsprechend stpfl. Diese StPfl. umfasst jedoch nicht die vom (Ziel-)Spezial-Investmentfonds vereinnahmten inländ. Immobilienerträge, sondern nur den inländ. Immobilienanteil (s. Anm. 5). Es liegt keine echte Transparenz, sondern lediglich eine Umqualifikation ausgeschütteter und ausschüttungsgleicher Erträge vor (aA Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 33 InvStG 2018 Rz. 7). Ein Dach-Spezial-Investmentfonds kann jedoch zum einen die Immobilien-Transparenzoption (Abs. 2 Sätze 3ff.) ausüben (s. Anm. 15); zum anderen kann er

uE aber auch seinerseits gegenüber seinen Anlegern von der Möglichkeit des Abs. 1 Gebrauch machen (glA *Bindl/Stadler*, BB 2017, 1943 [1946]; *Behrens*, RdF 2017, 297 [302]; *Wolny* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 33 Rz. 58 f. [3/2021]; aA *Haug* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 33 Rz. 27, 61 f.). Ein vereinnahmender Investmentfonds iSd. Kapitels 2 kann bei stbegrünstigten Anlegern die umqualifizierten inländ. Immobilienerträge gem. §§ 8–10 stfrei stellen (glA *Bindl/Stadler*, BB 2017, 1943 [1944]). Der nachgeschaltete Ziel-Spezial-Investmentfonds sollte zudem de lege ferenda für Zwecke der Immobilienfondsquote (§ 2 Abs. 9) berücksichtigt werden (*Wolny* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 33 Rz. 52 [3/2021]).

- ▷ *Ebene der Anleger des vereinnahmenden Investmentfonds und des Dach-Spezial-Investmentfonds*: Anleger eines vereinnahmenden Investmentfonds iSd. Kapitels 2 erzielen Investorserträge iSv. § 16 Abs. 1 iVm. § 20 Abs. 1 Nr. 3 EStG. Anleger eines vereinnahmenden Dach-Spezial-Investmentfonds erzielen Spezial-Investorserträge iSv. § 34 iVm. § 20 Abs. 1 Nr. 3a EStG. Die stl. Vorbelastung auf Ebene des Dach-Spezial-Investmentfonds wird bei unbeschränkt stpfl. Anlegern gem. § 42 Abs. 5 berücksichtigt (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.26). Nimmt der Dach-Spezial-Investmentfonds seinerseits den StAbzug gem. Abs. 1 sowie wiederum Abs. 2 Satz 2 (jeweils Ausgangsseite des Dach-Spezial-Investmentfonds) vor, richten sich die Rechtsfolgen für dessen Anleger nach Abs. 3 oder Abs. 2 Satz 1. Übt der Dach-Spezial-Investmentfonds die Immobilien-Transparenzoption aus, richten sich die Rechtsfolgen für dessen Anleger nach Abs. 2 Sätze 4–7.
- ▷ *Auf Ebene des (Ziel-)Spezial-Investmentfonds* muss für diese Erträge uE in entsprechender Anwendung von Abs. 1 eine KStBefreiung gelten (glA *Bindl/Stadler*, BB 2017, 1943 [1944]). Auch insoweit besteht kein Bedürfnis für eine Besteuerung auf Ebene des (Ziel-)Spezial-Investmentfonds, wenn die ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen inländ. Immobilienerträge auf Ebene des vereinnahmenden Investmentfonds bzw. des Dach-Spezial-Investmentfonds versteuert werden.

Steuerabzug auf der Fondsausgangsseite (Abs. 2 Satz 2):

- ▶ „Diese“: Gemeint sind die von einem Investmentfonds oder Dach-Spezial-Investmentfonds vereinnahmten ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen inländ. Immobilienerträge iSv. Abs. 2 Satz 1.
- ▶ *Rechtsfolge*:
 - ▷ *Konstitutive Regelung*: Anders als die amtliche Gesetzesbegründung andeutet (BTDrucks. 18/12127, 64), hat Abs. 2 Satz 2 nicht lediglich deklaratorische Bedeutung. Ein KapErtrStAbzug von diesen Einkünften ergibt sich nicht aus § 50, weil gegenüber Investmentfonds und Dach-Spezial-Investmentfonds als Anleger eines Ziel-Spezial-Investmentfonds gerade keine KapErtrSt einzubehalten und abzuführen ist (dazu ausführl. *Bindl/Mager*, BB 2016, 2711 [2720 f.]). Auch aus anderen Vorschriften, insbes. aus §§ 43 ff. EStG ergibt sich ein KapErtrStAbzug weder für ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche inländ. Immobilienerträge noch für inländ. Immobilienerträge selbst. Schließlich ist auch § 7 keine hinreichende Grundlage für einen KapErtrStAbzug, weil er einen anderweitig geregelten StAbzug voraussetzt und diesen lediglich modifiziert (s. § 7 Anm. 1).
 - ▷ *Anwendbare Regelungen?* Abs. 2 Satz 2 enthält keine Aussagen darüber, nach welchen Vorschriften sich der StAbzug richten soll, insbes. welcher StSatz

anwendbar ist. Unseres Erachtens sollte aufgrund des Sachzusammenhangs § 50 analog angewendet werden (glA *Bindll/Stadler*, BB 2017, 1943 [1944]). Nur auf diese Weise lässt sich der von der FinVerw. genannte StSatz von 15 % zzgl. SolZ (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.14; ebenso zB *Mann in Blümich*, § 33 InvStG 2018 Rz. 22 [11/2019]; *Behrens*, RdF 2017, 297 [301]; vgl. auch BTDrucks. 18/12127, 64) rechtfertigen (vgl. § 50 Abs. 1 Satz 1; glA *Bindll/Stadler*, BB 2017, 1943 [1944]). Dies lässt sich nicht allein aus dem Ausschluss von § 7 Abs. 1 Satz 3 herleiten (Abs. 2 Satz 2 aE), denn damit wird nur geregelt, welcher StSatz nicht gilt, nicht jedoch, welcher StSatz stattdessen anzuwenden ist. Gleichwohl ist uE eine gesetzgeberische Klarstellung dahingehend, dass der StAbzug in entsprechender Anwendung von § 50 zu erfolgen hat, wünschenswert.

- ▷ *Anwendung von § 7*: Da der StAbzug gegenüber einem (Spezial-)Investmentfonds erfolgt, ist grds. § 7 (ggf. iVm. § 29 Abs. 1) anwendbar. Die abgeltende Wirkung des StAbzugs ergibt sich aus § 7 Abs. 2 (ggf. iVm. § 29 Abs. 1; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.14; vgl. auch BTDrucks. 18/12127, 64; glA *Mann in Blümich*, § 33 InvStG 2018 Rz. 22 [8/2017]; *Behrens*, RdF 2017, 297 [301]). Sie entfällt allerdings, wenn der vereinnahmende Dach-Spezial-Investmentfonds seinerseits von der Möglichkeit des Abs. 1 Gebrauch macht (glA *Bindll/Stadler*, BB 2017, 1943 [1946]). Der besondere StSatz gem. § 7 Abs. 1 Satz 3 ist indes gerade nicht anwendbar (Abs. 2 Satz 2 aE). Schließlich durchbricht der konstitutive Abs. 2 Satz 2 auch § 7 Abs. 1 Satz 4 (ggf. iVm. § 29 Abs. 1) und verdrängt diesen. Bei Investmentfonds mit stbegünstigten Anlegern iSv. § 10 Abs. 1 oder 2 soll hingegen vom StAbzug Abstand genommen werden dürfen (BMF v. 21.12.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:016, 2017/1058518, DStR 2018, 194, Rz. 9; nach BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.30 soll dies nur noch im Rahmen der Transparenzoption gelten, s. Anm. 15).
- ▷ *Wahlrecht*: Die konstitutive Wirkung von Abs. 2 Satz 2 erschöpft sich in dem Verweis auf § 50. Er begründet jedoch keine Pflicht für inländ. (Ziel-)Spezial-Investmentfonds zum StAbzug gegenüber Investmentfonds und Dach-Spezial-Investmentfonds als Anleger. Auch insoweit besteht für inländ. (Ziel-)Spezial-Investmentfonds daher ein Wahlrecht. Ausländ. (Ziel-)Spezial-Investmentfonds haben ohnehin – ebenso wie bei Abs. 1 (Anm. 5) – ein Wahlrecht (glA für ausländ. Spezial-Investmentfonds *Bindll/Stadler*, BB 2017, 1943 [1944]).

11–14 Einstweilen frei.

15 II. Immobilien-Transparenzoption (Abs. 2 Sätze 3 bis 7)

Hintergrund der Regelung: Die Immobilien-Transparenzoption wurde zusammen mit der Regelung in Abs. 2 Sätze 1 und 2 durch das StUmgBG v. 23.6.2017 (BGBl. I 2017, 1682; BStBl. I 2017, 865) eingeführt. Zweck ist, final über die Erhebung von KapErtrSt auf Ebene des Ziel-Spezial-Investmentfonds zu entscheiden, um eine Besteuerung (auch) auf Ebene ausländ. Dach-Spezial-Investmentfonds oder deren Anleger durchzusetzen (BTDrucks. 18/12127, 64).

Unzutreffende systematische Stellung: Abs. 2 Sätze 3–7 knüpft scheinbar an die Regelungen in Abs. 2 Sätze 1 und 2 an. Indes betreffen die Regelungen in Abs. 2 Sätze 1 und 2 primär den Ziel-Spezial-Investmentfonds. Die Regelungen in Abs. 2

Sätze 3–7 betreffen hingegen den an diesem Ziel-Spezial-Investmentfonds beteiligten Dach-Spezial-Investmentfonds und eröffnen ihm – sofern der Ziel-Spezial-Investmentfonds von seinem Wahlrecht zum StAbzug gem. Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2 (Ausgangsseite des Ziel-Spezial-Investmentfonds) Gebrauch gemacht hat – auf seiner Ebene eine Alternative zum StAbzug gem. Abs. 1 und ggf. Abs. 2 Satz 2 (Ausgangsseite des Dach-Spezial-Investmentfonds). Die Regelungen hätten daher systematisch zutr. nach Abs. 3 in eine eigenständige Regelung gehört.

Ungeschriebene Voraussetzung von Abs. 2 Sätze 3–7 ist, dass der Ziel-Spezial-Investmentfonds den StAbzug gem. Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2 auf seiner Fondsausgangsseite vornimmt, und zwar auch nach Ausübung der Immobilien-Transparenzoption durch den Dach-Spezial-Investmentfonds. Steht dem Ziel-Spezial-Investmentfonds ein Wahlrecht zu, den StAbzug vorzunehmen (s. dazu Anm. 5 und 10), übt er dieses Wahlrecht aber nicht aus und muss demzufolge die Einkünfte iSv. § 6 Abs. 4 iVm. § 29 Abs. 1 selbst versteuern, besteht kein Bedürfnis für eine Umqualifikation der ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge auf nachgeschalteten Ebenen. Eine Erklärung des Dach-Spezial-Investmentfonds iSv. Abs. 2 Satz 3 über die Ausübung der Immobilien-Transparenzoption ginge in diesem Fall ins Leere (glA *Haug in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 33 Rz. 75; vgl. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.15).

Immobilien-Transparenzoption (Abs. 2 Satz 3): Die eigentliche Immobilien-Transparenzoption ist in Satz 3 geregelt. Die Sätze 4ff. regeln Rechtsfolgen der Ausübung der Immobilien-Transparenzoption.

- ▶ *Dach-Spezial-Investmentfonds:* Die Immobilien-Transparenzoption gilt nur für (vereinnahmende) Dach-Spezial-Investmentfonds. Investmentfonds iSd. Kapitels 2, die Anleger eines (Ziel-)Spezial-Investmentfonds sind, können die Immobilien-Transparenzoption nicht ausüben. Der Begriff des Dach-Spezial-Investmentfonds richtet sich nach § 2 Abs. 5 Satz 2.
- ▶ *Unwiderrufliche Erklärung gegenüber dem Ziel-Spezial-Investmentfonds, das Steuerbescheinigungen gem. § 45a EStG gegenüber den Anlegern des Dach-Spezial-Investmentfonds ausgestellt wurden:* Diese Merkmale sind den Voraussetzungen der Transparenzoption gem. § 30 Abs. 1 Satz 1 nachgebildet (s. dazu § 30 Anm. 5).
 - ▷ *Unwiderruflichkeit:* Im Hinblick auf die Unwiderruflichkeit ergibt sich die Besonderheit, dass der Ziel-Spezial-Investmentfonds sein Wahlrecht zum StAbzug gem. Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2 auf seiner Ausgangsseite auch nachträglich ändern kann mit der Folge, dass die KStPflicht für inländ. Immobilienenerträge auf seiner Ebene wieder auflebt (s. Anm. 5). Die bereits ausgeübte Immobilien-Transparenzoption des Dach-Spezial-Investmentfonds geht dann für die betreffenden Jahre ins Leere. Entscheidet sich der Ziel-Spezial-Investmentfonds jedoch wieder, den StAbzug gem. Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2 auf seiner Ausgangsseite vorzunehmen, lebt die Immobilien-Transparenzoption des Dach-Spezial-Investmentfonds wegen ihrer Unwiderruflichkeit ohne Weiteres wieder auf (aA *Haug in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 33 Rz. 84f.).
 - ▷ *Einheitlichkeit der Erklärung:* Die Erklärung kann nur einheitlich für sämtliche Anleger und für sämtliche ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen inländ. Immobilienenerträge sowie für sämtliche sonstige inländ. Einkünfte iSv. Abs. 4 abgegeben werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.17; vgl. auch BTDrucks. 18/12127). Dies ist uE zutr. (glA *Wolny in Bödecker/Ernst/*

Hartmann, BeckOK, § 33 Rz. 94, 97 [12/2020]; *Haug* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 33 Rz. 18; 86 f.; aA *Behrens*, RdF 2017, 297 [302]).

- ▷ *Mehrere Ziel-Spezial-Investmentfonds*: Ebenso wie bei der Transparenzoption gem. § 30 ist die FinVerw. darüber hinaus der Auffassung, dass die Immobilien-Transparenzoption auch nur einheitlich gegenüber sämtlichen Ziel-Spezial-Investmentfonds abgegeben werden kann, an denen ein Dach-Spezial-Investmentfonds beteiligt ist (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.21; glA *Haug* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 33 Rz. 78). Die Erklärung gegenüber einem Ziel-Spezial-Investmentfonds soll dann Wirkung für alle anderen Ziel-Spezial-Investmentfonds entfalten. Erklärt der Dach-Spezial-Investmentfonds die Ausübung der Immobilien-Transparenzoption nur gegenüber einem Ziel-Spezial-Investmentfonds, soll er unverzüglich alle anderen Ziel-Spezial-Investmentfonds und darüber hinaus auch alle später hinzukommenden Ziel-Spezial-Investmentfonds hierüber informieren. Andernfalls kommt eine Haftung gem. Abs. 3 Satz 5 iVm. § 32 in Betracht (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.22). Unseres Erachtens ist dies – ebenso wie bei § 30 (s. § 30 Anm. 5 mwN zum dortigen Streitstand) – mit dem Gesetzeswortlaut nicht vereinbar. Zwar kann die Erklärung gegenüber einem Adressaten nur einheitlich abgegeben werden. Bei mehreren Erklärungsadressaten, dh. Ziel-Spezial-Investmentfonds, kann der Dach-Spezial-Investmentfonds die Immobilien-Transparenzoption hingegen auch nur gegenüber einzelnen Ziel-Spezial-Investmentfonds ausüben.
- ▷ *Fehlerhafte Erklärungen*: Eine Erklärung, die die Unwiderruflichkeit nicht kenntlich macht, die einen Widerrufsvorbehalt enthält oder die nur einen Teil des inländ. Immobilienanteils betrifft, ist unwirksam. Die FinVerw. will allerdings eine vor dem Zeitpunkt der Veröffentlichung eines BMF-Schreibens zu § 33 abgegebene Erklärung auch dann für die Vergangenheit und die Zukunft als wirksam ansehen, wenn sie einzelne der vorgenannten Unwirksamkeitsgründe aufweist. Ein Widerruf einer derartigen Erklärung ist gleichwohl ausgeschlossen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.18 f.). Unabhängig davon bleibt es im Fall einer unwirksamen Erklärung bei der KStPflicht des Dach-Spezial-Investmentfonds (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.20).

Rechtsfolgen: Die Rechtsfolgen der Ausübung der Immobilien-Transparenzoption sind zT an § 30 angelehnt und auf Abs. 2 Sätze 3 ff. iVm. Abs. 3 Satz 2, § 31 Abs. 1 und 2 sowie § 32 verteilt.

- ▶ *Wegfall des Steuerabzugs* (Abs. 2 Satz 3): Primäre Rechtsfolge ist, dass der StAbzug des Ziel-Spezial-Investmentfonds gem. Abs. 2 Satz 2 gegenüber dem Dach-Spezial-Investmentfonds entfällt (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.15).
- ▶ *Materiell-rechtliche Zurechnung?* Im Rahmen der Immobilien-Transparenzoption fehlt eine § 30 Abs. 1 Satz 2 vergleichbare Zurechnungsvorschrift, die besagt, dass die ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen inländ. Immobilienerträge des Ziel-Spezial-Investmentfonds den Anlegern des Dach-Spezial-Investmentfonds materiell-rechtl. unmittelbar zugerechnet werden. Gleichwohl entspricht dies der gesetzgeberischen Intention (BTDrucks. 18/12127, 64). Auch die FinVerw. geht von einer materiell-rechtl. Zurechnung aus, weil die ausgeschütteten oder ausschüttungsgleichen inländ. Immobilienerträge nicht in die Einkünfteermittlung gem. §§ 37 ff. einbezogen werden sollen (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.23, 35.2; glA *Mann* in *Blümich*, § 33 InvStG 2018 Rz. 28 [11/2019]). Die materiell-rechtl. Zurechnung lässt sich uE aber aus den

beiden in Abs. 2 Satz 4 und Abs. 2 Satz 5 iVm. § 31 Abs. 1 Satz 1 enthaltenen Zuflussfiktionen ableiten. Der Zufluss bei den Anlegern des Dach-Spezial-Investmentfonds setzt denklogisch voraus, dass die Einkünfte diesen zunächst zugerechnet, dh. iSv. § 2 Abs. 1 Satz 1 EStG erzielt wurden. Eine gesetzliche Klarstellung wäre wünschenswert.

- ▶ *Steuerbefreiung des Dach-Spezial-Investmentfonds*: Die materiell-rechtl. Zurechnung bei den Anlegern bewirkt zugleich eine KStBefreiung der ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen inländ. Immobilienerträge des Ziel-Spezial-Investmentfonds auf Ebene des Dach-Spezial-Investmentfonds. Dieser erzielt (§ 2 Abs. 1 Satz 1 EStG) die betreffenden Einkünfte nicht mehr. Es kann daher auch keine Umqualifikation gem. Abs. 2 Satz 1 mehr erfolgen.
- ▶ *Steuerabzug gegenüber den Anlegern des Dach-Investmentfonds (Abs. 2 Satz 5 iVm. § 31 Abs. 1 Satz 1)*: Geht man von einer materiell-rechtl. Zuordnung und einer Pflicht zum StAbzug gem. § 50 aus, ergibt sich eine Verpflichtung des inländ. Ziel-Spezial-Investmentfonds zum StAbzug gegenüber den unbeschränkt stpfl. Anlegern des Dach-Spezial-Investmentfonds aus Abs. 2 Satz 5 iVm. § 31 Abs. 1 Satz 1. Aber auch in den Fällen eines freiwilligen StAbzugs (insbes. bei ausländ. Ziel-Spezial-Investmentfonds) muss der StAbzug gem. Abs. 2 Satz 5 iVm. § 31 Abs. 1 Satz 1 gegenüber den Anlegern des Dach-Spezial-Investmentfonds erfolgen, weil die Vornahme des StAbzugs auf der Ausgangsseite des Ziel-Spezial-Investmentfonds ungeschriebene Voraussetzung für die Ausübung der Immobilien-Transparenzoption ist (s. „Immobilien-Transparenzoption (Abs. 2 Satz 3)“; vgl. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.15). Dies ist in gewisser Weise zirkulär, es dürfte sich jedoch um einen hermeneutischen Zirkel handeln. Aus der entsprechenden Anwendbarkeit von § 31 Abs. 1 Satz 1 folgt auch, dass sich die Regeln zur Abstandnahme vom StAbzug nach §§ 44a, 44b oder § 43 Abs. 2 Satz 2 EStG nach den persönlichen Merkmalen des jeweiligen Anlegers des Dach-Spezial-Investmentfonds richten (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.28; BTDrucks. 18/12127, 65; vgl. auch § 31 Anm. 5). Gegenüber unbeschränkt stpfl. Anlegern des Dach-Spezial-Investmentfonds unterliegt uE wiederum nur die nach Anwendung des § 42 Abs. 5 InvStG 2018 verbleibende Bemessungsgrundlage dem KapErtrStAbzug (vgl. BMF v. 8.11.2017 – IV C 1 – S 1980 - 1/16/10010:010, 2017/0934849, DStR 2017, 2736, Rz. 10).
- ▶ *Umqualifikation/Semi-Transparenz (Abs. 2 Satz 4)*: Ebenso wie bei der einstufigen Struktur ordnet Abs. 2 Satz 4 eine Umqualifikation der ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen inländ. Immobilienerträge des Ziel-Spezial-Investmentfonds an. Da der StAbzug iSv. Abs. 1 keine Transparenz bewirkt, ist auch im Rahmen von Abs. 2 Satz 4 nur der inländ. Immobilienanteil (s. Anm. 5) von Bedeutung (unzutreffend daher die Formulierung in BTDrucks. 18/12127, 64).
 - ▷ *Anleger iSv. Abs. 2 Satz 4* ist stets der Anleger des Dach-Spezial-Investmentfonds.
 - ▷ *Beschränkt steuerpflichtige Anleger (Abs. 2 Satz 4 Nr. 1)*: Die Regelung entspricht dem für die einstufige Struktur geltenden Abs. 3 Satz 1. Unter beschränkt stpfl. Anlegern sind daher nur solche iSv. § 1 Abs. 4 EStG und § 2 Nr. 1 KStG, dh. Steuerausländer zu verstehen (glA BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.27). Beschränkt stpfl. Anleger iSv. § 2 Nr. 2 KStG fallen unter Abs. 2 Satz 4 Nr. 3. Die Umqualifikation in Einkünfte iSv. § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. f, Nr. 6 oder 8 EStG gilt ebenfalls für DBA-Zwecke (Abs. 3 Satz 2; s. zum Ganzen auch Anm. 20).

- ▷ *Unbeschränkt steuerpflichtige Investmentfonds und Dach-Spezial-Investmentfonds als Anleger (Abs. 2 Satz 4 Nr. 2):* Unter einem Dach-Spezial-Investmentfonds iSv. Abs. 2 Satz 4 Nr. 2 ist ein Dach-Spezial-Investmentfonds „2. Stufe“ zu verstehen, dh. ein Spezial-Investmentfonds, der Anleger des Dach-Spezial-Investmentfonds „1. Stufe“ ist. Vor dem Hintergrund des Wortlauts von § 2 Abs. 5 Satz 2 ist fraglich, ob ein derartiger Spezial-Investmentfonds noch Dach-Spezial-Investmentfonds im Sinne dieser Vorschrift ist (s. dazu § 2 Anm. 10). Abs. 2 Satz 4 Nr. 2 ist im Übrigen sprachlich „verunglückt“. An sich kennt das InvStG nur inländ. und ausländ. (Spezial-)Investmentfonds (vgl. § 2 Abs. 2 und 3). Mit den Klarstellungen in § 6 Abs. 1 (ggf. iVm. § 29 Abs. 1) durch das WElektroMobFördG wurden allerdings synonym die Begrifflichkeiten unbeschränkt stpfl. (Spezial-)Investmentfonds und beschränkt stpfl. (Spezial-)Investmentfonds eingeführt. Demnach sollte Abs. 2 Satz 4 Nr. 2 jedenfalls inländ. Investmentfonds und Dach-Spezial-Investmentfonds (2. Stufe) erfassen (glA BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.27; wohl auch *Mann in Blümich*, § 33 InvStG 2018 Rz. 28 [8/2017]; *Haug in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 33 Rz. 95; vgl. BTDrucks. 18/12127, 64). Umgekehrt dürften ausländ. Investmentfonds und ausländ. Dach-Spezial-Investmentfonds (2. Stufe) trotz der Klarstellung in § 6 Abs. 1 Satz 2 nicht als beschränkt stpfl. Anleger iSv. Abs. 2 Satz 4 Nr. 1 anzusehen sein, auch wenn dies aus dem – ebenfalls sprachlich verunglückten – Abs. 2 Sätze 6 und 7 zu folgen scheint. Würde man dies aber konsequent umsetzen, käme es bei ausländ. Investmentfonds und ausländ. Dach-Spezial-Investmentfonds (2. Stufe) zu einer Umqualifikation in Einkünfte iSv. § 49 Abs. 1 EStG. Diese könnten allenfalls unter § 6 Abs. 5 (ggf. iVm. § 29 Abs. 1) fallen. Danach wären sie jedoch nicht stbar, weil sie von § 6 Abs. 4 erfasst sind. Auch bei ausländ. Investmentfonds und Dach-Spezial-Investmentfonds (2. Stufe) muss daher Abs. 2 Satz 4 Nr. 2 gelten, um eine inländ. Besteuerung sicherzustellen (offen gelassen in BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.27). Dies gilt umso mehr, als die Parallelregelung für die einstufige Struktur in Abs. 2 Satz 1 systematisch zutr. in- und ausländ. Investmentfonds und Dach-Spezial-Investmentfonds erfasst und für beide eine Umqualifikation in inländ. Immobilienerträge iSv. § 6 Abs. 4 anordnet (s. Anm. 10). Eine gesetzliche Korrektur ist dringend erforderlich.
- ▷ *Sonstige Anleger (Abs. 2 Satz 4 Nr. 3):* Die sonstigen Anleger iSv. Abs. 2 Satz 4 Nr. 3 umfassen somit als Residualgröße unbeschränkt stpfl. Anleger und beschränkt stpfl. Anleger iSv. § 2 Nr. 2 KStG. Bei diesen bleibt es – wie auch im Fall der einstufigen Struktur gem. Abs. 1 (s. Anm. 5) – bei Spezial-Investmenterträgen iSv. § 34 (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.27).
- ▷ *Zuflusszeitpunkt:* Abs. 2 Satz 4 aE spricht nur davon, dass die Erträge als zugeflossen gelten, enthält jedoch keine Angaben zum Zuflusszeitpunkt. Die FinVerw. geht in dem Zeitpunkt von einem Zufluss bei den Anlegern des Dach-Spezial-Investmentfonds aus, in dem der Ziel-Spezial-Investmentfonds die inländ. Immobilienerträge (zutr. wohl: der inländ. Immobilienanteil) an den Dach-Spezial-Investmentfonds ausschüttet. Bei Thesaurierung durch den Spezial-Investmentfonds erfolgt der Zufluss mit Ablauf des Geschäftsjahres (§ 36 Abs. 4 Satz 2) und bei Veräußerung der Spezial-Investmentanteile des Ziel-Investmentfonds im Zeitpunkt der Veräußerung (vgl. § 36 Abs. 4 Satz 3; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.24). Auf eine Ausschüttung des Dach-Spezial-Investmentfonds kommt es demnach nicht an. Das ist uE jedenfalls insoweit unproblematisch, als der StAbzug abgeltende Wir-

kung hat bzw. bei kstpfl. Anlegern letztlich der Höhe der festzusetzenden KSt entspricht. Anders kann dies im Hinblick auf eine etwaige GewSt sein. Auch bei beschränkt kstpfl. Anleger iSv. § 2 Nr. 1 KStG (Steuerausländer), die die gem. Abs. 2 Satz 4 Nr. 1 umqualifizierten Erträge im Rahmen ihrer StErklärung angeben müssen (s. Anm. 20), sollte im Erg. keine Mehrbelastung auftreten, weil der StAbzug keine abgeltende Wirkung hat (Abs. 3 Satz 3; s. Anm. 20) und somit im Rahmen der StVeranlagung angerechnet wird. Es sollte daher in diesen Fällen nicht dazu kommen, dass Anleger Steuerzahlungspflichten unterliegen, ohne dass ihnen in entsprechender Höhe Liquidität zugeflossen ist. Anders kann dies bei zulässigerweise (vgl. § 26 Nr. 8) beteiligten natürlichen Personen sein, weil bei diesen die ESt zum persönlichen StStz (§ 34 Abs. 2 Satz 1; für beschränkt stpfl. Anleger iSv. § 1 Abs. 4 EStG vgl. § 32a EStG ggf. iVm. § 50 Abs. 1 Satz 2 EStG) festgesetzt wird, was zu Nachzahlungen führen kann, die diese Anleger aus ihrem sonstigen Vermögen bestreiten müssen.

- ▶ *Steuerbescheinigungen (Abs. 2 Satz 5 iVm. § 31 Abs. 1 Satz 2)*: Die Pflicht zur Ausstellung einer StBescheinigung ergibt sich zunächst aus § 45a Abs. 2 (ggf. iVm. Abs. 3) EStG, der auch beim StAbzug gem. § 50 bzw. gem. Abs. 2 Satz 2 iVm. § 50 analog (s. dazu Anm. 10) gilt. Dass die StBescheinigungen den Anlegern ausgestellt werden sollen, ergibt sich aus der Erklärung über die Ausübung der Immobilien-Transparenzoption gem. Abs. 2 Satz 3. Darüber hinaus sind die in § 31 Abs. 1 Satz 2 aufgeführten Angaben in die StBescheinigung aufzunehmen (zu Einzelheiten s. § 31 Anm. 5).
- ▶ *Auszahlung bei Abstandnahme oder Erstattung (Abs. 2 Satz 5 iVm. § 31 Abs. 2)*: Siehe § 31 Anm. 10.
- ▶ *Haftung (Abs. 2 Satz 5 iVm. § 32)*: Siehe § 32 Anm. 1 ff. Entrichtungspflichtiger iSv. § 32 Abs. 1 ist bei der Immobilien-Transparenzoption der Ziel-Spezial-Investmentfonds. Die Haftung gem. § 32 Abs. 3 trifft den gesetzlichen Vertreter des Dach-Spezial-Investmentfonds (1. Stufe).
- ▶ *Mehrstufige Strukturen (Abs. 2 Satz 6)*: Anders als bei der Transparenzoption gem. § 30 (s. § 30 Anm. 20) kann die Immobilien-Transparenzoption bereits bei doppelstöckigen Strukturen, dh. auf der Ebene eines Dach-Spezial-Investmentfonds (2. Stufe) nicht mehr ausgeübt werden. Dem Dach-Spezial-Investmentfonds (2. Stufe) steht allerdings gleichwohl das Wahlrecht gem. Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2 zu (glA *Stadler/Bindl*, BB 2017, 1943 [1947]; *Behrens*, RdF 2017, 297 [303]; aA *Wolny* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 33 Rz. 166 [12/2020]; vgl. auch Anm. 10 zur einstufigen Struktur). Letzteres muss uE auch für weitere Spezial-Investmentfonds bei mehrstufigen Strukturen gelten. Die Fin-Verw. will es jedoch nicht beanstanden, wenn der Ziel-Spezial-Investmentfonds auch insoweit vom StAbzug Abstand nimmt, als an dem Dach-Spezial-Investmentfonds (2. Stufe) ein weiterer Dach-Spezial-Investmentfonds (3. Stufe) beteiligt ist, an dem sich nach den Anlagebedingungen ausschließlich stbegünstigte Anleger iSv. § 8 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 beteiligen dürfen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.29; krit. *Haug* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 33 Rz. 59 ff.). Die Regelung in Abs. 2 Satz 6 ist allerdings – ebenso wie in Abs. 2 Satz 4 Nr. 2 und Abs. 2 Satz 7 – verunglückt und sollte dringend gesetzlich nachgebessert werden. Gemäß Abs. 2 Satz 4 Nr. 1 erfolgt keine Umqualifikation in inländ. Immobilienerträge iSv. § 6 Abs. 4, sondern in Einkünfte iSv. § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. f, Nr. 6 oder 8 EStG. Ausländische Dach-Spezial-Invest-

mentfonds (2. Stufe) müssen daher auch unter Abs. 2 Satz 4 Nr. 2 fallen (s. „Unbeschränkt steuerpflichtige Investmentfonds und Dach-Spezial-Investmentfonds als Anleger (Abs. 2 Satz 4 Nr. 2)“).

- ▶ *Anwendbarkeit von § 7 (Abs. 2 Satz 7):* Die Regelung ist – ebenso wie in Abs. 2 Satz 4 Nr. 2 und Abs. 2 Satz 6 – „verunglückt“ und sollte dringend gesetzlich nachgebessert werden.
 - ▷ *Dach-Spezial-Investmentfonds:* Gemeint ist hier der Dach-Spezial-Investmentfonds (2. Stufe). Der Dach-Spezial-Investmentfonds (1. Stufe) kann nicht gemeint sein, weil die Regelung dann im Widerspruch zu Abs. 2 Satz 3 stünde.
 - ▷ *Fälle des Satz 4 Nr. 1 oder 2:* Der Verweis auf Satz 4 Nr. 1 ist irreführend. Gemäß Abs. 2 Satz 4 Nr. 1 erfolgt keine Umqualifikation in inländ. Immobilienerträge iSv. § 6 Abs. 4, sondern in Einkünfte in § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. f, Nr. 6 oder 8 EStG. Ausländische Dach-Spezial-Investmentfonds (2. Stufe) müssen daher ebenfalls unter Abs. 2 Satz 4 Nr. 2 fallen (s. „Unbeschränkt steuerpflichtige Investmentfonds und Dach-Spezial-Investmentfonds als Anleger (Abs. 2 Satz 4 Nr. 2)“).
 - ▷ *Investmentfonds?* Eine Umqualifikation in Einkünfte iSv. § 6 Abs. 4 findet auch bei Investmentfonds iSd. Kapitels 2 statt, die Anleger des Dach-Spezial-Investmentfonds (1. Stufe) sind, ebenso ein StAbzug gegenüber diesen Investmentfonds. Es ist uE kein Grund ersichtlich, dass diese nicht auch unter Abs. 2 Satz 7 fallen. Anderenfalls wäre der StAbzug bei ausgeübter Transparenzoption zu dem in § 7 Abs. 1 Satz 3 vorgesehenen Satz vorzunehmen. Dies widerspricht der Rechtslage bei der einstufigen Struktur (Abs. 2 Satz 2 aE, s. Anm. 10). Auch insoweit muss die Regelung nachgebessert werden.
 - ▷ *Ausschluss von § 7 Abs. 1 Satz 3:* Bei einem Dach-Spezial-Investmentfonds (2. Stufe) und bei einem Investmentfonds muss bei einem StAbzug § 7 (ggf. iVm. § 29 Abs. 1) beachtet werden. Ebenso wie im Fall der einstufigen Struktur (vgl. dazu Abs. 2 Satz 2 aE, s. Anm. 10) soll dabei aber der StSatz von 15 % zzgl. SolZ gem. § 50 und nicht der StSatz gem. § 7 Abs. 1 Satz 3 zur Anwendung kommen.
- ▶ *Vermeidung der doppelten steuerlichen Erfassung:* Ebenso wie bei der Transparenzoption gem. § 30 werden die dem Anleger des Dach-Spezial-Investmentfonds zugerechneten ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen inländ. Immobilienerträge des Ziel-Spezial-Investmentfonds nicht mehr als ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge des Dach-Spezial-Investmentfonds zugerechnet (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.23, 35.2). Sie gelten vielmehr als Immobilien-Zurechnungsbeträge (§ 35 Abs. 3a), die nach Maßgabe von § 35 Abs. 2 Satz 1 vorrangig und stfrei als ausgeschüttet gelten (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.25; s. § 35 Anm. 10, 17). Des Weiteren mindern die Immobilien-Zurechnungsbeträge den Veräußerungsgewinn (§ 49 Abs. 3 Satz 5). Diese Regelungen wurden allerdings erst mit dem WElektroMobFördG ab dem VZ 2020 eingeführt (vgl. § 57 Abs. 1 Satz 1 Nr. 10). Unseres Erachtens sind für die VZ 2018 und 2019 die Regelungen zu den Zurechnungsbeträgen analog anzuwenden (vgl. § 35 Anm. 17). Ebenso muss § 36 Abs. 1 Satz 2 auf diese zugerechneten Einkünfte anwendbar sein (s. § 36 Anm. 5; vgl. zur bisherigen Rechtslage *Bindl/Stadler*, BB 2017, 1943 [1946]; *Behrens*, RdF 2017, 297 [303]).

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Steuerausländer

Unzutreffende systematische Stellung: Ebenso wie Abs. 2 Satz 1 für vereinnahmende Investmentfonds und Dach-Spezial-Investmentfonds regelt Abs. 3 besondere Rechtsfolgen, insbes. eine Umqualifikation der ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen inländ. Immobilienerträge bei Steuerausländern im Fall des StAbzugs gem. Abs. 1. Die Regelung steht daher in Zusammenhang sowohl mit Abs. 2 Satz 1 als auch mit Abs. 1 und wäre daher systematisch zutr. hinter Abs. 1 zu platzieren.

Ungeschriebene Voraussetzung von Abs. 3 ist – ebenso wie bei Abs. 2 (s. Anm. 10, 15) –, dass der StAbzug gem. Abs. 1 auf der Fondsausgangsseite vorgenommen wurde (glA Mann in Blümich, § 33 InvStG 2018 Rz. 35 [11/2019]).

Beschränkt steuerpflichtige Anleger: Da Abs. 3 das Regelungskonzept von § 15 Abs. 3 ggf. iVm. § 16 Satz 8 InvStG aF aufgreift, fallen unter den Begriff der beschränkt stpfl. Anleger iSv. Abs. 3 nur solche iSv. § 1 Abs. 4 EStG und § 2 Nr. 1 KStG, dh. Steuerausländer (glA BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.31). Beschränkt Stpfl. iSv. § 2 Nr. 2 müssen nicht von Abs. 3 erfasst werden, weil inländ. Immobilienerträge bei diesen auch im Fall des Direktbezugs nicht stpfl. sind, insoweit also kein Steuerausfall droht (glA Mann in Blümich, § 33 InvStG 2018, § 33 Rz. 37 [11/2019]; vgl. zum bisherigen Recht BMF v. 18.8.2009 – IV C 1 - S 1980 - 1/08/10019, 2009/0539738, BStBl. I 2009, 931, Rz. 255).

Umqualifikation/Semi-Transparenz (Abs. 3 Satz 1):

- ▶ *Ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche inländische Immobilienerträge:* Der Begriff ist wie in Abs. 1 zu verstehen (s. Anm. 5).
- ▶ *Umqualifikation:* Der inländ. Immobilienanteil wird in Einkünfte iSv. § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. f, Nr. 6 oder 8 EStG umqualifiziert. Damit wird eine unmittelbare StPfl. und StErklärungspflicht der betroffenen Anleger begründet. Aufgrund der Vorgaben zur Anlegerstruktur in § 26 Nr. 8 (s. § 26 Anm. 60) dürfte eine Umqualifikation in Einkünfte iSv. § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. f EStG der Regelfall sein. Bei Vorliegen einer inländ. BS des Anlegers ist allerdings § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a EStG vorrangig. Es fällt dann auch GewSt an (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.31). § 49 Abs. 1 Nr. 6 oder 8 EStG dürfte nur vorliegen, soweit ausnahmsweise beschränkt stpfl. natürliche Personen ihren Spezial-Investmentanteil im PV halten. Nach Auffassung der FinVerw. sollen dann gleichwohl auch Gewinne aus der Veräußerung von inländ. Grundstücken außerhalb der Zehn-Jahres-Frist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG veräußert werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.27, 33.32; glA Haug in Moritz/Jesch/Mann, 2. Aufl. 2020, § 33 Rz. 95, 105). Dies ist uE mit dem Gesetzeswortlaut nicht vereinbar. Abs. 3 Satz 1 ist uE als Rechtsgrundverweisung zu verstehen, so dass der in § 49 Abs. 1 Nr. 8 EStG enthaltene Verweis auf § 22 Nr. 2 EStG (und damit auch auf § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG) zu beachten ist. In diesem Fall kann es demzufolge zu einer endgültigen StFreiheit von Gewinnen aus der Veräußerung von inländ. Grundbesitz außerhalb der Zehn-Jahres-Frist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG kommen. Zwar gehören derartige Veräußerungsgewinne zu den auf Ebene eines Spezial-Investmentfonds gem. § 6 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 iVm. § 29 Abs. 1 stpfl. Einkünften. Diese sind jedoch bei Ausübung des StAbzugs gem. Abs. 1 auf Ebene des Spezial-Investmentfonds kstfrei. Auf Ebene eines (zulässigerweise) beteiligten Anlegers, der eine natürliche Person ist, die ihre Spezial-Investmentanteile im PV hält, liegen hingegen nicht kstbare Ein-

künfte vor, weil § 49 Abs. 1 Nr. 8 EStG nur Veräußerungsgewinne innerhalb der Zehn-Jahres-Frist erfasst. An sich dürfte insoweit auch kein StAbzug erfolgen, weil dieser stets einen materiellen StTatbestand voraussetzt. Dies dürfte in der Praxis allerdings nur schwer administrierbar sein. Sofern es daher auch in den vorstehend genannten Fällen zum StAbzug kommt, ist uE eine Anrechnung im Veranlagungswege beim Anleger – der StAbzug hat keine abgeltende Wirkung (s.u. „Keine abgeltende Wirkung/Veranlagung (Abs. 3 Satz 3)“) – einer Korrektur des StAbzugs auf Ebene des Spezial-Investmentfonds vorzuziehen.

Treaty Override (Abs. 3 Satz 2):

- ▶ *Geltung von Abs. 3 Satz 1 für DBA-Zwecke:* Die Umqualifikation gem. Abs. 3 Satz 1 gilt gem. Abs. 3 Satz 2 Var. 1 auch für DBA-Zwecke. Dies entspricht § 15 Abs. 2 Satz 3 (ggf. iVm. § 16 Satz 8) InvStG aF. Damit wird das Besteuerungsrecht der Bundesrepublik Deutschland abkommensrechtl. gesichert, dh., es sind auf den inländ. Immobilienanteil bei im anderen Vertragsstaat ansässigen Personen Art. 6 und Art. 13 Abs. 1 OECD-MA anzuwenden, wenn Deutschland Anwenderstaat ist. Dies hat insbes. Bedeutung bei DBA, die spezielle Regelungen über Investmenterträge enthalten (s. *Mann in Blümich*, § 33 InvStG 2018 Rz. 45 [8/2017] mwN). Der hierin liegende *Treaty Override* dürfte verfassungsmäßig sein (BVerfG v. 15.12.2015 – 2 BvL 1/12, BVerfGE 141, 1; glA *Mann in Blümich*, § 33 InvStG 2018 Rz. 45 [11/2019]).
- ▶ *Geltung von Abs. 2 Satz 4 Nr. 1 für DBA-Zwecke:* Abs. 3 Satz 2 Var. 2 ist systematisch in Abs. 3 falsch verortet. Die Regelung gehört in Abs. 2 (und müsste dort Abs. 3 Satz 2 für entsprechend anwendbar erklären). Gleichwohl ist die Regelung folgerichtig, denn Abs. 2 Satz 4 Nr. 1 stellt im Rahmen der Immobilien-Transparenzoption das Pendant zu Abs. 3 Satz 1 dar. Ebenso wie die Regelung in Abs. 2 Satz 4 ist aber auch der Verweis in Abs. 3 Satz 2 Var. 2 „verunglückt“. Der Gesetzgeber geht – uE unzutreffend – davon aus, dass ausländ. Investmentfonds und Dach-Spezial-Investmentfonds unter Abs. 2 Satz 4 Nr. 1 fallen. Richtigerweise müssten sie unter einen sprachlich angepassten Abs. 2 Satz 4 Nr. 2 gefasst werden (s. dazu Anm. 15). Auch auf diesen müsste Abs. 3 Satz 2 entsprechend anwendbar sein.

Keine abgeltende Wirkung/Veranlagung (Abs. 3 Satz 3): Die Regelung entspricht § 15 Abs. 2 Satz 5 (ggf. iVm. § 16 Satz 8) InvStG aF.

- ▶ *In den ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen enthaltene inländische Immobilienerträge:* Der Begriff ist inhaltsgleich mit den ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen inländ. Immobilienerträgen iSv. Abs. 1, entspricht also dem inländ. Immobilienanteil (s. Anm. 5).
- ▶ *Steuerabzug durch den Spezial-Investmentfonds:* Abs. 3 Satz 3 setzt – wie Abs. 3 insgesamt (s.o.) – voraus, dass der Spezial-Investmentfonds den StAbzug gem. Abs. 1 oder Abs. 2 Satz 2 auf der Fondsausgangsseite vornimmt.
- ▶ *Keine abgeltende Wirkung:* Die an sich mit dem StAbzug gem. Abs. 1 iVm. § 50 verbundene abgeltende Wirkung gegenüber Steuerausländern (§ 50 Abs. 2 Satz 1 EStG) gilt gem. Abs. 3 Satz 3 nicht. Dies muss auch für § 32 Abs. 1 Nr. 2 KStG gelten (*Mann in Blümich*, § 33 InvStG 2018 Rz. 48 [11/2019]).
- ▶ *Veranlagung:* Da der StAbzug keine abgeltende Wirkung hat, müssen die steuerausländischen Anleger für die gem. Abs. 3 Satz 1 umqualifizierten Einkünfte eine StErklärung abgeben (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.34). Bezieht der steuerausländische Anleger daneben weitere beschränkt stpfl. Einkünfte, die ei-

ner Veranlagung unterliegen, so sind die gem. Abs. 3 Satz 1 umqualifizierten Einkünfte in die bestehende Veranlagung einzubeziehen. Die Gegenauffassung (*Mann in Blümich*, § 33 InvStG 2018 Rz. 48 [11/2019]) hat keine Grundlage im Gesetz (glA *Lübbehüsen in Berger/Steck/Lübbehüsen*, 2010, § 15 Rz. 140 zum bisherigen Recht).

Einstweilen frei.

21–24

E. Erläuterungen zu Abs. 4: Sonstige inländische Einkünfte ohne Steuerabzug 25

Abs. 4 erweitert den Anwendungsbereich der Abs. 1–3 auf sonstige inländ. Einkünfte ohne StAbzug auf der Fondseingangsseite und stellt das Gegenstück zu § 30 Abs. 5 dar.

Sonstige inländische Einkünfte: Der Begriff ist iSv. § 6 Abs. 5 (iVm. § 29 Abs. 1) zu verstehen. Erfasst werden daher insbes. inländ. Einkünfte iSv. § 49 EStG, soweit es sich nicht um inländ. Beteiligungseinnahmen oder inländ. Immobilienerträge handelt. Nach Auffassung der FinVerw. kann das Wahlrecht zum StAbzug nur einheitlich für sämtliche inländ. Immobilienerträge und sämtliche sonstigen inländ. Einkünfte iSv. Abs. 4 ausgeübt werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.36; glA *Mann in Blümich*, § 33 InvStG 2018 Rz. 11, 51 [11/2019]; *Haug in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 33 Rz. 36, 110). Unseres Erachtens ist dies unzutreffend (s. Anm. 5).

Kein Steuerabzug gegenüber dem Spezial-Investmentfonds: Die sonstigen inländ. Einkünfte dürfen keinem StAbzug gegenüber dem Spezial-Investmentfonds (Fondseingangsseite) unterliegen. Im Wesentlichen verbleiben daher folgende Anwendungsfälle (vgl. auch *Mann in Blümich*, § 33 InvStG 2018 Rz. 50 [11/2019]; *Wolny in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 33 Rz. 210 [3/2021]):

- ▶ *Einkünfte aus aktiver unternehmerischer Bewirtschaftung*, für die im Inland eine BS unterhalten wird (§ 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a EStG iVm. § 6 Abs. 5 Satz 2). Aufgrund der Einschränkungen für Spezial-Investmentfonds bei gewerblichen Tätigkeiten (s. § 26 Anm. 5) dürfte hier vor allem die Beteiligung an einer gewerblichen PersGes. mit BS im Inland von Bedeutung sein.
- ▶ *Zinseinkünfte, wenn das Kapitalvermögen durch inländischen Grundbesitz gesichert ist.* Die StPflcht ergibt sich aus § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. c Doppelbuchst. aa iVm. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG, ein StAbzug auf der Fondseingangsseite findet hingegen in aller Regel nicht statt (vgl. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 EStG).

Steuerabzug durch Spezial-Investmentfonds: Der zur KStBefreiung führende StAbzug muss gem. Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2 durch den Spezial-Investmentfonds (Fondsaustragsseite) erfolgen. Es gibt allerdings keine Verknüpfung (aA *Mann in Blümich*, § 33 InvStG 2018 Rz. 11 [8/2017]) zwischen dem StAbzug bei inländ. Immobilienerträgen gem. Abs. 1 und dem StAbzug gem. Abs. 1 iVm. Abs. 5 (Fondsaustragsseite) bei sonstigen inländ. Einkünften ohne StAbzug (Fondseingangsseite). Ein Spezial-Investmentfonds kann beide Wahlrechte unabhängig voneinander ausüben. Die Gegenauffassung findet keine Stütze im Gesetzeswortlaut.

Transparenzoption: Auch im Hinblick auf die sonstigen inländ. Einkünfte ohne StAbzug (Fondseingangsseite) ist die Transparenzoption gem. Abs. 2 Sätze 3 ff. möglich (*Mann in Blümich*, § 33 InvStG 2018 Rz. 50 [8/2017]).

Rechtsfolge des Abs. 4: Für die sonstigen inländ. Einkünfte ohne StAbzug (Fondseingangsseite) gelten bei Vornahme des StAbzugs gem. Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2 (Fondsausgangsseite) die Abs. 1 bis 3 entsprechend.

- ▶ *Steuerfreiheit:* Insbesondere sind die sonstigen inländ. Einkünfte auf Ebene des Spezial-Investmentfonds kstfrei (Abs. 1 iVm. Abs. 4). Die GewStBefreiung ergibt sich auch insoweit bereits ohne StAbzug auf der Fondsausgangsseite aus § 29 Abs. 4.
- ▶ *Umqualifikation (Abs. 4 Satz 2):* Abs. 4 Satz 2 stellt eine Parallelregelung zu Abs. 3 Satz 1 dar. Die Regelung hat uE klarstellenden Charakter (ebenso BTDrucks. 18/12127, 65). Die in Satz 1 angeordnete „entsprechende“ Geltung von Abs. 1–3 umfasst auch die Rechtsfolge von Abs. 3 Satz 1 (aA *Neumann*, DB 2016, 1779 [1782], zur Fassung vor den Änderungen durch das StUmgBG). Die Einkünfte sind damit auf Ebene des Anlegers dem Tatbestand des § 49 Abs. 1 EStG zuzuordnen, der der Vereinnahmung durch den Spezial-Investmentfonds zugrunde lag (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.37). Allerdings weist die Formulierung „sonstige inländische Einkünfte“ in Abs. 4 Satz 2 die gleiche Schwäche wie Abs. 3 Satz 1 vor den Änderungen durch das StUmgBG auf: Gemeint sind damit – wie im gesamten § 33 – ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge, soweit sie sonstige inländ. Einkünfte ohne StAbzug (Fondseingangsseite) enthalten. Die Umqualifikation gilt aufgrund der entsprechenden Geltung von Abs. 3 Satz 2 iVm. Abs. 4 Satz 1 auch für DBA-Zwecke.

Abschnitt 2

Besteuerung des Anlegers eines Spezial-Investmentfonds (§§ 34–51)

§ 34 Spezial-Investmenterträge

idF des InvStG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731)

(1) Erträge aus Spezial-Investmentfonds (Spezial-Investmenterträge) sind

1. ausgeschüttete Erträge nach § 35,
2. ausschüttungsgleiche Erträge nach § 36 Absatz 1 und
3. Gewinne aus der Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen nach § 49.

(2) ¹Auf Spezial-Investmenterträge sind § 2 Absatz 5b, § 20 Absatz 6 und 9, die §§ 32d und 43 Absatz 5 Satz 1 des Einkommensteuergesetzes nicht anzuwenden. ²§ 3 Nummer 40 des Einkommensteuergesetzes und § 8b des Körperschaftsteuergesetzes sind vorbehaltlich des § 42 nicht anzuwenden.

(3) ¹Die Freistellung von ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen aufgrund eines Abkommens zur Vermeidung der Doppelbesteuerung richtet sich nach § 43 Absatz 1. ²Ungeachtet von Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung wird die Freistellung von Ausschüttungen eines ausländischen Spezial-Investmentfonds nur unter den Voraussetzungen des § 16 Absatz 4 gewährt.

Autor: Ronald *Buge*, Rechtsanwalt, POELLATH, Berlin

Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 34	1	keit von § 3 Nr. 40 EStG und § 8b KStG	10
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Spezial-Investmenterträge	5	D. Erläuterungen zu Abs. 3: Anwendbarkeit von DBA	15
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Keine Abgeltungsteuer, Anwendbar-			

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 34

1

Grundinformation zu § 34: § 34 stellt die Grundnorm für die Besteuerung von Anlegern eines Spezial-Investmentfonds dar. Abs. 1 definiert den Begriff „Spezial-Investmenterträge“. Abs. 2 Satz 1 regelt, dass die Bestimmungen über die sog. Abgeltungsteuer, insbes. der besondere StTarif gem. § 32d EStG, auf Spezial-Investmenterträge nicht anwendbar sind. Abs. 2 Satz 2 bestimmt, dass § 3 Nr. 40 EStG und § 8b KStG nur unter den in § 42 geregelten Voraussetzungen auf Spezial-Investmenterträge anwendbar sind. Abs. 3 regelt die Anwendbarkeit von DBA auf Ebene der Anleger eines Spezial-Investmentfonds, und zwar zum einen auf ausge-

schüttete und ausschüttungsgleiche Erträge (Abs. 3 Satz 1) und zum anderen auf Ausschüttungen ausländ. Spezial-Investmentfonds (Abs. 3 Satz 2).

Rechtswicklung des § 34: § 34 ist zwar in dieser Form ohne Vorgänger im InvStG aF. Die Regelung in Abs. 1 iVm. § 20 Abs. 1 Nr. 3a EStG entspricht allerdings im Prinzip § 2 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 InvStG aF. Abs. 2 Satz 2 entspricht § 2 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 InvStG aF. Abs. 3 Satz 1 ist zwar ebenfalls ohne Vorgänger im bisherigen Recht. Aber auch im bisherigen Recht wurde § 4 InvStG aF (nunmehr § 43) als abschließende Regelung angesehen, so dass Abs. 3 Satz 1 keine inhaltliche Neuregelung darstellt. Neu ist hingegen der Ausschluss der Bestimmungen über die sog. Abgeltungsteuer für Anleger, die ihre Spezial-Investmentanteile im PV halten. Dabei handelt es sich allerdings um eher seltene Ausnahmefälle (s. Anm. 10). Ebenfalls neu ist der eingeschränkte Anwendungsbereich von etwaigen DBA-Schachtelprivilegien auf Ausschüttungen ausländ. Spezial-Investmentfonds in Abs. 3 Satz 2 (iVm. § 16 Abs. 4).

Bedeutung des § 34: § 34 ist die Grundnorm für die Besteuerung der Anleger von Spezial-Investmentfonds und stellt zusammen mit §§ 35, 36 und den §§ 37 ff. die „Klammer“ für die Bestimmungen über die Besteuerung der Anleger in Abschnitt 2 des Kapitels 3 dar. Zusammen mit der Vorschrift des § 20 Abs. 1 Nr. 3a EStG wird zudem die Steuerbarkeit der Spezial-Investmenterträge geregelt.

► *Semi-transparente Besteuerung:* Das dem Abschnitt 2 des Kapitels 3 zugrunde liegende Besteuerungssystem entspricht im Grundsatz der bisherigen Investmentfondsbesteuerung gem. § 1 Abs. 1d–1g, 2, 2a, 3, 4 sowie §§ 2 ff. InvStG aF. Ausgangspunkt ist dabei zunächst das Trennungsprinzip: Anleger und Spezial-Investmentfonds sind voneinander getrennte StSubjekte (vgl. bereits *Lübbühßen* in *Berger/Steck/Lübbühßen*, 2010, Vor §§ 1 ff. Rz. 19 zum bisherigen Recht). Der Anleger erzielt Spezial-Investmenterträge im Grundsatz unabhängig davon, wann und in welcher Höhe der Spezial-Investmentfonds Einkünfte erzielt. Die Einkünfte des Spezial-Investmentfonds werden den Anlegern – abgesehen von den Fällen der ausgeübten Transparenzoption (§ 30) oder der Immobilien-Transparenzoption (§ 33 Abs. 2 Sätze 3 ff.) – nicht zugerechnet. Ebenso werden den Anlegern die vom Spezial-Investmentfonds gehaltenen WG nicht zugerechnet. Allerdings bemessen sich die von den Anlegern erzielten Spezial-Investmenterträge (Fondsausgangsseite) nach den vom Spezial-Investmentfonds erzielten Einkünften (Fondseingangsseite; vgl. § 35 Abs. 1, § 36 Abs. 1). Ferner kann der Anleger bestimmte StBefreiungen oder -vergünstigungen so geltend machen, als ob er die vom Spezial-Investmentfonds bezogenen Einkünfte unmittelbar erzielt hätte. Durch die Zwischenschaltung des Spezial-Investmentfonds soll keine höhere, im Prinzip aber auch keine geringere stl. Belastung gegenüber der Direktanlage eintreten (*Lübbühßen* in *Berger/Steck/Lübbühßen*, 2010, Vor §§ 1 ff. Rz. 20 zum bisherigen Recht). Dieses eingeschränkte Transparenzprinzip (häufig auch als „Semi-Transparenz“ bezeichnet) ist jedoch nicht in dem Sinne durchgängig verwirklicht, dass der Spezial-Investmentfonds für Zwecke der Besteuerung vollständig hinweggedacht wird. Es gilt vielmehr nur teilweise, wobei der Umfang seiner Geltung durch die vom Gesetzgeber getroffenen Spezialregelungen (vgl. zB § 42 in Bezug auf § 3 Nr. 40 EStG und § 8b KStG sowie § 43 in Bezug auf Vergünstigungen gem. DBA) bestimmt wird (grundlegend BFH v. 11.10.2000 – I R 99/96, BStBl. II 2001, 22 [23], zum Aus-InvStmG). Das Transparenzprinzip darf daher nicht ohne Weiteres zur Lückenfüllung herangezogen werden.

- ▶ *Binnengliederung des Abschnitts 2:* Abschnitt 2 des Kapitels 3 kann seinerseits in verschiedene thematische Blöcke untergliedert werden:
 - ▷ §§ 34 bis 36 regeln die Besteuerung der Anleger dem Grunde nach, dh., es werden die grundlegenden Begriffe der ausgeschütteten und ausschüttungs-gleichen Erträge definiert.
 - ▷ §§ 37 bis 41 regeln die Ermittlung der ausgeschütteten und ausschüttungs-gleichen Erträge der Höhe nach.
 - ▷ §§ 42 bis 47 regeln die Besteuerung auf Ebene des Anlegers.
 - ▷ § 48 nimmt eine Zwischenstellung ein. Er stellt zum einen eine Voraussetzung für die Inanspruchnahme bestimmter Begünstigungen bei der laufenden Be-steuerung auf Anlegerebene dar und hat zum andern Auswirkungen auf die Ermittlung des Gewinns aus der Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen.
 - ▷ § 49 regelt die Ermittlung des Gewinns (oder Verlusts, vgl. § 2 Abs. 14) aus der Veräußerung (oder aus gleichgestellten Tatbeständen, vgl. § 2 Abs. 13) von Spezial-Investmentanteilen.
 - ▷ § 50 regelt die StErhebung im Wege des StAbzugs.
 - ▷ § 51 enthält Verfahrensvorschriften für die gesonderte und einheitliche Fest-stellung der Besteuerungsgrundlagen für die Spezial-Investmentfondsbe-steuerung.

Verhältnis des § 34 zu anderen Vorschriften:

- ▶ *Verhältnis zu § 16 und § 25:* Gemäß Abs. 3 Satz 2 wird die Freistellung von Ausschüttungen nach einem DBA nur unter den Voraussetzungen von § 16 Abs. 4 gewährt. Abs. 3 Satz 2 gehört damit zu den „abweichenden Bestimmun-gen“ iSv. § 25.
- ▶ *Verhältnis zu § 35, § 36 Abs. 1 und § 49:* § 35, § 36 Abs. 1 und § 49 konkretisie-ren die in Abs. 1 verwendeten Begriffe der ausgeschütteten und ausschüttungs-gleichen Erträge sowie der Gewinne aus der Veräußerung von Spezial-Invest-mentanteilen.
- ▶ *Verhältnis zu § 50:* Gemäß § 50 haben inländ. Spezial-Investmentfonds von Spezial-Investmenterträgen einen KapErtrStAbzug vorzunehmen.
- ▶ *Verhältnis zu § 20 EStG:* Abs. 1 enthält lediglich eine Definition ohne unmittel-bare Rechtsfolge. Die Steuerbarkeit von Spezial-Investmenterträgen ergibt sich aus § 20 Abs. 1 Nr. 3a EStG.
- ▶ *Verhältnis zu §§ 43 ff. EStG:* Obwohl sich die Steuerbarkeit der Spezial-Invest-menterträge aus § 20 Abs. 1 Nr. 3a EStG ergibt, ist der KapErtrStAbzug nicht in § 43 EStG, sondern in § 50 geregelt. § 50 verweist aber seinerseits auf die für den StAbzug von Kapitalerträgen iSv. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 EStG geltenden Vorschriften des EStG (§ 50 Abs. 2 Satz 2).

Geltungsbereich des § 34:

- ▶ *Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich:* § 34 gilt für in- und ausländ. Anle-ger von in- und ausländ. Spezial-Investmentfonds sowie gem. § 53 für Alters-vorsorgevermögensfonds und deren Anleger.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* Wie das gesamte neugefasste InvStG gilt § 34 ab dem 1.1.2018 (Art. 11 Abs. 3 InvStRefG).

Einstweilen frei.

2–4

5 B. Erläuterungen zu Abs. 1: Spezial-Investmterträge

Erträge aus Spezial-Investmentfonds:

- ▶ *Nettogröße:* Der Begriff der Erträge deutet auf eine Nettogröße hin, die allerdings auf den Spezial-Investmentfonds (nicht auf die Anleger) bezogen sein muss. Dies wird durch die Definitionen der ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge bestätigt, denn diesen liegen die nach §§ 37–41 ermittelten Einkünfte des Spezial-Investmentfonds zugrunde (*Höring in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 34 Rz. 23 [12/2020]; vgl. auch *Berger in Berger/Steck/Lübbehüsen*, 2010, § 1 Rz. 267 zum bisherigen Recht). Im Hinblick auf Veräußerungsgewinne passt dieser Ertragsbegriff allerdings nicht so richtig, denn die Veräußerung ist ein Vorgang, der sich ausschließlich auf Anlegerebene abspielt.
- ▶ *Komponenten:* Die Erträge aus Spezial-Investmentfonds setzen sich aus folgenden Komponenten zusammen:
 - ▷ *Ausgeschüttete Erträge (Abs. 1 Nr. 1)*, die näher in § 35 Abs. 1 definiert sind (s. § 35 Anm. 5).
 - ▷ *Ausschüttungsgleiche Erträge (Abs. 1 Nr. 2)*, die näher in § 36 Abs. 1 definiert sind (s. § 36 Anm. 5).
 - ▷ *Gewinne aus der Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen:* Der Gewinnbegriff umfasst auch Verluste (§ 2 Abs. 14). Der Veräußerung sind die in § 2 Abs. 13 genannten Vorgänge gleichgestellt. Im Übrigen ermittelt sich der Veräußerungsgewinn oder -verlust nach § 49.

Rechtsfolgen des Abs. 1:

- ▶ *Legaldefinition:* Die in Abs. 1 Nr. 1–3 genannten Erträge aus Spezial-Investmentfonds werden legaliter als Spezial-Investmterträge definiert. Dieser Begriff wird im Gesetz allerdings nur recht selten verwendet. Häufiger findet sich das Begriffspaar „ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge“, da sich insbes. die die laufende Anlegerbesteuerung betreffenden §§ 42–47 nur auf diese Ertragskomponenten beziehen.
- ▶ *Steuerbarkeit:* Als bloße Definitionsnorm regelt Abs. 1 keine weiteren Rechtsfolgen. Die wichtigste Rechtsfolge ergibt sich aus § 20 Abs. 1 Nr. 3a EStG, der Spezial-Investmterträge den Einkünften aus Kapitalvermögen zuordnet und damit die Steuerbarkeit auf Anlegerebene begründet. Entsprechend den allgemeinen Grundsätzen zu § 20 EStG handelt es sich bei der Aufzählung in § 20 Abs. 1 EStG um Einnahmen (§ 20 EStG Anm. 46). Die Spezial-Investmterträge stellen auf Anlegerebene demnach (anders als bei der Ertragsermittlung) eine Bruttogröße dar. Diese kann ganz oder teilweise stbefreit sein (§§ 42, 43). Einkünfte ergeben sich erst nach Abzug von WK oder BA des Anlegers (unter Beachtung von § 44; vgl. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 37.3).
- ▷ *Unbeschränkt steuerpflichtige Anleger:* Bei diesen sind sowohl inländ. als auch ausländ. Spezial-Investmterträge stpfl. (Welteinkommensprinzip). Sofern die Anleger einen Gewerbebetrieb unterhalten (ggf. kraft Rechtsform, insbes. gem. § 8 Abs. 2 KStG), gehören die Spezial-Investmterträge zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb (§ 20 Abs. 8 EStG) und stellen BE dar. Dies gilt auch für gem. § 26 Nr. 8 Satz 2 Buchst. a beteiligte natürliche Personen. Die Spezial-Investmterträge unterliegen dann auch der GewSt, wobei § 45 zu beachten ist. Lediglich bei Körperschaften, die nicht unter § 8 Abs. 2

KStG fallen, und in den Fällen von § 26 Nr. 8 Satz 2 Buchst. b und c sind Einkünfte aus Kapitalvermögen denkbar. Gemäß Abs. 2 sind dann allerdings die wesentlichen, für Einkünfte aus Kapitalvermögen geltenden Vorschriften des EStG nicht anwendbar (s. Anm. 10).

- ▷ *Bei steuerbefreiten Körperschaften* (§ 5 KStG; § 3 GewStG) werden Spezial-Investmentserträge idR von der StBefreiung erfasst. Aufgrund der zunächst gegebenen Trennung (s. Anm. 1) begründet die Beteiligung an einem Spezial-Investmentfonds bei einem stbefreiten Anleger selbst dann keinen stpfl. wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb (§ 14 AO), wenn der Spezial-Investmentfonds zulässigerweise gewerbliche Tätigkeiten ausübt oder Beteiligungen an gewerblichen PersGes. hält und die daraus erzielten Einkünfte als sonstige Erträge (s. dazu § 36 Anm. 15) in den ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen enthalten sind.
- ▷ *Steuerausländer*: Bei beschränkt stpfl. Anlegern iSv. § 1 Abs. 4 EStG und § 2 Nr. 1 KStG (Steuerausländer) sind Spezial-Investmentserträge nicht stbar. Für ausländ. Spezial-Investmentserträge ergibt sich das ohne Weiteres aufgrund des fehlenden Anknüpfungspunkts im Inland. Inländische Spezial-Investmentserträge sind hingegen – anders als nach bisherigem Recht (vgl. § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. b EStG aF) – ebenso wie (einfache) Investmentserträge im Katalog des § 49 EStG nicht mehr aufgeführt (glA *Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 34 InvStG 2018 Rz. 1; *Höring in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 34 Rz. 22 [3/2021]). Ein Bedürfnis für eine beschränkte StPflcht inländ. Spezial-Investmentserträge besteht nicht mehr, weil das deutsche Besteuerungsrecht gesichert ist. Spezial-Investmentfonds sind grds. mit (inländ.) Einkünften iSv. § 6 iVm. § 29 Abs. 1 kstpfl. Üben sie die Transparenzoption gem. § 30 aus oder nehmen sie den StAbzug gem. § 33 iVm. § 50 vor, entfällt diese KStPflcht zwar (s. § 30 Abs. 1 Satz 1, § 33 Abs. 1). Bei der Transparenzoption gem. § 30 werden dann aber die inländ. Beteiligungseinnahmen und sonstigen inländ. Einkünfte mit StAbzug den (beschränkt stpfl.) Anlegern zugerechnet (s. § 30 Anm. 5). Bei Vornahme des StAbzugs gem. § 33 iVm. § 50 werden die den Anlegern zugerechneten ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge, soweit sie inländ. Immobilienerträge oder sonstige inländ. Einkünfte ohne StAbzug auf Fondseingangsseite enthalten, in Einkünfte iSv. § 49 Abs. 1 EStG umqualifiziert und damit eine (beschränkte) StPflcht begründet (s. § 33 Abs. 3 Satz 1, ggf. iVm. Abs. 4).
- ▷ *Bei beschränkt steuerpflichtigen Anlegern iSv. § 2 Nr. 2 KStG* entfällt eine StPflcht der Spezial-Investmentserträge. Bei ausländ. Spezial-Investmentserträgen ergibt sich dies unmittelbar aus § 2 Nr. 2 KStG, weil es sich insoweit nicht um inländ. Einkünfte handelt. Inländische Spezial-Investmentserträge unterliegen zwar einem StAbzug gem. § 50, für diesen sind jedoch die Vorschriften des EStG entsprechend anzuwenden, die für den StAbzug von Kapitalerträgen iSv. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 EStG gelten (§ 50 Abs. 2 Satz 2). Gegenüber beschränkt stpfl. Anlegern iSv. § 2 Nr. 2 KStG ist daher aufgrund von § 44a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG idR vom KapErtrStAbzug vollständig Abstand zu nehmen.

Einstweilen frei.

6–9

10 **C. Erläuterungen zu Abs. 2: Keine Abgeltungsteuer,
Anwendbarkeit von § 3 Nr. 40 EStG und § 8b KStG**

Keine Abgeltungsteuer (Abs. 2 Satz 1): Spezial-Investmenterträge sind aufgrund der Vorgaben zur Anlegerstruktur in § 26 Nr. 8 idR gem. § 20 Abs. 8 EStG BE eines Gewerbebetriebs. Sofern die Spezial-Investmentanteile nicht in einem BV gehalten werden (s. Anm. 5), liegen allerdings Einkünfte aus Kapitalvermögen gem. § 20 Abs. 1 Nr. 3a EStG vor. Abs. 2 Satz 1 schließt dann die meisten für Einkünfte aus Kapitalvermögen geltenden Sondervorschriften des EStG aus. Im Erg. unterliegen Spezial-Investmenterträge dann bei natürlichen Personen im PV der tariflichen ESt, wobei ein voller WK-Abzug und eine erweiterte Verlustverrechnung möglich ist.

- ▶ *Im Einzelnen sind folgende Vorschriften nicht anwendbar:*
 - ▷ § 2 Abs. 5b EStG: Damit gehören Spezial-Investmenterträge zum Gesamtbetrag der Einkünfte iSv. § 2 Abs. 3 EStG und sind damit insbes. auch beim Spendenabzug gem. § 10b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG zu berücksichtigen.
 - ▷ § 20 Abs. 6 EStG: Negative Spezial-Investmenterträge, insbes. Veräußerungsverluste iSv. Abs. 1 Nr. 3, können somit im Grundsatz uneingeschränkt mit positiven Einkünften aus anderen Einkunftsarten verrechnet werden. Die allgemeinen Beschränkungen der Verlustverrechnung, insbes. § 10d EStG, sind allerdings zu beachten.
 - ▷ § 20 Abs. 9 EStG: Spezial-Investmenterträge „verbrauchen“ demzufolge nicht den zur Verfügung stehenden Sparer-Pauschbetrag. Tatsächlich angefallene WK sind abziehbar, allerdings unter Beachtung der Beschränkungen von § 9 EStG (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 34.5, 37.3).
 - ▷ § 32d EStG: Spezial-Investmenterträge unterliegen der tariflichen ESt (§ 32a EStG). Eine etwaige Anrechnung ausländ. Quellensteuer richtet sich nach § 47 Abs. 1 Satz 2 (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 34.4).
 - ▷ § 43 Abs. 5 Satz 1 EStG: Der StAbzug gem. § 50 hat keine abgeltende Wirkung. Die Spezial-Investmenterträge müssen somit in der StErklärung angegeben und im Veranlagungswege versteuert werden.
- ▶ *Fehlende Vorschriften?* Im Hinblick auf die Anwendbarkeit von § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. d bis h EStG (§ 42) hätte uE auch die Anwendung von § 3 Nr. 40 Satz 2 EStG ausgeschlossen werden müssen. Anderenfalls werden Anleger iSv. § 26 Nr. 8 Satz 2 Buchst. b und c, die ihre Spezial-Investmentanteile im PV halten, im Rahmen von § 42 gegenüber Anlegern iSv. § 26 Nr. 8 Satz 2 Buchst. a ohne sachlichen Grund erheblich schlechter behandelt.
- ▶ *Körperschaften:* Die in Abs. 2 Satz 1 genannten Vorschriften des EStG sind ebenfalls nicht über § 8 Abs. 1 KStG bei Anlegern anzuwenden, die Körperschaften sind, aber nicht unter § 8 Abs. 2 KStG fallen, und ihre Spezial-Investmentanteile auch nicht anderweitig in einem BV halten.

Anwendbarkeit von § 3 Nr. 40 EStG und § 8b KStG (Abs. 2 Satz 2): Die Regelung ist uE deklaratorisch. Spezial-Investmenterträge fallen ohnehin nicht unter § 3 Nr. 40 EStG und § 8b KStG, weil Einkünfte iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 3a EStG nicht zu den von diesen Vorschriften erfassten Bezügen, Gewinnen oder BV-Mehrungen gehören (glA Wenzel in Blümich, § 34 InvStG 2018 Rz. 14 [3/2020]; Jetter/Leidel in Beckmann/Scholtz/Vollmer, § 34 InvStG 2018 Rz. 11, 16 [10/2019]). Ihre Anwendung auf Spezial-Investmenterträge bedarf daher einer besonderen gesetzlichen

Regelung (s. Anm. 1), die sich in § 42 findet (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 34.6). Ohne dass dies in Abs. 2 Satz 2 ausdrücklich erwähnt würde, sind § 3 Nr. 40 EStG und § 8b KStG bei Veräußerungsgewinnen iSv. Abs. 1 Nr. 3 auf den Anleger-Aktiengewinn anzuwenden (§ 49 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1).

Einstweilen frei.

11–14

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Anwendbarkeit von DBA

15

DBA und ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge (Abs. 3 Satz 1): Abs. 3 Satz 1 enthält einen Rechtsgrundverweis auf § 43 Abs. 1 (*Jetter/Leidel in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 34 InvStG 2018 Rz. 20 [10/2019]). Die Regelung in Abs. 3 Satz 1 ist ebenso wie diejenige in Abs. 2 Satz 2 uE gleichwohl deklaratorisch. Aufgrund des nur eingeschränkten Transparenzprinzips (s. Anm. 1) ist es ausgeschlossen, dass ein Anleger ohne besondere gesetzliche Vorschrift – die sich in § 43 findet – DBA-Vorteile auf der Eingangsseite des Spezial-Investmentfonds geltend machen kann. Dass (ausländ.) ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge unmittelbar nach einem DBA stfrei sein können, scheint ebenfalls ausgeschlossen (glA *Höring in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 34 Rz. 45 [3/2021]).

DBA und Ausschüttungen (Abs. 3 Satz 2): Abs. 3 Satz 2 erklärt mit § 16 Abs. 4 eine Vorschrift des Kapitels 2 auf Spezial-Investmentfonds für anwendbar und gehört damit zu den „abweichenden Bestimmungen“ iSv. § 25. Abs. 3 Satz 2 enthält ebenfalls einen Rechtsgrundverweis, dh., die Voraussetzungen von § 16 Abs. 4 müssen erfüllt sein (*Jetter/Leide, in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 34 InvStG 2018 Rz. 27 [10/2019]).

- ▶ *Ausschüttungen:* Zum Begriff s. § 2 Abs. 11 (§ 2 Anm. 22).
- ▶ *Ausländischer Spezial-Investmentfonds:* Zum Begriff s. § 2 Abs. 3 (§ 2 Anm. 7).
- ▶ *Freistellung nach einem DBA:* Die Ausschüttungen müssen zunächst nach den Vorschriften des betreffenden DBA stfrei sein (s. dazu § 16 Anm. 20). Ist dies nicht der Fall, kommt es auf das Vorliegen der Voraussetzungen von § 16 Abs. 4 nicht mehr an.
- ▶ *Voraussetzungen von § 16 Abs. 4:* Siehe § 16 Anm. 20.
- ▶ *Rechtsfolge:* Die StFreistellung nach dem DBA wird gewährt. Liegen die Voraussetzungen für die Freistellung nach einem DBA vor, jedoch nicht die Voraussetzungen von § 16 Abs. 4, wird die Freistellung nicht gewährt. Der hierin liegende *Treaty Override* ist verfassungsgemäß (BVerfG v. 15.12.2015 – 2 BvL 1/12, BVerfGE 141, 1; s. auch § 16 Anm. 20).

§ 35 Ausgeschüttete Erträge und Ausschüttungsreihenfolge

idF des InvStG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731), zuletzt geändert durch WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17)

(1) Ausgeschüttete Erträge sind die nach den §§ 37 bis 41 ermittelten Einkünfte, die von einem Spezial-Investmentfonds zur Ausschüttung verwendet werden.

(2) ¹Zurechnungsbeträge, Immobilien-Zurechnungsbeträge und Absetzungsbeträge gelten vorrangig als ausgeschüttet. ²Substanzbeträge gelten erst nach Ausschüttung sämtlicher Erträge des laufenden und aller vorherigen Geschäftsjahre als verwendet.

(3) Zurechnungsbeträge sind die zugeflossenen inländischen Beteiligungseinnahmen und sonstigen inländischen Einkünfte mit Steuerabzug nach Abzug der Kapitalertragsteuer und der bundes- oder landesgesetzlich geregelten Zuschlagsteuern zur Kapitalertragsteuer, wenn die Transparenzoption nach § 30 ausgeübt wurde.

(3a) Immobilien-Zurechnungsbeträge sind die inländischen Immobilienerträge und sonstigen inländischen Einkünfte ohne Steuerabzug, für die ein Dach-Spezial-Investmentfonds die Immobilien-Transparenzoption nach § 33 ausgeübt hat.

(4) ¹Absetzungsbeträge sind die ausgeschütteten Einnahmen aus der Vermietung und Verpachtung von Grundstücken oder grundstücksgleichen Rechten, soweit auf diese Einnahmen Absetzungen für Abnutzungen oder Substanzverringerung entfallen. ²Absetzungsbeträge können nur im Geschäftsjahr ihrer Entstehung oder innerhalb von vier Monaten nach Ablauf des Geschäftsjahres ihrer Entstehung und nur zusammen mit den Einnahmen im Sinne des Satzes 1 ausgeschüttet werden.

(5) Substanzbeträge sind die verbleibenden Beträge einer Ausschüttung nach Abzug der ausgeschütteten Erträge, der ausgeschütteten ausschüttungsgleichen Erträge der Vorjahre, der steuerfrei thesaurierbaren Kapitalerträge im Sinne des § 36 Absatz 2, der Zurechnungsbeträge, der Immobilien-Zurechnungsbeträge und der Absetzungsbeträge.

(6) Werden einem Anleger Erträge ausgeschüttet, die auf Zeiträume entfallen, in denen der Anleger nicht an dem Spezial-Investmentfonds beteiligt war, gelten insoweit Substanzbeträge als ausgeschüttet.

(7) § 36 Absatz 4 Satz 1 ist entsprechend anzuwenden.

Autor: Ronald *Buge*, Rechtsanwalt, POELLATH, Berlin

Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 35	1	F. Erläuterungen zu Abs. 4: Absetzungsbeiträge	20
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Ausschüttete Erträge	5	G. Erläuterungen zu Abs. 5: Substanzbeiträge	25
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Verwendungsreihenfolge	10	H. Erläuterungen zu Abs. 6: Fiktive Substanzauskehrung	30
D. Erläuterungen zu Abs. 3: Zurechnungsbeiträge	15	I. Erläuterungen zu Abs. 7: Besitzzeitanteilige Zurechnung	35
E. Erläuterungen zu Abs. 3a: Immobilien-Zurechnungsbeiträge	17		

1 A. Allgemeine Erläuterungen zu § 35

Grundinformation zu § 35: § 35 definiert den Begriff der ausgeschütteten Erträge sowie weitere, für die Besteuerung relevanten Begriffe und regelt eine Ausschüttungsreihenfolge. Abs. 1 definiert die ausgeschütteten Erträge. Abs. 2 legt die Verwendungsreihenfolge für Ausschüttungen fest. Abs. 3 definiert die Zurechnungsbeiträge. Abs. 3a definiert die Immobilien-Zurechnungsbeiträge. Abs. 4 definiert die Absetzungsbeiträge und regelt ihre Ausschüttung. Abs. 5 definiert als Residualgröße die Substanzbeiträge. Abs. 6 fingiert Substanzauskehrungen, wenn einem Anleger Erträge aus Zeiträumen ausgeschüttet werden, in denen er noch nicht an dem Spezial-Investmentfonds beteiligt war. Abs. 7 erklärt § 36 Abs. 4 Satz 1 für entsprechend anwendbar, der eine besitzzeitanteilige Zuordnung von Erträgen regelt.

Rechtsentwicklung des § 35: Abs. 1 entspricht weitgehend § 1 Abs. 3 Satz 2 InvStG aF, erwähnt aber anders als dieser nicht die den ausgeschütteten Erträgen zugrunde liegenden Einkunftsarten. Abs. 2 Satz 2 führt die Regelung des § 3a InvStG aF fort. Abs. 3 Satz 1 ergänzt die Ausschüttungsreihenfolge um Absetzungsbeiträge und Zurechnungsbeiträge. Im Hinblick auf Absetzungsbeiträge wird jedoch eine bislang anerkannte Verwaltungspraxis kodifiziert (s. Anm. 10). Allerdings ist die Definition der Absetzungsbeiträge in Abs. 4 enger (s. Anm. 20). Abs. 5 definiert den zwar in § 3a InvStG aF bereits verwendeten, aber nicht definierten Begriff der Substanzbeiträge. Ohne Vorbild im bisherigen Recht sind die Definitionen der Zurechnungsbeiträge in Abs. 3 und der Immobilien-Zurechnungsbeiträge in Abs. 3a sowie die fiktive Substanzauskehrung gem. Abs. 6. Letztere ersetzt zT die Besteuerung des Zwischengewinns (§ 51 Abs. 4 InvStG aF) beim Erwerb. Ebenfalls ohne Vorbild im bisherigen Recht ist der über Abs. 7 geltende § 36 Abs. 4 Satz 1, der den Ertragsausgleich (§ 9 InvStG aF) ersetzt.

► *WElektroMobFördG („JStG 2019“)* v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17): Mit dem WElektroMobFördG („JStG 2019“) wurde in Abs. 3a der Begriff der Immobilien-Zurechnungsbeiträge (mit Folgeänderungen in Abs. 2 und Abs. 5) eingeführt, der eine doppelte stl. Belastung bei Anlegern eines Dach-Spezial-Investmentfonds vermeidet, der die Immobilien-Transparenzoption (§ 33 Abs. 3 Sätze 3 ff. ggf. iVm. Abs. 4) ausgeübt hat. Anderenfalls würden die den Anlegern des Dach-Spezial-Investmentfonds aufgrund der ausgeübten Transparenzoption bereits zugerechneten und durch StAbzug versteuerten ausgeschütteten und ausschüttungs gleichen Immobilien erträge bzw. sonstigen in-

länd. Einkünfte des Ziel-Spezial-Investmentfonds ohne StAbzug als ausgeschüttete oder ausschüttungsgleiche Erträge des Dach-Spezial-Investmentfonds nochmals versteuert werden. In Abs. 2 wurde klargestellt, dass es sich bei den Zurechnungsbeträgen nur um die Nettobeträge (dh. nach StAbzug durch den Entrichtungspflichtigen gem. §§ 30 Abs. 1, 31 Abs. 1 Satz 1) der dem Spezial-Investmentfonds zugeflossenen inländ. Beteiligungseinnahmen und sonstigen inländ. Einkünfte mit StAbzug handelt. Die Änderungen in Abs. 4 bewirken, dass nunmehr auch die thesaurierten stfrei thesaurierbaren Erträge iSv. § 36 Abs. 2 vorrangig ausgeschüttet werden müssen, bevor eine Substanzausschüttung vorliegen kann (vgl. zur bisherigen Rechtslage *Kloster in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 35 Rz. 32 f.; *Stadler/Bindl*, DStR 2016, 1953 [1963]). Die Änderung ist daher auch nicht rein deklaratorisch (glA *Kloster in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 35 Rz. 41; aA BTDrucks. 19/13436, 179). Mit dem neu eingefügten Abs. 7 wird die Regelung über die besitzzeitanteilige Zurechnung in § 36 Abs. 4 Satz 1 (s. § 36 Anm. 20) für entsprechend anwendbar erklärt.

Bedeutung des § 35: § 35 definiert mit dem Begriff der ausgeschütteten Erträge einen der zentralen Begriffe der Besteuerung von Anlegern eines Spezial-Investmentfonds. Ferner sollen wie schon bislang mit § 3a InvStG aF Manipulationen bei Ausschüttungen vermieden werden. Ähnlich wie bei § 27 KStG sollen zunächst Beträge ausgeschüttet werden, die auf Anlegerebene stpfl. sind oder bereits besteuert wurden und erst danach steuerneutrale Substanzauskehrungen erfolgen.

Verhältnis des § 35 zu anderen Vorschriften:

- ▶ *Verhältnis zu § 6 iVm. § 29 Abs. 1:* Wenn in Abschnitt 2 von „Einkünften des Spezial-Investmentfonds“ die Rede ist, sind damit nicht die gem. § 6 iVm. § 29 Abs. 1 stbaren Einkünfte gemeint. Zur Ermittlung der ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge erfolgt vielmehr eine virtuelle Ermittlung von Einkünften des Spezial-Investmentfonds unter Zugrundelegung des Welteinkommensprinzips (s. Anm. 5).
- ▶ *Verhältnis zu § 30:* Zurechnungsbeträge entstehen aufgrund der Ausübung der Transparenzoption und der daraus resultierenden Zurechnung der inländ. Beteiligungseinnahmen und sonstigen inländ. Einkünfte mit StAbzug beim Anleger.
- ▶ *Verhältnis zu § 33:* Immobilien-Zurechnungsbeträge entstehen, wenn ein Dach-Spezial-Investmentfonds die Immobilien-Transparenzoption ausübt und die ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen inländ. Immobilienerträge oder sonstigen inländ. Einkünfte ohne StAbzug des Ziel-Spezial-Investmentfonds dem Anleger des Dach-Spezial-Investmentfonds unmittelbar zugerechnet werden.
- ▶ *Verhältnis zu § 34:* Abs. 1 konkretisiert § 34 Abs. 1 Nr. 1.
- ▶ *Verhältnis zu § 36:* Den ausschüttungsgleichen Erträgen liegen ebenso wie den ausgeschütteten Erträgen zunächst die gem. §§ 37–41 ermittelten Einkünfte des Spezial-Investmentfonds zugrunde. Dieser Gleichlauf wird durch die Besonderheit der steuerneutral thesaurierbaren Kapitalerträge (§ 36 Abs. 2) durchbrochen. Da § 36 Abs. 1 bei der Bestimmung der stbaren Einkünfte präziser formuliert ist als § 35 Abs. 1, muss uE für die Bestimmung der stbaren Einkünfte iSv. § 35 Abs. 1 auf § 36 zurückgegriffen werden (s. Anm. 5). Die besitzzeitanteilige Zurechnung gem. § 36 Abs. 4 Satz 1 ist gem. Abs. 7 entsprechend bei der Ermittlung der ausgeschütteten Erträge anwendbar.

- ▶ *Verhältnis zu §§ 37 bis 41:* §§ 37–41 stellen die Grundlage für die Ermittlung der ausgeschütteten (und der ausschüttungsgleichen) Erträge dar.
- ▶ *Verhältnis zu §§ 42, 43:* §§ 42, 43 stellen ausgeschüttete (und ausschüttungsgleiche) Erträge auf Anlegerebene ganz oder teilweise stfrei.
- ▶ *Verhältnis zu § 49:* Bei Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen werden die während der Besitzzeit ausgeschütteten ausschüttungsgleichen Erträge dem Veräußerungserlös hinzugerechnet (§ 49 Abs. 3 Satz 2). Der Gewinn aus der Veräußerung der Spezial-Investerträge ist um die während der Besitzzeit zugeflossenen Substanzbeträge und Absatzbeträge zu erhöhen (§ 49 Abs. 5 Satz 4). Im Zeitpunkt der Veräußerung der Spezial-Investmentanteile noch nicht ausgeschüttete Zurechnungsbeträge und Immobilien-Zurechnungsbeträge mindern den Gewinn des Anlegers aus der Veräußerung seiner Spezial-Investmentanteile (§ 49 Abs. 3 Satz 5, s. zum Ganzen § 49 Anm. 15).
- ▶ *Verhältnis zu § 51:* Die Besteuerungsgrundlagen gem. § 35 sind gesondert und einheitlich festzustellen.
- ▶ *Verhältnis zu § 56:* Nach § 56 Abs. 7 Satz 4 können in einem eng begrenzten Ausnahmefall ausschüttungsgleiche Erträge, die noch unter dem InvStG aF erzielt wurden, als Substanzbeträge gem. Abs. 5 ausgeschüttet werden.

Anwendungsbereich des § 35:

- ▶ *Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich:* § 35 gilt für in- und ausländ. Spezial-Investmentfonds und deren Anleger sowie gem. § 53 für Altersvorsorgevermögensfonds und deren Anleger.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* Wie das gesamte neugefasste InvStG gilt § 35 ab dem 1.1.2018 (Art. 11 Abs. 3 InvStRefG). Die Neuregelungen durch das WElektro-MobFördG („JStG 2019“) sind ab dem 1.1.2020 anzuwenden (§ 57 Abs. 1 Satz 1 Nr. 10).

2–4 Einstweilen frei.

5 B. Erläuterungen zu Abs. 1: Ausgeschüttete Erträge

Nach §§ 37 bis 41 ermittelte Einkünfte: Ausgangspunkt für die Ermittlung sind die nach §§ 37–41 ermittelten Einkünfte. Wie § 37 Satz 1 zeigt, muss es sich dabei um Einkünfte des Spezial-Investmentfonds handeln, dh. Einkünfte, die dem Spezial-Investmentfonds stl. zuzurechnen sind, die dieser also auf der Eingangsseite erzielt iSv. § 2 Abs. 1 Satz 1 EStG. Gleichwohl handelt es sich dabei um eine virtuelle Einkünfteermittlung, die lediglich dem Zweck dient, die ausgeschütteten (und ausschüttungsgleichen) Erträge auf der Ausgangsseite zu ermitteln. Die so ermittelten Einkünfte sind nicht auf Ebene des Spezial-Investmentfonds zu versteuern. Ob und inwieweit der Spezial-Investmentfonds Einkünfte zu versteuern hat, richtet sich ausschließlich nach den §§ 6, 7 iVm. § 29 Abs. 1 sowie §§ 30, 33 (*Höring in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 35 Rz. 19 [12/2020]; *Kloster in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 35 Rz. 19f.; vgl. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 29.1 f., 37.4).

- ▶ *Einkunftsart:* Abs. 1 enthält keine Aussagen dazu, welche Einkünfte auf Ebene des Spezial-Investmentfonds für Zwecke der Ermittlung der ausgeschütteten Erträge stbar sind. Die Vorgängervorschrift (§ 1 Abs. 3 Satz 2 InvStG aF) erwähnte hingegen noch Kapitalerträge, Erträge aus VuV von Grundstücken und

grundstücksgleichen Rechten, sonstige Erträge und Gewinne aus Veräußerungsgeschäften.

- ▷ *Kein Rückgriff auf § 37 Satz 1:* Die Regelung in § 37 Satz 1, wonach die Einkünfte des Spezial-Investmentfonds für Zwecke der Ermittlung der ausgeschütteten Erträge entsprechend § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG als Überschuss der Einnahmen über die WK zu ermitteln sind, hilft insoweit nicht weiter. Aus ihr kann nicht geschlossen werden, dass nur die von § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG erfassten Einkünfte, also solche iSv. § 2 Abs. 1 Nr. 4–7 EStG stbar sein können. § 37 Satz 1 ist vielmehr dahingehend zu verstehen, dass auch (Gewinn-)Einkünfte iSv. § 2 Abs. 1 Nr. 1–3 EStG entsprechend § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG zu ermitteln sind.
- ▷ *Rückgriff auf § 36:* Unseres Erachtens muss für die Bestimmung der für Zwecke der Ermittlung der ausgeschütteten Erträge stbaren Einkünfte auf den insoweit genaueren § 36 zurückgegriffen werden. Beiden Vorschriften liegt im Grundsatz der gleiche Ertragsbegriff zugrunde (*Berger in Berger/Steck/Lübbehüsen*, 2010, § 1 Rz. 269). Es sind demzufolge sämtliche Einkünfte iSv. § 2 Abs. 1 EStG zu erfassen, wobei bestimmte Einkünfte wie etwa solche aus nichtselbständiger Arbeit der Sache nach nicht anfallen können, und es gilt das Welteinkommensprinzip (s. § 36 Anm. 5, 15). Im Rahmen von § 35 sind allerdings auch die stfrei thesaurierbaren Kapitalerträge iSv. § 36 Abs. 2 als für Zwecke der Ermittlung der ausgeschütteten Erträge stbare Einkünfte zu erfassen, so dass im Erg. sämtliche Kapitalerträge iSv. § 20 EStG stbare Einkünfte für Zwecke der Ermittlung der ausgeschütteten Erträge sind. Dies entspricht letztlich der Vorgängervorschrift des § 1 Abs. 3 Satz 2 InvStG aF, der ausdrücklich Kapitalerträge, Erträge aus VuV von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten, sonstige Erträge und Gewinne aus Veräußerungsgeschäften erwähnte (glA BMF, Anwendungsfragen, Rz. 35.2; vgl. auch *Kloster in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 35 Rz. 22). Eine gesetzgeberische Klarstellung ist gleichwohl wünschenswert.
- ▷ *Positive Einkünfte:* Ebenso wie bei § 36 können ausgeschüttete Erträge nur vorliegen, wenn für den Spezial-Investmentfonds positive Einkünfte ermittelt wurden (vgl. BMF v. 18.8.2009 – IV C 1 - S 1980 - 1/08/10019, 2009/0539738, BStBl. I 2009, 931, Rz. 15 zum bisherigen Recht). Werden in einem VZ keine positiven Einkünfte gem. §§ 37–41 ermittelt und existieren auch keine ausschüttungsgleichen Erträge der Vorjahre, wird aber gleichwohl Liquidität ausgeschüttet, liegen insoweit Substanzbeträge vor.
- ▶ *Zurechnungsbeträge, Immobilien-Zurechnungsbeträge:* § 35 enthält keine § 36 Abs. 1 Satz 2 vergleichbare Regelung, wonach Zurechnungsbeträge nicht zu den ausgeschütteten Erträgen gehören. Aus dem Gesamtzusammenhang von § 35 ergibt sich, dass Zurechnungsbeträge und Immobilien-Zurechnungsbeträge gleichwohl nicht zu den ausgeschütteten Erträgen gehören (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 35.2). Dies ergibt sich daraus, dass die inländ. Beteiligungseinnahmen und sonstigen inländ. Einkünfte mit StAbzug bei ausgeübter Transparenzoption sowie die ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen inländ. Immobilienerträge und sonstigen inländ. Einkünfte mit StAbzug nicht mehr dem (Ziel-)Spezial-Investmentfonds, sondern dem Anleger (bei der Immobilien-Transparenzoption: des Dach-Spezial-Investmentfonds) zuzurechnen sind. Zwar betrifft dies primär die Ermittlung der Einkünfte iSv. § 6 iVm. § 29 Abs. 1, die auf Ebene des (Ziel-)Spezial-Investmentfonds anderenfalls kstpfl. wären. Gleichwohl schlägt dies uE

auf die fiktive (s.o.) Einkünfteermittlung gem. §§ 37–41 durch, die für die Ermittlung der ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge maßgeblich ist (ebenso BMF, Anwendungsfragen, Rz. 30.18; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.23; glA Wenzel in *Blümich*, § 35 InvStG 2018 Rz. 10 [3/2020]; Mann in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 36 InvStG 2018 Rz. 6).

- ▶ *Ausgeschüttete ausschüttungsgleiche Erträge der Vorjahre* (einschließlich derjenigen aufgrund der Fiktion in § 36 Abs. 6) gehören ebenfalls nicht zu den ausgeschütteten Erträgen, weil diese bereits beim Anleger versteuert wurden. Dies ergibt sich mittelbar aus Abs. 5 und entspricht der bislang ganz hM zum bisherigen Recht.

Zum InvStG 2018: Wenzel in *Blümich*, § 35 InvStG 2018 Rz. 11 (3/2020); Mann in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 35 InvStG 2018 Rz. 3; Jetter/Willner in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 35 Rz. 6, 8 (4/2020); Kloster in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 35 Rz. 23; Höring in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 35 Rz. 21 (3/2021); Stadler/Bindl, DStR 2016, 1953 (1963); vgl. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 35.3, Rz. 36.71.

Zum InvStG aF: BMF v. 18.8.2009 – IV C 1 - S 1980 - 1/08/10019, 2009/0539738, BStBl. I 2009, 931, Rz. 12a; Berger in *Berger/Steck/Lübbehüsen*, 2010, § 1 Rz. 274; Wenzel in *Blümich*, § 1 InvStG 2004 Rz. 62 (4/2017); Bauderer/Mundel in *Haase*, 2. Aufl. 2015, § 1 Rz. 302; *Gottschling/Schatz* in *Moritz/Jesch*, 2015, § 1 Rz. 243.

- ▶ *Thesaurierte steuerfrei thesaurierbare Kapitalerträge* iSv. § 36 Abs. 2 gehören im Fall ihrer Ausschüttung vor Ablauf der 15-Jahres-Frist gem. § 36 Abs. 5 zu den ausgeschütteten Erträgen. Nach Ablauf dieser Frist gelten sie als ausschüttungsgleiche Erträge (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 35.3; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.21, 36.63). Werden sie dann ausgeschüttet, handelt es sich um ausschüttungsgleiche Erträge der Vorjahre.

Von einem Spezial-Investmentfonds zur Ausschüttung verwendet: Der Spezial-Investmentfonds muss die Erträge zur Ausschüttung verwenden, dh. tatsächlich ausschütten, und zwar innerhalb von vier Monaten nach Ablauf des Geschäftsjahres. Erfolgt dies nicht, gelten die Erträge als ausschüttungsgleiche Erträge (§ 36 Abs. 6). Werden die Erträge nach diesem Zeitpunkt ausgeschüttet, gelten sie als ausschüttungsgleiche Erträge des Vorjahres. Der Zeitpunkt, zu dem der Ausschüttungsbeschluss gefasst wird, ist dabei unerheblich (anders noch § 1 Abs. 3 Satz 5 InvStG aF). Zur Verwendungsreihenfolge s. Anm. 10.

Rechtsfolge des Abs. 1:

- ▶ *Legaldefinition:* Da es sich bei Abs. 1 um eine Legaldefinition handelt, ist die primäre Rechtsfolge, dass ausgeschüttete Erträge vorliegen. Die weiteren Rechtsfolgen ergeben sich insbes. aus § 34 Abs. 1 Nr. 1 und § 20 Abs. 1 Nr. 3a EStG.
- ▶ *Zufluss:* § 35 enthält – anders als § 36 Abs. 4 Satz 2 – keine Regelung über den Zufluss. Es gelten daher die allg. Zuflussregeln für Einkünfte aus Kapitalvermögen (s. § 20 EStG Anm. 32 ff.). Bei Zufluss im PV sowie bei Gewinnermittlung gem. § 4 Abs. 3 EStG gilt § 11 Abs. 1 Satz 1 EStG. Bei bilanzierenden Anlegern ist der Ausschüttungsanspruch idR mit der Fassung des Ausschüttungsbeschlusses zu aktivieren (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 35.7; Jetter/Willner in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 35 Rz. 7 [4/2020]; Kloster in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 35 Rz. 4; vgl. auch BMF v. 18.8.2009 – IV C 1 - S 1980 - 1/08/10019, 2009/0539738, BStBl. I 2009, 931, Rz. 28 sowie *Lübbehüsen* in *Berger/Steck/Lübbehüsen*, 2010, § 2 Rz. 67 ff., mwN jeweils zum bisherigen Recht).

6–9 Einstweilen frei.

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Verwendungsreihenfolge**Grundprinzip der Regelung:**

- ▶ *Verwendungsreihenfolge (Wasserfall):* Abs. 2 legt eine Verwendungsreihenfolge für Ausschüttungen fest. Die Rechtsfolge von Abs. 2 Satz 1 ist daher – ebenso wie die amtliche Überschrift der Vorgängervorschrift § 3a InvStG aF – missverständlich formuliert. Der Regelung liegt der Gedanke eines Ausschüttungswasserfalls zugrunde. Es ist rein praktisch nicht möglich, die auf der Fondsausgangsseite ausgeschüttete Liquidität direkt bestimmten Einkünften auf der Fondseingangsseite zuzuordnen. Abs. 2 sieht daher vor, dass verschiedene „Töpfe“ zu bilden sind, in denen die Bestände für Zurechnungsbeträge, Immobilien-Zurechnungsbeträge und Absetzungsbeträge etc. nachgehalten werden. Nimmt der Spezial-Investmentfonds eine Ausschüttung vor, ist der ausgeschüttete Betrag nach der von Abs. 2 vorgegebenen Reihenfolge mit diesen „Töpfen“ zu verrechnen (Wasserfall). Diese gelten daher im entsprechenden Umfang für die Ausschüttung als verwendet.
- ▶ *Vorrang der Ertragsausschüttung:* Abs. 2 liegt – ähnlich wie § 27 KStG – das Prinzip zugrunde, dass zunächst auf der Ebene der Anleger ertragswirksame Komponenten ausgeschüttet und erst danach Kapital zurückgezahlt wird (*Höring in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 35 Rz. 2 [3/2021]). Dieses Prinzip wird lediglich im Hinblick auf Zurechnungsbeträge, Immobilien-Zurechnungsbeträge und Absetzungsbeträge durchbrochen, wobei es sich zumindest bei den Zurechnungsbeträgen und Immobilien-Zurechnungsbeträgen ebenfalls um ertragswirksame Komponenten handelt, die allerdings bereits versteuert sind (Abs. 2 Satz 1).
- ▶ *Verhältnis zu Abs. 5:* Die Regelung in Abs. 2 steht in einem Abhängigkeitsverhältnis zur Regelung in Abs. 5. Abs. 5 definiert zwar die Substanzbeträge, allerdings unter Rückgriff auf die Verwendungsreihenfolge in Abs. 2. Abs. 2 Satz 2 enthält aber bereits eine Verwendungsfiktion für Substanzbeträge. Um Inkonsistenzen zu vermeiden, müssen daher beide Vorschriften identisch ausgelegt werden.
- ▶ *Ausschüttungsgruppen:* Im Zusammenspiel der Regelungen in Abs. 2 und Abs. 5 zeigt sich, dass bestimmte der zur Ausschüttung zur Verfügung stehenden Beträge (sog. Töpfe) gleichrangig nebeneinanderstehen. Im Erg. gibt es damit Ausschüttungsgruppen, denen die einzelnen Töpfe zuzuordnen sind und innerhalb derer grds. eine Wahlfreiheit besteht, welche Ertragskomponenten ausgeschüttet werden (glA *Höring in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 35 Rz. 31 [3/2021]).

Rechtentwicklung: Vor Inkrafttreten des AIFM-StAnpG ging die wohl hL davon aus, dass Investmentvermögen mangels einer gesetzlichen Regelung durch Ausschüttungsbeschluss frei entscheiden können, ob sie Ertragskomponenten ausschütten oder steuerneutrale Substanzauskehrungen vornehmen (*Berger in Berger/Steck/Lübbehüsen*, 2010, § 1 Rz. 270; *Jäger/Gleisner in Haase*, 2. Aufl. 2015, § 3a Rz. 3 mwN). Die FinVerw. vertrat hingegen die Auffassung, es gebe eine Verwendungsreihenfolge (BMF v. 18.8.2009 – IV C 1 - S 1980 - 1/08/10019, 2009/0539738, BStBl. I 2009, 931, Rz. 16 f.). Allerdings ließ die FinVerw. gleichwohl einen „Direktzugriff“ für aufgrund von AfA und AfS entstandene Liquiditätsüberhänge sowie für die Weiterausschüttung von erhaltenen Kapitalrückzahlungen (Einlagekonto) einer KapGes. zu (BMF v. 18.8.2009 – IV C 1 - S 1980 - 1/08/10019, 2009/

0539738, BStBl. I 2009, 931, Rz. 16b, 93). Mit dem AIFM-StAnpG wurde sodann lediglich die Auffassung der FinVerw. zur Verwendungsreihenfolge gesetzlich in § 3a InvStG aF festgeschrieben. Es erfolgte jedoch keine Definition des Begriffs „Substanzbeträge“. Allerdings sollte es nach der amtlichen Begr. bei der Verwaltungsauffassung zu Liquiditätsüberhängen und zur Weiterausschüttung von Kapitalrückzahlungen (Einlagekonto) bleiben (BTDrucks. 18/68, 53). Abs. 2 Satz 2 führt nunmehr § 3a InvStG aF fort. Abs. 2 Satz 1 kodifiziert die bisherige Verwaltungsauffassung zu Liquiditätsüberhängen aufgrund von AfA und AfS. Die bisherige Verwaltungsauffassung zur Weiterausschüttung von Kapitalrückzahlungen von KapGes. wurde hingegen nicht kodifiziert. Diese gehören daher zu den nur nachrangig ausschüttbaren Substanzbeträgen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 35.4, 35.40; s. Anm. 25).

Vorrangige Ausschüttung (Abs. 2 Satz 1):

- ▶ *Zurechnungsbeträge:* Zum Begriff s. Anm. 15. Die vorrangige Verwendung dieser Beträge ist sachlich geboten, weil sie den Anlegern bereits zugerechnet (§ 30 Abs. 1 Satz 2 ggf. iVm. Abs. 5) und von diesen versteuert wurden.
- ▶ *Immobilien-Zurechnungsbeträge:* Zum Begriff s. Anm. 17. Ebenso wie bei den Zurechnungsbeträgen ist die vorrangige Verwendung dieser Beträge ebenfalls sachlich geboten, weil sie den Anlegern des Dach-Spezial-Investmentfonds bereits zugerechnet (§ 33 Abs. 2 Sätze 3 ff. ggf. iVm. Abs. 4) und von diesen versteuert wurden.
- ▶ *Absetzungsbeträge:* Zum Begriff s. Anm. 20. Mit dieser Regelung wird die bisherige Auffassung der FinVerw. zu Liquiditätsüberhängen aufgrund von AfA und AfS (BMF v. 18.8.2009 – IV C 1 - S 1980 - 1/08/10019, 2009/0539738, BStBl. I 2009, 931, Rz. 16b: „negative Thesaurierung“) gesetzlich festgeschrieben. Insofern ist allerdings auch Abs. 4 Satz 2 zu berücksichtigen, der Vorgaben dazu macht, wann und in welchem Umfang Absetzungsbeträge ausgeschüttet werden können (s. Anm. 20).
- ▶ *Verwendungsreihenfolge:* Abs. 2 Satz 1 regelt nicht die Verwendungsreihenfolge innerhalb dieser Ausschüttungsgruppe. Die Art der Aufzählung in Abs. 2 Satz 1 oder auch Abs. 5 kann uE nicht als tauglicher Maßstab herangezogen werden. Demzufolge besteht uE ein Wahlrecht

Nachrangige Ausschüttungen (Abs. 2 Satz 2): Die Regelung entspricht § 3a InvStG aF.

- ▶ *Sämtliche Erträge des laufenden und aller vorherigen Geschäftsjahre:*
 - ▷ *Erträge:* Da es in Abs. 2 Satz 2 vor allem um die Frage geht, wann Substanzbeträge als verwendet gelten, muss der Begriff der Erträge im Einklang mit der Definition der Substanzbeträge in Abs. 5 ausgelegt werden, die allerdings einen abweichenden Wortlaut hat. Erfasst werden daher sowohl ausgeschüttete als auch ausschüttungsgleiche Erträge. Die ausschüttungsgleichen Erträge umfassen dabei auch solche aufgrund der Fiktionen in § 36 Abs. 5 und 6. Aufgrund der Änderungen in Abs. 5 durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) muss auch die Ausschüttung von thesaurierten stfrei thesaurierbare Kapitalerträgen iSv. § 36 Abs. 2 vor Ablauf der 15-Jahres-Frist des § 36 Abs. 5 vorrangig beschlossen werden. Nur so ist ein Gleichlauf zwischen der Ausschüttungsreihenfolge des Abs. 2 und der Definition der Substanzbeträge in Abs. 5 möglich (s. Anm. 25).

- ▷ *Ausschüttung sämtlicher Erträge*: Es müssen zunächst sämtliche Erträge zur Ausschüttung verwendet werden, dh. auch solche Erträge, die auf Ebene des Anlegers nach §§ 42, 43 stfrei sind.
- ▷ *Laufendes Geschäftsjahr*: Hiermit werden auch sog. Zwischenausschüttungen erfasst.
- ▷ *Alle vorherigen Geschäftsjahre*: Betroffen sind nur die Geschäftsjahre, die nach dem 31.12.2017 beginnen. Dies folgt aus § 56 Abs. 7–9, die eine klare Trennung der Besteuerungssysteme nach dem InvStG aF und dem InvStG 2018 vorsehen (*Wenzel in Blümich*, § 35 InvStG 2018 Rz. 15 [3/2020]).
- ▷ *Verwendungsreihenfolge*: Abs. 2 Satz 2 regelt ebenfalls nicht die Verwendungsreihenfolge innerhalb dieser Ausschüttungsgruppe. Insbesondere kann die Art der Aufzählung in Abs. 5 insoweit nicht herangezogen werden. Der Spezial-Investmentfonds ist demzufolge frei in seiner Entsch., inwieweit er ausgeschüttete Erträge des laufenden oder des gerade abgelaufenen Geschäftsjahres, ausschüttungsgleiche Erträge der Vorjahre oder thesaurierte stfrei thesaurierbare Kapitalerträge iSv. § 36 Abs. 2 ausschüttet (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 35.5; teilweise aA *Kloster in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 35 Rz. 29f., der im Anschluss an BTDrucks. 18/8045, 103, einen Vorrang der ausschüttungsgleichen Erträge der Vorjahre annimmt). Der Spezial-Investmentfonds kann mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung uE auch über die einzelnen Ertragskomponenten (Dividenden, Zinsen etc.) entscheiden, die ausgeschüttet werden sollen (glA *Jäger/Gleisner in Haase*, 2. Aufl. 2015, § 3a Rz. 15f. zum bisherigen Recht mit Beispiel).
- ▶ *Substanzbeträge*: Zum Begriff s. Anm. 25. Insbesondere können eine auf der Fondseingangsseite vereinnahmte Einlagenrückgewähr gem. § 27 KStG (s. Anm. 25) oder nicht rechtzeitig ausgeschüttete Absetzungsbeträge (Abs. 4 Satz 2, s. Anm. 20) nur nachrangig als Substanzbeträge ausgeschüttet werden. Die Vorschrift ist in gewisser Weise zirkulär, weil die Definition in Abs. 5 auf die Verwendungsreihenfolge in Abs. 2 zurückgreift (allerdings nicht mit vollkommen identischem Wortlaut), die aber ihrerseits eine Verwendungsfiktion für Substanzbeträge enthält.

Rechtsfolgen des Abs. 2: Der Begriff der „vorrangigen Ausschüttung“ in Abs. 2 Satz 1 ist – in Anlehnung an die Formulierung in Abs. 2 Satz 2 – als vorrangige Verwendung zur Ausschüttung zu verstehen. Der Vorrang in Abs. 2 Satz 1 bezieht sich dabei auf Abs. 2 Satz 2 (glA *Höring in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 35 Rz. 34 [12/2020]). Die KVG entscheidet über die Verwendung durch den Ausschüttungsbeschluss, wobei die stl. Zusammensetzung der Ausschüttung von der aufsichtsrechtl. Zusammensetzung abweichen kann (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 35.6f.). Aus der Zusammenschau von Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 ergibt sich somit als Rechtsfolge zum einen die Bildung folgender Ausschüttungsgruppen und zum anderen die folgende Verwendungsreihenfolge:

- ▶ *1. Ausschüttungsgruppe (vorrangige Ausschüttung)*:
 - Zurechnungsbeträge;
 - Immobilien-Zurechnungsbeträge;
 - Absetzungsbeträge.

Innerhalb dieser Ausschüttungsgruppe besteht uE ein Wahlrecht, das allerdings durch Abs. 4 Satz 2 modifiziert wird.

► 2. Ausschüttungsgruppe (nachrangige Ausschüttung):

- ausgeschüttete Erträge des laufenden oder des gerade abgelaufenen Geschäftsjahres;
- ausschüttungsgleiche Erträge der Vorjahre;
- thesaurierte stfrei thesaurierbare Erträge.

Auf die sog. Töpfe dieser Gruppe darf erst zugegriffen werden, wenn die Töpfe der 1. Ausschüttungsgruppe vollständig verwendet sind, dh. der Betrag der Ausschüttung größer ist als die Summe der für eine Ausschüttung verwendbaren Beträge der 1. Ausschüttungsgruppe. Innerhalb der 2. Ausschüttungsgruppe besteht ein Wahlrecht, welche Töpfe als verwendet gelten.

► 3. Ausschüttungsgruppe:

- Substanzbeträge.

Hierzu gehören auch eine auf der Fondseingangsseite vereinnahmte Einlagenrückgewähr gem. § 27 KStG (s. Anm. 25) oder nicht rechtzeitig ausgeschüttete Absetzungenbeträge (Abs. 4 Satz 2, s. Anm. 20). Insoweit bedarf es jedoch keiner Auswahlentscheidung mehr, weil sich an die Verwendung der entsprechenden Teilbeträge keine gesonderten Rechtsfolgen mehr knüpfen.

11–14 Einstweilen frei.

15 D. Erläuterungen zu Abs. 3: Zurechnungsbeträge

Inländische Beteiligungseinnahmen und sonstige inländische Einkünfte mit Steuerabzug, wenn die Transparenzoption nach § 30 ausgeübt wurde: Es handelt sich dabei um die den Anlegern aufgrund der Ausübung der Transparenzoption zugerechneten und von diesen bereits versteuerten Beteiligungseinnahmen bzw. sonstigen inländ. Einkünfte mit StAbzug (§ 30 Abs. 1 Satz 2 ggf. iVm. Abs. 5; s. § 30 Anm. 1 ff.).

Nettobetrag: Es sind nur die tatsächlich zugeflossenen inländ. Beteiligungseinnahmen und sonstigen inländ. Einkünfte mit StAbzug als Zurechnungsbeträge anzusetzen, dh., die vom Entrichtungspflichtigen für Rechnung der Anleger einbehaltene KapErtrSt (zzgl. bundes- oder landesgesetzlich geregelter Zuschlagsteuern – hier ist derzeit nur der SolZ zu nennen) ist nicht als Zurechnungsbetrag zu erfassen. Wenn und soweit allerdings vom StAbzug Abstand genommen wird und die entsprechenden Beträge dem Vermögen des Spezial-Investmentfonds zugeführt und nicht zur Ausgabe neuer Anteile verwendet wurden (s. dazu § 31 Anm. 10), sind auch diese Beträge als Zurechnungsbeträge anzusetzen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 35.10). Dabei muss es sich nicht zwingend um den Bruttobetrag handeln. Bei Anlegern iSv. § 44a Abs. 8 EStG wären bei inländ. Beteiligungseinnahmen iSv. § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 anstelle von 73,6 % der Bruttodividende 84,2 % der Bruttodividende als Zurechnungsbeträge anzusetzen, sofern der Erstattungsbeitrag zulässigerweise im Vermögen des Spezial-investmentfonds verbleiben darf.

Rechtsfolge des Abs. 3:

Legaldefinition: Da es sich bei Abs. 3 um eine Legaldefinition handelt, ist die primäre Rechtsfolge, dass Zurechnungsbeträge vorliegen. Die weiteren Rechtsfolgen ergeben sich aus der Verwendungsreihenfolge in Abs. 2. An den Anleger ausgeschüttete Zurechnungsbeträge mindern den Gewinn aus der Veräußerung der Spezial-In-

vestmentanteile (§ 49 Abs. 3 Satz 4; s. § 49 Anm. 15). In mehrstufigen Strukturen stehen Zurechnungsbeträge, die einem Dach-Spezial-Investmentfonds zufließen, diesem nicht mehr als solche zur Ausschüttung zur Verfügung (§ 37 Abs. 3 Satz 2).

- ▶ *Behandlung auf Anlegerebene:* Bilanzierende Anleger haben einen aktiven Ausgleichsposten für die ihnen unmittelbar zugerechneten inländ. Beteiligungseinnahmen und sonstigen inländ. Einkünfte mit StAbzug in Höhe des Nettobetrags (ohne Steueraufwand) bzw. ggf. auch des Bruttobetrags (s.o.) in der StBil. zu bilden. Der aktive Ausgleichsposten ist bei Ausschüttung der Zurechnungsbeträge oder bei Veräußerung des Spezial-Investmentanteils entsprechend aufzulösen. Bei Anlegern, die ihre Einkünfte gem. § 4 Abs. 3 EStG ermitteln, ist ein entsprechender Merkposten aufzuzeichnen, der ebenfalls bei Ausschüttung oder Veräußerung aufzulösen ist (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 35.11 ff. mit Beispiel in Rz. 35.14 ff.). Zu mehrstufigen Strukturen s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 35.20 f. mit Beispiel.

Einstweilen frei.

16

E. Erläuterungen zu Abs. 3a: Immobilien-Zurechnungsbeträge

17

Inländische Immobilienerträge und sonstige inländische Einkünfte ohne Steuerabzug, für die der Dach-Spezial-Investmentfonds die Immobilien-Transparenzoption nach § 33 ausgeübt hat: Die Formulierung ist etwas ungenau. § 33 spricht von ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen inländ. Immobilienerträgen und sonstigen inländ. Einkünften ohne StAbzug. Gemeint sind damit die in den ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen eines Spezial-Investmentfonds enthaltenen inländ. Immobilienerträge und sonstigen inländ. Einkünfte ohne StAbzug (s. § 33 Anm. 5). Übt nun ein Dach-Spezial-Investmentfonds die Immobilien-Transparenzoption aus, werden die ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen inländ. Immobilienerträge und sonstigen inländ. Einkünfte ohne StAbzug, und nicht etwa „nur“ die – davon zu unterscheidenden – inländ. Immobilienerträge oder sonst. inländ. Einkünfte ohne StAbzug des Ziel-Spezial-Investmentfonds den Anlegern des Dach-Spezial-Investmentfonds zugerechnet. Zurechnungsbeträge sind demnach die ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen inländ. Immobilienerträge bzw. sonstigen inländ. Einkünfte ohne StAbzug des Ziel-Spezial-Investmentfonds. Daraus ergibt sich, dass diese auch vorliegen können, wenn der Ziel-Spezial-Investmentfonds die betreffenden Erträge nicht an den Dach-Spezial-Investmentfonds ausschüttet (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 35.18; vgl. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.25). Erfolgen in diesem Fall auf Ebene des Dach-Spezial-Investmentfonds Ausschüttungen, gelten die Immobilien-Zurechnungsbeträge gleichwohl als vorrangig ausgeschüttet, obwohl sie nicht unmittelbar mit Liquidität unterlegt sind. Schüttet der Ziel-Spezial-Investmentfonds zu einem späteren Zeitpunkt die betreffenden ausschüttungsgleichen Erträge aus, führt dies nicht zu ausschüttungsgleichen Erträgen der Vorjahre, weil sich Abs. 2 Satz 2 auf ausschüttungsgleiche Erträge des Dach-Spezial-Investmentfonds bezieht. Die so vereinbarte Liquidität kann somit uE nur als Substanzbetrag ausgeschüttet werden.

Rechtsfolge des Abs. 3a:

- ▶ *Legaldefinition:* Da es sich bei Abs. 3a um eine Legaldefinition handelt, ist die primäre Rechtsfolge, dass Immobilien-Zurechnungsbeträge vorliegen. Die weiteren Rechtsfolgen ergeben sich aus der Verwendungsreihenfolge in Abs. 2. An

den Anleger ausgeschüttete Immobilien-Zurechnungsbeträge mindern den Gewinn aus der Veräußerung der Spezial-Investmentanteile (§ 49 Abs. 3 Satz 4; s. § 49 Anm. 15). In mehrstufigen Strukturen stehen Immobilien-Zurechnungsbeträge, die einem Dach-Spezial-Investmentfonds zufließen, diesem nicht mehr als solche zur Ausschüttung zur Verfügung (§ 37 Abs. 3 Satz 2). Zur bilanziellen Behandlung beim Anleger gelten die in Anm. 15 dargestellten Grundsätze entsprechend (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 35.19).

- ▶ *Analoge Anwendung von Abs. 3:* Da Abs. 3a erst ab dem VZ 2020 anzuwenden ist (§ 57 Abs. 1 Satz 1 Nr. 10) und die vorrangige und stfreie Ausschüttung der ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen inländ. Immobilienerträge bzw. sonstigen inländ. Einkünfte ohne StAbzug des Ziel-Spezial-Investmentfonds zur Vermeidung einer stl. Doppelbelastung sachlich geboten ist, ist uE für die VZ 2018 und 2019 Abs. 3 analog anzuwenden (glA BTDrucks. 19/13436, 179; Hahne/Michaelis, RdF 2019, 196 [292]; Jetter/Willner in Beckmann/Scholtz/Vollmer, § 35 Rz. 13 [4/2020]; Kloster in Moritz/Jesch/Mann, 2. Aufl. 2020, § 35 Rz. 56 Fn. 139).

18–19 Einstweilen frei.

20 F. Erläuterungen zu Abs. 4: Absetzungsbeträge

Rechtsentwicklung: Abs. 3 kodifiziert die bisherige Verwaltungspraxis zu Liquiditätsüberhängen aufgrund von AfA und AfS (BMF v. 18.8.2009 – IV C 1 - S 1980 - 1/08/10019, 2009/0539738, BStBl. I 2009, 931, Rz. 16b: „negative Thesaurierung“). Die parallele Verwaltungspraxis zur Weiterausschüttung von Auszahlungen einer KapGes., für die das stl. Einlagekonto als verwendet gilt (BMF v. 18.8.2009 – IV C 1 - S 1980 - 1/08/10019, 2009/0539738, BStBl. I 2009, 931, Rz. 93), wurde nicht in Abs. 4 übernommen. Derartige Weiterausschüttungen können nur noch als Substanzbeträge gem. Abs. 5 ausgekehrt werden (s. Anm. 25).

Begriff der Absetzungsbeträge (Abs. 4 Satz 1):

- ▶ *Einnahmen aus der Vermietung und Verpachtung von Grundstücken oder grundstücksgleichen Rechten:* Es handelt sich hierbei um Einnahmen, die zu Erträgen iSv. § 36 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 führen, der für den Einkünftebegriff in Abs. 1 maßgeblich ist (s. Anm. 5).
- ▶ *Soweit auf diese Einnahmen Absetzungen für Abnutzungen oder Substanzverringern entfallen:* Können von diesen Einnahmen jedoch nach Maßgabe von § 39 Abs. 1 AfA oder AfS abgezogen werden, liegen keine stbaren Einkünfte und somit auch keine ausgeschütteten Erträge iSv. Abs. 1 vor.
- ▶ *Objektbezogene Ermittlung:* Die Absetzungsbeträge sind für jedes Objekt iSv. § 2 BewG getrennt zu ermitteln (Entwurf BMF v. 16.12.2019 – IV C 1 - S 1980 - 1/19/10008:005, Rz. 35.28).
- ▶ *Ausgeschüttet:* Gleichwohl können die entsprechenden Liquiditätsüberschüsse ausgeschüttet werden. Da keine ausgeschütteten Erträge vorliegen, könnten Substanzbeträge bei entsprechenden Liquiditätsausschüttungen ohne die Regelung in Abs. 4 nur dann als verwendet gelten, wenn keine anderen ausgeschütteten oder ausschüttungsgleichen Erträge des laufenden und aller vorherigen Geschäftsjahre vorhanden sind. Abs. 4 sichert somit (iVm. Abs. 2 Satz 1) die bisherige Verwaltungspraxis eines „Direktzugriffs“ gesetzlich ab.

Rechtsfolge des Abs. 4:

- ▶ *Legaldefinition:* Da es sich bei Abs. 4 um eine Legaldefinition handelt, ist die primäre Rechtsfolge, dass Absetzungsbeträge vorliegen. Ferner erhöhen während der Besitzzeit des Anlegers zugeflossene Absetzungsbeträge den Gewinn aus der Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen (§ 49 Abs. 3 Satz 4, s. § 49 Anm. 15). In mehrstufigen Strukturen können Absetzungsbeträge, die einem Dach-Spezial-Investmentfonds zufließen, von diesem unter den Voraussetzungen von Abs. 4 Satz 2 ebenfalls als Absetzungsbeträge ausgeschüttet werden (§ 37 Abs. 3 Satz 1).
- ▶ *Ausschüttungsfrist (Abs. 4 Satz 2):* Die weiteren Rechtsfolgen ergeben sich aus der Verwendungsreihenfolge in Abs. 2 (s. dazu auch das Beispiel in BTDrucks. 18/8045, 103). Eine stfreie Ausschüttung von Absetzungsbeträgen gem. Abs. 2 Satz 1 ist aber nur unter weiteren Voraussetzungen möglich.
 - ▷ *Geschäftsjahr der Entstehung:* Die Absetzungsbeträge müssen im Geschäftsjahr ihrer Entstehung oder innerhalb von vier Monaten nach Ablauf dieses Geschäftsjahres ausgeschüttet werden. Danach sind uE die in einem Geschäftsjahr gem. § 38 vereinnahmten Einnahmen aus VuV und die verausgabten AfA und AfS zugrunde zu legen. Ferner müssen die Absetzungsbeträge innerhalb der Frist tatsächlich ausgeschüttet sein. Die bloße Fassung eines Ausschüttungsbeschlusses innerhalb dieser Frist dürfte nicht ausreichen.
 - ▷ *Ausschüttung zusammen mit den Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung:* Da es rein praktisch nicht möglich ist, die auf der Fondsausgangsseite ausgeschüttete Liquidität direkt bestimmten Einkünften auf der Fondseingangsseite zuzuordnen, muss diese Voraussetzung uE so verstanden werden, dass die Einnahmen aus VuV auch tatsächlich in Geld zugeflossen sind. Das kann in Fällen der periodengerechten Abgrenzung (§ 38 Abs. 3) oder wenn die betreffende Immobilie nur mittelbar über eine vermögensverwaltende PersGes. gehalten wird (§ 38 Abs. 5), problematisch sein. Unseres Erachtens sollte es aber ausreichen, wenn die entsprechenden Einnahmen nach Ablauf des Geschäftsjahres der Entstehung, aber noch vor der (rechtzeitigen) Ausschüttung durch den Spezial-Investmentfonds zufließen.
 - ▷ *Bei teilweiser Ausschüttung* soll nach Auffassung der FinVerw. eine verhältnismäßige Kürzung erfolgen (Entwurf BMF v. 16.12.2019 – IV C 1 - S 1980 - 1/19/10008:005, Rz. 35.29; glA Wenzel in Blümich, § 35 InvStG 2018 Rz. 26 [3/2020]). Dies ist uE abzulehnen. In der 1. Ausschüttungsgruppe gem. Abs. 2 hat der Spezial-Investmentfonds ein Wahlrecht, welche Beträge als verwendet gelten (s. Anm. 10). Er kann daher auch entscheiden, dass für eine Ausschüttung ausschließlich Absetzungsbeträge als verwendet gelten, sofern die übrigen Voraussetzungen von Abs. 4 Satz 2 vorliegen (glA Kloster in Moritz/Jesch/Mann, 2. Aufl. 2020, § 35 Rz. 62; krit auch Jetter/Willner in Beckmann/Scholtz/Vollmer, § 35 Rz. 15 [4/2020]).
 - ▷ *Ausschüttung nach Fristablauf:* Werden die betreffenden Beträge erst nach Fristablauf ausgeschüttet, handelt es sich nicht mehr um vorrangig (Abs. 2 Satz 1) zu verwendende Absetzungsbeträge. Ein Vortrag und eine spätere Ausschüttung sind nicht zulässig. Da es sich auch nicht um Erträge handelt, ist eine stfreie Ausschüttung nur noch als Substanzbeträge möglich, was wiederum voraussetzt, dass keine Erträge iSv. Abs. 2 Satz 2 vorhanden sind (Entwurf BMF v. 16.12.2019 – IV C 1 - S 1980 - 1/19/10008:005, Rz. 35.27).

- ▶ *Behandlung auf Ebene des Anlegers:* Bilanzierende Anleger haben einen passiven Ausgleichsposten in Höhe der Absetzungsbeträge in der StBil. zu bilden. Dieser Ausgleichsposten ist Bestandteil des WG Spezial-Investmentfondsanteil und ist im Fall einer Teilwertabschreibung buchwertmindernd zu berücksichtigen. Der passive Ausgleichsposten ist bei Veräußerung des Spezial-Investmentanteils entsprechend aufzulösen (Entwurf BMF v. 16.12.2019 – IV C 1 - S 1980 - 1/19/10008:005, Rz. 35.30 mit Beispielen in Rz. 35.31 ff.; glA BFH v. 1.7.2020 – XI R 10/18, FR 2021, 227, Rz. 19 ff. zum InvStG aF). Die Auffassung der FinVerw, wonach alternativ zur Bildung eines passiven Ausgleichspostens die AK oder die fortgeführten AK des Anlegers für den Spezial-Investmentanteil zu mindern seien (Entwurf BMF v. 16.12.2019 – IV C 1 - S 1980 - 1/19/10008:005, Rz. 35.30), dürfte aufgrund der Rspr. des BFH (BFH v. 1.7.2020 – XI R 10/18, FR 2021, 277, Rz. 18) nicht zu halten sein. Bei Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 3 EStG ist eine nochmalige Erfassung dieser Beträge auf geeignete Weise zu vermeiden.

21–24 Einstweilen frei.

25 G. Erläuterungen zu Abs. 5: Substanzbeträge

Verbleibende Beträge einer Ausschüttung: Die Substanzbeträge werden als Residualgröße einer Ausschüttung definiert (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 35.39). Die Vorschrift ist damit in gewisser Weise zirkulär, weil die Definition in Abs. 5 auf die Verwendungsreihenfolge in Abs. 2 zurückgreift, die aber ihrerseits eine Verwendungsfiktion für Substanzbeträge enthält. Um Inkonsistenzen zu vermeiden, müssen daher beide Vorschriften identisch ausgelegt werden.

- ▶ *Ausgeschüttete Erträge und ausschüttungsgleiche Erträge:* Zwar haben Abs. 2 und Abs. 5 einen nicht vollkommen identischen Wortlaut. Allerdings werden seit den Änderungen durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) in Abs. 5 „sämtliche Erträge des laufenden und aller vorherigen Geschäftsjahre“ (Abs. 2) abschließend aufgezählt, und zwar ausgeschüttete Erträge, ausgeschüttete ausschüttungsgleiche Erträgen der Vorjahre und stfrei thesaurierbare Kapitalerträge (§ 36 Abs. 2). Somit können ab VZ 2020 keine Substanzausschüttungen mehr erfolgen, solange noch thesaurierte stfrei thesaurierbare Kapitalerträge vorhanden sind (s. zur bisherigen Rechtslage *Stadler/Bindl*, DStR 2016, 1953 [1963]).
- ▶ *Bei Zurechnungsbeträgen, Immobilien-Zurechnungsbeträgen und Absetzungsbeträgen* bestehen keine vergleichbaren Probleme.
- ▶ *Einlagenrückgewähr (Fondseingangsseite):* Hält ein Spezial-Investmentfonds Anteile an einer KapGes. und schüttet diese Beträge aus, die als Einlagenrückgewähr gelten (§ 27 KStG), so bestand nach Auffassung der FinVerw. auch insoweit ein „Direktzugriff“, dh. diese Beträge konnten stfrei weiterausgeschüttet werden (BMF v. 18.8.2009 – IV C 1 - S 1980 - 1/08/10019, 2009/0539738, BStBl. I 2009, 931, Rz. 93). Dies ist nun nicht mehr möglich. Eine steuerneutrale Weiterausschüttung einer bezogenen Einlagenrückgewähr ist nur möglich, wenn keine weiteren Zurechnungsbeträge, Immobilien-Zurechnungsbeträge, Absetzungsbeträge oder Erträge vorhanden sind (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 35.4, 35.40; *Wenzel in Blümich*, § 35 InvStG 2018 Rz. 29 [3/2020]; *Kloster in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 35 Rz. 67; *Höring in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 35 Rz. 59 [3/2021]).

- ▶ *Anlegerbezogene Ermittlung*: Aufgrund der besitzzeitanteiligen Zuordnung von Erträgen (Abs. 7, s. Anm. 35) kann es zu individuell unterschiedlichen Substanzbeträgen kommen (Abs. 6). Daher sind letztlich auch die für die Ausschüttung verwendeten Ertragsarten jeweils individuell für jeden Anleger zu bestimmen (s. Anm. 30).

Rechtsfolge des Abs. 5:

- ▶ *Legaldefinition*: Da es sich bei Abs. 5 um eine Legaldefinition handelt, ist die primäre Rechtsfolge, dass Substanzbeträge vorliegen. Die weiteren Rechtsfolgen ergeben sich aus der Verwendungsreihenfolge in Abs. 2, wobei aufgrund der Verknüpfung beider Normen nie mehr Substanzbeträge vorliegen können, als für die Ausschüttung als verwendet gelten.
- ▶ *Anlegerebene*: Auf Ebene der Anleger mindern ausgekehrte Substanzbeträge die (fortgeführten) AK der Spezial-Investmentanteile. Bilanzierende Anleger können stattdessen auch einen passiven Ausgleichsposten bilden (*Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 35 InvStG 2018 Rz. 3; *Kloster in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 35 Rz. 69; *Stadler/Bindl*, DStR 2016, 1953 [1963]; vgl. auch BMF v. 18.8.2009 – IV C 1 - S 1980 - 1/08/10019, 2009/0539738, BStBl. I 2009, 931, Rz. 16a zum InvStG aF). Ferner erhöhen während der Besitzzzeit des Anlegers zugeflossene Substanzbeträge den Gewinn aus der Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen (§ 49 Abs. 3 Satz 4; glA *Höring* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 35 Rz. 59 [3/2021]; s. § 49 Anm. 15).

Einstweilen frei.

26–29

H. Erläuterungen zu Abs. 6: Fiktive Substanzauskehrung

30

An einen Anleger ausgeschüttete Erträge: Erfasst sind ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge, die tatsächlich an den Anleger ausgeschüttet werden.

Zeiträume, zu denen der Anleger nicht beteiligt war: Es muss sich um Erträge handeln, die auf Zeiträume entfallen, in denen der Anleger nicht am Spezial-Investmentfonds beteiligt war. In der Hauptsache dürfte es sich dabei um ausgeschüttete ausschüttungsgleiche Erträge der Vorjahre handeln. Je nach Beitritts- und Ausschüttungszeitpunkt kommen aber auch ausgeschüttete Erträge des abgelaufenen oder des laufenden Geschäftsjahres in Betracht. Die Einzelheiten der besitzzeitanteiligen Zurechnung ergeben sich aus dem Verweis auf § 36 Abs. 4 Satz 1 in Abs. 7.

Rechtsfolge des Abs. 6:

- ▶ *Substanzauskehrung*: Im Hinblick auf den betreffenden Anleger gilt die Ausschüttung insoweit als Substanzauskehrung. Damit wird die Ausschüttungsreihenfolge des Abs. 2 für diesen Anleger durchbrochen. Im Erg. müssen die Substanzbeträge daher für jeden Anleger individuell ermittelt werden (s. Anm. 35). Dies dürfte erhebliche Anforderungen an das Fondsreporting stellen (*Wenzel in Blümich*, § 35 InvStG 2018 Rz. 35 [3/2020]; s. zum Ganzen BMF, Anwendungsfragen, Rz. 35.39f. mit Berechnungsbeispielen).
- ▶ *Anlegerebene*: Auf Anlegerebene greifen die Folgen einer Substanzauskehrung gem. Abs. 5, insbes. eine Minderung der AK, ein (s. Anm. 20). Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass im Erwerbszeitpunkt noch nicht ausgeschüttete Erträge im Erwerbspreis enthalten sind. Werden diese ausgeschüttet, werden

letztlich AK zurückgewährt. Bei bilanzierenden Anlegern wäre ohne die Regelung in Abs. 6 in diesen Fällen eine ausschüttungsbedingte Teilwertabschreibung vorzunehmen. Abs. 6 ersetzt daher uE auch die bisherige Behandlung von beim Erwerb gezahlten Zwischengewinnen iSv. § 1 Abs. 4 InvStG aF (s. dazu BMF v. 18.8.2009 – IV C 1 - S 1980 - 1/08/10019, 2009/0539738, BStBl. I 2009, 931, Rz. 21a), die allerdings wie die gesamte Zwischengewinnbesteuerung weggefallen ist.

- ▶ *Missbrauchsabwehr*: Der Gesetzgeber wollte mit der Regelung in Abs. 6 allerdings auch Gestaltungspotential dergestalt verringern, dass vor der Ausschüttung von Erträgen oder vor dem Entstehen von ausschüttungsgleichen Erträgen ein voll stpfl. Anleger seine Spezial-Investmentanteile auf einen stbegünstigten Anleger überträgt (BTDrucks. 18/8045, 104).

31–34 Einstweilen frei.

35 I. Erläuterungen zu Abs. 7: Besitzzeitanteilige Zurechnung

Abs. 7 verweist auf § 36 Abs. 4 Satz 1. Dieser regelt eine besitzzeitanteilige Zuordnung bei der Ermittlung der ausschüttungsgleichen Erträge. „Entsprechend anzuwenden“ bedeutet, dass nur solche Erträge als ausgeschüttete Erträge an einen Anleger ausgeschüttet werden können, die dem Spezial-Investmentfonds während der Besitzzeit des Anlegers zugeflossen sind (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 35.39). Die Regelung hat uE deklaratorischen Charakter (glA BTDrucks. 19/13436). Im Erg. führt dies dazu, dass sämtliche nach § 35 relevanten Merkmale individuell für jeden Anleger ermittelt werden müssen (s. dazu im Einzelnen § 36 Anm. 20).

§ 36 Ausschüttungsgleiche Erträge

idF des InvStG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731), zuletzt geändert durch WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17)

(1) ¹Ausschüttungsgleiche Erträge sind die folgenden nach den §§ 37 bis 41 ermittelten positiven Einkünfte, die von einem Spezial-Investmentfonds nicht zur Ausschüttung verwendet werden:

1. Kapitalerträge nach § 20 des Einkommensteuergesetzes mit Ausnahme der steuerfrei thesaurierbaren Kapitalerträge,
2. Erträge aus der Vermietung und Verpachtung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten sowie Gewinne aus der Veräußerung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten und
3. sonstige Erträge.

²Keine ausschüttungsgleichen Erträge sind die inländischen Beteiligungseinnahmen und die sonstigen inländischen Einkünfte mit Steuerabzug, wenn die Transparenzoption nach § 30 wahrgenommen wurde.

(2) Steuerfrei thesaurierbare Kapitalerträge sind

1. Erträge aus Stillhalterprämien nach § 20 Absatz 1 Nummer 11 des Einkommensteuergesetzes,
2. Gewinne nach § 20 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1, 3 und 7 des Einkommensteuergesetzes; ausgenommen sind Erträge aus Swap-Verträgen, soweit sich die Höhe der getauschten Zahlungsströme nach Kapitalerträgen nach § 20 Absatz 1 Nummer 1 oder Nummer 7 des Einkommensteuergesetzes bestimmt, und
3. Gewinne aus der Veräußerung von Investmentanteilen und Spezial-Investmentanteilen.

(3) Sonstige Erträge sind Einkünfte, die nicht unter die §§ 20, 21 und 23 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 des Einkommensteuergesetzes fallen.

(4) ¹Die ausschüttungsgleichen Erträge sind nach § 37 mit der Maßgabe zu ermitteln, dass Einnahmen und Werbungskosten insoweit den Anlegern zugeordnet werden, wie diese zum Zeitpunkt des Zuflusses der Einnahmen oder des Abflusses der Werbungskosten Spezial-Investmentanteile an dem Spezial-Investmentfonds halten. ²Die ausschüttungsgleichen Erträge gelten mit dem Ablauf des Geschäftsjahres als zugeflossen, in dem sie vereinnahmt worden sind. ³Bei einer Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen vor Ablauf des Geschäftsjahres gelten die ausschüttungsgleichen Erträge im Zeitpunkt der Veräußerung als zugeflossen. ⁴Bei Teilausschüttung der in den Absätzen 1 und 5 genannten Erträge innerhalb von vier Monaten nach Ablauf des Geschäftsjahres sind die ausschüttungsgleichen Erträge dem Anleger abweichend von Satz 2 im Zeitpunkt der Teilausschüttung zuzurechnen. ⁵Reicht die Ausschüttung nicht aus, um die Kapitalertragsteuer gemäß § 50 einschließlich der bundes- oder landesgesetzlich geregelten Zuschlagsteuern zur Kapitalertragsteuer gegenüber sämtlichen, am Ende des Geschäftsjahres beteiligten Anlegern einzubehalten, gilt auch die Teilausschüttung den Anlegern mit dem Ablauf des Geschäftsjahres, in dem die Erträge vom Spezial-Investmentfonds erzielt worden sind, als zugeflossen und für den Steuerabzug als ausschüttungsgleicher Ertrag.

(5) ¹Die steuerfrei thesaurierbaren Kapitalerträge gelten mit Ablauf des 15. Geschäftsjahres nach dem Geschäftsjahr der Vereinnahmung als ausschüttungsgleiche Erträge und zu diesem Zeitpunkt als zugeflossen, soweit sie die Verluste der Vorjahre übersteigen und nicht bis zum Ende des 15. Geschäftsjahres oder in den vorherigen Geschäftsjahren ausgeschüttet wurden. ²Absatz 4 ist auf die steuerfrei thesaurierbaren Kapitalerträge nicht anzuwenden.

(6) Wird nicht spätestens vier Monate nach Ablauf des Geschäftsjahres des Spezial-Investmentfonds eine Ausschüttung der Erträge des abgelaufenen Geschäftsjahres vorgenommen, so gelten diese Erträge als nicht zur Ausschüttung verwendet.

Autor: Ronald Buge, Rechtsanwalt, POELLATH, Berlin

Mitherausgeber: Dr. Martin Klein, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 36	1	E. Erläuterungen zu Abs. 4: Zurechnung und Zufluss	20
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Ausschüttungsgleiche Erträge	5	F. Erläuterungen zu Abs. 5: Zuflussfiktion bei steuerfrei thesaurierbaren Kapitalerträgen	25
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Steuerfrei thesaurierbare Kapitalerträge	10	G. Erläuterungen zu Abs. 6: Nichtausschüttungsfiktion	30
D. Erläuterungen zu Abs. 3: Sonstige Erträge	15		

1 A. Allgemeine Erläuterungen zu § 36

Grundinformation zu § 36: § 36 regelt die Ermittlung der ausschüttungsgleichen Erträge und der nicht zu den ausschüttungsgleichen Erträgen gehörenden stfrei thesaurierbaren Kapitalerträge.

Abs. 1 definiert die ausschüttungsgleichen Erträge. Abs. 2 definiert die nicht zu den ausschüttungsgleichen Erträgen gehörenden stfrei thesaurierbaren Kapitalerträge. Abs. 3 definiert die zu den ausschüttungsgleichen Erträgen gehörenden sonstigen Erträge. Abs. 4 regelt eine besitzzeitanteilige Zurechnung sowie Besonderheiten des Zuflusses von ausschüttungsgleichen Erträgen bei Veräußerung der Spezial-Investmentanteile. Abs. 5 enthält eine Zuflussfiktion für thesaurierte stfrei thesaurierbare Kapitalerträge. Abs. 6 enthält eine Nichtausschüttungsfiktion, wenn innerhalb der ersten vier Monate nach Ende eines Geschäftsjahres keine Ausschüttungen vorgenommen werden.

Rechtsentwicklung des § 36: § 36 knüpft an die Begrifflichkeit der ausschüttungsgleichen Erträge iSv. § 1 Abs. 3 Satz 3 InvStG aF an. Die stfrei thesaurierbaren Kapitalerträge greifen die in § 1 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 InvStG aF geregelten Fälle auf, in denen keine ausschüttungsgleichen Erträge vorlagen. Dabei wird allerdings die Unterscheidung zwischen finanzinnovativen Gestaltungen und „echten“ Veräußerungsgewinnen (§ 1 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 Buchst. a–f InvStG aF) zugunsten der neu

eingeführten Ausschüttungsfiktion in Abs. 5 aufgegeben. Abs. 3 definiert erstmals den Begriff der sonstigen Erträge, der zwar bereits im bisherigen Recht verwendet, dort aber gesetzlich nicht definiert war. Abs. 4 Satz 2 entspricht § 2 Abs. 1 Satz 2 InvStG aF. Abs. 4 Satz 3 enthält eine besondere Zuflussfiktion für ausschüttungsgleiche Erträge bei Veräußerung der Spezial-Investmentserträge. Damit und mit dem neu eingefügten Abs. 4 Satz 1 wird der bisherige Ertragsausgleich (§ 9 InvStG aF) ersetzt. Abs. 4 Sätze 4 und 5 betreffen den KapErtrStAbzug bei Teilausschüttung und entsprechen § 2 Abs. 1 Sätze 3 und 4 InvStG aF. Abs. 6 entspricht § 1 Abs. 3 Satz 5 InvStG aF, wobei allerdings nunmehr auf die tatsächliche Ausschüttung und nicht mehr auf den Ausschüttungsbeschluss abgestellt wird. Ohne Vorbild im bisherigen Recht ist Abs. 4, der den Ertragsausgleich (§ 9 InvStG aF) ersetzt.

- ▶ *WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019* (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17): Mit dem WElektroMobFördG („JStG 2019“) wurden in Abs. 4 die Regelungen zum Zufluss ausschüttungsgleicher Erträge im Zeitpunkt der Veräußerung der Spezial-Investmentserträge eingefügt (zuvor galt auch in diesem Fall ein Zufluss am Ende des Geschäftsjahres). Ferner wurden mit den die Teilausschüttung betreffenden Abs. 4 Sätze 4 und 5 das nach § 2 Abs. 1 Sätze 3 und 4 InvStG aF geltende Konzept für Teilausschüttungen wieder eingeführt.

Bedeutung des § 36: § 36 definiert mit dem Begriff der ausschüttungsgleichen Erträge einen weiteren zentralen Begriff der Besteuerung von Anlegern eines Spezial-Investmentfonds und ergänzt damit § 35. Die ausschüttungsgleichen Erträge sind auch ein zentrales Element des Transparenzprinzips, denn anders als beim Trennungsprinzip, bei dem der Anteilseigner nur im Fall der Gewinnausschüttung und auch nur in Höhe dieser Gewinnausschüttung Einkünfte erzielt, rechnet § 36 den Anlegern Erträge auch ohne Ausschüttung zu. Diese Transparenz wird jedoch durch die Möglichkeit zur teilweisen steuerfreien Thesaurierung von bestimmten Kapitalerträgen (Abs. 2) durchbrochen.

Verhältnis des § 36 zu anderen Vorschriften:

- ▶ *Verhältnis zu § 6 iVm. § 29 Abs. 1:* Wenn in Abschnitt 2 von Einkünften des Spezial-Investmentfonds die Rede ist, sind damit nicht die gem. § 6 iVm. § 29 Abs. 1 stbaren Einkünfte gemeint. Zur Ermittlung der ausschüttungsgleichen Erträge erfolgt vielmehr eine virtuelle Ermittlung von Einkünften des Spezial-Investmentfonds unter Zugrundelegung des Welteinkommensprinzips (s. Anm. 5, 15).
- ▶ *Verhältnis zu § 30:* Abs. 2 Satz 1 regelt systematisch zutr., dass Zurechnungsbeträge iSv. § 35 Abs. 3 nicht zu den ausschüttungsgleichen Erträgen gehören, ohne allerdings den Begriff „Zurechnungsbeträge“ zu verwenden.
- ▶ *Verhältnis zu § 33:* § 33 kennt zwar auch die § 30 nachgebildete Immobilien-Transparenzoption. Die im Rahmen der Immobilien-Transparenzoption den Anlegern zugerechneten Erträge werden allerdings nicht von Abs. 2 Satz 1 erfasst. Dies ist gleichwohl aus systematischen Gründen geboten (s. Anm. 10; § 33 Anm. 15).
- ▶ *Verhältnis zu § 34:* Abs. 1 konkretisiert § 34 Abs. 1 Nr. 2.
- ▶ *Verhältnis zu § 35:* Den ausschüttungsgleichen Erträgen liegen ebenso wie den ausgeschütteten Erträgen zunächst die gem. §§ 37–41 ermittelten Einkünfte des Spezial-Investmentfonds zugrunde. Dieser Gleichlauf wird lediglich durch die Besonderheit der steuerneutral thesaurierbaren Kapitalerträge (Abs. 2) durch-

brochen. Anders als § 35 benennt § 36 ausdrücklich die für Zwecke der Ertragsermittlung stbaren Einkünfte. Dies gilt auch für § 35 (s. § 35 Anm. 5). § 35 Abs. 5 regelt ähnlich wie § 36 Abs. 6 eine besitzzeitanteilige Zurechnung.

- ▶ *Verhältnis zu §§ 37 bis 41:* §§ 37 bis 41 stellen die Grundlage für die Ermittlung der ausschüttungsgleichen (und der ausgeschütteten) Erträge dar.
- ▶ *Verhältnis zu §§ 42, 43:* §§ 42, 43 stellen ausschüttungsgleiche (und ausgeschüttete) Erträge auf Anlegerebene ganz oder teilweise stfrei.
- ▶ *Verhältnis zu § 49:* Während der Besitztzeit versteuerte ausschüttungsgleiche Erträge mindern den Veräußerungsgewinn (§ 49 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1). Werden die ausschüttungsgleichen Erträge in einem späteren Geschäftsjahr während der Besitztzeit ausgeschüttet, sind sie dem Veräußerungserlös wieder hinzuzurechnen (§ 49 Abs. 3 Satz 3; s. zum Ganzen § 49 Anm. 15).
- ▶ *Verhältnis zu § 51:* Die Besteuerungsgrundlagen gem. § 35 sind gesondert und einheitlich festzustellen.

Anwendungsbereich des § 36:

- ▶ *Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich:* § 36 gilt für in- und ausländ. Spezial-Investmentfonds und deren Anleger sowie gem. § 53 für Altersvorsorgevermögensfonds und deren Anleger.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* Wie das gesamte neugefasste InvStG gilt § 36 ab dem 1.1.2018 (Art. 11 Abs. 3 InvStRefG). Die Neuregelungen durch das WElektro-MobFördG („JStG 2019“) sind ab dem 1.1.2020 anzuwenden (§ 57 Abs. 1 Satz 1 Nr. 11).

2–4 Einstweilen frei.

5 B. Erläuterungen zu Abs. 1: Ausschüttungsgleiche Erträge

Nach §§ 37 bis 41 ermittelte positive Einkünfte (Abs. 1 Satz 1): Ausgangspunkt für die Ermittlung der ausschüttungsgleichen Erträge sind die nach §§ 37–41 ermittelten Einkünfte. Insoweit bestehen keine Unterschiede zu § 35, weil beiden Vorschriften im Grundsatz der gleiche Ertragsbegriff zugrunde liegt (*Kloster in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 36 Rz. 15, 20; *Berger in Berger/Steck/Lübbehüsen*, 2010, § 1 Rz. 269; vgl. auch § 35 Anm. 5). Ebenso wie bei § 35 handelt es sich auch bei § 36 um eine Regelung zu einer lediglich virtuellen Einkünfteermittlung, die dem Zweck dient, die ausschüttungsgleichen (und ausgeschütteten) Erträge zu ermitteln. Die so ermittelten Einkünfte sind nicht auf Ebene des Spezial-Investmentfonds zu versteuern. Ob und inwieweit der Spezial-Investmentfonds Einkünfte zu versteuern hat, richtet sich ausschließlich nach §§ 6, 7 iVm. § 29 Abs. 1 sowie §§ 30, 33.

- ▶ *Erfasste Einkünfte:* Anders als § 35 benennt § 36 ausdrücklich, welche Einkünfte auf Ebene des Spezial-Investmentfonds für Zwecke der Ermittlung der ausschüttungsgleichen Erträge erfasst werden. Aus der Gesamtschau mit Abs. 3 ergibt sich, dass dabei sämtliche Einkünfte iSv. § 2 Abs. 1 EStG zu erfassen sind und das Welteinkommensprinzip gilt (s. Anm. 15).
 - ▷ *Kapitalerträge (Abs. 1 Satz 1 Nr. 1):* Hiervon sind sämtliche Einkünfte aus Kapitalvermögen iSv. § 20 EStG mit Ausnahme der stfrei thesaurierbaren Kapitalerträge iSv. Abs. 2 erfasst. Dazu gehören ferner die kraft Verweisung den Einkünften iSv. § 20 Abs. 1 EStG zugeordneten Ausschüttungen von

REIT-AG und von anderen REIT-Körperschaften, -Personenvereinigungen oder -Vermögensmassen (§ 19 Abs. 1 REITG) sowie Hinzurechnungsbeiträge (§ 10 Abs. 2 Satz 1 AStG; vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.6). Ferner gehören auch Gewinne aus der Veräußerung partiarischer Darlehen und aus der Vereinnahmung des Auseinandersetzungsguthabens bei einer stillen Beteiligung (§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4, Satz 2 Halbs. 2 EStG) zu den ausschüttungsgleichen Erträgen, weil diese Einkünfte nicht von Abs. 2 Nr. 2 erfasst werden (*Kloster in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 36 Rz. 24). Die Vorschrift entspricht damit § 1 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 InvStG aF, enthält allerdings nicht mehr die in § 1 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 Buchst. a–f InvStG aF geregelten (Rück-)Ausnahmen.

- ▷ *Insbesondere Spezial-Investmenterträge*: Da Spezial-Investmenterträge zu den Einnahmen iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 3a EStG gehören, stellen sie auf Ebene eines Dach-Spezial-Investmentfonds bei Thesaurierung gem. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 grds. ausschüttungsgleiche Erträge dar. Das gilt jedoch im Erg. nur für ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge eines Ziel-Spezial-Investmentfonds, weil Gewinne aus der Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen gem. Abs. 2 Nr. 3 zu den stfrei thesaurierbaren Kapitalerträgen gehören (s. Anm. 10). Spezial-Investmenterträgen kommt bei mehrstufigen Strukturen jedoch eine „Doppelnatur“ zu: Sie behalten darüber hinaus für die Zwecke der Anlegerbesteuerung des Dach-Spezial-Investmentfonds ihren durch die originäre Einkunftsquelle des Ziel-Spezial-Investmentfonds bestimmten Ertragscharakter bei (doppelte bzw. mehrfache Semi-Transparenz; vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.7, 36.9).
- ▷ *Immobilienenerträge (Abs. 1 Satz 1 Nr. 2)*: Die Vorschrift geht über den bisherigen § 1 Abs. 3 Satz 3 Nr. 2 InvStG aF insoweit hinaus, als nunmehr auch Gewinne aus der Veräußerung von Grundstücken und grundstückgleichen Rechten außerhalb der Zehn-Jahres-Frist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG erfasst werden (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.12; zum Hintergrund s. BTDrucks. 18/8045, 105). Die Formulierung ist an § 6 Abs. 4 Satz 1 angepasst. Auf die Erläuterungen zu § 6 kann daher verwiesen werden (s. § 6 Anm. 25). Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 erfasst allerdings anders als § 6 Abs. 4 auch ausländ. Immobilienenerträge (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.14; *Jetter/Stadler in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 36 Rz. 11 [10/2020]; Welteinkommensprinzip, s. Anm. 15). In Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 fehlt allerdings eine § 6 Abs. 4 Satz 3 vergleichbare Regelung, wonach Wertveränderungen vor dem 1.1.2018 stfrei sind, wenn der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung mehr als zehn Jahre beträgt. Die FinVerw. will diese Regelung gleichwohl auch für Zwecke der §§ 37 ff. anwenden (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.13, 56.37). Unseres Erachtens ist dies verfassungsrechtl. geboten (vgl. auch *Jetter/Stadler in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 36 Rz. 12 [10/2020]; aA *Kloster in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 36 Rz. 27 f.).
- ▷ *Sonstige Erträge (Abs. 1 Satz 1 Nr. 3)*: Sonstige Erträge gehörten auch schon nach § 1 Abs. 3 Satz 3 Nr. 2 InvStG aF zu den ausschüttungsgleichen Erträgen. Sie sind jedoch nunmehr erstmals in Abs. 3 definiert (s. Anm. 15).
- ▶ *Positive Einkünfte*: Es werden nur positive Einkünfte als ausschüttungsgleiche Erträge erfasst. Verluste des Spezial-Investmentfonds können den Anlegern somit nicht zugerechnet werden. Diese werden vielmehr nach Maßgabe von § 41 mit positiven Erträgen des Spezial-Investmentfonds verrechnet. Bei bilanzieren-

den Anlegern sind aber ggf. Teilwertabschreibungen möglich (BTDrucks. 18/8045, 105; vgl. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.2).

Nicht zur Ausschüttung verwendet (Abs. 1 Satz 1): Entscheidend ist, dass die Erträge tatsächlich nicht ausgeschüttet, dh. thesauriert werden. Praktisch bedeutsamer dürfte allerdings die Fiktion in Abs. 6 sein. Werden Erträge nach Ablauf der Vier-Monats-Frist ausgeschüttet, so liegen gleichwohl ausschüttungsgleiche Erträge der Vorjahre vor, die nicht zu den ausgeschütteten Erträgen gehören und stfrei ausgeschüttet werden können (s. Anm. 30; § 35 Anm. 5).

Transparenzoption (Abs. 1 Satz 2):

- ▶ *Inländische Beteiligungseinnahmen und sonstige inländische Einkünfte mit Steuerabzug, wenn die Transparenzoption nach § 30 wahrgenommen wurde:* Siehe § 30 Anm. 1 ff. Diese gehören nicht zu den ausschüttungsgleichen Erträgen (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 30.18). Es ist nicht recht nachvollziehbar, warum der Gesetzgeber in Abs. 1 Satz 2 trotz identischen Wortlauts nicht auf den in § 35 Abs. 3 definierten Begriff „Zurechnungsbeträge“ zurückgegriffen hat. Die Regelung dürfte aber deklaratorischen Charakter haben, weil die inländ. Beteiligungseinnahmen und sonstigen inländ. Einkünfte mit StAbzug bei Ausübung der Transparenzoption bereits gar nicht mehr dem Spezial-Investmentfonds zuzurechnen sind und demzufolge auch nicht zu den Einkünften iSv. §§ 37 ff. gehören können (*Jetter/Stadler in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 36 Rz. 16 [10/2020]; s. auch § 35 Anm. 5).
- ▶ *Immobilien-Transparenzoption?* Bei Ausübung der Immobilien-Transparenzoption (§ 33 Abs. 3 Sätze 3 ff.) werden den Anlegern des Dach-Spezial-Investmentfonds die in den ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen des Ziel-Spezial-Investmentfonds enthaltenen inländ. Immobilienerträgen und sonstigen inländ. Einkünfte ohne StAbzug unmittelbar zugerechnet (s. § 33 Anm. 15). Vergleichbar der Situation bei der Transparenzoption gem. § 30 gehören sie damit jedenfalls nicht mehr zu den Einkünften iSv. §§ 37 ff. des Dach-Spezial-Investmentfonds (*Jetter/Stadler in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 36 Rz. 17 [10/2020]; s. auch § 35 Anm. 5) und können damit im Fall der Thesaurierung auf Ebene des Dach-Spezial-Investmentfonds auf Anlegerebene nicht mehr als ausschüttungsgleiche Erträge des Dach-Spezial-Investmentfonds erfasst werden. Die Auffassung der FinVerw., es handele sich nach wie vor um ausschüttungsgleiche Erträge, es ändere sich lediglich das Zurechnungssubjekt (so BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.17), ist daher unzutreffend. Zum einen trifft das nicht für sämtliche Anleger des Dach-Spezial-Investmentfonds zu (vgl. § 33 Abs. 3 Satz 4; s. § 33 Anm. 15). Zum anderen besteht wie dargelegt ein Unterschied zwischen zugerechneten ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen des Ziel-Spezial-Investmentfonds (soweit diese inländ. Immobilienerträge und sonstige inländ. Einkünfte ohne StAbzug enthalten) und den – aus Sicht des Anlegers für die Anwendung von § 36 relevanten – ausschüttungsgleichen Erträgen des Dach-Spezial-Investmentfonds. Eine gesetzgeberische Klarstellung wäre daher wünschenswert.

Rechtsfolgen des Abs. 1: Da Abs. 1 eine Legaldefinition ist, ist die primäre Rechtsfolge, dass es sich bei den in Satz 1 genannten Erträgen mit Ausnahme der stfrei thesaurierbaren Kapitalerträge (Abs. 2) und der Zurechnungsbeträge (Abs. 1 Satz 2) um ausschüttungsgleiche Erträge handelt. Die weiteren Rechtsfolgen ergeben sich insbes. aus § 34 Abs. 1 Nr. 2 und § 20 Abs. 1 Nr. 3a EStG. Bilanzierende Anleger haben zur Abbildung der ausschüttungsgleichen Erträge in der StBil. ei-

nen aktiven Ausgleichsposten zu bilden, der im Zeitpunkt der Veräußerung ergebnismindernd aufzulösen ist (s. dazu § 49 Anm. 15). Bei betrieblichen Anlegern, die eine Einnahmenüberschussrechnung vornehmen, ist ein entsprechender Merkposten aufzuzeichnen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.53).

Einstweilen frei.

6–9

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Steuerfrei thesaurierbare Kapitalerträge

10

Kapitalerträge: Abs. 2 erfasst nur Kapitalerträge, dh. Einkünfte aus Kapitalvermögen. Einkünfte iSv. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 oder 3 oder Teile davon können daher nicht stfrei thesauriert werden. Die Regelung entspricht damit aber im Grundsatz der bisherigen Regelung in § 1 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 InvStG aF, die ebenfalls nur Kapitalerträge erfasste.

Stillhalterprämien (Abs. 2 Nr. 1): Siehe § 20 EStG Anm. 400f. Stillhalterprämien gehörten schon bislang gem. § 1 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 InvStG aF nicht zu den ausschüttungsgleichen Erträgen.

Veräußerungsgewinne (Abs. 2 Nr. 2 und 3):

- ▶ *Gewinne* können auch Verluste sein (§ 2 Abs. 14). Veräußerungsverluste iSv. Abs. 2 Nr. 2 bilden aber einen eigenen Verrechnungskreis gem. § 41 Abs. 1 (vgl. BMF v. 18.8.2009 – IV C 1 - S 1980 - 1/08/10019, 2009/0539738, BStBl. I 2009, 931, Anhang 3, Kategorie 6 und 7 bzw. Kategorie 8 und 9; s. auch Anm. 25).
- ▶ § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, 3, 7 EStG (Abs. 2 Nr. 2): Es werden nicht sämtliche Veräußerungsgewinne iSv. § 20 Abs. 2 EStG, sondern nur diejenigen iSv. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, 3, 7 EStG erfasst (s. dazu § 20 Anm. 430 ff., 470 ff., 510 ff.). Unseres Erachtens liegen auch in den Fällen des § 17 EStG stfrei thesaurierbare Kapitalerträge vor, dh., § 20 Abs. 8 EStG bleibt für Zwecke von Abs. 2 Nr. 2 unberücksichtigt (glA *Jetter/Stadler in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 36 Rz. 21, 30 [10/2020]; aA *Kloster in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 36 Rz. 38; *Wenzel in Blümich*, § 36 InvStG 2018 Rz. 28 [3/2020]; s. Anm. 15). Wegen des Verweises auf § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG in § 19 Abs. 2 REITG gehört auch der Gewinn aus der Veräußerung von Aktien einer REIT-AG und Anteilen an anderen REIT-Körperschaften, -Personenvereinigungen und -Vermögensmassen zu den stfrei thesaurierbaren Kapitalerträgen. Dies entspricht im Grundsatz der bisherigen Rechtslage gem. § 1 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 InvStG aF. Wesentlicher Unterschied ist jedoch, dass die (Rück-)Ausnahmen in § 1 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 Buchst. a–f InvStG aF, mit denen sog. finanzinnovative Gestaltungen als ausschüttungsgleiche Erträge erfasst werden sollten, nicht in das neue Recht übernommen wurden. Somit gehören nunmehr auch derartige Erträge zu den stfrei thesaurierbaren Kapitalerträgen und nicht mehr zu den ausschüttungsgleichen Erträgen. Der Gesetzgeber wollte auf diese komplexe Unterscheidung aus Gründen der Vereinfachung verzichten (BTDrucks. 18/8045, 105f.). Beweggrund dürfte sicher auch gewesen sein, dass aufgrund der Zuflussfiktion in Abs. 5 keine dauerhafte Thesaurierung mehr möglich ist. Dies gilt allerdings nicht für im Veräußerungserlös enthaltene Stückzinsen, weil Zinsen periodengerecht abzugrenzen (vgl. § 38 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1, Abs. 8) und daher als ausschüttungsgleiche Erträge zu erfassen sind (*Jetter/Stadler in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 36 Rz. 25 [10/2020]).

- ▶ *Swaps (Abs. 2 Nr. 2):* Eine Rückausnahme ist hingegen für Einkünfte aus Swap-Verträgen vorgesehen, bei der sich die Höhe der getauschten Zahlungsströme nach Kapitalerträgen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 oder 7 EStG bestimmt. Der Gesetzgeber will hiermit Umgehungsgestaltungen vermeiden (BTDrucks. 18/8045, 106). Der Sache nach handelt es sich um Aktien- und Zinsswaps, aus denen Einkünfte gem. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG erzielt werden (s. § 20 Anm. 481), die an sich unter die stfrei thesaurierbaren Kapitalerträge fallen würden. Es muss sich um Erträge aus Swap-Verträgen handeln, die bei wirtschaftlicher Betrachtung ein Surrogat für Zinsen oder Dividenden darstellen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.22). Sie sind in der Kategorie 1 der Anlage 1 zu BMF, Anwendungsfragen, Rz. 37.5 ff (Ertragskategorien) zu erfassen. Zinsurrogate sind allerdings nicht im Rahmen der Zinsschranke (§ 46 Abs. 1 Satz 1) zu erfassen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.24), ebenso Dividendensurrogate nicht als Kapitalerträge iSv. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 und 9 EStG im Rahmen von § 42 (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.25). Demzufolge können positive und negative Zahlungsströme aus derartigen Swaps auch uneingeschränkt verrechnet werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.26). Aktienswaps bilden idR neben dem Dividendenrisiko auch das Kursrisiko ab. Auch bei Zinsswaps können die Leistungen von der Wertentwicklung des Basiswerts abhängen. Insoweit muss eine Aufteilung vorgenommen werden (vgl. BTDrucks. 18/8045, 106; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.27, s. zum Ganzen auch die Beispiele in Rz. 36.28 ff.).
- ▶ *(Spezial-)Investmentanteile (Abs. 2 Nr. 3):* Gewinne aus der Veräußerung von (Spezial-)Investmentanteilen und Anteilen an Kapital-Investitionsgesellschaften fielen schon bislang nicht unter die ausschüttungsgleichen Erträge, weil sie zu den Einkünften iSv. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG gehörten (vgl. § 8 Abs. 5 Satz 1, § 19 Abs. 3 Satz 1 InvStG aF). Abs. 2 Nr. 3 stellt insoweit keine Neuregelung dar. Erfasst werden nur Einkünfte iSv. § 16 Abs. 1 Nr. 3 iVm. § 19 und § 34 Abs. 1 Nr. 3 iVm. § 49. Laufende Einkünfte, dh. Ausschüttungen und Vorabpauschalen eines anderen Investmentfonds (§ 16 Abs. 1 Nr. 1, 2 iVm. § 18) bzw. ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge eines Ziel-Spezial-Investmentfonds (§ 34 Abs. 1 Nr. 1, 2 iVm. §§ 35, 36) gehören nicht zu den stfrei thesaurierbaren Erträgen (s. Anm. 5). Werden die Veräußerungsgewinne ausgeschüttet, stellen sie ausgeschüttete Erträge dar (s. § 35 Anm. 5) und gehören damit auf Ebene des vereinnahmenden Dach-Spezial-Investmentfonds im Fall der Thesaurierung zu den ausschüttungsgleichen Erträgen (s. Anm. 5), können also auf Ebene des vereinnahmenden Dach-Spezial-Investmentfonds nicht mehr stfrei thesauriert werden. Gleiches gilt bei fiktivem Zufluss gem. Abs. 5 Satz 1, wobei es sich dann auf Ebene des Dach-Spezial-Investmentfonds um ausschüttungsgleiche Erträge handelt (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.8 mit Beispiel in Rz. 36.11). Die FinVerw. will es allerdings nicht beanstanden, wenn in Geschäftsjahren des Dach-Spezial-Investmentfonds, die vor dem 1.1.2022 enden, stfrei thesaurierbare Kapitalerträge, die von einem Ziel-Spezial-Investmentfonds an einen Dach-Spezial-Investmentfonds ausgeschüttet werden oder die einem Dach-Spezial-Investmentfonds aus einem Ziel-Spezial-Investmentfonds nach Abs. 5 Satz 1 als zugeflossen gelten, davon abweichend auf Ebene des Dach-Spezial-Investmentfonds den stfrei thesaurierbaren Kapitalerträgen und nicht den ausschüttungsgleichen Erträgen zugeordnet werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.10).

Einkünfteermittlung: Abs. 2 enthält – anders als Abs. 1 Satz 1 und § 35 Abs. 1 – keine Aussage, nach welchen Grundsätzen stfrei thesaurierte Kapitalerträge zu er-

mitteln sind; uE müssen auch insoweit §§ 37–41 gelten. Dies folgt zum einen daraus, dass ausgeschüttete Erträge auch die zu stfrei thesaurierbaren Kapitalerträgen führenden Einkünftebestandteile umfassen können. Zum anderen enthalten § 38 Abs. 2 und 3 ausdrückliche Regelungen über die Zuordnung von Kosten zu stfrei thesaurierbaren Kapitalerträgen (glA BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.19).

Rechtsfolge des Abs. 2: Da es sich bei Abs. 2 um eine Legaldefinition handelt, ist die primäre Rechtsfolge, dass stfrei thesaurierbare Kapitalerträge vorliegen. Die weiteren Rechtsfolgen ergeben sich insbes. aus Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, dh., die stfrei thesaurierbaren Kapitalerträgen gehören nicht zu den ausschüttungsgleichen Erträgen, und Abs. 5 (s. Anm. 25). Werden stfrei thesaurierbare Kapitalerträge vor Ablauf der 15-Jahres-Frist des Abs. 5 ausgeschüttet, handelt es sich um ausgeschüttete Erträge (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.21; s. § 35 Anm. 5).

Einstweilen frei.

11–14

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Sonstige Erträge

15

Obwohl der Begriff der sonstigen Erträge bereits im bisherigen Recht verwendet wurde (vgl. § 1 Abs. 3 Satz 2, Satz 3 Nr. 2 InvStG aF), fehlte bislang eine gesetzliche Definition. Einzelheiten waren umstritten.

Berger in Berger/Steck/Lübbehüsen, 2010, § 1 Rz. 308 ff.; *Bauderer/Mundel in Haase*, 2. Aufl. 2015, § 1 Rz. 317 f.; *Gottschling/Schatz in Moritz/Jesch*, 2015, § 1 Rz. 257 f. jeweils mwN; vgl. auch BMF v. 18.8.2009 – IV C 1 - S 1980 - 1/08/10019, 2009/0539738, BStBl. I 2009, 931, Rz. 14.

Abs. 3 enthält nunmehr erstmals eine Definition der sonstigen Erträge.

Einkünfte: Der Begriff „Einkünfte“ in Abs. 3 hat eine zentrale Bedeutung, da es sich bei den sonstigen Erträgen um einen Auffangtatbestand für die den ausschüttungsgleichen Erträgen zugrunde liegenden Einkünfte handelt. Er konkretisiert damit mittelbar auch den Begriff der nach §§ 37–41 ermittelten Einkünfte in Abs. 1, dh. der virtuell für Zwecke der Ermittlung der ausschüttungsgleichen (und der ausgeschütteten, vgl. § 35 Anm. 5) Erträge ermittelten Einkünfte des Spezial-Investmentfonds. Es handelt sich dabei um Einkünfte iSv. § 2 Abs. 1 Satz 1 EStG, dh. die weltweit erzielten Einkünfte des Spezial-Investmentfonds (Welteinkommensprinzip; vgl. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.39). Der Spezial-Investmentfonds wird somit für Zwecke der Ermittlung der ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge fiktiv wie ein unbeschränkt Stpfl. behandelt. Das § 6 iVm. § 29 Abs. 1 zugrunde liegende Inlandsprinzip spielt keine Rolle, weil es bei ausschüttungsgleichen (und ausgeschütteten) Erträgen nicht darum geht, welche Einkünfte auf Ebene des Spezial-Investmentfonds stbar und stpfl. sind, sondern um die Ermittlung der auf Anlegerebene stbaren und stpfl. ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge.

Keine Einkünfte gem. §§ 20, 21, 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG: Diese Einkünfte gehören nicht zu den sonstigen Erträgen, weil sie bereits anderweitig in Abs. 1 Satz 1 geregelt sind. Hieraus ergibt sich der subsidiäre Charakter der sonstigen Erträge.

- ▶ *Einkünfte aus Kapitalvermögen (§ 20 EStG)* fallen gem. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 unter die ausschüttungsgleichen Erträge, soweit es sich nicht um stfrei thesaurierbare Kapitalerträge (Abs. 2) handelt.
- ▶ *Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung (§ 21 EStG):* Einkünfte aus VuV von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten gehören nicht zu den

sonstigen Erträgen, weil sie in Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Var. 1 erwähnt sind. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Var. 1 verweist allerdings nicht auf § 21 EStG und ist enger als dieser. Einkünfte iSv. § 21 EStG, die nicht zu den Einkünften iSv. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Var. 1 gehören, sind damit keine sonstigen Erträge und auch keine ausschüttungsgleichen (oder ausgeschütteten) Erträge. Die praktische Relevanz dürfte allerdings eher gering sein, weil zB Schiffe (§ 21 Abs. 1 Nr. 1 EStG) oder Immaterialgüterrechte (§ 21 Abs. 1 Nr. 3 EStG) nicht zu den für Spezial-Investmentfonds zulässigen Vermögensgegenständen gehören (s. § 26 Anm. 25).

- ▶ *Grundstücksveräußerungsgewinne* (§ 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG): Gewinne aus der Veräußerung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten gehören nicht zu den sonstigen Erträgen, weil sie bereits in Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Var. 2 erwähnt sind. Auch Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Var. 2 verweist nicht auf § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG, ist aber weiter als dieser, weil er auch Veräußerungen außerhalb der 10-Jahres-Frist erfasst. Dies sollte unschädlich sein.
- ▶ *Verbleibende Anwendungsfälle:*
 - ▷ *Einkünfte aus Gewerbebetrieb* (§ 15 EStG) können sonstige Erträge sein. Allerdings dürfte eine gewerbliche Tätigkeit (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2 EStG) des Spezial-Investmentfonds idR ausgeschlossen sein, weil dieser die Voraussetzungen für die GewStBefreiung gem. § 15 Abs. 2 und 3 erfüllen muss (§ 26). Hierunter können aber Gewinnanteile einschließlich der Veräußerungsgewinne aus gewerblichen PersGes. (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG, ggf. iVm. §§ 15 Abs. 3, 16 EStG) fallen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.39f.; glA BMF v. 18.8.2009 – IV C 1 - S 1980 - 1/08/10019, 2009/0539738, BStBl. I 2009, 931, Rz. 14 zum bisherigen Recht). Soweit in den Gewinnanteilen aus einer gewerblichen PersGes. Einkünftebestandteile enthalten sind, die zu den stfrei thesaurierbaren Kapitalerträgen gehören (zB Kapitalerträge iSv. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 EStG), ist eine stfreie Thesaurierung iSv. Abs. 2 nicht möglich (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.40). Unseres Erachtens dürfte dies de lege lata zutr. sein. Gleichwohl sollte insoweit eine Gesetzesänderung erwogen werden (vgl. auch *Jetter/Stadler in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 36 Rz. 29 [10/2020]). Die FinVerw. will es nicht beanstanden, wenn in Geschäftsjahren des Spezial-Investmentfonds, die vor dem 1.1. 2022 enden, die in den Gewinnanteilen und Veräußerungsgewinnen aus gewerblichen PersGes. enthaltenen stfrei thesaurierbaren Kapitalerträge den stfrei thesaurierbaren Kapitalerträgen iSv. Abs. 2 InvStG und nicht den ausschüttungsgleichen Erträgen zugeordnet werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.40). Allerdings will die FinVerw. § 3 Nr. 40 EStG, § 8b KStG iVm. § 42 anwenden, soweit entsprechende Kapitalerträge in den Gewinnanteilen enthalten sind (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.40). Die gewerblichen Einkünfte können neben den anderen, nicht gewerblichen Einkünften bezogen werden (keine Infektion), insbes. ist der Spezial-Investmentfonds auch für Zwecke der Einkünfteermittlung gem. §§ 37–41 nicht kraft Rechtsform gewerblich. Die Einkünfte aus Gewerbebetrieb sind zudem nach § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG zu ermitteln (§ 37 Satz 1).
 - ▷ *Private Veräußerungsgeschäfte:* Da nur Gewinne iSv. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG ausgeschlossen sind, können Gewinne aus privaten Veräußerungsgeschäften iSv. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3 EStG sonstige Erträge sein. Dies ist namentlich bei Gewinnen aus der Veräußerung von Edelmetallen (§ 26 Nr. 4 Buchst. k) oder Fremdwährungsbeständen (§ 26 Nr. 4 Buchst. d) in-

nerhalb der Jahresfrist (§ 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG) denkbar (*Jetter/Stadler* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 36 Rz. 31 [10/2020]; s. dazu § 23 EStG Anm. 141 f.). Außerhalb der Jahresfrist sind derartige Gewinne nicht stbar, sofern kein Gewerbebetrieb vorliegt (s. dazu § 15 EStG Anm. 1170).

- ▷ *Sonstige Einkünfte gem. § 22 Nr. 3 EStG*: Von den sonstigen Einkünften kommen insbes. Einkünfte aus Wertpapierleihe oder Pensionsgeschäften in Betracht, allerdings nur, soweit diese auch nach § 22 Nr. 3 EStG stbar sind. § 2 Nr. 2 Halbs. 2 KStG ist nicht anwendbar. Zwar gehören Einkünfte gem. § 2 Nr. 2 Halbs. 2 KStG zu den inländ. Beteiligungseinnahmen (§ 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2). Die Einkünfte des Spezial-Investmentfonds werden für Zwecke der Ermittlung der ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge jedoch fiktiv so ermittelt, als ob der Spezial-Investmentfonds unbeschränkt stpfl. ist. Ferner können unter § 22 Nr. 3 EStG Einkünfte aus VuV von Betriebsvorrichtungen und Bewirtschaftungsgegenständen (§ 26 Nr. 4 Buchst. g) fallen (*Jetter/Stadler* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 36 Rz. 32 [10/2020]; vgl. auch *Berger* in *Berger/Steck/Lübbelohsen*, 2010, § 1 Rz. 284, 310 mwN).
- ▷ *Keine Tätigkeitseinkünfte*: Praktisch ausgeschlossen ist die Erzielung von Tätigkeitseinkünften gem. §§ 18, 19 EStG durch Spezial-Investmentfonds, eher fernliegend ebenso Einkünfte aus LuF (§ 13 EStG) oder Einkünfte iSv. § 22 Nr. 1, 1a, 4, 5 EStG.
- ▷ *Veräußerungsgewinne iSv. § 17 EStG* gehören hingegen nicht zu den sonstigen Erträgen (*Jetter/Stadler* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 36 Rz. 21, 30 [10/2020]; vgl. nunmehr auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.39; aA noch Entwurf BMF v. 16.12.2019 – IV C 1 - S 1980 - 1/19/10008:005, Rz. 36.35; ebenfalls aA *Kloster* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 36 Rz. 38; *Wenzel* in *Blümich*, § 36 InvStG 2018 Rz. 28 [3/2020]).

Rechtsfolge des Abs. 3: Da es sich bei Abs. 3 um eine Legaldefinition handelt, ist die primäre Rechtsfolge, dass sonstige Erträge vorliegen. Die weiteren Rechtsfolgen ergeben sich insbes. aus Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, dh., es liegen ausschüttungsgleiche Erträge vor.

Einstweilen frei.

16–19

E. Erläuterungen zu Abs. 4: Zurechnung und Zufluss

20

Besitzzeitanteilige Zurechnung (Abs. 4 Satz 1): Die Regelung in Abs. 4 Satz 1 soll den bisherigen Ertragsausgleich (§ 9 InvStG aF) und das damit verbundene Gestaltungspotenzial ersetzen (BTDrucks. 18/8045, 106).

- ▶ *Ausschüttungsgleiche Erträge*: Abs. 4 Satz 1 betrifft nur ausschüttungsgleiche Erträge iSv. Abs. 1 Satz 1. Auf ausschüttungsgleiche Erträge, die fiktiv aufgrund des Ablaufs der 15-Jahres-Frist aus thesaurierten stfrei thesaurierbaren Kapitalerträgen entstanden sind (Abs. 5 Satz 1), ist Abs. 4 Satz 1 nicht anzuwenden (Abs. 5 Satz 2).
- ▶ *Ermittlung gem. § 37*: Gemeint ist die Ermittlung der den ausschüttungsgleichen Erträgen zugrunde liegenden Einkünfte auf der Fondseingangsseite. Dass Abs. 4 Satz 1 nur § 37 erwähnt, nicht jedoch wie Abs. 1 Satz 1 die §§ 37–41, ist unschädlich (*Wenzel* in *Blümich*, § 36 InvStG 2018 Rz. 31 [3/2020]).

- ▶ *Halten von Spezial-Investmentanteilen:* Gemeint ist hiermit die Besitzzeit iSv. § 49, dh. der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung der Spezial-Investmentanteile (§ 49 Anm. 15).
- ▶ *Zufluss von Einnahmen/Abfluss von Werbungskosten:* Es kommt auf den Zufluss der Einnahmen und den Abfluss der WK auf Ebene des Spezial-Investmentfonds nach Maßgabe des durch § 38 modifizierten § 11 EStG an. Zu- und Abflussfiktionen sind dabei zu beachten.
- ▶ *Bei unterjährigem Hinzuerwerb* ist nach dem Hinzuerwerb keine getrennte (tranchenbezogene) Betrachtung hinsichtlich der Erträge erforderlich (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 35.47 f. mit Berechnungsbeispiel).
- ▶ *Rechtsfolge* ist die besitzzeitanteilige Zurechnung beim Anleger. Aus den ausschüttungsgleichen Erträgen eines Geschäftsjahres, die allerdings ausschließlich nach § 11 EStG iVm. § 38 ermittelt werden, müssen daher für jeden neu beigetretenen und jeden ausgeschiedenen Anleger diejenigen Einnahmen und WK herausgerechnet werden, die vor seinem Beitritt bzw. nach seinem Ausscheiden zu- bzw. abgefließen sind. Die Vorschrift stellt erhebliche Anforderungen an das Reporting des Spezial-Investmentfonds (*Wenzel in Blümich*, § 36 InvStG 2018 Rz. 32 [3/2020]).
- ▷ *Zeitpunktbezogene Betrachtungsweise:* Grundsätzlich gilt eine zeitpunktbezogene Betrachtungsweise, dh., es kommt auf den Tag des tatsächlichen oder fingierten Zu- oder Abflusses an (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 35.44). Dies gilt insbes. für Veräußerungsgewinne. Entscheidend ist somit lediglich, ob der Veräußerungsgewinn auf Ebene des Spezial-Investmentfonds nach dem Erwerb oder vor der Veräußerung durch den Anleger zugeflossen ist (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 35.51 f. mit Berechnungsbeispiel). Die Werte der vom Spezial-Investmentfonds gehaltenen Vermögensgegenstände spielen insoweit keine Rolle. Bei Dividenden ist ausschließlich maßgeblich, ob der Anleger am Tag des Gewinnverteilungsbeschlusses beteiligt ist. Alternativ kann bei Spezial-Investmentfonds, die die Transparenzoption nicht ausgeübt haben, auf den Tag nach dem Gewinnverteilungsbeschluss (sog. Ex-Tag) abgestellt werden. Unbeachtlich ist hingegen die Fälligkeitsbestimmung des § 58 Abs. 4 Sätze 2 und 3 AktG (BMF v. 20.1.2021 – IV C 1 - S 1980 - 1/19/10008:011, 2021/0055361, BStBl. I 2021, 156, Rz. 35.49; *Wenzel in Blümich*, § 36 InvStG 2018 Rz. 34 [3/2020]). Bei Beteiligung des Spezial-Investmentfonds an einer PersGes. erfolgt der Zufluss in dem Zeitpunkt, in dem das Wj. der PersGes. (ggf. unterjährig) endet (vgl. § 38 Abs. 5).
- ▷ *Zeitraumbezogener Zufluss:* Insbesondere in den Fällen der periodengerechten Abgrenzung werden Aufwendungen und Erträge nur der jeweiligen Periode, dh. einem Geschäftsjahr des Spezial-Investmentfonds zugerechnet und gelten innerhalb dieser als zugeflossen (§ 38 Abs. 3 Satz 4, Abs. 4), ohne dass gesetzlich ein genauer Zeitpunkt für diesen Zufluss innerhalb des Geschäftsjahres fingiert wird. Der für die jeweilige Periode angesetzte Betrag müsste uE für Zwecke von Abs. 4 Satz 1 taggenau abgegrenzt werden (wohl glA *Wenzel in Blümich*, § 36 InvStG 2018 Rz. 33 [3/2020]). Gleiches dürfte für die AfA und AfS gelten (vgl. das Beispiel in BTDrucks. 18/8045, 106 f.; aA möglicherweise das Beispiel in BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.45). Vgl. zu angewachsenen Mieterträgen BMF, Anwendungsfragen, Rz. 35.45 f. mit Berechnungsbeispiel.

Zufluss ausschüttungsgleicher Erträge am Geschäftsjahresende (Abs. 4 Satz 2): Da ausschüttungsgleiche Erträge aufgrund ihrer Natur dem Anleger nicht tatsächlich zufließen können, fingiert Abs. 4 Satz 2 einen Zufluss mit Ablauf des Geschäftsjahres des Spezial-Investmentfonds, in dem sie vereinnahmt wurden. Wird der Anteil unterjährig veräußert, gilt ab 2020 die besondere Fiktion gem. Abs. 4 Satz 3 (s.u.). Unter Vereinnahmung ist die (fiktive) Erzielung (§ 2 Abs. 1 Satz 1 EStG) der gem. §§ 37–41 ermittelten Einkünfte des Spezial-Investmentfonds zu verstehen. Die Regelung in Abs. 4 Satz 2 hat vor allem für den KapErtrStAbzug Bedeutung. Wegen der Regelungen in Abs. 4 Sätze 5 und 6 gilt Abs. 4 Satz 2 im Erg. nur für den Fall der Vollthesaurierung.

Zufluss bei unterjähriger Veräußerung (Abs. 4 Satz 3):

- ▶ *Rechtsentwicklung und Bedeutung:* Nach Abs. 4 Satz 2 idF vor den Änderungen durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 sollte die Zuflussfiktion „ungeachtet einer vorherigen Anteilsveräußerung“ gelten. Der Gesetzgeber wollte damit Steuerumgehungen durch Anteilsveräußerungen vor dem stl. Stichtag verhindern (BTDrucks. 18/8045, 106). Damit ergab sich aber das Problem, dass dem veräußernden Anleger nach seinem Ausscheiden aus dem Spezial-Investmentfonds noch ausschüttungsgleiche Erträge als zugeflossen galten. Hätte der Anleger sämtliche Spezial-Investmentanteile veräußert, hätten dem Spezial-Investmentfonds am Geschäftsjahresende keine Geldbeträge mehr zur Verfügung gestanden, von denen KapErtrSt hätten einbehalten und abgeführt werden können. Aus diesem Grund wollte der Gesetzgeber den Zuflusszeitpunkt ausschüttungsgleicher Erträge auf den Veräußerungszeitpunkt vorverlegen (vgl. BTDrucks. 19/13436, 179f.). Unseres Erachtens zeigt sich hierin eine grundlegende Schwäche des neuen Rechts im Hinblick auf den KapErtrStAbzug im Veräußerungsfall. Bei einer echten Veräußerung, also der Übertragung der Spezial-Investmentanteile auf einen Dritten, gibt es keine Zahlungen, die der Spezial-Investmentfonds leistet und von denen er eine KapErtrSt einbehalten und abführen könnte. Der Veräußerungspreis wird vielmehr vom Erwerber unmittelbar an den Veräußerer gezahlt (Jetter/Stadler in Beckmann/Scholtz/Vollmer, § 36 Rz. 43 [10/2020]; s. dazu auch § 50 Anm. 5). Im Grundsatz ist das unproblematisch, denn der Veräußerungsgewinn gehört zu den stpfl. Investmenterträgen iSv. § 34, ist also vom Veräußerer zu versteuern, sofern dieser unbeschränkt stpfl. ist. Erfolgt die Veräußerung zudem unter fremden Dritten, ist davon auszugehen, dass der Veräußerungspreis im Grundsatz dem Nettovermögenswert der veräußerten Spezial-Investmentanteile entspricht, der wiederum etwaige bis zum Zeitpunkt der Veräußerung vereinnahmte ausschüttungsgleiche Erträge (und thesaurierte stfrei thesaurierbare Kapitalerträge) enthält. Vor diesem Hintergrund bedürfte es überhaupt keiner Zurechnung von (anteiligen) ausschüttungsgleichen Erträgen für das Jahr der Veräußerung. Unseres Erachtens sollte daher auf die Regelung in Abs. 4 Satz 2 ebenso wie auf den StAbzug gem. § 50 auf Veräußerungsgewinne ersatzlos verzichtet werden. Sie führen nur zu einer unnötigen Verkomplizierung. Bei Spezial-Investmentfonds ist stets eine Veranlagung durchzuführen, so dass der KapErtrStAbzug nicht zur Vereinfachung beiträgt. Ferner sind Investmenterträge, insbes. ausschüttungsgleiche Erträge und Veräußerungsgewinne nur bei unbeschränkt stpfl. Anlegern zu versteuern. Die Erwägung des Gesetzgebers, die Durchsetzung von StAnsprüchen gegenüber ausländ. Anlegern könnte schwierig sein (so ausdrücklich BTDrucks. 19/13436, 179), liegt daher auch neben der Sache:

Investmenterträge unterliegen bei ausländ. Anlegern nicht der beschränkten StPflcht (vgl. § 34 Anm. 5). Gegenüber inländ. Anlegern sollte die Durchsetzung von StAnsprüchen hingegen problemlos möglich sein.

- ▶ *Zeitpunkt der Veräußerung*: Was als Veräußerung gilt, bestimmt sich nach § 2 Abs. 13. Es werden also insbes. auch Anteilsrückgaben erfasst. Maßgeblich ist uE der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums.
- ▶ *Ausschüttungsgleiche Erträge*: Abs. 4 Satz 3 betrifft nur die – zeitanteilig abzugrenzenden (Abs. 4 Satz 1) – ausschüttungsgleichen Erträge des (laufenden) Geschäftsjahres, in dem die Veräußerung erfolgt. Die ausschüttungsgleichen Erträge des abgelaufenen Geschäftsjahres sind bereits mit Ablauf dieses Geschäftsjahres gem. Abs. 4 Satz 2 zugeflossen (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.54). Werden die Spezial-Investmentanteile jedoch innerhalb der ersten vier Monate des Geschäftsjahres veräußert, beabsichtigt der Spezial-Investmentfonds danach – jedoch noch vor Ablauf der Vier-Monats-Frist des Abs. 6 – eine Teilausschüttung, die nicht unter Abs. 4 Satz 5 fällt, will es die FinVerw. nicht beanstanden, wenn die auf die veräußerten Spezial-Investmentanteile entfallende KapErtrSt entweder erst zum 10. des auf die Veräußerung der Spezial-Investmentanteile folgenden Monats oder mit der tatsächlichen Teilausschüttung angemeldet und abgeführt wird (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.55).
- ▶ *Rechtsfolgen*:
 - ▷ *Zufluss ausschüttungsgleicher Erträge*: Abweichend von Abs. 4 Satz 2 kommt es zu einem vorzeitigen Zufluss ausschüttungsgleicher Erträge. Diese Rechtsfolge betrifft allerdings nur den veräußernden Anleger und gilt auch nur im Hinblick auf die veräußerten Spezial-Investmentanteile. Soweit der Anleger nicht sämtliche Spezial-Investmentanteile veräußert, bleibt es im Hinblick auf die nicht veräußerten Spezial-Investmentanteile bei einem Zufluss gem. Abs. 4 Satz 2 am Geschäftsjahresende (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.44, 36.56). Durch die unterjährige Veräußerung kommt es auch nicht zu einem fiktiven Geschäftsjahresende des Spezial-Investmentfonds und es muss insoweit auch keine Feststellungserklärung (§ 51) abgegeben werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.46).
 - ▷ *Kapitalertragsteuerabzug*: Der Zufluss bewirkt die Verpflichtung zum KapErtrStAbzug. Die KapErtrSt einschließlich der bundes- oder landesgesetzlich geregelten Zuschlagsteuern ist grds. aus dem Veräußerungserlös zu entrichten (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.48), und zwar auch in den vorstehend genannten Fällen, dass die Spezial-Investmentanteile innerhalb der ersten vier Monate eines Geschäftsjahres, aber noch vor einer geplanten Teilausschüttung erfolgen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.55). In den Fällen einer sog. echten Veräußerung, dh. einer Übertragung auf einen Dritten, dürfte dies durch den Spezial-Investmentfonds nur durchsetzbar sein, indem er die Wirksamkeit einer Übertragung von seiner Zustimmung abhängig macht (was allerdings auch aus anderen Gründen ratsam sein kann) und diese Zustimmung nur erteilt werden darf, wenn der Erwerber sich verpflichtet, einen Teil des Veräußerungserlöses, der dem KapErtrStAbzug entspricht, nicht an den Veräußerer, sondern an den Spezial-Investmentfonds zu zahlen. Die FinVerw. will es nicht beanstanden, wenn die KapErtrStAnmeldung für die Fälle einer unterjährigen Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen erst nach Ablauf des Geschäftsjahres im Rahmen der KapErtrStAnmeldung für die ausgeschütteten oder ausschüttungsgleichen Er-

träge abgegeben wird und die entsprechende KapErtrSt zusammen mit der auf diese ausgeschütteten oder ausschüttungsgleichen Erträge entfallenden KapErtrSt abgeführt wird (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.49). Diese im Grundsatz zwar zu begrüßende Nichtbeanstandungsregelung zeigt zugleich die Fragwürdigkeit der Regelung des Abs. 4 Satz 3 (krit. zur Regelung im Hinblick auf die Umsetzung im StAbzugsverfahren *Höring in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 36 Rz. 106 [3/2021]). Unabhängig davon will es die FinVerw. nicht beanstanden, wenn für Geschäftsjahre, die vor dem 1.1. 2021 beginnen, der vorgezogene Zuflusszeitpunkt nach Abs. 4 Satz 3 für die Zwecke der Erhebung der KapErtrSt unberücksichtigt bleibt und hinsichtlich der veräußerten Spezial-Investmentanteile erst am Geschäftsjahresende von einem Zufluss ausgegangen wird (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.47).

- ▷ *Vermeidung der Doppelbelastung*: Wesentlicher Regelungsgehalt von Abs. 4 Satz 3 dürfte damit die Vermeidung einer doppelten stl. Belastung sein. Da sowohl der Veräußerungsgewinn als auch die ausschüttungsgleichen Erträge bei unbeschränkt stpfl. Anlegern der Besteuerung unterliegen, die im Zeitpunkt der Veräußerung aufgelaufenen ausschüttungsgleichen Erträge sich aber im Nettovermögenswert und damit im Veräußerungspreis niederschlagen, kann es zu einer doppelten stl. Belastung kommen. Diese wird uE auch für die gem. Abs. 4 Satz 3 zugerechneten ausschüttungsgleichen Erträge durch § 49 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 vermieden. Durch die Regelung in Abs. 4 Satz 3 sollten die ausschüttungsgleichen Erträge noch „während der Besitzzeit“ als zugeflossen gelten. Problematischer dürfte dies nach der bisherigen Rechtslage sein, wonach die ausschüttungsgleichen Erträge ungeachtet einer etwaigen Veräußerung am Geschäftsjahresende zufließen sollten (vgl. Abs. 4 Satz 2 aF). Unseres Erachtens hätten auch nach der alten Rechtslage diese ausschüttungsgleichen Erträge für Zwecke von § 49 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 zur Vermeidung einer doppelten stl. Belastung als während der Besitzzeit zugeflossen betrachtet werden und den Veräußerungsgewinn entsprechend mindern müssen (wohl glA Entwurf BMF v. 16.12.2019 – IV C 1 - S 1980 - 1/19/10008:005, Rz. 49.28 ff. mit Berechnungsbeispiel).

Zuflussfiktion bei Teilausschüttung (Abs. 4 Sätze 4 und 5):

- ▷ *Grundsatz (Abs. 4 Satz 4)*: Im Fall der Teilausschüttung (und damit zugleich auch Teilthesaurierung) bestimmt Abs. 4 Satz 4 zunächst den Grundsatz, dass der Zeitpunkt der Teilausschüttung sowohl für den Zufluss der (teil-)ausgeschütteten Erträge als auch für den Zufluss der ausschüttungsgleichen Erträge maßgeblich ist. Die ausgeschütteten Erträge können dabei anders als ausschüttungsgleiche Erträge auch Einkünfte des Spezial-Investmentfonds iSv. Abs. 2 umfassen, die im Fall der Thesaurierung zu den stfrei thesaurierbaren Kapitalerträgen gehören würden. Unseres Erachtens ist der Spezial-Investmentfonds dabei in seiner Entsch. frei, inwieweit er ggf. auch derartige Ertragskomponenten ausschüttet (vgl. § 35 Anm. 10).
- ▷ *Reicht die Teilausschüttung für den Kapitalertragsteuerabzug nicht aus*, gilt abweichend davon auch die Teilausschüttung am Geschäftsjahresende als zugeflossen und für Zwecke des KapErtrStAbzugs als ausschüttungsgleicher Ertrag (Abs. 4 Satz 5). Da die Teilausschüttung als ausschüttungsgleicher Ertrag gilt, gilt dies uE auch für in der Teilausschüttung enthaltene Kapitalerträge iSv. Abs. 2 (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.50; vgl. auch *Kloster in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 36 Rz. 58). Der Anleger hat sie gleichwohl zu ver-

steuern. Der Betrag der Teilausschüttung muss allerdings bei sämtlichen Anlegern zur Deckung der KapErtrSt (einschließlich Zuschlagsteuern) ausreichen. Ist dies nur für einen Anleger nicht der Fall, was wegen der anlegerindividuellen Ermittlung der ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge durchaus denkbar ist, muss für sämtliche Anleger die Rechtsfolge des Abs. 4 Satz 5 gelten (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.50 mit Berechnungsbeispiel in Rz. 36.51).

21–24 Einstweilen frei.

25 F. Erläuterungen zu Abs. 5: Zuflussfiktion bei steuerfrei thesaurierbaren Kapitalerträgen

Steuerfrei thesaurierbare Kapitalerträge: Zum Begriff s. Anm. 15.

Ablauf von 15 Geschäftsjahren nach Vereinnahmung: „Vereinnahmung“ meint den Zufluss der stfrei thesaurierbaren Kapitalerträge, der gem. § 38 zu bestimmen ist. Erfasst werden aber nur stfrei thesaurierbare Kapitalerträge, die nach dem 31.12.2017 zufließen. Außerordentliche Alterträge iSv. § 56 Abs. 8 Satz 2 bleiben von der Zuflussfiktion des Abs. 5 unberührt (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.58; Mann in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 36 InvStG 2018 Rz. 11). Das Geschäftsjahr, in dem die Vereinnahmung erfolgt, wird dabei nicht mitgezählt. Im Geschäftsjahr 01 vereinnahmte stfrei thesaurierbare Kapitalerträge gelten daher erst mit Ablauf des Geschäftsjahres 16 als zugeflossen. Anlegerwechsel führen nicht zu einem Neubeginn der Frist (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.62). Bei einer Verschmelzung von Spezial-Investmentfonds gehen die zum Stichtag noch thesaurierten stfrei thesaurierbaren Kapitalerträge des übertragenden Spezial-Investmentfonds auf den übernehmenden Spezial-Investmentfonds über, ohne dass eine neue 15-Jahres-Frist zu laufen beginnt (s. zum Ganzen BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.64 ff. mit Berechnungsbeispiel mit abweichenden Geschäftsjahren und Rumpfgeschäftsjahren).

Rechtsfolgen des Abs. 5:

- ▶ **Ausschüttungsgleiche Erträge:** Die stfrei thesaurierbaren Kapitalerträge gelten mit Ablauf der 15-Jahres-Frist als ausschüttungsgleiche Erträge. Dies gilt allerdings nur für positive stfrei thesaurierbare Kapitalerträge. Verluste werden im Einklang mit der Regelung in Abs. 1 Satz 1 nicht in ausschüttungsgleiche Erträge umqualifiziert, allerdings ggf. im Zeitpunkt der Umqualifikation von positiven thesaurierten stfrei thesaurierbaren Erträgen mit diesen verrechnet (s. „Keine Verluste aus Vorjahren“).
- ▶ **Zuflussfiktion:** Die umqualifizierten ausschüttungsgleichen Erträge gelten zudem auch als zugeflossen, soweit sie nicht mit Verlusten verrechnet werden können (s. „Keine Verluste aus Vorjahren“). Indem Abs. 5 Satz 1 auf den Ablauf des Geschäftsjahres abstellt, wird ein Gleichlauf mit der allgemeinen Zuflussregel in Abs. 4 Satz 2 hergestellt.
- ▶ **Keine Ausschüttungsfiktion:** Die als ausschüttungsgleiche Erträge fingierten stfrei thesaurierbaren Kapitalerträge gelten nach Abs. 5 Satz 1 nur als zugeflossen, nicht als ausgeschüttet. Für Zwecke der Verwendungsreihenfolge in § 35 Abs. 2 gelten sie daher als ausschüttungsgleiche Erträge der Vorjahre und nicht als ausgeschüttete Erträge.

- ▶ *Keine besitzzeitanteilige Zurechnung (Abs. 5 Satz 2):* Anders als „reguläre“ ausschüttungsgleiche Erträge gilt für die als ausschüttungsgleiche Erträge fingierten stfrei thesaurierbaren Kapitalerträge keine besitzzeitanteilige Zurechnung gem. Abs. 4 Satz 2. Es erfolgt somit eine Zurechnung entsprechend der Beteiligungsverhältnisse am Ende des Geschäftsjahres, in dem die 15-Jahres-Frist abläuft (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.61). Bei zwischenzeitlicher Veräußerung eines Teils der von einem Anleger gehaltenen Spezial-Investmentanteile vor Ablauf der 15-Jahres-Frist verringert sich der Bestand der stfrei thesaurierbaren Kapitalerträge allerdings anteilig (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.58).
- ▶ *Einschränkungen:*
 - ▷ *Keine Ausschüttung:* Die stfrei thesaurierbaren Kapitalerträge müssen zum Zeitpunkt des Ablaufs der 15-Jahres-Frist noch thesauriert sein. Wurden sie zuvor ausgeschüttet, werden sie mit der Ausschüttung zu ausgeschütteten Erträgen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.21; s. § 35 Anm. 5). Der Spezial-Investmentfonds kann dabei lediglich innerhalb der 2. Ausschüttungsgruppe (§ 35 Abs. 2 Satz 2) entscheiden, ob und inwieweit stfrei thesaurierte Erträge ausgeschüttet werden (vgl. auch § 35 Anm. 25). Zur Berücksichtigung der zwischenzeitlichen Ausschüttungen ist die Fifo-Methode anzuwenden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.57). Im Übrigen hat Abs. 5 Satz 1 keine Auswirkungen auf die Ermittlung der für eine Ausschüttung zur Verfügung stehenden stfrei thesaurierbaren Kapitalerträge (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.60).
 - ▷ *Keine Verluste aus Vorjahren:* Da stfrei thesaurierbare Kapitalerträge auch Verluste umfassen können (s. Anm. 10), erfolgen die Umqualifikation thesaurierter stfrei thesaurierbarer Kapitalerträge und ihr Zufluss nur insoweit, als keine Verluste aus Vorjahren vorhanden sind. Die Gewinne und Verluste sind dabei getrennt voneinander zu erfassen. Bei Ablauf des 15. Geschäftsjahres werden zunächst vorhandene Verluste (Verlustvortrag) mit den in ausschüttungsgleichen Erträge umqualifizierten thesaurierten stfrei thesaurierbaren Kapitalerträgen verrechnet. Übersteigen die Verluste die umqualifizierten ausschüttungsgleichen Erträge, erfolgt kein Zufluss. Es mindert sich lediglich der verbleibende Verlustvortrag (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.57; s. zum Ganzen das Beispiel in BTDrucks. 18/8045, 107 f.).

Einstweilen frei.

26–29

G. Erläuterungen zu Abs. 6: Nichtausschüttungsfiktion

30

Keine Ausschüttung der Erträge des abgelaufenen Geschäftsjahres: Es handelt sich um ein negatives Tatbestandsmerkmal. Anders als die Vorgängerregelung in § 1 Abs. 3 Satz 5 InvStG aF stellt Abs. 6 auf die tatsächliche Ausschüttung und nicht mehr auf den bloßen Ausschüttungsbeschluss ab (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.69). Der Gesetzgeber wollte hiermit ein weiteres Hinauszögern der Besteuerung der ausschüttungsgleichen Erträge vermeiden (BTDrucks. 18/8045, 108). Es ist uE fraglich, ob der Regelung in § 1 Abs. 3 Satz 5 InvStG aF unter der Ägide des neuen Rechts noch maßgebliches Steuerstundungspotential zugekommen wäre. Der Steuerstundungseffekt bezog sich nach bisherigem Recht vor allem auf den Umstand, dass auf ausschüttungsgleiche Erträge, soweit nicht der sog. inländ. Dividendenanteil (§ 7 Abs. 3 ff. InvStG aF) betroffen war oder ein Fall der Teilausschüttung gem. § 2 Abs. 1 Satz 3 InvStG aF vorlag, keine KapErtrSt einzu-

behalten war. Durch eine Ausschüttung (oder einen Ausschüttungsbeschluss) erst nach Ablauf der 4-Monatsfrist konnte daher vor allem ein KapErtrStAbzug auf die in der Ausschüttung enthaltenen ausgeschütteten ausschüttungsgleichen Erträge der Vorjahre vermieden werden. Die Besteuerung fand dann erst später im Veranlagungsverfahren statt. Angesichts der Änderungen beim KapErtrStAbzug gem. § 50 dürfte diesem Modell der Boden entzogen sein.

Ablauf von vier Monaten nach Ablauf des Geschäftsjahres des Spezial-Investmentfonds: Die Ausschüttung darf nicht innerhalb von vier Monaten nach Ablauf des Geschäftsjahres des Spezial-Investmentfonds erfolgen. Erfolgt in diesem Zeitraum eine Ausschüttung, liegen ausgeschüttete Erträge des abgelaufenen Geschäftsjahres iSv. § 35 Abs. 1 vor.

Rechtsfolge des Abs. 6: Unmittelbare Rechtsfolge von Abs. 6 ist, dass die Erträge nicht als zur Ausschüttung verwendet gelten. Da dies wiederum Tatbestandsmerkmal der ausschüttungsgleichen Erträge ist (s. Anm. 5), gehören die Erträge dann zu den ausschüttungsgleichen Erträgen, die gem. Abs. 4 Satz 2 mit Ablauf des betreffenden Geschäftsjahres, also gleichsam „rückwirkend“, als zugeflossen gelten. Werden diese Erträge nach Ablauf der Vier-Monats-Frist ausgeschüttet, so liegen ausschüttungsgleiche Erträge der Vorjahre vor, die nicht zu den ausgeschütteten Erträgen gehören und stfrei ausgeschüttet werden können (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.71; glA *Kloster in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 36 Rz. 71; s. § 35 Anm. 5).

§ 37 Ermittlung der Einkünfte

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731), zuletzt geändert durch JStG 2020 v. 21.12.2020 (BGBl. I 2020, 3096; BStBl. I 2021, 6)

(1) ¹Der Spezial-Investmentfonds ermittelt die Einkünfte des Spezial-Investmentfonds entsprechend § 2 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 und § 23 Absatz 3 des Einkommensteuergesetzes und gliedert sie nach den steuerlichen Wirkungen beim Anleger. ²Dabei sind insbesondere die Einkünfte gesondert auszuweisen, bei denen beim Anleger die Regelungen nach den §§ 42 bis 47 zur Anwendung kommen.

(2) ¹Spezial-Investmenterträge, die einem Dach-Spezial-Investmentfonds zufließen oder die als zugeflossen gelten, sind nach der Art der Einkünfte des Ziel-Spezial-Investmentfonds und nach den steuerlichen Wirkungen bei den Anlegern des Dach-Spezial-Investmentfonds zu gliedern, sofern in Kapitel 3 keine abweichenden Bestimmungen getroffen werden. ²Bei der Gliederung nach Satz 1 sind die Spezial-Investmenterträge nach § 34 Absatz 1 Nummer 1 und 2 nicht als steuerfrei thesaurierbare Kapitalerträge im Sinne des § 36 Absatz 2 anzusetzen.

(3) ¹Absetzungsbeträge, die einem Dach-Spezial-Investmentfonds zufließen, können von diesem unter den Voraussetzungen des § 35 Absatz 4 Satz 2 als Absetzungsbeträge ausgeschüttet werden. ²Zurechnungsbeträge und Immobilien-Zurechnungsbeträge, die einem Dach-Spezial-Investmentfonds zufließen, stehen diesem nicht als solche Beträge zur Ausschüttung zur Verfügung.

Autor und Mitherausgeber: Dr. Martin Klein, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 37	1	menterträgen bei Dach-Spezial-Investmentfonds	10
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Einkünfteermittlung als Überschuss der Einnahmen über Werbungskosten, Gliederung der Einkünfte	5	D. Erläuterungen zu Abs. 3: Absetzungsbeträge, Zurechnungsbeträge und Immobilien-Zurechnungsbeträge bei Dach-Spezial-Investmentfonds	15
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Gliederung von Spezial-Invest-			

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 37

1

Grundinformation: § 37 regelt in Satz 1, dass Einkünfte eines Spezial-Investmentfonds als Überschuss der Einnahmen über die WK zu ermitteln und nach den stl. Wirkungen beim Anleger zu gliedern sind. Satz 2 hebt sechs Fälle solcher stl. Wirkungen beim Anleger (Anwendung der §§ 42 bis 47) hervor und verlangt den gesonderten Ausweis insbes. davon betroffener Einkünfte.

Rechtsentwicklung:

- *JStG 2020 v. 21.12.2020* (BGBl. I 2020, 3096, BStBl. I 2021, 6): Die neuen Abs. 2 und 3 werden angefügt und infolgedessen wird der frühere Wortlaut des § 37

dessen jetziger Abs. 1. Die neuen Abs. regeln die Semitransparenz von Spezial-Investmentfonds (Besteuerung der Anleger, als ob sie die Einkünfte des Spezial-Investmentfonds selbst erzielt hätten) nunmehr explizit auch für mehrstufige Spezial-Investmentfonds-Strukturen. Die Vorschriften sind ab dem 1.1. 2021 anzuwenden (§ 57 Abs. 2).

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher Geltungsbereich:* § 37 gilt für die Einkünfteermittlung von Spezial-Investmentfonds.
- ▶ *Persönlicher Geltungsbereich:* § 37 gilt für in- und ausländ. Spezial-Investmentfonds.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* § 37 gilt ab dem 1.1.2018, s. § 56 Abs. 1.

Verhältnis zu anderen Vorschriften:

- ▶ *Verhältnis der §§ 37 bis 41 zueinander:* Die §§ 37 bis 41 regeln nach einem in § 37 Satz 1 Halbs. 1 enthaltenen Verweis auf die grundsätzliche Einkünfteermittlung als Überschuss der Einnahmen über die WK auf § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG und die Ermittlung von Gewinnen oder Verlusten aus privaten Veräußerungsgeschäften nach § 23 Abs. 3 EStG auf Fondsebene geltende Abweichungen von und Ergänzungen zu den estl. Grundsätzen.
- ▶ *Verhältnis zu § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG und § 23 Abs. 3 EStG:* Das InvStG verweist in § 37 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 für die grundsätzliche Einkünfteermittlung als Überschuss der Einnahmen über die WK auf § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG sowie für die Ermittlung von Gewinnen oder Verlusten aus privaten Veräußerungsgeschäften auf § 23 Abs. 3 EStG und regelt dann in den nachfolgenden Vorschriften Abweichungen von und Ergänzungen zu den estl. Grundsätzen.

2–4 Einstweilen frei.

5 B. Erläuterungen zu Abs. 1: Einkünfteermittlung als Überschuss der Einnahmen über Werbungskosten, Gliederung der Einkünfte

Ermittlung der Einkünfte von Spezial-Investmentfonds (Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1): Satz 1 Halbs. 1 regelt, wie, dh. nach welchen einkommensteuergesetzlichen Vorschriften die Einkünfte eines Spezial-Investmentfonds ermittelt werden. Das Gesetz verwendet den Begriff „Einkünfte“ und nicht mehr wie § 3 Abs. 1 InvStG aF „Erträge“, um klarer zum Ausdruck zu bringen, dass auf Fondsebene zunächst stets alle Einkünfte des Spezial-Investmentvermögens zu ermitteln sind (Abzug der WK von den Einnahmen), die daraufhin – je nach Verwendung – beim Anleger ausgeschüttete, ausschüttungsgleiche oder noch nicht stbare Erträge darstellen (BTD Drucks. 18/8045, 108; s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 37.2, 37.3).

- ▶ *Entsprechend § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2:* Gemeint ist § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG, also die Ermittlung der Einkünfte als Überschuss der Einnahmen über die WK; s. dazu § 2 EStG Anm. 540 mwN. Dass bei Anlegern die Anteile an einem Spezial-Investmentfonds zu einem BV gehören, führt also nicht zur Anwendung der Regelungen über die stl. Gewinnermittlung auf Fondsebene (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 37.1).

- *Entsprechend § 23 Abs. 3 EStG*: Die Vorschrift regelt in acht Sätzen die Ermittlung der Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften; s. dazu § 23 EStG Anm. 271 ff.

Gliederung der Einkünfte nach den steuerlichen Wirkungen beim Anleger (Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2): Wie nach dem InvStG aF muss der Spezial-Investmentfonds die zunächst einheitlich ermittelten Einkünfte nach ihren stl. Wirkungen beim Anleger gliedern, dh. nach ihren Auswirkungen bei den Anlegern zusammenfassen und getrennt ausweisen. Unterschiedliche Wirkungen bei den Anlegern können zB daraus resultieren, dass ausländ. Steuern anrechenbar oder dass bestimmte Einkünfte bei den Anleger nicht stpfl. (zB Zinsen bei einer KdÖR oder Einkünfte, die bei Thesaurierung nicht als ausschüttungsgleiche Erträge stpfl. sind), nur zT stpfl. sind (zB Dividenden, die bei Personenunternehmen dem Teileinkünfteverfahren unterliegen, also zu 40 % stfrei sind) oder nicht dem StAbzug unterliegen (zB Immobilienerträge bei Pensionskassen), vgl. BTDrucks. 18/8045, 108; s. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 37.6). Nur aus dem Zusammenhang mit Satz 2 ergibt sich, dass mit „gliedern“ (auch) ein gesonderter Ausweis gemeint ist.

Gesonderter Ausweis insbesondere der Einkünfte, bei denen beim Anleger die Regelungen nach den §§ 42 bis 47 zur Anwendung kommen (Abs. 1 Satz 2): Satz 2 regelt – nach Ansicht der Begr. des Gesetzentwurfs klarstellend (vgl. BTDrucks. 18/8045, 109) –, dass der Spezial-Investmentfonds insbes. die Einkünfte gesondert auszuweisen hat, bei denen bei den Anlegern die Regelungen der §§ 42 bis 47 zur Anwendung kommen. Dies sind stbefreite Beteiligungseinkünfte und inländ. Immobilienerträge (§ 42), aufgrund von DBA stbefreite Einkünfte, der Hinzurechnungsbesteuerung und der Teilfreistellung unterliegende Beträge (§ 43), die für die Ermittlung der Zinsschranke (§ 46) sowie die für die Anrechnung und den Abzug ausländ. Steuer (§ 47) relevanten Beträge (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 37.6, 37.8 und 37.9). Aus der Verwendung des Wortes „insbesondere“ folgt, dass darüber hinaus auch alle stl. Bestimmungen zu berücksichtigen sind, aus welchen sich unterschiedliche stl. Wirkungen bei den Anlegern ergeben können (Patzner/Kempf in Patzner/Döser/Kempf, Investmentrecht, 3. Aufl. 2017, § 37 Rz. 2; Aigner in Moritz/Jesch/Mann, 2. Aufl. 2020, § 37 Rz. 28).

Nichtbeanstandung der von der Auffassung des BMF abweichenden Zusammenfassung von Erträgen ohne Quellensteuerbelastung, mit tatsächlicher Quellensteuerbelastung und mit fiktiver Quellensteuerbelastung einer Ertragskategorie: Nach BMF, Anwendungsfragen, Rz. 37.10, 37.11, will die FinVerw. für Geschäftsjahre eines Spezial-Investmentfonds, die vor dem 1.10.2022 enden, grds. nicht beanstanden, wenn Erträge ohne Quellensteuerbelastung, mit tatsächlicher Quellensteuerbelastung und mit fiktiver Quellensteuerbelastung einer Ertragskategorie einheitlich für die Verlustverrechnung nach § 41 sowie für die Anrechnung und den Abzug von ausländ. Steuern nach § 47 für alle von der jeweiligen Kapitalverwaltungsgesellschaft verwalteten Spezial-Investmentfonds von ebendiesem BMF-Schreiben abweichend, aber in sich folgerichtig umgesetzt und nicht willkürliche zusammengefasst werden. Eine einmal gewählte abweichende Zusammenfassung ist bis zu einem Wechsel zu der vom BMF vorgesehenen Zusammenfassung unverändert beizubehalten und von der Kapitalverwaltungsgesellschaft der zuständigen Finanzbehörde schriftlich mitzuteilen und zu erläutern. Auch der Wechsel zu der dem BMF-Schreiben entsprechenden Zusammenfassung ist der zuständigen Finanzbehörde mitzuteilen.

Einstweilen frei.

6–9

10 C. Erläuterungen zu Abs. 2: Gliederung von Spezial-Investmenterträgen bei Dach-Spezial-Investmentfonds

Gliederung von Spezial-Investmenterträgen bei Dach-Spezial-Investmentfonds nach Art der Einkünfte des Ziel-Spezial-Investmentfonds und nach den steuerlichen Wirkungen bei Anlegern des Dach-Spezial-Investmentfonds (Abs. 2 Satz 1): Vor dem Hintergrund, dass Spezial-Investmentfonds keine stl. transparenten Rechtsgebilde, sondern eigenständige KStSubjekte sind und deshalb grds. das sog. Trennungsprinzip und nicht das Transparenzprinzip Anwendung findet (s. BRDrucks. 503/20, 118), regelt Abs. 2 erstmals explizit die Semitransparenz von Spezial-Investmentfonds in mehrstufigen Spezial-Investmentfonds-Strukturen. Der Gesetzgeber hält dies gleichwohl für eine gesetzliche Klarstellung, da es gesetzgeberischer Wille bei der InvStReform gewesen sei, dass bei den Spezial-Investmentfonds das bisherige Besteuerungssystem in seinen wesentlichen Merkmalen fortgeführt werde und das bis Ende 2017 geltende Investmentsteuergesetz 2004 hierzu zwar auch keine explizite Regelung enthalten habe, es aber herrschende Meinung gewesen sei, dass die Semitransparenz über mehrere Fondsstufen (doppelte bzw. mehrfache Semitransparenz) anzuwenden war (BRDrucks. 503/20, 118). Das mag überzeugen, wo sich die durchgehende Semitransparenz zugunsten von Stpfl. auswirkt, weil zB ohne eine solche durchgehende Semitransparenz an einen Dach-Spezial-Investmentfonds ausgeschüttete Gewinne ausschließlich in vollem Umfang stpfl. Spezial-Investmenterträge iSd. § 34 Abs. 1 Nr. 1 InvStG iVm. § 20 Abs. 1 Nr. 3a EStG wären. Wirkt sie sich belastend aus (zB in dem in der Begr. des Entwurfs des JStG 2020 genannten Fall von Aktienveräußerungsverlusten auf Ebene des Ziel-Spezial-Investmentfonds, s. BRDrucks. 503/20, 118), fehlte es an einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage, und insoweit ist die nunmehr ausdrückliche Regelung in Abs. 2 nicht nur klarstellend. Der Gesetzgeber räumt das ein, indem er die Neuregelung als aus fiskalischer Sicht geboten bezeichnet (BRDrucks. 503/20, 1189). Zur Herstellung dieser mehrstufigen Semitransparenz sieht Abs. 2 Satz 1 vor, dass Spezial-Investmenterträge, die einem Dach-Spezial-Investmentfonds zufließen oder die als zugeflossen gelten, grds. nach der Art der Einkünfte des Ziel-Spezial-Investmentfonds und nach den stl. Wirkungen bei den Anlegern des Dach-Spezial-Investmentfonds zu gliedern sind. Ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge, die ein Dach-Spezial-Investmentfonds aus der Anlage in einen Ziel-Spezial-Investmentfonds erzielt, behalten damit für die Zwecke der Anlegerbesteuerung des Dach-Spezial-Investmentfonds ihren durch die originäre Einkunftsquelle des Ziel-Spezial-Investmentfonds bestimmten Ertragscharakter bei (doppelte bzw. mehrfache Semitransparenz bei mehr als zweistufigen Dach-Ziel-Spezial-Investmentfonds-Konstruktionen, vgl. BRDrucks. 503/20, 119).

Abweichende Bestimmungen in Kapitel 3 (Abs. 2 Satz 1 letzter Teilsatz): Die in Satz 1 angeordnete Semitransparenz gilt nach dem letzten Teilsatz von Satz 1 nur, soweit in Kapitel 3 (des InvStG) keine abweichenden Bestimmungen getroffen werden. Abweichende Spezialregelungen enthalten insbes. § 30 Abs. 4 Satz 2 und § 33 Abs. 2 Satz 4.

Kein Ansatz von Spezial-Investmenterträge nach § 34 Abs. 1 Nr. 1 und 2 als steuerfrei thesaurierbare Kapitalerträge iSd. § 36 Abs. 2 (Abs. 2 Satz 2): Abs. 2 Satz regelt, dass ein Dach-Spezial-Investmentfonds von einem Ziel-Spezial-Investmentfonds ausgeschüttete Erträge nach § 35 und ausschüttungsgleiche Erträge nach § 36 Abs. 1 nicht stfrei thesaurieren kann. Damit können nur Gewinne, die

ein Dach-Spezial-Investmentfonds aus der Veräußerung von unmittelbar gehaltenen Spezial-Investmentanteilen erzielt hat, nach § 36 Abs. 2 Nr. 3 stfrei thesauriert werden (s. mit einem instruktiven Beispiel BRDrucks. 503/20, 119).

Einstweilen frei.

11-14

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Absetzungsbeträge, Zurechnungsbeträge und Immobilien-Zurechnungsbeträge bei Dach-Spezial-Investmentfonds

15

Ausschüttung von Absetzungsbeträgen (Abs. 3 Satz 1): Abs. 3 Satz 1 erstreckt die doppelte bzw. mehrfache Semitransparenz auch auf Absetzungsbeträge iSd. § 35 Abs. 4. Ein Dach-Spezial-Investmentfonds, dem sie zufließen, kann sie unter den Voraussetzungen des § 35 Abs. 4 Satz 2 als solche ausschütten.

- ▶ *Absetzungsbeträge iSd. § 35 Abs. 4:* Siehe § 35 Anm. 20.
- ▶ *Unter den Voraussetzungen des § 35 Abs. 4 Satz 2:* Siehe § 35 Anm. 20. Die Voraussetzungen des § 35 Abs. 4 Satz 2 wirken damit auf der Ebene zweier (oder mehrerer bei mehrfachen Dach-Ziel-Spezial-Investmentfonds-Konstruktionen) Investmentfonds: Erforderlich ist zunächst, dass der Ziel-Spezial-Investmentfonds die Absetzungsbeträge zusammen mit den dazugehörigen Immobilieneinnahmen innerhalb von vier Monaten nach Ablauf seines Geschäftsjahres an den Dach-Spezial-Investmentfonds ausschüttet. Darüber hinaus muss der Dach-Spezial-Investmentfonds diese Immobilieneinnahmen innerhalb von vier Monaten nach Ablauf seines Geschäftsjahres an seine Anleger weiter ausschütten (s. BRDrucks. 503/20, 119).

Zurechnungsbeträge und Immobilien-Zurechnungsbeträge (Abs. 3 Satz 2): Die mehrstufige Semitransparenz erstreckt sich nicht auf Zurechnungsbeträge und Immobilien-Zurechnungsbeträge, die einem Dach-Spezial-Investmentfonds zufließen, um eine stl. Doppelbegünstigung auf Anlegerebene zu vermeiden (s. BRDrucks. 503/20, 119, auch mit einem zusammenfassenden Beispiel).

- ▶ *Zurechnungsbeträge:* Siehe § 35 Abs. 3 und dazu § 35 Anm. 15.
- ▶ *Immobilien-Zurechnungsbeträge:* S. § 35 Abs. 3a und dazu § 35 Anm. 17.
- ▶ *Rechtsfolge „nicht als solche auszuschütten“:* Zugeflossene Zurechnungsbeträge und Immobilien-Zurechnungsbeträge stehen nicht als solche zur Ausschüttung zur Verfügung. Das heißt nicht, dass die Beträge niemals ausgeschüttet werden können. Die Beträge gehen vielmehr zunächst in der Substanz des Dach-Spezial-Investmentfonds unter. Der Dach-Spezial-Investmentfonds kann nach § 35 Abs. 2 Satz 2 Substanzbeträge (erst dann) an seine Anleger ausschütten, wenn er zuvor alle vorhandenen Erträge an seine Anleger ausgeschüttet hat, ohne dass es dann aber darauf ankommt, aus welchen Quellen (also ob aus einer Ausschüttung eines Ziel-Spezial-Investmentfonds oder aus Kapitaleinlagen der Anleger) die Substanzbeträge stammen.

§ 38 Vereinnahmung und Verausgabung

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731)

(1) § 11 des Einkommensteuergesetzes ist nach Maßgabe der folgenden Absätze anzuwenden.

(2) Dividenden gelten bereits am Tag des Dividendenabschlags als zugeflossen.

(3) ¹Periodengerecht abzugrenzen sind

1. Zinsen und angewachsene Ansprüche einer sonstigen Kapitalforderung nach § 20 Absatz 1 Nummer 7 des Einkommensteuergesetzes, wenn die Kapitalforderung eine Emissionsrendite hat oder bei ihr das Stammrecht und der Zinsschein getrennt wurden,

2. angewachsene Ansprüche aus einem Emissions-Agio oder -Disagio und

3. Mieten.

²Die angewachsenen Ansprüche sind mit der Emissionsrendite anzusetzen, sofern diese leicht und eindeutig ermittelbar ist. ³Anderenfalls ist der Unterschiedsbetrag zwischen dem Marktwert zum Ende des Geschäftsjahres und dem Marktwert zu Beginn des Geschäftsjahres oder im Falle des Erwerbs innerhalb des Geschäftsjahres der Unterschiedsbetrag zwischen dem Marktwert zum Ende des Geschäftsjahres und den Anschaffungskosten als Zins (Marktrendite) anzusetzen. ⁴Die abgegrenzten Zinsen, angewachsenen Ansprüche und Mieten gelten als zugeflossen.

(4) Periodengerecht abgegrenzte Werbungskosten gelten als abgeflissen, soweit der tatsächliche Abfluss im folgenden Geschäftsjahr erfolgt.

(5) Gewinnanteile des Spezial-Investmentfonds an einer Personengesellschaft gehören zu den Erträgen des Geschäftsjahres, in dem das Wirtschaftsjahr der Personengesellschaft endet.

(6) ¹Wird ein Zinsschein oder eine Zinsforderung vom Stammrecht abgetrennt, gilt dies als Veräußerung der Schuldverschreibung und als Anschaffung der durch die Trennung entstandenen Wirtschaftsgüter. ²Die Trennung gilt als vollzogen, wenn dem Inhaber der Schuldverschreibung die Wertpapierkennnummern für die durch die Trennung entstandenen Wirtschaftsgüter zugehen. ³Als Veräußerungserlös der Schuldverschreibung gilt deren gemeiner Wert zum Zeitpunkt der Trennung. ⁴Für die Ermittlung der Anschaffungskosten der neuen Wirtschaftsgüter ist der Wert nach Satz 3 entsprechend dem gemeinen Wert der neuen Wirtschaftsgüter aufzuteilen. ⁵Die Erträge des Stammrechts sind in sinngemäßer Anwendung des Absatzes 3 periodengerecht abzugrenzen.

(7) ¹Wird eine sonstige Kapitalforderung im Sinne des § 20 Absatz 1 Nummer 7 des Einkommensteuergesetzes gegen Anteile an einer Körperschaft, Vermögensmasse oder Personenvereinigung getauscht, bemessen sich die Anschaffungskosten der Anteile nach dem gemeinen Wert der sonstigen Kapitalforderung. ²§ 20 Absatz 4a des Einkommensteuergesetzes findet keine Anwendung.

(8) Die abgegrenzten Zinsen, angewachsenen Ansprüche und Mieten sowie die Erträge nach Absatz 6 Satz 5 gehören zu den ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen.

Autor und Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 38	1	F. Erläuterungen zu Abs. 5: Anteile an Gewinn von Personengesellschaften	25
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Anwendung von § 11 EStG	5	G. Erläuterungen zu Abs. 6: Trennung von Zinsschein oder Zinsforderung von Stammrecht	30
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Fiktion des Zuflusses von Dividenden	10	H. Erläuterungen zu Abs. 7: Tausch von Kapitalforderung gegen Anteile	35
D. Erläuterungen zu Abs. 3: Periodengerechte Abgrenzung von Erträgen	15	I. Erläuterungen zu Abs. 8: Nicht ausgeglichene negative Einkünfte	40
E. Erläuterungen zu Abs. 4: Periodengerecht abgegrenzte Werbungskosten	20		

1 A. Allgemeine Erläuterungen zu § 38

Grundinformation: § 38 regelt als eine der zentralen Normen der Einkünfteermittlung, wann, dh. für welches Jahr die nach § 37 Satz 1 InvStG entsprechend § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG als Überschuss der Einnahmen über die WK zu ermittelnden Einkünfte eines Spezial-Investmentfonds zu erfassen sind. Dabei kommt es für die Frage, wann die so zu ermittelnden Einkünfte erzielt wurde, nach § 11 EStG, auf den Abs. 1 verweist, grds. darauf an, wann Einnahmen zugeflossen und Ausgaben geleistet werden. § 38 enthält in den Absätzen 2 bis 8 Sonderregelungen für die Einkünfteermittlung von Spezial-Investmentfonds. Anders als Abs. 1 dies mit der Anordnung, § 11 EStG sei nach Maßgabe dieser Sonderregelungen anzuwenden, erwarten lässt, gehen diese insbes. mit den Abs. 6, 7 und 8 über bloße Modifikationen des Zuflusses von Einnahmen und der Leistungen von Ausgaben hinaus. Abs. 7 enthält wie schon zuvor § 3 Abs. 1a InvStG aF eine Regelung zum sog. *Bond-Stripping*.

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher Geltungsbereich:* § 38 gilt für die und regelt Einzelheiten der Einkünfteermittlung von Spezial-Investmentfonds.
- ▶ *Persönlicher Geltungsbereich:* § 38 gilt für in- und ausländ. Spezial-Investmentfonds.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* § 38 gilt ab dem 1.1.2018, s. § 56 Abs. 1.

Verhältnis zu anderen Vorschriften:

- ▶ *Verhältnis der §§ 37 bis 41 zueinander:* §§ 37 bis 41 regeln nach einem in § 37 Satz 1 Halbs. 1 enthaltenen Verweis auf die grundsätzliche Einkünfteermittlung als Überschuss der Einnahmen über die WK entsprechend § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG und die Ermittlung von Gewinnen oder Verlusten aus privaten Veräußerungsgeschäften entsprechend § 23 Abs. 3 EStG auf Fondsebene geltende Abweichungen von und Ergänzungen zu den estl. Grundsätzen.
- ▶ *Verhältnis zu § 11 EStG:* § 38 enthält bei der Einkünfteermittlung auf Fondsebene gegenüber § 11 EStG zu berücksichtigende Sonderregelungen.

2–4 Einstweilen frei.

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Anwendung von § 11 EStG

5

Anwendung von § 11 EStG: § 11 EStG ordnet Einnahmen und Ausgaben dem für die Einkommensbesteuerung maßgeblichen Kj. zu, vgl. § 11 EStG Anm. 1 ff.

Maßgabe der folgenden Absätze des § 38: § 11 gilt nach Abs. 1 nur nach Maßgabe der Abs. 2 bis 8 des § 38. Tatsächlich gehen die Abs. 2 bis 8 über bloße Modifikationen des § 11 hinaus.

Einstweilen frei.

6–9

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Fiktion des Zuflusses von Dividenden

10

Fiktion des Zuflusses am Tag des Dividendenabschlags: Abs. 2 entspricht § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 InvStG aF. Der Tag des Dividendenabschlags ist der erste Tag, an dem Aktien an der Börse nicht mehr mit der Berechtigung die Dividende zu beziehen (cum Dividende), sondern ohne diese (ex Dividende) gehandelt werden. Laut BMF, Anwendungsfragen, Rz. 38.3 ist der Dividendenanspruch erstmals zu dem Bewertungstag des Spezial-Investmentfonds einzustellen, an dem die Aktien erstmals mit dem Kurs ohne Dividendenanspruch (ex Dividende) bewertet werden. Die Dividende würde andernfalls doppelt gezählt.

Fiktion: Die Regelung ist eine Fiktion („gelten als zugeflossen“); tatsächlich fließen Dividenden erst Tage nach dem ersten Tag zu, an dem die Aktien „ex“ Dividende gehandelt werden (vgl. die Fälligkeitsregelung in § 58 Abs. 4 Satz 2 AktG und dazu zB Koch in Hüffer/Koch, 15. Aufl. 2021, § 58 AktG Rz. 28). Weichen die Währung, in der der Spezial-Investmentfonds rechnet, und die Währung, in der die Dividende gezahlt wird, voneinander ab, kann die tatsächlich später als am Tag des Dividendenabschlags erfolgende Zahlung zu Währungsgewinnen oder -verlusten führen, die wie die Dividende behandelt werden sollten, s. Wenzel in Blümich, § 38 InvStG 2018 Rz. 13 ff. [8/2017]).

Einstweilen frei.

11–14

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Periodengerechte Abgrenzung von Erträgen

15

Periodengerechte Abgrenzung (Abs. 3 Satz 1): Die nachfolgend beschriebenen Erträge sind nach Satz 1 periodengerecht abzugrenzen, dh. unabhängig von ihrer (späteren) tatsächlichen Zahlung nach Bilanzierungsgrundsätzen (§ 252 Abs. 1 Nr. 5 HGB) in dem Zeitraum zu erfassen, in dem sie wirtschaftlich verursacht wurden (vgl. Störk/Büssow in Beck BilKomm., 12. Aufl. 2020, § 252 HGB Rz. 52). Insoweit besteht – anders als nach Abs. 4 für WK – kein Wahlrecht (s. Wenzel in Blümich, § 38 InvStG 2018 Rz. 18 [8/2017]).

► **Zinsen (Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 1. Fall):** Für eine Definition des Zinsbegriffs s. § 20 EStG Anm. 232.

► **Angewachsene Ansprüche einer sonstigen Kapitalforderung nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG (Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 2. Fall):**

▷ **Emissionsrendite (Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 2. Fall Alt. 1):** Satz 1 Nr. 1 2. Fall Alt. 1 erfasst nur angewachsene Ansprüche (wohl „aus“ einer Kapitalforderung),

wenn die Kapitalforderung eine Emissionsrendite hat. Emissionsrendite ist die vom Emittenten von vornherein, dh. bei der Begebung einer Anlage, zugesagte Rendite, die bis zur Einlösung des Papiers bzw. bei Endfälligkeit einer Forderung mit Sicherheit (mindestens) erzielt werden kann (BFH v. 24.10.2000 – VIII R 28/99, BStBl. II 2001, 97; BFH v. 4.12.2007 – VIII R 53/05, BStBl. II 2008, 563; BFH v. 5.11.2014 – VIII R 28/11, BStBl. II 2015, 276).

- ▷ *Trennung von Stammrecht und Zinsschein (Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 2. Fall Alt. 2):* Wird bei einer Kapitalforderung das Stammrecht vom Zinsschein getrennt, ergibt sich für die Kapitalforderung ein (geringerer) gemeiner Wert (§ 9 BewG) – das Gesetz spricht in Abs. 3 Satz 3 vom „Marktwert“ – als der Nennwert, da ein Erwerber den fehlenden Zins in Abzug brächte, die Forderung also abzinste. Bis zur Fälligkeit der Forderung vermindert sich der Abschlag, der Marktwert steigt (wenn und soweit nicht der Marktzins steigt).
- ▶ *Angewachsene Ansprüche aus einem Emissions-Agio oder -Disagio (Abs. 3 Satz 1 Nr. 2):* Bei einem anlegenden Investmentfonds sind angewachsene Ansprüche aus einem Aufschlag bei der Emission eines Wertpapiers, also ein Emissions-Agio schwer vorstellbar (vgl. *Lübböhüsen in Berger/Steck/Lübböhüsen*, 2010, § 3 Rz. 49). Etwas anderes gilt für den Abschlag vom Nennwert einer Forderung (Emissions-Disagio), den ein Investmentfonds beim Kauf einer Anleihe nicht mitbezahlt und der sich bis zur Fälligkeit der Rückzahlung verringert. Eine ursprünglich vorgesehene Einschränkung, dass nur periodengerecht abzugrenzen ist, soweit das Emissions-Agio oder -Disagio nicht (nur) der Feinabstimmung des Zinses dient (s. die Disagio-Staffel des BMF v. 24.11.1986 – IV B 4 - S 2252 - 180/86, BStBl. I 1986, 539) wurde auf Bitten des BRat, der angesichts des herrschenden Niedrigzinsniveaus befürchtete, es ließen sich beachtliche Steuervorteile erzielen, fallen gelassen (vgl. BRDrucks. 119/16, 12).
- ▶ *Mieten (Abs. 3 Satz 1 Nr. 3):* Mieten (§ 535 Abs. 2 BGB) sind die vereinbarte Gegenleistung eines Mieters für die Überlassung und Erhaltung der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch, sie stellen aber nur einen Teil der möglichen Einnahmen aus der Vermietung von Sachen dar (vgl. § 21 EStG Anm. 80ff.).
- ▶ *Ansatz mit Emissionsrendite (Abs. 3 Satz 2):* Die angewachsenen Ansprüche (aus einem Emissions-Agio oder -Disagio oder einer sonstigen Kapitalforderung) sind nach Satz 2 mit der Emissionsrendite anzusetzen, wenn sie leicht und eindeutig ermittelbar ist. Zum Begriff der Emissionsrendite s. Anm. 15. Sie kann sich zB aus dem Emissionsprospekt ergeben oder nach BMF (BMF v. 24.1.1985 – IV B 4 - S 2252 - 4/85, BStBl. I 1985, 77) ermittelt werden, s. dazu auch *Talaska/Sendke*, Stbg 2014, 197. Zur Ermittlung der Emissionsrendite und Nichtbeanstandungsregelungen s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 38.6ff.
- ▶ *Hilfsweise Markttrendite (Abs. 3 Satz 3):* Kann die Emissionsrendite nicht leicht und eindeutig ermittelt werden, ist als Zins der Unterschiedsbetrag zwischen dem Marktwert (der Forderung) am Ende des Geschäftsjahres und dem zu Beginn des Geschäftsjahres bzw. im Fall des unterjährigen Erwerbs den AK anzusetzen. Satz 3 definiert dies als die Markttrendite.
- ▶ *Zuflussfiktion (Abs. 3 Satz 4):* Die abgegrenzten Zinsen, angewachsenen Ansprüche und Mieten gelten als zugeflossen. Die Fiktion beschränkt sich auf den Zufluss von Erträgen (vor ihrer tatsächlichen Zahlung), nicht geregelt ist darin der Abfluss von Aufwendungen (s. Abs. 4).

16–19 Einstweilen frei.

E. Erläuterungen zu Abs. 4: Periodengerecht abgegrenzte Werbungskosten

20

Wahlrecht betreffend Werbungskostenabzug im Geschäftsjahr vor dem Abfluss: Nach Abs. 4 gelten periodengerecht abgegrenzte WK als abgefließen, soweit der tatsächliche Abfluss im folgenden Geschäftsjahr erfolgt. Abs. 4 setzt eine periodengerechte Abgrenzung von WK voraus, ordnet sie also selbst nicht an (s. so zu dem Abs. 4 entsprechenden § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 InvStG aF *Lübbehüsen* in *Berger/Steck/Lübbehüsen*, 2010, § 3 Rz. 66). Er enthält damit für bestimmte Fälle ein investmentsteuerrechtl. Wahlrecht zur periodengerechten Abgrenzung von WK (vgl. *Wenzel* in *Blümich*, § 38 InvStG 2018 Rz. 23 [8/2017]; so auch zur Vorgängervorschrift § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 InvStG aF die FinVerw. und die hM in der Literatur BMF v. 18.8.2009 – IV C 1 - S 1980 - 1/08/10019, 2009/0539738, BStBl. I 2009, 931, Rz. 52; *Lübbehüsen* in *Berger/Steck/Lübbehüsen*, 2010, § 3 Rz. 66 mwN). In Übereinstimmung mit § 252 Abs. 1 Nr. 5 HGB können damit Aufwendungen grds. unabhängig vom (späteren) Zeitpunkt der Zahlung berücksichtigt werden. Allerdings gilt das nach Abs. 4 nur, soweit die WK tatsächlich im folgenden Geschäftsjahr abfließen, also in dem Geschäftsjahr des Fonds, das dem Geschäftsjahr folgt, in dem WK schon berücksichtigt wurden, ohne abgefließen zu sein. Fließen die WK im folgenden Geschäftsjahr anders als vorausgesetzt nicht ab, ist die Feststellung der Besteuerungsgrundlagen nach § 51 zu korrigieren (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 38.13 mit der Einschränkung, dass eine Abweichung aufgrund der Veränderung des Wechselkurses zwischen Abgrenzung und Abfluss nicht zu einer rückwirkenden Korrektur führt, sondern im Jahr des Abflusses zu erfassen ist; s. ansonsten auch *Wenzel* in *Blümich*, § 38 InvStG 2018 Rz. 18 [8/2017]; *Ernst* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 38 Rz. 67 [6/2020]). Den umgekehrten Fall, also den der Vorauszahlung von WK, regelt Abs. 4 nicht, und daraus folgt, dass deren periodengerechte Abgrenzung und damit eine zeitliche Erfassung erst nach dem tatsächlichen Abfluss nicht möglich ist (s. so zu dem Abs. 4 entsprechenden § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 InvStG aF *Lübbehüsen* in *Berger/Steck/Lübbehüsen*, 2010, § 3 Rz. 69). Ist eine solche spätere Berücksichtigung gewünscht, bietet es sich an, später, dh. im Zeitraum der wirtschaftlichen Verursachung zu zahlen, sofern die Fälligkeit dies erlaubt.

Einstweilen frei.

21–24

F. Erläuterungen zu Abs. 5: Anteile an Gewinn von Personengesellschaften

25

Mit der Formulierung „Gewinnanteile des Spezial-Investmentfonds an einer Personengesellschaft“ meint das Gesetz Anteile eines Spezial-Investmentfonds am Gewinn einer PersGes., an der der Spezial-Investmentfonds beteiligt ist. Der Gewinnanteil ist in dem Geschäftsjahr des Spezial-Investmentfonds zu berücksichtigen, in dem das Wj. der PersGes. endet. Für den Umfang des Gewinnanteils gelten die Mitunternehmerregelungen des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG, s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 38.18. Zu den Gewinnanteilen gehören auch Anteile am Verlust von PersGes. (vgl. *Lübbehüsen* in *Berger/Steck/Lübbehüsen*, 2010, § 3 Rz. 166 mwN), der dann ebenfalls zum Wirtschaftsjahresende der PersGes. zu berücksichtigen ist (*Wenzel* in *Blümich*, § 38 InvStG 2018 Rz. 13 ff. [8/2017]), es sei denn, die

Berücksichtigung ist wegen der Anwendung ertragsteuerlicher Verlustverrechnungsnormen ausgeschlossen, s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 38.17).

Erträge des Geschäftsjahres, in dem das Wirtschaftsjahr der Personengesellschaft endet: Solche Gewinnanteile gehören zu den Erträgen des Geschäftsjahres des Spezial-Investmentfonds, in dem das entsprechende Wj. der PersGes. endet.

26–29 Einstweilen frei.

30 G. Erläuterungen zu Abs. 6: Trennung von Zinsschein oder Zinsforderung vom Stammrecht

Bond-Stripping: Mit der Trennung von Zinsschein oder Zinsforderung vom Stammrecht einer Schuldverschreibung beschreibt Satz 1 das sog. *Bond-Stripping* (s. dazu umfassend *Becker-Pennrich*, FR 2017, 7). Dabei wird eine verzinsliche Forderung in Teil-Forderungsrechte, dh. einen die bloße Rückzahlung des Kapitals repräsentierenden Mantel und die die einzelnen Zinsauszahlungen repräsentierenden Zinsscheine getrennt. Vor der Ergänzung des InvStG aF um § 3 Abs. 1a (krit. dazu *Hamacher in Korn*, § 3 Rz. 6.1 [7/2014]) durch das AIFM-StAnpG v. 18.12.2013 (BGBl. I 2013, 4318) war es nach uE zutreffender Ansicht möglich, aufgrund der Zuweisung sämtlicher AK einer Schuldverschreibung zu dem die Kapitalrückzahlung repräsentierenden Mantel mit der Veräußerung oder Rückgabe des Fondsanteils einen stl. zu berücksichtigenden Verlust zu erzielen, während eine Ausschüttung des mit der Veräußerung der getrennten Zinsforderung generierten Ertrags uU stfrei bleiben konnte (s. *Becker-Pennrich*, FR 2017, 7; *Wenzel in Blümich*, § 3 InvStG 2018 Rz. 8f. [4/2017]; aA *Ronig*, NWB 2015, 2223, s. auch BMF v. 2.12.2013 – IV C 1 - S 1980 - 1/12/10005:004, 2013/1101789, BStBl. I 2013, 1506). Abs. 7 regelt nun mit Hilfe von vier Fiktionen in seinen Sätzen 1 bis 3, dass mit der Trennung die ursprünglichen AK für die Schuldverschreibung auf den die Rückzahlung des Kapitals repräsentierenden Mantel und die die Zinsauszahlungen repräsentierenden Zinsscheine aufgeteilt werden, so dass aus der anschließenden Veräußerung des Mantels oder der Veräußerung oder Rückgabe von Fondsanteilen nach vollzogener Trennung grds. (s. Abs. 6 Satz 3) kein Verlust mehr entstehen kann.

- ▶ **Veräußerungsfiktion (Abs. 6 Satz 1):** Nach Satz 1 gilt im Fall der Trennung von Zinsschein oder Zinsforderung vom Stammrecht einer Schuldverschreibung dieselbe als veräußert.
- ▶ **Anschaffungsfiktion (Abs. 6 Satz 1):** Zugleich gelten der die Rückzahlung des Kapitals repräsentierende Mantel sowie die die Zinsauszahlungen repräsentierenden Zinsscheine als angeschafft.
- ▶ **Fiktion des Vollzugs der Trennung (Abs. 6 Satz 2):** Die Trennung des die Rückzahlung des Kapitals repräsentierenden Mantels sowie der die Zinsauszahlungen repräsentierenden Zinsscheine gilt mit dem Zugang der neuen Wertpapierkennnummern als vollzogen.
- ▶ **Veräußerungserlösfiktion (Abs. 6 Satz 3):** Als Veräußerungserlös der Schuldverschreibung gilt deren gemeiner Wert zum Zeitpunkt der Trennung. Dieser kann höher oder niedriger sein als die AK der Schuldverschreibung, so dass sich ein Veräußerungsgewinn oder -verlust ergeben kann; ein weiterer Verlust allein aufgrund der anschließenden Veräußerung des die Rückzahlung des Kapitals repräsentierenden Mantels kann dann aber nicht mehr entstehen, weil

dessen AK qua Fiktion um den Teil des gesamten gemeinen Werts der noch ungetrennten Schuldverschreibung, der auf die Zinsforderungen entfällt, gemindert wurde (s. Abs. 6 Satz 4).

Ermittlung der Anschaffungskosten der neuen Wirtschaftsgüter (Abs. 6 Satz 4): Um zu verhindern, dass mit der Veräußerung oder Rückgabe von Fondsanteilen bzw. der Veräußerung des die Kapitalrückzahlung repräsentierenden Mantels ein Verlust entsteht, ordnet Satz 4 an, dass für die Ermittlung der AK der neuen WG, also diejenigen des die Kapitalrückzahlung repräsentierenden Mantels und diejenigen der isolierten Zinsforderungen, der gemeine Wert der Schuldverschreibung, der nach Satz 3 als Veräußerungserlös gilt, entsprechend dem gemeinen Wert der neuen WG aufzuteilen ist.

Abgrenzung der Erträge des Stammrechts (Abs. 6 Satz 5): Die Erträge, dh. der laufzeitbedingte Wertzuwachs des Stammrechts, das wie eine unverzinsliche Forderung – in einem gleichbleibenden Zinsumfeld – mit abnehmenden zeitlichem Abstand zur Einlösung zu 100 % immer wertvoller wird, sind in sinngemäßer Anwendung des Abs. 3 periodengerecht abzugrenzen.

Einstweilen frei.

31–34

H. Erläuterungen zu Abs. 7: Tausch von Kapitalforderung gegen Anteile

35

Keine Anwendung von § 20 Abs. 4a EStG: Mit der Begr., erkannte Steuergestaltungen zu verhindern, und aus Sorge, es könnten anderenfalls stpfl. Erträge oder Wertzuwächse in nach § 8b KStG stfreie Veräußerungsgewinne umgewandelt werden (BTDrucks. 18/8739, 106), regelt der erst aufgrund einer Beschlussempfehlung des Finanzausschusses des BTag (BTDrucks. 18/8739) in das InvStG 2018 aufgenommene Abs. 7 Satz 2, dass § 20 Abs. 4a EStG nicht gelten soll, wenn eine sonstige Kapitalforderung iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG gegen Anteile an einer Körperschaft, Vermögensmasse oder Personenvereinigung getauscht wird. Stattdessen bemessen sich AK der Anteile nach dem gemeinen Wert der sonstigen Kapitalforderung.

- ▶ *Tausch einer sonstigen Kapitalforderung iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG gegen Anteile an einer Körperschaft, Vermögensmasse oder Personenvereinigung:* Beispiele dafür sind Wandel- und Umtauschanleihen, die dem Inhaber das Recht gewähren, bei Fälligkeit anstelle der Zahlung eines Geldbetrags vom Emittenten die Lieferung von Aktien zu verlangen oder die dem Emittenten das Recht gewähren, bei Fälligkeit dem Inhaber anstelle der Zahlung eines Geldbetrags Aktien anzudienen.
- ▶ *Gemeiner Wert der sonstigen Kapitalforderung als Anschaffungskosten der Anteile:* Mit dem von Abs. 7 Satz 1 vorgeschriebenen Ansatz des gemeinen Werts wird im Zuge des Tauschs ein etwaiger Gewinn in Höhe der Differenz zwischen dem gemeinen Wert und den niedrigeren AK für die Kapitalforderung realisiert. § 20 Abs. 4a EStG, der ausnahmsweise eine Fortführung der AK erlaubt hätte, ist nach Abs. 7 Satz 2 nicht anzuwenden (s. dazu auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 38.20).

Einstweilen frei.

36–39

40 **I. Erläuterungen zu Abs. 8: Nicht ausgeglichene negative Einkünfte**

Ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge: Nach Abs. 8 gehören die abgegrenzten Zinsen, angewachsenen Ansprüche und Mieten sowie die Erträge nach Abs. 6 Satz 5 zu den ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen. Hintergrund der erst aufgrund einer Beschlussempfehlung des Finanzausschusses des BTag (BTDrucks. 18/8739) aufgenommenen Vorschrift war die Sorge, es könne vertreten werden, die nach Abs. 3 periodengerecht abzugrenzenden Zinsen, angewachsenen Ansprüche und Mieten sowie die Erträge des Stammrechts nach Abs. 6 Satz 5 seien aufgrund der dortigen Regelungen nur auf Ebene des Investmentfonds zugeflossen und könnten nicht stets auch als ausschüttungsgleiche Erträge nach § 36 zeitnah bei den Anlegern besteuert werden. Deshalb bewirke Abs. 8, dass abgegrenzte Erträge auf Anlegerebene zeitnah der Besteuerung unterliegen – im Falle der Ausschüttung als ausgeschüttete, im Falle der Thesaurierung als ausschüttungsgleiche Erträge.

Ausgeschüttete Erträge: Siehe § 34.

Ausschüttungsgleichen Erträgen: Siehe § 34.

Abgegrenzte Zinsen: Siehe Anm. 15.

Angewachsene Ansprüche und Mieten: Siehe Anm. 15.

Erträge nach Abs. 6 Satz 5: Siehe Anm. 30 „Abgrenzung der Erträge des Stammrechts“.

§ 39 Werbungskosten, Abzug der Direktkosten

i d F des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731)

(1) ¹Werbungskosten des Spezial-Investmentfonds, die in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit Einnahmen stehen, sind Direktkosten. ²Zu den Direktkosten gehören auch Absetzungen für Abnutzung oder Substanzverringerung bis zur Höhe der nach § 7 des Einkommensteuergesetzes zulässigen Beträge. ³Die übrigen Werbungskosten des Spezial-Investmentfonds sind Allgemeinkosten.

(2) ¹Direktkosten, die in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit Einnahmen nach § 20 Absatz 1 Nummer 1 oder Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 des Einkommensteuergesetzes stehen, sind ausschließlich den Einnahmen nach § 20 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 des Einkommensteuergesetzes zuzuordnen. ²Liegen keine Einnahmen nach § 20 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 des Einkommensteuergesetzes vor oder sind die Einnahmen niedriger als die Werbungskosten, so hat der Spezial-Investmentfonds Verlustvorträge zu bilden.

(3) Verluste aus Finanzderivaten sind als Direktkosten bei den Einnahmen nach § 20 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 des Einkommensteuergesetzes abzuziehen, wenn der Spezial-Investmentfonds im Rahmen einer konzeptionellen Gestaltung Verluste aus Finanzderivaten und in gleicher oder ähnlicher Höhe Einnahmen nach § 20 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 des Einkommensteuergesetzes herbeigeführt hat.

(4) Die nach der Zuordnung nach den Absätzen 2 und 3 verbleibenden Direktkosten sind von den jeweiligen Einnahmen abzuziehen.

Autor und Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 39	1	mit Einnahmen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 oder Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG	10
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Direktkosten und Allgemeinkosten	5	D. Erläuterungen zu Abs. 3: Verluste aus Finanzderivaten	15
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Direktkosten im Zusammenhang		E. Erläuterungen zu Abs. 4: Abzug verbleibender Direktkosten	25

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 39

1

Grundinformation: § 39 regelt nach dem Vorbild von § 3 Abs. 3 InvStG aF den Abzug von WK und beinhaltet die grundlegende Unterscheidung zwischen Direktkosten und Allgemeinkosten.

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher Geltungsbereich:* § 39 gilt für den Abzug von WK im Rahmen der Einkünfteermittlung von Spezial-Investmentfonds.

- ▶ *Persönlicher Geltungsbereich:* § 39 gilt für in- und ausländ. Spezial-Investmentfonds.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* § 39 gilt ab dem 1.1.2018, s. § 56 Abs. 1.

Verhältnis zu anderen Vorschriften:

- ▶ *Verhältnis der §§ 37 bis 41 zueinander:* Die §§ 37 bis 41 regeln nach einem in § 37 Satz 1 Halbs. 1 enthaltenen Verweis auf die grundsätzliche Einkünfteermittlung als Überschuss der Einnahmen über die WK auf § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG und die Ermittlung von Gewinnen oder Verlusten aus privaten Veräußerungsgeschäften nach § 23 Abs. 3 EStG auf Fondsebene geltende Abweichungen von und Ergänzungen zu den estl. Grundsätzen.
- ▶ *Verhältnis zu § 9 EStG:* § 39 setzt mit der Verwendung des Begriffs der Werbungskosten auf § 9 EStG auf, enthält aber bei der Einkünfteermittlung auf Fondsebene gegenüber § 9 EStG zu berücksichtigende Sonderregelungen und führt die Untergliederung der WK in Direkt- und Allgemekosten ein.

2–4 Einstweilen frei.

5 B. Erläuterungen zu Abs. 1: Direktkosten und Allgemekosten

Abs. 1 regelt in drei Sätzen die grundlegende Unterscheidung von Direktkosten und Allgemekosten.

Direktkosten sind nach Satz 1 WK, die in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit Einnahmen stehen. Werbungskosten sind Aufwendungen zur Erzielung, Sicherung und Erhaltung von Einnahmen (§ 9 Abs. 1 Satz 1 EStG, s. dazu § 9 EStG Anm. 115 ff.).

- ▶ *Unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang mit Einnahmen:* Durch ihn unterscheiden sich Direktkosten von Allgemekosten, die ein (nur) mittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang mit Einnahmen prägt (s. Abs. 1 Satz 3 und § 40 Abs. 5 Satz 1). Unseres Erachtens geht das Erfordernis der Unmittelbarkeit über das einer schlichten Kausalität hinaus (s. aber *Wenzel in Blümich*, § 39 InvStG 2018 Rz. 11 [8/2017]). Tatsächlich ist das Kriterium eines „unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhangs“ abstrakt kaum zu fassen, aber über von der Rspr. zu bestimmten Fallgruppen entwickelte Konkretisierungsmaßstäbe zu erschließen (s. zu Details § 3c EStG Anm. 36 ff.). Verschiedener von der Rspr. des BFH entwickelter Formulierungen bedient sich auch das BMF zur Definition des unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhangs (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 39.3), ohne dass damit uE abstrakt, d.h. lösgelöst vom Einzelfall ein wesentlicher Erkenntnisgewinn erzielt wird. Instruktiver ist das Beispiel der Performance Fee in BMF, Anwendungsfragen, Rz. 39.4, die je nachdem, wofür sie geleistet wird, zu den Direktkosten oder den Allgemekosten gehören kann.
- ▶ *Absetzungen für Abnutzung/Absetzungen für Substanzverringerung:* Zu den Direktkosten gehören nach Satz 2 auch AfA und AfS bis zur Höhe der nach § 7 EStG zulässigen Beträge. S. dazu BMF, Anwendungsfragen, Rz. 39.39,8 und 39.9.

Allgemekosten sind nach Satz 3 die übrigen WK eines Spezial-Investmentvermögens, also solche, die nicht Direktkosten sind.

6–9 Einstweilen frei.

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Direktkosten im Zusammenhang mit Einnahmen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 oder Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG

10

Ausschließliche Zuordnung von Direktkosten im unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit Dividenden oder Aktienveräußerungsgewinnen (Abs. 2 Satz 1): Nach Abs. 2 Satz 1 sind Direktkosten, die in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang (s. dazu Anm. 5) mit Einnahmen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG (insbes. Dividenden) oder Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 (insbes. Aktienveräußerungsgewinne) stehen, ausschließlich den Veräußerungsgewinnen zuzuordnen. Die Zuordnung nur zu den Veräußerungsgewinnen und nicht auch zu den Dividenden beruht darauf, dass nur erstere als Überschuss der Einnahmen über die WK ermittelt werden, während letztere grds. (Ausnahme: § 30) dem abgeltenden StAbzug unterliegen (s. § 29 Abs. 1 iVm. § 7 Abs. 2). Nach § 40 Abs. 5 gilt dasselbe auch für Allgemekosten (s. dazu § 40 Anm. 25). Die Verknüpfung der beiden Fälle mit „oder“ („Direktkosten, die in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit Einnahmen nach § 20 Absatz 1 Nummer 1 oder Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 EStG stehen ...“) statt mit „und“ ist sprachlich fragwürdig, da sie auch Fälle erfasst, in denen Direktkosten (oder nach § 40 Abs. 5 Allgemekosten) nur den Einnahmen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG oder den Einnahmen nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG zuzuordnen sind. Letzteres ist unproblematisch und ersteres zugunsten des Spezial-Investmentfonds hinnehmbar, da es zu einem Abzug von Direkt- oder Allgemekosten führen kann, der anderenfalls ausgeschlossen wäre.

Verlustvortrag (Abs. 2 Satz 2): Wenn der Spezial-Investmentfonds keine Veräußerungsgewinne (Einnahmen nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG) erzielt oder (bzw. soweit) diese niedriger sind als die Direktkosten (und die Allgemekosten, s. § 40 Abs. 5), hat er nach Abs. 2 Satz 2 (insoweit) Verlustvorträge zu bilden. Damit wird erreicht, dass diese WK nicht andere Einkünfte des Fonds mindern.

Einstweilen frei.

11–14

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Verluste aus Finanzderivaten

15

Ziel rechtssicheren Ausschlusses von Gestaltungsmissbräuchen: Abs. 3 soll verhindern, dass für Kapitalgesellschaften als Anleger eines Spezial-Investmentfonds mit sog. Koppelungsgeschäften stl. Vorteile dadurch erzielt werden, dass Aktienveräußerungsgewinne stfrei bleiben, während aus exakt gegenläufigen Finanzderivaten in gleicher Höhe Verluste erzielt werden, die durch die stfreien Aktienveräußerungsgewinne wirtschaftlich ausgeglichen werden, stl. aber andere stpfl. Einkünfte mindern. Für die Vergangenheit verfolgte die FinVerw. derartige Gestaltungen als Missbrauch rechtl. Gestaltungsmöglichkeiten (vgl. Nds. FG v. 1.11.2012 – 6 K 382/10, EFG 2013, 382, aufgehoben durch BFH v. 22.12.2015 – I R 43/13, BFH/NV 2016, 1034, nachfolgend Nds. FG v. 6.7.2017 – 6 K 150/16, juris, rkr.): Der Gesetzgeber möchte allerdings die drohende Rechtsfolge rechtssicherer als mit einem Rückgriff auf § 42 AO auch in Fällen ausschließen, in denen sich die gegenläufigen Finanzderivate nicht nur auf die gleiche Aktiengattung, sondern zB auch auf Gesamtheiten von Aktiengattungen (Aktienkörbe) beziehen (BTDrucks. 18/8045, 111).

Verluste aus Finanzderivaten: Ein Fonds erzielt Verluste aus Finanzderivaten in den von Abs. 3 erfassten Fällen zB aus Termingeschäften, die nicht durch Lieferung von Aktien beendet werden.

Einnahmen nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG: Siehe § 20 EStG Anm. 430 ff.

In gleicher oder ähnlicher Höhe: Verluste aus Finanzderivaten und Aktienveräußerungsgewinnen müssen in gleicher oder ähnlicher Höhe vorliegen. Während klar ist, wann die Beträge gleich sind, ist unbestimmt, wann Verluste und Gewinne ausreichend ähnlich hoch sind, um eine Anwendung von Abs. 3 zu rechtfertigen. Vor dem Hintergrund des Regelungszwecks von Abs. 3, ohne den gewünschten Steuereffekt wirtschaftlich unsinnigen Koppelungsgeschäften den stl. angestrebten Vorteil zu versagen, könnte man vertreten, dass ein Verlust aus einem Finanzderivat immer dann ausreichend hoch ist, um zur Anwendung von Abs. 3 zu führen, wenn er durch den gegenläufigen Aktienveräußerungsgewinn und die durch den Verlust erreichbare Steuerersparnis wirtschaftlich ausgeglichen wird. Der Verlust wäre dann schon ausreichend ähnlich hoch wie der angestrebte Gewinn, wenn er ca. 87 % des Gewinns beträgt.

Herbeiführen im Rahmen einer konzeptionellen Gestaltung: Aktienveräußerungsgewinne und Verluste aus Finanzderivaten müssen, um unter Abs. 3 zu fallen, im Rahmen einer konzeptionellen Gestaltung herbeigeführt werden. Das Gesetz definiert nicht, wann eine konzeptionelle Gestaltung anzunehmen ist. Die in der Begr. des Gesetzentwurfs geschilderten Beispiele zeigen, dass die zu Aktienveräußerungsgewinnen führenden Geschäfte und die Finanzderivate wohl gleichzeitig und beide mit einer Gegenpartei vereinbart werden müssen, um das Tatbestandsmerkmal der konzeptionellen Gestaltung zu erfüllen (BTDrucks. 18/8045, 110; s. zu einer vergleichbaren Fragestellung auch *Haisch*, RdF 2019, 223 [228]). Isoliert, d.h. nicht als Koppelungsgeschäft vereinbarte Aktien- und Termingeschäfte fallen nicht unter Abs. 3, s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 39.20.

Rechtsfolge: Die Verluste aus den Finanzderivaten sind als Direktkosten bei den Einnahmen nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG abzuziehen, stehen also nicht zur Verfügung, andere (stpl.) Einkünfte zu mindern. Ein die Aktienveräußerungsgewinne übersteigender, in konzeptioneller Gestaltung mit ihnen herbeigeführter Verlust muss vorgetragen werden, um mit künftigen Aktienveräußerungsgewinnen verrechnet zu werden (BTDrucks. 18/8045, 111; s. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 39.19).

16–24 Einstweilen frei.

25 E. Erläuterungen zu Abs. 4: Abzug verbleibender Direktkosten

Nach der Zuordnung nach den Abs. 2 und 3 verbleibende Direktkosten sind von den jeweiligen Einnahmen abzuziehen.

§ 40 Abzug der Allgemeinkosten

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731)

(1) ¹Die Allgemeinkosten sind zwischen den nach § 43 Absatz 1 steuerbefreiten Einkünften und allen übrigen Einkünften des Spezial-Investmentfonds aufzuteilen. ²Der Anteil, der auf die nach § 43 Absatz 1 steuerbefreiten Einkünfte entfällt, bestimmt sich nach dem Verhältnis des durchschnittlichen Vermögens des vorangegangenen Geschäftsjahres, das Quelle dieser Einkünfte ist, zu dem durchschnittlichen Gesamtvermögen des vorangegangenen Geschäftsjahres. ³Zur Berechnung des durchschnittlichen Vermögens sind die monatlichen Endwerte des vorangegangenen Geschäftsjahres zugrunde zu legen.

(2) ¹Die Allgemeinkosten sind innerhalb der nach § 43 Absatz 1 steuerbefreiten Einkünfte und innerhalb aller übrigen Einkünfte zwischen den laufenden Einnahmen und den sonstigen Gewinnen aufzuteilen. ²Laufende Einnahmen sind die Einnahmen aus den in § 36 Absatz 1 Satz 1 genannten Ertragsarten mit Ausnahme der steuerfrei thesaurierbaren Kapitalertragsarten. ³Sonstige Gewinne sind die Einnahmen und Gewinne aus den steuerfrei thesaurierbaren Kapitalertragsarten.

(3) ¹Die Aufteilung nach Absatz 2 erfolgt nach dem Verhältnis der positiven Salden der laufenden Einnahmen des vorangegangenen Geschäftsjahres einerseits und der positiven Salden der sonstigen Gewinne des vorangegangenen Geschäftsjahres. ²Bei der Aufteilung bleiben Gewinn- und Verlustvorträge unberücksichtigt. ³Sind die Salden der laufenden Einnahmen oder der sonstigen Gewinne negativ, so erfolgt die Zuordnung der Allgemeinkosten jeweils hälftig zu den laufenden Einnahmen sowie zu den sonstigen Gewinnen.

(4) ¹Nach der Aufteilung der Allgemeinkosten nach Absatz 3 werden die Allgemeinkosten den entsprechend § 37 gegliederten Einnahmen und Gewinnen zugeordnet. ²Die Zuordnung erfolgt nach dem Verhältnis der entsprechenden positiven Einnahmen und Gewinne des vorangegangenen Geschäftsjahres. ³Wenn entsprechende Einnahmen oder Gewinne im vorangegangenen Geschäftsjahr nicht positiv waren, wird diesen Einnahmen oder Gewinnen vor der Zuordnung nach den Sätzen 1 und 2 jeweils der Anteil der Allgemeinkosten zugeordnet, der bei einer Aufteilung zu gleichen Teilen rechnerisch entsteht.

(5) ¹Allgemeinkosten, die in einem mittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit Einnahmen nach § 20 Absatz 1 Nummer 1 oder Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 des Einkommensteuergesetzes stehen, sind ausschließlich den Einnahmen nach § 20 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 des Einkommensteuergesetzes zuzuordnen. ²Liegen keine Einnahmen nach § 20 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 des Einkommensteuergesetzes vor oder sind die Einnahmen niedriger als die Werbungskosten, so hat der Spezial-Investmentfonds Verlustvorträge zu bilden.

Autor und Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 40	1	nach positiven Salden von Einnahmen und Gewinnen	15
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Aufteilung der Allgemeinkosten . .	5	E. Erläuterungen zu Abs. 4: Zuordnung von Allgemeinkosten entsprechend der Gliederung nach § 37	20
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Aufteilung der Allgemeinkosten innerhalb der Einkünftekategorien	10	F. Erläuterungen zu Abs. 5: Allgemeinkosten im Zusammenhang mit Einnahmen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 oder Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG	25
D. Erläuterungen zu Abs. 3: Aufteilung der Allgemeinkosten			

1 A. Allgemeine Erläuterungen zu § 40

Grundinformation: § 40 regelt in gegenüber § 3 Abs. 3 Sätze 3 bis 9 InvStG aF „sprachlich geänderter Form“ (BTDrucks. 18/8045, 111, s. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 40.1), dass und wie die Allgemeinkosten eines Spezial-Investmentfonds auf die einzelnen Einkünfte des Fonds aufgeteilt werden. Dazu werden die Allgemeinkosten in einem ersten Schritt zunächst auf nach § 43 Abs. 1 stbefreite auf der einen und alle übrigen Einkünfte auf der anderen Seite aufgeteilt (Abs. 1). In einem zweiten Schritt sind die Allgemeinkosten innerhalb der nach § 43 Abs. 1 stbefreiten und innerhalb der übrigen Einkünfte auf laufende Einnahmen und sonstige Gewinne zu verteilen (Abs. 2), und zwar gem. Abs. 3 nach deren positiven Salden des vorangegangenen Geschäftsjahres. Schließlich werden die Allgemeinkosten gem. Abs. 4 in einem dritten Schritt den entsprechend § 37 gegliederten Einnahmen und Gewinnen zugeordnet (s. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 40.3). Nach Abs. 5 sind – ähnlich wie die Direktkosten nach § 39 Abs. 2 – die Allgemeinkosten, die in einem mittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit Einnahmen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG (Dividenden) oder § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG (Veräußerungsgewinne) stehen, ausschließlich den Veräußerungsgewinnen zuzuordnen. Zu einem ausführlichen zusammenfassenden Berechnungsbeispiel s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 40.54.

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher Geltungsbereich:* § 40 gilt für die Einkünfteermittlung bei Spezial-Investmentvermögen.
- ▶ *Persönlicher Geltungsbereich:* § 40 gilt für in- und ausländ. Spezial-Investmentvermögen.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* § 40 gilt ab dem 1.1.2018, s. § 56 Abs. 1.

Verhältnis zu anderen Vorschriften:

- ▶ *Verhältnis der §§ 37 bis 41 zueinander:* Die §§ 37 bis 41 regeln nach einem in § 37 Satz 1 Halbs. 1 enthaltenen Verweis auf die grundsätzliche Einkünfteermittlung als Überschuss der Einnahmen über die WK auf § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG und die Ermittlung von Gewinnen oder Verlusten aus privaten Veräußerungsgeschäften nach § 23 Abs. 3 EStG auf Fondsebene geltende Abweichungen von und Ergänzungen zu den estl. Grundsätzen. § 40 knüpft dabei an

die in § 39 eingeführte Untergliederung von WK in Direkt- und Allgemeinkosten an und regelt den Abzug Letzterer.

- ▶ *Verhältnis der Aufteilung von Allgemeinkosten nach § 40 zu § 30 oder § 33 (Entfallen der Steuerpflicht eines Spezial-Investmentfonds)*: Die Allgemeinkosten sind nach den Grundsätzen des § 40 zuzuordnen, auch wenn die KStPflcht des Spezial-Investmentfonds bei Ausübung der Transparenzoption nach § 30 wegfällt oder inländ. Immobilienerträge nach Ausübung der Immobilien-Transparenzoption nach § 33 Abs. 2 Satz 3 den Anlegern unmittelbar zugerechnet werden (s. dazu BMF, Anwendungsfragen, Rz. 40.44 ff.).

Einstweilen frei.

2–4

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Aufteilung der Allgemeinkosten

5

Aufteilung der Allgemeinkosten zwischen nach § 43 Abs. 1 steuerbefreiten Einkünften und allen übrigen Einkünften (Abs. 1 Satz 1): Satz 1 ordnet an, dass die Allgemeinkosten eines Spezial-Investmentfonds zwischen den nach § 43 Abs. 1 stbefreiten Einkünften und allen übrigen Einkünften des Spezial-Investmentfonds aufzuteilen sind. Grundsätzlich soll der zu berechnende Aufteilungsmaßstab für alle Anteilsklassen gelten, wobei die FinVerw. auch einen auf der Ebene einzelner Anteilsklassen berechneten Aufteilungsmaßstab nicht beanstandet, wenn sich daraus keine wesentlichen Abweichungen ergeben (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 40.47). Wie aufgeteilt wird, regelt Satz 2.

- ▶ *Allgemeinkosten* sind die WK eines Spezial-Investmentfonds, die nicht Direktkosten sind (§ 39 Abs. 1 Satz 3, s. dazu § 39 Anm. 5).
- ▶ *Nach § 43 Abs. 1 steuerbefreite Einkünfte* sind nach einem DBA in Deutschland stbefreite Einkünfte, s. § 43 Anm. 5.
- ▶ Zum Verhältnis des InvStG zu DBA und insbes. der DBA-Berechtigung von Investmentfonds bzw. Spezial-Investmentfonds s. Einf. Anm. 8.
- ▶ *Übrige Einkünfte* sind in diesem Zusammenhang alle Einkünfte eines Spezial-Investmentfonds, die nicht nach § 43 Abs. 1 stbefreit sind.

Auf die nach § 43 Abs. 1 steuerbefreiten Einkünfte entfallender Anteil der Allgemeinkosten (Abs. 1 Satz 2): Dieser bestimmt sich nach dem Verhältnis des durchschnittlichen Vermögens des vorangegangenen Geschäftsjahres, das Quelle der nach § 43 Abs. 1 stbefreiten Einkünfte ist (Quellvermögen), zum durchschnittlichen Gesamtvermögen des vorangegangenen Geschäftsjahres. In diesem Zusammenhang ist relevant, dass die StBefreiung nach § 43 Abs. 1 Satz 1 nach § 43 Abs. 1 Satz 2 – außer in den Fällen nach § 43 Abs. 1 Satz 3 (Anleger erfüllt selbst die Voraussetzungen eines Schachtelprivilegs, s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 40.8) – nicht auf Erträge nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 (Dividenden) und Nr. 3 (Investmenterträge) EStG anzuwenden ist (s. auch § 43 Anm. 5). Das ist bei der Ermittlung des Quellvermögens zu berücksichtigen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 40.14 f. mit Beispielsberechnung).

Berechnung der durchschnittlichen Vermögen nach den monatlichen Endwerten des vorangegangenen Geschäftsjahres (Abs. 1 Satz 3): Die durchschnittlichen Vermögen werden nach den monatlichen Endwerten des vorangegangenen Geschäftsjahres berechnet (Abs. 1 Satz 3). Das mag der Vereinfachung dienen, da nach Ablauf des (vorangegangenen) Geschäftsjahres die monatlichen Endwerte der Vermögen feststehen und die durchschnittlichen Vermögen und daraus der

Schlüssel für die Aufteilung der Allgemeinkosten für das folgende Geschäftsjahr errechnet werden kann. Da aber die durchschnittlichen Vermögen des vorangegangenen Geschäftsjahres nicht denen des laufenden Geschäftsjahres entsprechen müssen, ist nicht auszuschließen, dass den nach § 43 Abs. 1 stbefreiten Einkünften ein höherer oder niedrigerer Anteil an den Allgemeinkosten zugewiesen wird, als das bei einer jahrgleichen Zuordnung der Fall wäre. Dass es auch anders geht, zeigt der Fall, in dem es kein vorangegangenes Geschäftsjahr gibt; dann sind ersatzweise die monatlichen Endwerte des laufenden Geschäftsjahres heranzuziehen (vgl. so zu § 3 Abs. 3 InvStG aF *Wenzel in Blümich*, § 3 InvStG 2018 Rz. 20 [4/2017]). Allerdings erfordert die gesetzliche Regelung zur Aufteilung der Allgemeinkosten ohnehin keinen Zusammenhang mit Einnahmen, sondern es genügt, dass stbefreite Einkünfte hätten erzielt werden können (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 40.13).

6–9 Einstweilen frei.

10 C. Erläuterungen zu Abs. 2: Aufteilung der Allgemeinkosten innerhalb der Einkünftekategorien

Weitere Aufteilung der Allgemeinkosten (Abs. 2 Satz 1): Auch innerhalb der nach § 43 Abs. 1 stbefreiten Einkünfte und innerhalb aller übrigen Einkünfte müssen die Allgemeinkosten weiter, nämlich zwischen laufenden Einnahmen (Abs. 2 Satz 2) und sonstigen Gewinnen (Abs. 2 Satz 3) aufgeteilt werden (Abs. 2 Satz 1). Wie aufgeteilt wird, bestimmt Abs. 3.

- ▶ *Laufende Einnahmen* sind nach Satz 2 die Einnahmen aus den in § 36 Abs. 1 Satz 1 genannten Ertragsarten (also die Kapitalerträge iSd. § 20 EStG, Einkünfte aus VuV von Grundstücken sowie Grundstücksveräußerungsgewinne und sonstige Erträge) mit Ausnahme der stfrei thesaurierbaren Kapitalertragsarten. Zu Einzelheiten s. § 36.
- ▶ *Sonstige Gewinne* sind nach Satz 3 die Einnahmen und Gewinne aus den stfrei thesaurierbaren Kapitalertragsarten (s. § 36).

11–14 Einstweilen frei.

15 D. Erläuterungen zu Abs. 3: Aufteilung der Allgemeinkosten nach positiven Salden von Einnahmen und Gewinnen

Aufteilung von Allgemeinkosten innerhalb der nach § 43 Abs. 1 steuerbefreiten Einkünfte und innerhalb aller übrigen Einkünfte: Während Abs. 2 regelt, dass die Allgemeinkosten auch innerhalb der nach § 43 Abs. 1 stbefreiten Einkünfte und innerhalb aller übrigen Einkünfte auf laufende Einnahmen und sonstige Gewinne aufzuteilen sind, regelt Abs. 3 in drei Sätzen, wie aufgeteilt wird.

- ▶ *Verhältnis der positiven Salden (Abs. 3 Satz 1):* Auf die laufenden Einnahmen und die sonstigen Gewinne werden die Allgemeinkosten innerhalb der nach § 43 Abs. 1 stbefreiten Einkünfte und innerhalb aller übrigen Einkünfte nach dem Verhältnis der positiven Salden der (stpfl.) laufenden Einnahmen des vorangegangenen Geschäftsjahres einerseits und der positiven Salden der (stfreien) sonstigen Gewinne des vorangegangenen Geschäftsjahres andererseits aufgeteilt. Das Gesetz spricht jeweils, also für die laufenden Einnahmen und die sonstigen Ge-

winne von „Salden“, was damit erklärt werden kann, dass für Zwecke des Aufteilungsmaßstabs auf dieser zweiten Ebene innerhalb der Ertragskategorien des § 37 unterschiedliche Arten von laufenden Einnahmen und sonstigen Gewinnen grds. nicht zusammengefasst, sondern separat saldiert werden sollen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 40.27 ff. mit Berechnungsbeispielen in Rz. 40.29 ff.).

- ▶ *Nichtberücksichtigung von Gewinn- und Verlustvorträgen (Abs. 3 Satz 2)*: Bei der Aufteilung werden Gewinn- und Verlustvorträge nicht berücksichtigt.
- ▶ *Hälftige Aufteilung bei negativen Salden (Abs. 3 Satz 3)*: Nach Satz 3 sollen die Allgemeinkosten jeweils hälftig den laufenden Einnahmen sowie den sonstigen Gewinnen zugeordnet werden, wenn die Salden der laufenden Einnahmen oder der sonstigen Gewinne negativ sind. Nach dem Wortlaut der Norm ist unklar, ob die hälftige Teilung der Allgemeinkosten schon gelten soll, wenn nur einer der Salden, also der der laufenden Einnahmen oder der der sonstigen Gewinne negativ ist. Dafür spricht die Verknüpfung mit „oder“. Historische (§ 3 Abs. 3 Satz 9 InvStG aF) und teleologische (BTDrucks. 18/8045, 111: „enthält die bisherige Regelung“) Überlegungen sprechen dafür, die Allgemeinkosten dann hälftig zu teilen, wenn beide Salden negativ sind (so jetzt auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 40.34). Eine Berichtigung des Gesetzeswortlauts wäre zu begrüßen (s. auch *Ernst* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 40 Rz. 82 [6/2020]).

Einstweilen frei.

16–19

E. Erläuterungen zu Abs. 4: Zuordnung von Allgemeinkosten entsprechend der Gliederung nach § 37

20

Zuordnung der aufgeteilten Allgemeinkosten zu den entsprechend § 37 gegliederten Einnahmen und Gewinnen (Abs. 4 Satz 1): Nach der Aufteilung der Allgemeinkosten nach Abs. 3 werden die Allgemeinkosten nach Satz 1 in einem weiteren Schritt den entsprechend § 37 nach den Auswirkungen bei den Anlegern gegliederten Einnahmen und Gewinnen zugeordnet. Wie zugeordnet wird, regelt Satz 2. Zur Gliederung von Einnahmen und Gewinnen nach § 37 s. § 37 Anm. 5.

Zuordnung nach dem Verhältnis der positiven Einnahmen und Gewinne (Abs. 4 Satz 2): Satz 2 regelt, wie die Allgemeinkosten den nach § 37 gegliederten Einnahmen und Gewinnen zugeordnet werden, nämlich nach dem Verhältnis der entsprechenden positiven Einnahmen und Gewinne des vorangegangenen Geschäftsjahres. Negative Einnahmen und Gewinne werden nicht berücksichtigt (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 40.36).

Zuordnung nach Aufteilung zu gleichen Teilen bei Fehlen positiver Einnahmen oder Gewinne (Abs. 4 Satz 3): Für den Fall, dass nach § 37 zu gliedernde Einnahmen oder Gewinne im vorangegangenen Geschäftsjahr nicht positiv waren, enthält Satz 3 eine von den bisherigen Vorschriften in § 3 Abs. 3 Sätze 6 bis 9 InvStG aF abweichende pauschalierende Regelung, um die Werbungskostenaufteilung praktisch zu vereinfachen. In einem ersten Schritt wird diesen nicht positiven Einnahmen oder Gewinnen der Anteil der Allgemeinkosten zugeordnet, der bei einer Aufteilung zu gleichen Teilen rechnerisch entstünde, und erst danach erfolgt die Zuordnung nach den Sätzen 1 und 2. Ist ein Saldo null, dann soll er nach BMF (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 40.39) als positiv anzusehen sein.

Einstweilen frei.

21–24

25 **F. Erläuterungen zu Abs. 5: Allgemeinkosten im Zusammenhang mit Einnahmen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 oder Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG**

Entsprechung zu § 39 Abs. 2: Abs. 5 regelt für die Allgemeinkosten, was die entsprechende Vorschrift in § 39 Abs. 2 für die Direktkosten regelt. Inhaltlich verknüpft sind die Regelungen dadurch, dass nach den jeweiligen Sätzen 2 ein Verlustvortrag zu bilden ist, soweit die Veräußerungsgewinne (Einnahmen nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG) die ihnen und den Einnahmen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG (insbes. Dividenden) zuzuordnenden Direktkosten und Allgemeinkosten unterschreiten.

Ausschließliche Zuordnung von Allgemeinkosten im mittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit Einnahmen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 oder Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG (Ans. 5 Satz 1): Nach Abs. 5 Satz 1 sind Allgemeinkosten, die in einem mittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit Einnahmen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG (insbes. Dividenden) oder Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 (insbes. Aktienveräußerungsgewinne) stehen, ausschließlich den Veräußerungsgewinnen zuzuordnen. Die Zuordnung nur zu den Veräußerungsgewinnen und nicht auch zu den Dividenden beruht darauf, dass nur erstere als Überschuss der Einnahmen über die WK ermittelt werden, während Letztere grds. (Ausnahme: § 30) dem abgeltenden StAbzug unterliegen (s. § 29 Abs. 1 iVm. § 7 Abs. 2). Im Hinblick auf die sprachlich fragwürdige Verknüpfung mit „oder“ statt mit „und“ s. zur vergleichbaren Regelung in § 39 Anm. 10.

Verlustvortrag (Abs. 5 Satz 2): Wenn der Fonds keine Veräußerungsgewinne (Einnahmen nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG) erzielt oder (bzw. soweit) diese niedriger sind als die WK (Direktkosten, § 39 Abs. 2, und Allgemeinkosten, s. § 40 Abs. 5), hat der Spezial-Investmentfonds nach Abs. 5 Satz 2 (insoweit) Verlustvorträge zu bilden. Damit wird erreicht, dass diese WK nicht andere Einkünfte des Fonds mindern.

§ 41 Verlustverrechnung

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731)

(1) ¹Negative Erträge des Spezial-Investmentfonds sind mit positiven Erträgen gleicher Art bis zu deren Höhe auszugleichen. ²Die Gleichartigkeit ist gegeben, wenn die gleichen steuerlichen Wirkungen beim Anleger eintreten.

(2) ¹Nicht ausgeglichene negative Erträge sind in den folgenden Geschäftsjahren abzuziehen. § 10d Absatz 4 des Einkommensteuergesetzes gilt entsprechend. ²Nicht ausgeglichene negative Erträge sind nicht abziehbar, soweit ein Anleger seine Spezial-Investmentanteile veräußert.

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

Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 41	1	C. Erläuterungen zu Abs. 2: Verlustvortrag/Verlustuntergang	6
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Verlustverrechnung	5		

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 41

1

Grundinformation: § 41 regelt Verlustverrechnung und Verlustvortrag von positiven mit negativen Erträgen eines Spezial-Investmentfonds. Die Norm betrifft nicht die Ermittlung der Einkünfte, mit der ein Spezial-Investmentfonds ggf. nach § 26 stpfl. ist, sondern die Höhe der von einem Anleger des Spezial-Investmentfonds zu versteuernden ausgeschütteten bzw. ausschüttungsgleichen Erträge. Abs. 1 regelt – ähnlich § 3 Abs. 4 Satz 1 InvStG aF für sämtliche Investmentfonds –, dass negative Erträge des Spezial-Investmentfonds mit positiven Erträgen gleicher Art bis zu deren Höhe auszugleichen sind (Abs. 1 Satz 1; s. Anm. 5). Das Gesetz enthält nunmehr eine Definition des Begriffs „Gleichartigkeit“: Diese ist gegeben, wenn die gleichen stl. Wirkungen beim Anleger eintreten (Abs. 1 Satz 2; s. Anm. 5). Abs. 2 regelt – wie bereits § 3 Abs. 4 Satz 2 InvStG aF für sämtliche Investmentfonds – den Verlustvortrag dergestalt, dass nicht ausgeglichene negative Erträge in den folgenden Geschäftsjahren abzuziehen sind. § 10d Abs. 4 EStG gilt insoweit entsprechend (Abs. 2 Sätze 1 und 2; s. Anm. 6). Nicht ausgeglichene negative Erträge sind – entsprechend der Regelung des § 15 Abs. 1 Satz 5 InvStG aF – nicht abziehbar, soweit ein Anleger seine Spezial-Investmentanteile veräußert (Abs. 2 Satz 3; s. Anm. 6 „Verlustuntergang“).

Rechtsentwicklung: In § 41 werden die bisher in § 3 Abs. 4 InvStG aF und § 15 Abs. 1 Sätze 5 und 6 InvStG aF enthaltenen Regelungen zusammengeführt. Da nach neuem Recht eine Differenzierung zwischen ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen nur noch bei Spezial-Investmentfonds relevant ist (bei regulären Investmentfonds werden demgegenüber Ausschüttungen ohne Differen-

zierung nach ihrer Herkunft oder Zusammensetzung besteuert, s. § 16 Abs. 1 Nr. 1 iVm. § 2 Abs. 11), wurden die bisher getrennten Regelungen in einer Norm im Abschnitt für Spezial-Investmentfonds zusammengefasst. Ihre Anwendung ist zukünftig auf Spezial-Investmentfonds und deren Anleger beschränkt.

Bedeutung/Verhältnis zu anderen Vorschriften: Die Norm dient der Ermittlung der Höhe der Einkünfte nach § 37, die beim Anleger eines Spezial-Investmentfonds zu ausgeschütteten Erträgen (§ 35 Abs. 1; s. § 35 Anm. 5) bzw. ausschüttungsgleichen Erträgen (§ 36 Abs. 1 Satz 1; s. § 36 Anm. 5) führen.

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich:* § 41 gilt für in- und ausländ. Spezial-Investmentfonds und deren Anleger.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* Wie das gesamte neugefasste InvStG gilt § 41 ab dem 1.1.2018 (Art. 11 Abs. 3 InvStRefG).

2–4 Einstweilen frei.

5 B. Erläuterungen zu Abs. 1: Verlustverrechnung

Saldierungspflicht: Nach Abs. 1 Satz 1 sind negative Erträge des Spezial-Investmentfonds mit positiven Erträgen gleicher Art bis zu deren Höhe auszugleichen. Gleichartigkeit ist nach Abs. 1 Satz 2 gegeben, wenn die gleichen stl. Wirkungen beim Anleger eintreten.

Negative Erträge des Spezial-Investmentfonds: Wie unter dem InvStG aF können negative Erträge entstehen, wenn im Rahmen der für die Besteuerung des Anlegers relevanten Einkünfteermittlung nach § 37 die Aufwendungen des Spezial-Investmentfonds (WK nach §§ 39f.) seine Einnahmen übersteigen (sog. ordentliche Erträge). Negative Erträge können darüber als außerordentliche Erträge infolge der Veräußerung von WG mit Verlust entstehen (vgl. *Aigner in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 41 Rz. 5).

Zwingender Ausgleich nur mit positiven Erträgen des Spezial-Investmentfonds: Ein Verlustausgleich darf (und muss, „sind auszugleichen“; vgl. *Aigner in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 41 Rz. 7) nur auf Ebene der Spezial-Investmentfonds (und nur soweit er der Ermittlung der Höhe der beim Anleger ggf. stpfl. ausgeschütteten bzw. ausschüttungsgleichen Erträge dient) stattfinden. Eine unmittelbare Verrechnung mit Einkünften des Anlegers ist – wie bereits nach § 3 Abs. 4 Satz 1 InvStG aF – nicht möglich (s. dazu und zur Rechtslage vor dem InvStG aF *Ernst in Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, § 3 Rz. 113).

Bis zur Höhe der positiven Erträge: Ein Ausgleich (gemeint ist eine Verrechnung) ist nur bis zur Höhe der positiven Erträge möglich. Für den darüber hinausgehenden negativen Ertrag gilt Abs. 2 (s. Anm. 6).

Gleicher Art: Anders als § 3 Abs. 4 InvStG aF enthält § 41 eine Legaldefinition der Gleichartigkeit. Diese ist gegeben, wenn für die jeweiligen Erträge die gleichen stl. Folgen bei der Besteuerung des Anlegers eintreten (Abs. 1 Satz 2). Diese Definition ist uE im Zusammenspiel mit § 37 Satz 1 zu sehen, wonach die Einkünfte eines Spezial-Investmentfonds nach den stl. Wirkungen beim Anleger zu gliedern sind. Nach der Gesetzesbegründung hat die Ermittlung der Erträge eines Spezial-Investmentfonds zwar grds. einheitlich für alle Anleger zu erfolgen. Der Spezial-Investmentfonds muss danach jedoch Unterschiede bei den stl. Folgen einzelner Ertrags-

arten auf Anlegerebene beachten (BTDrucks. 18/8045, 109). Unterschiedliche Steuerfolgen können sich nach der Gesetzesbegründung insbes. hinsichtlich der Steuerbarkeit, des Umfangs der StPflicht, der Anwendbarkeit einer StBefreiungsvorschrift und den Regelungen zum StAbzug ergeben (BTDrucks. 18/8045, 109). Diese Unterschiede auf Anlegerebene habe der Spezial-Investmentfonds dadurch zu berücksichtigen, dass er nur solche Ertragsarten zusammenfasst, bei denen sich keine unterschiedlichen stl. Auswirkungen auf Anlegerebene ergeben. Diese Gliederung nach § 37 Satz 1 prädeterminiert uE die Möglichkeit der Verlustverrechnung nach Abs. 1. Die Bildung weiterer Verlustverrechnungstöpfе (wie noch in BMF v. 18.8.2009 – IV C 1 - S 1980 - 1/08/10019, BStBl. I 2009, 931, Rz. 69 ff. und Anlage 3 vorgesehen) ist uE nunmehr entbehrlich (vgl. dazu und zu § 3 Abs. 4 InvStG aF *Feierabend* in *Moritz/Jesch/Mann*, 1. Aufl. 2015, § 3 Rz. 174 ff.). Die Vereinfachungsregelung der FinVerw., wonach ein Spezial-Investmentfonds, dem der Anlegerkreis bekannt ist, nur solche Verlustverrechnungskategorien bilden muss, die in seinem konkreten Fall relevant sind (vgl. BMF v. 18.8.2009 – IV C 1 - S 1980 - 1/08/10019, BStBl. I 2009, 931, Rz. 70), sollte uE weiterhin Anwendung finden. Entsprechende Klarstellungen in einem BMF-Schreiben wären hilfreich.

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Verlustvortrag/Verlustuntergang

6

Verlustvortrag: Nach Abs. 2 Satz 1 sind nicht ausgeglichene negative Erträge in den folgenden Geschäftsjahren abzuziehen. § 10d Abs. 4 EStG gilt entsprechend (Abs. 2 Satz 2).

Nicht ausgeglichene negative Erträge: Gemeint sind die nach dem zwingenden Ausgleich nach Abs. 1 Satz 1 (noch) vorhandenen negativen Erträge.

Abzug in folgenden Geschäftsjahren: Die verbleibenden negativen Verluste sind zunächst in das unmittelbar folgende Geschäftsjahr vorzutragen und dort gem. Abs. 1 zu verrechnen. Ein (weiterhin) verbleibender (ggf. erhöhter oder vermindertes) Verlustsaldo ist weiter vorzutragen. Eine zeitliche Begrenzung existiert – wie bereits bei § 3 Abs. 4 Satz 2 InvStG aF – nicht.

Entsprechende Anwendung des § 10d Abs. 4 EStG: Anders als das InvStG aF ordnet Abs. 2 Satz 2 nunmehr, uE sachgerecht, die formale Feststellung des Verlustvortrags analog § 10d Abs. 4 EStG an (s. dazu § 10d EStG Anm. 120 ff.). Unklar ist, wie dies genau zu erfolgen hat: fonds- oder anlegerbezogen. Wegen des in Abs. 2 Satz 3 (s. „Verlustuntergang“) normierten anlegerbezogenen Verlustuntergangs infolge einer Veräußerung wäre es uE sachgerecht, wenn die negativen Erträge (= Verluste) für jeden einzelnen Anleger festgestellt würden (so auch *Wenzel* in *Blümich*, § 41 InvStG 2018 Rz. 11 [5/2020]; *Boxberger* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 41 Rz. 5; *Ernst* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, Beck-OK, § 41 Rz. 28 [12/2020]), und zwar – abweichend vom Wortlaut des § 10d Abs. 4 EStG, der vom „Veranlagungszeitraum“ spricht – zum Geschäftsjahresende des Spezial-Investmentfonds für alle zu diesem Zeitpunkt beteiligten Anleger.

Verlustuntergang: Nach Abs. 2 Satz 3 sind nicht ausgeglichene negative Erträge nicht abziehbar, soweit ein Anleger seine Spezial-Investmentanteile veräußert. Diese Regelung zum Verlustuntergang entspricht § 15 Abs. 1 Satz 5 InvStG aF.

Nicht ausgeglichene negative Erträge: Siehe „Verlustvortrag“.

Anleger: Zum Begriff des Anlegers s. § 2 Abs. 10 (§ 2 Anm. 21).

Veräußerung seiner Spezial-Investmentanteile: Zum Begriff der Veräußerung s. § 2 Abs. 13 (§ 2 Anm. 24). Die (mittelbare) Übertragung von Anteilen am Anleger, zB in der Rechtsform einer KapGes., erfüllt (anders als § 8c KStG) uE nicht die Voraussetzung des Abs. 2 Satz 3, da es auf die Perspektive des Anlegers und die Veräußerung „seines“ Anteils ankommt (vgl. *Ernst in Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, § 15 Rz. 55). Ebenfalls keine Veräußerung stellt uE die Ausgabe neuer Anteile dar; vielmehr partizipieren dann auch die neuen Anleger an den vorhandenen Verlusten (vgl. *Ernst in Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, § 15 Rz. 56).

Rechtsfolge: Negative Erträge soweit nicht abziehbar: Wie bereits bei § 15 Abs. 1 Satz 5 InvStG aF gehen die vom Spezial-Investmentfonds ermittelten (und festgestellten) negativen Erträge (= Verlustsaldo) für den konkreten Anleger insoweit (aber auch nur insoweit) proportional unter, als er seinen Anteil veräußert oder einen Ersatztatbestand iSv. § 2 Abs. 13 erfüllt.

§ 42 Steuerbefreiung von Beteiligungseinkünften und inländischen Immobilienerträgen

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731), zuletzt geändert durch JStG 2020 v. 21.12.2020 (BGBl. I 2020, 3096; BStBl. I 2021, 6)

(1) ¹Soweit die ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge Kapitalerträge nach § 43 Absatz 1 Satz 1 Nummer 6 und 9 sowie Satz 2 des Einkommensteuergesetzes enthalten, ist § 3 Nummer 40 des Einkommensteuergesetzes anzuwenden. ²Satz 1 gilt nicht für Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Investmentfonds im Sinne des § 16 Absatz 1 Nummer 3 in Verbindung mit § 2 Absatz 13 und in den Fällen des § 30 Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 und 2 sowie Satz 2.

(2) ¹Soweit die ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge Kapitalerträge nach § 43 Absatz 1 Satz 1 Nummer 6 sowie Satz 2 des Einkommensteuergesetzes enthalten, ist § 8b des Körperschaftsteuergesetzes unter den Voraussetzungen des § 30 Absatz 2 anwendbar. ²Soweit die ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge Kapitalerträge nach § 43 Absatz 1 Satz 1 Nummer 9 sowie Satz 2 des Einkommensteuergesetzes enthalten, ist § 8b des Körperschaftsteuergesetzes anwendbar. ³Satz 2 gilt nicht für Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Investmentfonds im Sinne des § 16 Absatz 1 Nummer 3 in Verbindung mit § 2 Absatz 13 und in den Fällen des § 30 Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 und 2 sowie Satz 2.

(3) ¹Die Absätze 1 und 2 sind nicht anzuwenden, wenn es sich um Kapitalerträge nach § 43 Absatz 1 Satz 1 Nummer 6 und 9 sowie Satz 2 des Einkommensteuergesetzes aus einer steuerlich nicht vorbelasteten Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse handelt. ²Als steuerlich nicht vorbelastet gelten Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen, die keiner Ertragsbesteuerung unterliegen, von der Ertragsbesteuerung persönlich befreit sind oder sachlich insoweit von der Ertragsbesteuerung befreit sind, wie sie Ausschüttungen vornehmen. ³Satz 1 ist nicht auf vorbelastete REIT-Dividenden nach § 19a des REIT-Gesetzes anzuwenden.

(4) ¹Sind in den ausgeschütteten oder ausschüttungsgleichen Erträgen inländische Beteiligungseinnahmen enthalten, die von dem Spezial-Investmentfonds versteuert wurden, so sind 60 Prozent dieser ausgeschütteten oder ausschüttungsgleichen Erträge steuerfrei. ²Abweichend von Satz 1 sind die in ausgeschütteten oder ausschüttungsgleichen Erträgen enthaltenen inländischen Beteiligungseinnahmen vollständig steuerbefreit, wenn

1. der Anleger dem Körperschaftsteuergesetz unterliegt und
2. dem Spezial-Investmentfonds kein Ermäßigungsanspruch aus einem Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung aufgrund eines Quellensteuerhöchstsatzes von unter 15 Prozent zusteht.

(5) ¹Sind in den ausgeschütteten oder ausschüttungsgleichen Erträgen inländische Immobilienerträge oder sonstige inländische Einkünfte enthalten, die von dem Spezial-Investmentfonds versteuert wurden, so sind 20 Prozent dieser ausgeschütteten oder ausschüttungsgleichen Erträge steuerfrei. ²Absatz 4 Satz 2 ist entsprechend anzuwenden.

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

Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 42	1	Teileinkünfteverfahrens/des Beteiligungsprivilegs	7
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Anwendung des Teileinkünfteverfahrens	5	E. Erläuterungen zu Abs. 4: Teilfreistellungen für inländische Beteiligungseinnahmen	8
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Anwendung des Beteiligungsprivilegs für Körperschaften	6	F. Erläuterungen zu Abs. 5: Teilfreistellungen für inländische Immobilienerträge und sonstige inländische Einkünfte	9
D. Erläuterungen zu Abs. 3: Ausnahmen zur Anwendung des			

1 A. Allgemeine Erläuterungen zu § 42

Grundinformation: Ausweislich ihrer Überschrift enthält § 42 (leicht vereinfachend) StBefreiungen von Beteiligungseinkünften und inländ. Immobilienerträgen. Sie betrifft nicht die Besteuerung auf Ebene des Spezial-Investmentfonds, sondern die Höhe der vom Anleger zu versteuernden ausgeschütteten Erträge (§ 35) bzw. ausschüttungsgleichen Erträge (§ 36). Technisch werden bestimmte in den ausgeschütteten bzw. ausschüttungsgleichen Erträgen enthaltene Ertragsbestandteile (teilweise) von der Besteuerung beim Anleger freigestellt. Die Mechanik folgt § 2 Abs. 2 InvStG aF. Anders als die Vorgängernorm gilt § 42 nur für Spezial-Investmentfonds und deren Anleger. Auch der Umfang der StBefreiungen wurde an die neue Gesetzessystematik angepasst (insbes. vor dem Hintergrund, dass nunmehr Spezial-Investmentfonds selber mit bestimmten Einkünften nach § 29 stpfl. sein können). Nach Abs. 1 wird das Teileinkünfteverfahren (40 %ige StBefreiung nach § 3 Nr. 40 EStG) auf die Anleger eines Spezial-Investmentfonds angewendet, soweit in den ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen ausländ. (nicht aber inländ.) Dividenden und Gewinne aus der Veräußerung von (in- oder ausländ.) Aktien oder anderen Kapitalgesellschaftsbeteiligungen oder von Anteilen an anderen Investmentfonds enthalten sind (Abs. 1 Satz 1; s. Anm. 5); durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) wurden mW v. 1.1.2020 (uE konstitutiv und nicht nur „klarstellend“, so aber BTDrucks. 19/13436, 181) Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an anderen Investmentfonds aus der Anwendung des Teileinkünfteverfahrens wieder ausgenommen. Die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens galt (und gilt weiterhin) jedoch nicht, wenn es sich beim Anleger um ein Unternehmen oder Institut iSd. § 30 Abs. 3 handelt (Abs. 1 Satz 2; s. Anm. 5). Nach Abs. 2 wird das Beteiligungsprivileg für Körperschaften (95 %ige StBefreiung nach § 8b KStG) auf entsprechende Anleger eines Spezial-Investmentfonds angewendet, soweit in den ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen ausländ. (nicht aber inländ.) Dividenden und Gewinne aus der Veräußerung von Aktien oder anderen Kapital-

gesellschaftsbeteiligungen enthalten sind (Abs. 2 Sätze 1 und 2; s. Anm. 6). Dies gilt jedoch nicht, wenn es sich beim Anleger um ein Unternehmen oder Institut iSd. § 30 Abs. 3 handelt (Abs. 2 Satz 3; s. Anm. 6). Bei ausländ. Dividendenerträgen ist weitere Voraussetzung, dass der rechnerisch auf den einzelnen Anleger entfallende Anteil an der Kapitalbeteiligung die 10%-Grenze des § 8b Abs. 4 KStG erreicht (Abs. 2 Satz 1; s. Anm. 6). Abs. 3 enthält eine Ausnahme zu Abs. 1 und Abs. 2, wenn die KapGes., die eine Dividende ausschüttet bzw. deren Anteile veräußert werden, keiner hinreichenden stl. Vorbelastung unterliegt (Abs. 3 Satz 1; s. Anm. 7). Als Gegen Ausnahme nennt das Gesetz Dividenden, die von einem REIT nach § 19 REIT-G ausgeschüttet werden (Abs. 3 Satz 3; s. Anm. 7). Abs. 4 und 5 betreffen Fälle, in denen inländ. Beteiligungseinnahmen, inländ. Immobilienerträge oder sonstige inländ. Einkünfte bereits auf Ebene des Spezial-Investmentfonds nach § 29 der Besteuerung unterlegen haben, dh. der Spezial-Investmentfonds nicht die Möglichkeiten nach § 30 Abs. 1 und § 33 genutzt hat, seine StPflcht zu vermeiden (sog. Transparenzoptionen). In diesen Fällen sind in den ausgeschütteten bzw. ausschüttungsgleichen Erträgen enthaltene inländ. Dividenden beim Anleger grds. zu 60 % (Abs. 4 Satz 1; s. Anm. 8) und darin jeweils enthaltene inländ. Immobilienerträge und sonstige inländ. Einkünfte grds. zu 20 % freigestellt (Abs. 5 Satz 1; s. Anm. 9). In beiden Fällen ist bei Körperschaften unter bestimmten Voraussetzungen sogar eine 100%ige Freistellung möglich (Abs. 4 Satz 2; Abs. 5 Satz 2; s. Anm. 8f.).

Rechtsentwicklung: Neufassung der Norm durch InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731). Fortführung der in § 2 Abs. 2 InvStG aF enthaltenen und für alle Investmentfonds geltenden (teilweisen) StBefreiungen auf Anlegerebene in bestimmtem Umfang für Spezial-Investmentfonds, zT jedoch mit erheblichen Modifikationen.

- ▶ WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17): Die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens (Abs. 1 Satz 2) sowie des Beteiligungsprivilegs für Körperschaften (Abs. 2 Satz 2) werden eingeschränkt. Sie gelten nun nicht mehr für Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Investmentfonds iSd. § 16 Abs. 1 Nr. 3. Die Neuregelungen greifen ab dem 1.1.2020 (§ 57 Satz 1 Nr. 12).
- ▶ JStG 2020 v. 21.12.2020 (BGBl. I 2020, 3096; BStBl. I 2021, 6): Die in Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 3 nach der Änderung durch das WElektroMobFördG/„JStG 2019“ v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) enthaltenen Redaktionsversehen (Verweis sollte nicht auf § 30 Abs. 3 Nr. 1 und 2, sondern auf § 30 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und 2 lauten) werden beseitigt.

Bedeutung/Verhältnis zu anderen Vorschriften: Die Norm dient der Ermittlung der Höhe der beim Anleger eines Spezial-Investmentfonds grds. stpfl. Spezial-Investmterträge (§ 34). Nach § 34 Abs. 2 Satz 2 sind auf diese das Teileinkünfteverfahren (§ 3 Nr. 40 EStG) sowie das Beteiligungsprivileg des § 8b KStG vorbehaltenlich des § 42 nicht anwendbar. § 42 regelt zunächst, inwieweit bestimmte in den ausgeschütteten Erträgen (§ 35) bzw. ausschüttungsgleichen Erträgen (§ 36) enthaltene Ertragsbestandteile von dem Teileinkünfteverfahren/Beteiligungsprivileg erfasst werden (Abs. 1 bis 3). Darüber hinaus gewährt die Norm den Anlegern unter bestimmten Voraussetzungen StBefreiungen bzw. Teilfreistellungen für ausgeschüttete bzw. ausschüttungsgleiche Erträge (Abs. 4 und 5). Nach § 48 Abs. 2 Satz 1 sind die (teilweise) StBefreiung nach § 42 Abs. 1 bis 3 nur anzuwenden, wenn der Spezial-Investmentfonds den sog. Fonds-Aktien Gewinn ermittelt und be-

kannt macht oder wenn der Anleger den Fonds-Aktiengewinn nachweist (s. § 48 Anm. 10). Soweit eine Freistellung nach § 42 InvStG in Betracht kommt, ist uE die Abzugsbeschränkung nach § 44 iVm. § 21 zu berücksichtigen (so auch noch im Entwurf BMF v. 16.12.2019 – IV C 1 - S 1980 - 1/19/10008:005, Rz. 42.3; im finalen Schreiben nicht länger enthalten). Zur Anwendung der Norm im Rahmen einer Organschaft vgl. § 15 Satz 1 Nr. 2a KStG (s. § 15 KStG Anm. J 18-1 ff.).

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich:* § 42 gilt für in- und ausländ. Spezial-Investmentfonds und deren Anleger. Sie betrifft vornehmlich inländ. Anleger, ausländ. Anleger (mangels genereller beschränkter StPflcht der Einkünfte aus Spezial-Investmentfonds) nur, wenn ihr Anteil an einem Spezial-Investmentfonds einer in Deutschland belegenen BS zuzuordnen ist (§ 49 Abs. 1 Nr. 2a EStG).
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* Wie das gesamte neugefasste InvStG gilt § 42 ab dem 1.1.2018 (Art. 11 Abs. 3 InvStRefG). Die Beschränkungen der Anwendung des Teileinkünfteverfahrens (Abs. 1 Satz 2) sowie des Beteiligungsprivilegs für Körperschaften (Abs. 2 Satz 2) durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) gelten nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut des § 57 Satz 1 Nr. 12 erst ab dem 1.1.2020. Zwar suggeriert die Gesetzesbegründung, dass es sich (uE unzutreffend) insoweit nur um „Klarstellungen“ handle (BTDrucks. 19/13436, 181). Sollte die FinVerw. – in Abweichung von § 57 Satz 1 Nr. 12 – und gestützt auf die Gesetzesbegründung eine Anwendung bereits ab dem 1.1.2018 vornehmen wollen, läge darin uE eine unzulässige echte Rückwirkung, denn der „alte“ Wortlaut der jeweiligen Vorschriften enthielt keinerlei Hinweise auf bzw. Möglichkeiten für eine einschränkende Auslegung.

2–4 Einstweilen frei.

5 B. Erläuterungen zu Abs. 1: Anwendung des Teileinkünfteverfahrens

Voraussetzungen und Rechtsfolgen: Nach Abs. 1 Satz 1 ist das Teileinkünfteverfahren (§ 3 Nr. 40 EStG) anzuwenden, soweit die ausgeschütteten und ausschüttungs gleichen Erträge Kapitalerträge nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 und 9 sowie Satz 2 EStG enthalten. Nach dem durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) neugefassten Abs. 1 Satz 2 gilt dies jedoch – ab dem 1.1.2020 (s. § 57 Satz 1 Nr. 12) – nicht für Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Investmentfonds iSd. § 16 Abs. 1 Nr. 3 iVm. § 2 Abs. 13 und – wie bereits bisher schon – nicht in den Fällen des § 30 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2.

Ausgeschüttete und ausschüttungs gleiche Erträge: Siehe zum Begriff der ausgeschütteten Erträge § 35 (s. § 35 Anm. 1 ff.) und zum Begriff der ausschüttungs gleichen Erträge § 36 (s. § 36 Anm. 1 ff.).

Soweit enthalten: Wie bereits in § 2 Abs. 2 InvStG aF bezieht sich die Privilegierung beim Anleger auf bestimmte in den Erträgen des Spezial-Investmentfonds enthaltene Ertragsbestandteile (und, anders als die Teilfreistellungen nach § 20, nur auf diese).

Kapitalerträge nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 und 9 sowie Satz 2 EStG: Durch den Verweis auf bestimmte Positionen des § 43 EStG werden nur bestimmte vom Spezial-Investmentfonds erzielte Kapitalerträge nach § 20 EStG erfasst (zu mittelbar bezogenen Erträgen s. ausführl. *Bindl/Stadler* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 42 Rz. 9 ff. [4/2020]):

- ▶ § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 EStG: Gemeint sind ausländ. Kapitalerträge iSd. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 oder 1a EStG. Dazu zählen nach uE zutreffender Auffassung der FinVerw. Gewinnausschüttungen von ausländ. KapGes. (ausländ. Dividenden), Erträge aus Genussrechten eines ausländ. Emittenten, die ein Recht am Gewinn- und Liquidationserlös beinhalten und vGA aus ausländ. KapGes. (BMF, Anwendungsschreiben, Rz. 42.5; s. auch § 43 EStG Anm. 31; *Bindl/Stadler* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 42 Rz. 8 [4/2020]), uE demgegenüber nicht aber Ausschüttungen von körperschaftlich strukturierten ausländ. (Ziel-)Investmentfonds, da diese nunmehr ggf. unter § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 EStG fallen.
- ▶ § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 EStG: Gemeint sind (i) Kapitalerträge iSd. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG, dh. insbes. Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an in- oder ausländ. Körperschaften (ausführl. dazu *Bindl/Stadler* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 42 Rz. 8 [4/2020]; § 43 EStG Anm. 45) sowie (ii) Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an in- oder ausländ. (Ziel-)Investmentfonds iSd. § 16 Abs. 1 Nr. 3 (s. § 16 Anm. 5); dies gilt uE unabhängig von ihrer Rechtsform, sofern sie die Voraussetzungen eines Investmentfonds iSv. § 1 Abs. 2 erfüllen. Die Gewinne nach (ii) wurden jedoch nach dem durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) neugefassten Abs. 1 Satz 2 ab dem 1.1.2020 (s. § 57 Satz 1 Nr. 12) wieder von der Anwendung der Teilfreistellung ausgenommen.
- ▶ § 43 Abs. 1 Satz 2 EStG: Gemeint sind Kapitalerträge iSd. § 20 Abs. 3 EStG, die neben den vorbezeichneten Kapitalerträgen oder an deren Stelle gewährt werden (ausführl. dazu *Bindl/Stadler* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 42 Rz. 8 [4/2020]; § 43 EStG Anm. 54).

Keine inländischen Dividenden: Anders als § 2 Abs. 2 InvStG aF nimmt § 42 Abs. 1 vom Spezial-Investmentfonds erzielte inländ. Kapitalerträge iSd. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 oder 1a EStG, dh. insbes. inländ. Dividenden, von der Privilegierung auf Anlegerebene aus. Begründet wird dies damit, dass die inländ. Dividenden entweder (i) aufgrund der Transparenzoption des § 30 unmittelbar den Anlegern zugerechnet werden und dabei das Teileinkünfteverfahren nach § 3 Nr. 40 EStG unmittelbar nach § 30 Abs. 3 angeordnet wird oder (ii) diese Einkünfte zwar auf Ebene des Spezial-Investmentfonds zu 15 % besteuert werden (§ 29), dann jedoch einem besonderen Freistellungsverfahren nach „§ 43 Absatz 3 InvStG“ (gemeint war wohl § 42 Abs. 4 InvStG, s. Anm. 8) unterliegen (BTDrucks. 18/8045, 112; vgl. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 42.1). In der Sache, und insoweit ist der Gesetzesbegründung zuzustimmen, treten beim Anleger (im Wesentlichen) die gleichen Steuerfolgen wie nach Abs. 2 ein.

Keine Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Investmentfonds iSd. § 16 Abs. 1 Nr. 3 iVm. § 2 Abs. 13: Diese Rück-Ausnahme wurde durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) mW v. 1.1.2020 (uE konstitutiv und nicht nur „klarstellend“, so aber BTDrucks. 19/13436, 181) ins Gesetz eingefügt. Eine Erstreckung auf Gewinne aus der Veräußerung von Investmentanteilen, ohne dass es eine Rolle spielt, welche Anlagegegenstände der betreffende Investmentfonds hielt, wurde offensichtlich als

zu weitgehend empfunden (BTDrucks. 19/13536, 181; so bereits ansatzweise *Bindll/Stadler* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 42 Rz. 8 [4/2020]). Nunmehr werden jedoch Gewinne aus der Veräußerung von Investmentanteilen iSv. § 16 Abs. 1 Nr. 3 (s. § 16 Anm. 5) vollumfänglich von der Teilfreistellung ausgenommen. Zum Veräußerungsbegriff iSv. § 2 Abs. 13 s. § 2 Anm. 24.

Kein Fall des § 30 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und 2: Gemeint sind bestimmte Fälle, in denen auch bei einer Direktanlage das Teileinkünfteverfahren ausgeschlossen wäre, dh. wenn der Anleger ein Lebens- oder Krankenversicherungsunternehmen oder ein Institut oder Unternehmen nach § 3 Nr. 40 Sätze 3 oder 4 EStG ist (und jeweils bestimmte weitere Voraussetzungen erfüllt sind). Auf die Kommentierung zu § 30 Abs. 3 Nr. 1 und 2 (s. § 30 Anm. 15) wird verwiesen. Das im Gesetz enthaltene Redaktionsversehen (nach der Änderung durch das WElektroMobFördG/„JStG 2019“ v. 12.12.2019, BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17, müsste der Verweis nicht auf § 30 Abs. 3 Nr. 1 und 2, sondern auf § 30 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und 2 lauten) wurde durch das JStG 2020 v. 21.12.2020 (BGBl. I 2020, 3096; BStBl. I 2021, 6) beseitigt.

Rechtsfolge: Anwendung des Teileinkünfteverfahrens (§ 3 Nr. 40 EStG): Siehe § 3 Nr. 40 EStG Anm. 50 ff. Wie in § 2 Abs. 2 InvStG aF ist der Verweis uE als Rechtsgrundverweis (so auch BMF, Anwendungsschreiben, Rz. 42.8) zu verstehen, dh., er betrifft nur Anleger, die die Spezial-Investmentfondsanteile im BV halten und die nicht von § 8b KStG begünstigt sind (krit. demgegenüber [„eingeschränkter Rechtsgrundverweis“] *Bindll/Stadler* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 42 Rz. 12 ff. [4/2020]). Wenn natürliche Personen (in Ausnahmefällen) Anteile an Spezial-Investmentfonds weiterhin im PV halten dürfen (vgl. § 26 Nr. 8), gilt für diese Abs. 1 uE nicht (s. § 3 Nr. 40 Satz 2 EStG). Die Rechtsgrundverweisung bedeutet nach Auffassung der FinVerw. auch, dass Gewinne aus der Veräußerung des Spezial-Investmentanteils selbst nicht von der Teilfreistellung nach Abs. 1 Satz 1 erfasst werden (BMF, Anwendungsschreiben, Rz. 42.8).

6 C. Erläuterungen zu Abs. 2: Anwendung des Beteiligungsprivilegs für Körperschaften

Voraussetzungen und Rechtsfolgen: Nach Abs. 2 Satz 1 ist das Beteiligungsprivileg für Körperschaften (§ 8b KStG) unter den Voraussetzungen des § 30 Abs. 2 anwendbar, soweit die ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge Kapitalerträge nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 sowie Satz 2 EStG enthalten. Soweit die ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge Kapitalerträge nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 sowie Satz 2 EStG enthalten, ist § 8b KStG (uneingeschränkt) anwendbar (Abs. 2 Satz 2). Nach dem durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) neugefassten Abs. 2 Satz 3 gilt dies jedoch – ab dem 1.1.2020 (s. § 57 Satz 1 Nr. 12) – nicht für Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Investmentfonds iSd. § 16 Abs. 1 Nr. 3 iVm. § 2 Abs. 13 und – wie bereits bisher schon – nicht in den Fällen des § 30 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2. Diese Regelungen entsprechen weitgehend der bisherigen Regelung für Spezial-Investmentfonds; für „alte“ Publikumsfonds war das Beteiligungsprivileg des § 8b KStG bei Dividenden demgegenüber ausgeschlossen (§ 2 Abs. 2 InvStG aF; vgl. dazu ausführlich *Moritz/Strohm* in *Moritz/Jesch/Mann*, 1. Aufl. 2015, § 2 Rz. 68, 72).

Ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge: Siehe Anm. 5.

Soweit enthalten: Siehe Anm. 5.

Kapitalerträge nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 sowie Satz 2 EStG unter den Voraussetzungen des § 30 Abs. 2:

- ▶ § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 EStG: Siehe Anm. 5.
- ▶ § 43 Abs. 1 Satz 2 EStG: Siehe Anm. 5.
- ▶ Keine inländischen Dividenden: Siehe Anm. 5 sowie die Gesetzesbegründung (BTDrucks. 18/8045, 112).
- ▶ Unter den Voraussetzungen des § 30 Abs. 2: Gemeint ist, dass (i) es sich bei der ausschüttenden KapGes. um eine solche iSd. § 26 Nr. 6 Satz 2 handelt (denn nur bei dieser ist das Halten einer Beteiligung von 10 % oder mehr für einen Spezial-Investmentfonds überhaupt zulässig) und dass (ii) der auf den einzelnen Anleger rechnerisch entfallende Anteil an der KapGes. die 10 %-Grenze des § 8b Abs. 4 KStG erreicht (s. § 30 Anm. 10).

Kapitalerträge nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 sowie Satz 2 EStG:

- ▶ § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 EStG: Siehe Anm. 5.
- ▶ § 43 Abs. 1 Satz 2 EStG: Siehe Anm. 5.

Ohne weitere Voraussetzungen: Auf eine (durchgerechnete) Mindestbeteiligung des Anlegers an den vom Spezial-Investmentfonds gehaltenen Beteiligungen (vgl. § 30 Abs. 2) kommt es insoweit nicht an.

Keine Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Investmentfonds iSd. § 16 Abs. 1 Nr. 3 iVm. § 2 Abs. 13: Diese Rück-Ausnahme wurde durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) mW v. 1.1.2020 (uE konstitutiv und nicht nur „klarstellend“, so aber BTDrucks. 19/13436, 181) ins Gesetz eingefügt. Siehe Anm. 5.

Kein Fall des § 30 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und 2: Gemeint sind bestimmte Fälle, in denen auch bei einer Direktanlage das Beteiligungsprivileg nach § 8b Abs. 7 oder 8 KStG ausgeschlossen wäre, dh. wenn der Anleger ein Lebens- oder Krankenversicherungsunternehmen oder ein Institut oder Unternehmen nach § 8b Abs. 7 KStG ist (und jeweils bestimmte weitere Voraussetzungen erfüllt sind). Auf die Kommentierung zu § 30 Abs. 3 Nr. 1 und 2 (s. § 30 Anm. 15) wird verwiesen. Das im Gesetz enthaltene Redaktionsversehen (nach der Änderung durch das WElektroMobFördG/„JStG 2019“ v. 12.12.2019, BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17, müsste der Verweis nicht auf § 30 Abs. 3 Nr. 1 und 2, sondern auf § 30 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und 2 lauten) wurde durch das JStG 2020 v. 21.12.2020 (BGBl. I 2020, 3096; BStBl. I 2021, 6) beseitigt.

Rechtsfolge: Anwendung des Beteiligungsprivilegs für Körperschaften: Es gilt die 95 %ige StBefreiung nach § 8b Abs. 1, Abs. 5 KStG (Abs. 2 Satz 1) bzw. § 8b Abs. 2, Abs. 3 KStG (ausführl. *Jesch in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 2 Rz. 45 ff.).

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Ausnahmen zur Anwendung des Teileinkünfteverfahrens/des Beteiligungsprivilegs

7

Kein Teileinkünfteverfahren/kein Beteiligungsprivileg: Die Begünstigungen der Abs. 1 und 2 (Teileinkünfteverfahren nach § 3 Nr. 40 EStG bzw. Beteiligungsprivileg nach § 8b KStG) sind nicht anzuwenden, wenn es sich um Kapitalerträge nach

§ 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 und 9 sowie Satz 2 EStG aus einer stl. nicht vorbelasteten Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse handelt (Abs. 3 Satz 1). Durch diese Ausnahmeregelung wird der Anwendungsbereich des Teileinkünfteverfahrens/des Beteiligungsprivilegs deutlich (und uE übermäßig) eingeschränkt. Eine entsprechende Einschränkung enthielt § 2 Abs. 2 InvStG aF nicht. Als stl. nicht vorbelastet gelten Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen, die keiner Ertragsbesteuerung unterliegen, von der Ertragsbesteuerung persönlich befreit sind oder sachlich insoweit von der Ertragsbesteuerung befreit sind, wie sie Ausschüttungen vornehmen (Abs. 3 Satz 2). Als Gegenausnahme nennt Abs. 3 Satz 3 sog. vorbelastete REIT-Dividenden nach § 19a REIT-G.

Kapitalerträge nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 und 9 sowie Satz 2 EStG: Siehe Anm. 5.

Aus einer Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse: Gemeint sind damit uE die körperschaftlich strukturierten Rechtsgebilde iSv. § 1 Abs. 1 KStG (s. dazu ausführl. § 1 KStG Anm. 29ff.).

Steuerlich nicht vorbelastet: Das Gesetz nennt in Abs. 3 Satz 2 (uE abschließend) drei Kategorien: (i) die Körperschaft unterliegt in ihrem Ansässigkeitsstaat (nur dieser ist relevant, eine beschränkte StPflcht in einem anderen Staat ist demgegenüber unschädlich, s. BMF, Anwendungsschreiben, Rz. 42.14) keiner Ertragsbesteuerung (zB weil in dem betreffenden Staat generell keine Ertragsbesteuerung vorgenommen wird), (ii) die Körperschaft ist von der Ertragsbesteuerung persönlich befreit (zB weil besondere Besteuerungsregelungen für den betreffenden Körperschaftstyp eine StBefreiung vorsehen; eine sachliche StBefreiung einzelner Einkünfte oder Einkunftsteile – und zwar uE selbst dann, wenn dies faktisch zu einer Ertragsteuerbelastung von Null führt – sollte demgegenüber nicht schädlich sein) oder (iii) die Körperschaft ist sachlich insoweit von der Ertragsbesteuerung befreit, wie sie Ausschüttungen vornimmt (vgl. auch BTDrucks. 18/8045, 13; BMF, Anwendungsschreiben, Rz. 42.13). Nach der Gesetzesbegründung sollen von der Begünstigung durch das Teileinkünfteverfahren/das Beteiligungsprivileg insbes. REIT-Dividenden und Gewinne aus der Veräußerung von Beteiligungen an REIT-Gesellschaften ausgeschlossen sein, weil es bei diesen grds. an einer stl. Vorbelastung fehle (BTDrucks. 18/8045, 13; s. auch BMF, Anwendungsschreiben, Rz. 42.15 mit Beispielen). Aufgrund des überbordenden Wortlauts konnten damit aber – bis zur Änderung von Abs. 1 Satz 2 (s. Anm. 5) und Abs. 2 Satz 3 (s. Anm. 6) durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) mW ab 1.1.2020 (s. § 57 Satz 1 Nr. 12) – auch (und insbes.) körperschaftlich strukturierte ausländ. Ziel-Investmentfonds, die häufig persönlich stbefreit sind, erfasst sein (zumindest wenn sie keine inländ. Einkünfte nach § 6 erzielen), so dass die Veräußerung ihrer Anteile (die eigentlich nach Abs. 1 und Abs. 2 jeweils iVm. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 EStG begünstigt wurde) nicht vom Teileinkünfteverfahren/Beteiligungsprivileg profitieren konnte (aA *Bindl/Stadler in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 42 Rz. 32 [4/2020], wonach Ziel-Investmentfonds nicht von Abs. 3 erfasst werden könnten).

- **Gegenausnahme – vorbelastete REIT-Dividenden nach § 19a REIT-G:** Diese sind nach § 19a Abs. 2 REIT-G mit mindestens 15 % deutscher KSt oder einer mit dieser vergleichbaren ausländ. Steuer für den jeweiligen VZ belastet (s. auch BMF, Anwendungsschreiben, Rz. 42.16 mit Beispielen). Da inländ. REIT-Dividenden (anders als bei § 2 Abs. 2 InvStG aF) nicht mehr unter Abs. 1 und 2 fallen, kann die Gegenausnahme uE nur vorbelastete Dividenden ausländ. REIT-

Gesellschaften betreffen (so auch *Lampert* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, Beck-OK, § 42 Rz. 35 [6/2020]).

E. Erläuterungen zu Abs. 4: Teilfrestellungen für inländische Beteiligungseinnahmen

8

Teilfrestellungen: Sind in den ausgeschütteten oder ausschüttungs gleichen Erträgen inländ. Beteiligungseinnahmen enthalten, die vom Spezial-Investmentfonds versteuert wurden, so sind diese je nach Anleger und zT unter weiteren Voraussetzungen entweder zu 60 % (Abs. 4 Satz 1) oder zu 100 % (Abs. 4 Satz 2) stfrei. Abs. 4 hat keine Überschneidungen mit Abs. 1 und 2, da er ausschließlich inländ. Beteiligungseinnahmen (dh. im Wesentlichen inländ. Dividenden) betrifft, die nicht von Abs. 1 und Abs. 2 erfasst werden (s. Anm. 5).

Ausgeschüttete und ausschüttungs gleiche Erträge: Siehe Anm. 5.

Soweit enthalten: Siehe Anm. 5.

Inländische Beteiligungseinnahmen: Zum Begriff s. § 6 Abs. 3 Satz 1 (s. § 6 Anm. 20). Im Wesentlichen handelt es sich dabei um inländ. Dividenden. Die Fin-Verw. weist darauf hin, dass auch wenn der Spezial-Investmentfonds die Höhe der zu versteuernden inländ. Beteiligungseinnahmen nach § 29 Abs. 1 Halbs. 1 iVm. §§ 6 Abs. 2, 3 und 7 ermittelt, die auf der Anlegerebene freizustellenden inländ. Beteiligungseinnahmen nach §§ 37 ff. zu ermitteln seien (BMF, Anwendungsschreiben, Rz. 42.19).

Vom Spezial-Investmentfonds versteuert: Inländische Beteiligungseinnahmen können auf Ebene des Spezial-Investmentfonds einer Besteuerung iHv. 15 % in Form eines KapErtrStEinbehalts auf Fondseingangseite unterliegen (§ 29 Abs. 1 iVm. § 7 Abs. 1 Satz 1, s. § 29 Anm. 4), es sei denn, der Spezial-Investmentfonds hat die Transparenzoption nach § 30 Abs. 1 Satz 1 ausgeübt (§ 30 Anm. 5). Wie die Gesetzesbegründung zutr. ausführt, dürfte die Ausübung der Transparenzoption der Regelfall sein, so dass Abs. 4 Satz 1 insoweit in der Praxis nur eine geringe Bedeutung zukommen sollte (BTDrucks. 18/8045, 113). Nach Auffassung der Fin-Verw. soll Abs. 4 – über den Gesetzeswortlaut hinaus – entsprechend anzuwenden sein, wenn in mehrstufigen Spezial-Investmentfondsstrukturen die inländ. Beteiligungseinnahmen auf einer untergeordneten Fondsebene versteuert wurden. Dies sei insbes. der Fall, wenn ein Dach-Spezial-Investmentfonds an einem Ziel-Spezial-Investmentfonds beteiligt ist, der nicht die Transparenzoption nach § 30 Abs. 1 InvStG ausgeübt hat (BMF, Anwendungsschreiben, Rz. 42.18). Hier wäre eine gesetzliche Anpassung sinnvoll.

60 % dieser Erträge sind steuerfrei: Abs. 4 Satz 1 ordnet eine zwingende 60 %ige Teilfrestellung der in den ausgeschütteten und ausschüttungs gleichen Erträgen enthaltenen inländ. Beteiligungseinnahmen beim Anleger ohne weitere Voraussetzungen an. Damit soll berücksichtigt werden, dass die betreffenden Erträge bereits auf zwei vorhergehenden Besteuerungsebenen (bei der ausschüttenden KapGes. und beim Spezial-Investmentfonds) besteuert wurden. Analog zu § 20 Abs. 1 Satz 2 wurde die Höhe des Freistellungssatzes von 60 % nach der Gesetzesbegründung so gewählt, dass die StBelastung nicht niedriger aber auch nicht wesentlich höher ist als die Direktanlage eines Anlegers in der höchsten Progressionsstufe, der seine Anteile am Spezial-Investmentfonds im BV hält (vgl. BTDrucks. 18/8045, 113). Aus dem Zusammenspiel mit dem Wortlaut des Abs. 4 Satz 2 folgt uE, dass

von der 60 %igen Teilfreistellung sämtliche Anleger begünstigt sind, die nicht die 100 %ige Freistellung nach Abs. 4 Satz 2 erhalten. Der Gesetzgeber hatte dabei offensichtlich nur an solche Anleger gedacht, die ihre Anteile am Spezial-Investmentfonds im BV halten. Der Wortlaut ordnet jedoch (uE wenig sachgerecht) die Anwendung der 60 %igen Teilfreistellung auch auf Fälle an, in denen natürliche Personen als Anleger (ausnahmsweise) ihre Anteile am Spezial-Investmentfonds im PV halten. Körperschaften können uE (zumindest) von der 60 %igen Teilfreistellung profitieren, wenn sie die (weiteren) Voraussetzungen des Abs. 4 Satz 2 nicht erfüllen.

100 % dieser Erträge sind steuerfrei: Abs. 4 Satz 2 ordnet demgegenüber eine vollständige (dh. 100 %ige) StBefreiung der in den ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen enthaltenen inländ. Beteiligungseinnahmen beim Anleger an, wenn (i) der Anleger dem KStG unterliegt und (ii) dem Spezial-Investmentfonds kein Ermäßigungsanspruch aus einem Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung aufgrund eines Quellensteuerhöchstsatzes von unter 15 % zusteht.

Anleger unterliegt dem KStG: Gemeint ist uE, dass der Anleger mit den ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen abstrakt unbeschränkt (§ 1 KStG) oder beschränkt (§ 2 KStG) kstpfl. ist. Nach der Gesetzesbegründung soll es nicht darauf ankommen, ob ein solcher Anleger von der KSt befreit ist (BTDrucks. 18/8045, 113). Die 100 %ige Freistellung (und nicht nur 95 %ige Freistellung wie bei § 8b KStG) soll somit jeder kstpfl. Anleger beanspruchen können.

Dem Spezial-Investmentfonds steht kein DBA-Quellensteuerermäßigungsanspruch von unter 15 % zu: Da Abs. 4 ausschließlich inländ. Beteiligungseinnahmen erfasst, betrifft diese zweite Voraussetzung nur Fälle, in denen ein ausländ. Spezial-Investmentfonds inländ. Beteiligungseinnahmen erzielt, denn nur in diesem Fall kann der Anwendungsbereich eines DBA mit Deutschland überhaupt eröffnet sein (vgl. BTDrucks. 18/8045, 113). Die kstpfl. Anleger an inländ. Spezial-Investmentfonds erfüllen die Voraussetzung für die 100 %ige Freistellung uE dagegen jeweils ohne Weiteres. Ob ein ausländ. Spezial-Investmentfonds nach einem anwendbaren DBA mit Deutschland abkommensberechtigt ist, ist von Fall zu Fall und unter Berücksichtigung des Wortlauts der DBA-Regelungen zu entscheiden. Da die Absenkung der Quellensteuer auf inländ. Dividenden nach einem DBA auf unter 15 % regelmäßig eine Mindestbeteiligung von 10 % voraussetzt, Spezial-Investmentfonds solche Beteiligungen allerdings nur in Ausnahmefällen halten dürfen, dürfte der Anwendungsbereich dieser Vorschrift beschränkt sein. Die Gesetzesbegründung betont (zu Lasten des Anlegers), dass der Wortlaut das (bloße) „Zustehen“ eines Ermäßigungsanspruchs genügen lasse, so dass der 100 %ige Freistellungsanspruch auch dann entfalle, wenn der Anleger einen (bestehenden) Ermäßigungsanspruch nicht tatsächlich geltend macht (so auch BMF, Anwendungsschreiben, Rz. 42.20). Dann sollte für ihn uE zumindest die 60 %ige Teilfreistellung des Abs. 4 Satz 1 greifen.

9 F. Erläuterungen zu Abs. 5: Teilfreistellungen für inländische Immobilienerträge und sonstige inländische Einkünfte

Teilfreistellungen: Sind in den ausgeschütteten oder ausschüttungsgleichen Erträgen inländ. Immobilienerträge oder sonstige inländ. Einkünfte enthalten, die vom

Spezial-Investmentfonds versteuert wurden, so sind diese je nach Anleger und zT unter weiteren Voraussetzungen entweder zu 20 % (Abs. 5 Satz 1) oder zu 100 % (Abs. 5 Satz 2) stfrei. Abs. 5 hat keine Überschneidungen mit Abs. 1 und 2, da er ausschließlich inländ. Immobilienerträge und sonstige inländ. Einkünfte betrifft, die nicht von Abs. 1 und 2 erfasst werden.

Ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge: Siehe Anm. 5.

Soweit enthalten: Siehe Anm. 5.

Inländische Immobilienerträge: Zum Begriff s. § 6 Abs. 4 (s. § 6 Anm. 25). Im Wesentlichen sind das VuV-Einkünfte/Gewinne aus der Veräußerung von im Inland belegenen Grundstücken. Die FinVerw. weist darauf hin, dass die auf der Anlegerebene freizustellenden Einkünfte nach §§ 37 ff. zu ermitteln seien (BMF, Anwendungsschreiben, Rz. 42.22).

Sonstige inländische Einkünfte: Zum Begriff s. § 6 Abs. 5 (s. § 6 Anm. 30). Im Wesentlichen sind dies Zinsen aus partiarischen Darlehen und stillen Beteiligungen. Nicht dazu zählen die von Abs. 1 und 2 erfassten Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an KapGes./Anteilen an Investmentfonds.

Vom Spezial-Investmentfonds versteuert: Siehe Anm. 8. Nach Auffassung der FinVerw. soll Abs. 5 – über den Gesetzeswortlaut hinaus – entsprechend anzuwenden sein, wenn in mehrstufigen Spezial-Investmentfondsstrukturen die betreffenden Einkünfte auf einer untergeordneten Fondsebene versteuert wurden (BMF, Anwendungsschreiben, Rz. 42.23; s. auch Anm. 8). Hier wäre eine gesetzliche Anpassung sinnvoll.

20 % dieser Erträge sind steuerfrei: Abs. 5 Satz 1 ordnet eine zwingende 20 %ige Teilfreistellung der in den ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen enthaltenen inländ. Immobilienerträge/sonstigen inländ. Einkünfte an. Damit soll berücksichtigt werden, dass die betreffenden Erträge bereits auf Ebene des Spezial-Investmentfonds mit 15,825 % bzw. 15 % besteuert wurden. Die deutliche Abweichung von den Freistellungssätzen der Immobilienteilfreistellung nach § 20 Abs. 3 (60 %) ist nicht einleuchtend. Aus dem Zusammenspiel mit dem Wortlaut des Abs. 5 Satz 2 folgt uE, dass von der 20 %igen Teilfreistellung sämtliche Anleger begünstigt sind, die nicht die 100 %ige Freistellung nach Abs. 5 Satz 2 erhalten (s. auch Anm. 8).

100 % dieser Erträge sind steuerfrei: Abs. 5 Satz 2 ordnet durch die entsprechende Anwendung des Abs. 4 Satz 2 demgegenüber eine vollständige (dh. 100 %ige) der in den ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen enthaltenen inländ. Immobilienerträge/sonstigen inländ. Einkünfte beim Anleger an, wenn (i) der Anleger dem KStG unterliegt und (ii) dem Spezial-Investmentfonds kein Ermäßigungsanspruch aus einem DBA aufgrund eines Quellensteuerhöchstsatzes von unter 15 % zusteht.

- ▶ Anleger unterliegt dem KStG: Siehe Anm. 8.
- ▶ Dem Spezial-Investmentfonds steht kein DBA-Quellensteuerermäßigungsanspruch von unter 15 % zu: Da Abs. 5 ausschließlich inländ. Einnahmen erfasst, betrifft diese zweite Voraussetzung auch hier nur Fälle, in denen ein ausländ. Spezial-Investmentfonds die inländ. Immobilienerträge/sonstigen inländ. Einkünfte erzielt, denn nur in diesem Fall kann der Anwendungsbereich eines DBA mit Deutschland überhaupt eröffnet sein. Demgegenüber erfüllen kstplf. Anleger an inländ. Spezial-Investmentfonds die Voraussetzung für die 100 %ige Freistellung uE ohne Weiteres. Bei ausländ. Spezial-Investmentfonds ist wie

folgt zu unterscheiden: Da bei inländ. Immobilienerträgen das Besteuerungsrecht regelmäßig bei Deutschland verbleibt (und diese damit auf Ebene des Spezial-Investmentfonds einer Besteuerung von insgesamt 15,825 % unterliegen), ist in Bezug auf diese Ertragskomponenten uE regelmäßig von einer 100 %igen Freistellung auszugehen. Bei den sonstigen inländ. Einkünften (insbes. Zinsen aus partiarischen Darlehen, stillen Beteiligungen etc.), die auf Fondseingangsseite einem KapErtrStEinbehalt von 15 % unterliegen, ist anhand des konkreten DBA zu prüfen, ob der ausländ. Spezial-Investmentfonds abkommensberechtigt ist und ob das DBA (generell oder unter besonderen weiteren Voraussetzungen) eine Absenkung des Quellensteuersatzes auf unter 15 % vorsieht. Siehe im Übrigen auch Anm. 8.

§ 43 Steuerbefreiung aufgrund von Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung, der Hinzurechnungsbesteuerung und der Teilfreistellung

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731), zuletzt geändert durch ATAD-UmsG v. 25.6.2021 (BGBl. I 2021, 2035)

(1) ¹Die ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge sind bei der Veranlagung des Anlegers insoweit von der Bemessungsgrundlage der deutschen Steuer auszunehmen, als sie aus einem ausländischen Staat stammende Einkünfte enthalten, für die die Bundesrepublik Deutschland aufgrund eines Abkommens zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf die Ausübung des Besteuerungsrechts verzichtet hat. ²Satz 1 ist nicht auf Erträge nach § 20 Absatz 1 Nummer 1 und 3 des Einkommensteuergesetzes anzuwenden. ³Satz 2 ist nicht auf Erträge nach § 20 Absatz 1 Nummer 1 des Einkommensteuergesetzes aus einer Gesellschaft im Sinne des § 26 Nummer 6 Satz 2 anzuwenden, soweit

1. der Anleger die persönlichen Voraussetzungen für eine Freistellung nach dem Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung erfüllt und
2. die auf die Spezial-Investmentanteile des Anlegers rechnerisch entfallende Beteiligung am Kapital der Gesellschaft die Voraussetzungen für eine Freistellung nach dem Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung erfüllt.

(2) (aufgehoben)

(3) Auf ausgeschüttete oder ausschüttungsgleiche Erträge, die aus Ausschüttungen von Investmentfonds, Vorabpauschalen oder Gewinnen aus der Veräußerung von Investmentanteilen stammen, ist die Teilfreistellung nach § 20 entsprechend anzuwenden.

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

Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 43	1	C. Erläuterungen zu Abs. 2: Steuerbefreiung von Hinzurechnungsbeträgen nach dem AStG	10
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Steuerbefreiung aufgrund DBA . . .	5	D. Erläuterungen zu Abs. 3: Steuerbefreiung bei Teilfreistellung	15

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 43

1

Grundinformation: Wie die Überschrift („Steuerbefreiung aufgrund von Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung, der Hinzurechnungsbesteuerung und der Teilfreistellung“) bereits andeutet, bezweckt die Norm, dass bestimmte Vergüns-

tigungen, die der Spezial-Investmentfonds geltend machen kann bzw. könnte, an seine Anleger durchgeleitet werden. Abs. 1 ordnet (wie bereits § 4 Abs. 1 InvStG aF) an, dass die ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge bei der Veranlagung des Anlegers insoweit von der Bemessungsgrundlage der deutschen Steuer auszunehmen sind, als sie aus einem ausländ. Staat stammende Einkünfte enthalten, für die Deutschland aufgrund eines DBA auf die Ausübung des Besteuerungsrechts verzichtet hat (Abs. 1 Satz 1; s. Anm. 5). Dies soll aber – anders als unter § 4 Abs. 1 InvStG aF – nicht länger für Dividenden iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG sowie für Investorerträge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 3 EStG gelten (Abs. 1 Satz 2; s. Anm. 5). Als Gegen Ausnahme nennt Abs. 1 Satz 3 nach einem DBA stbefeite Dividenden aus Gesellschaften iSd. § 26 Nr. 6 Satz 2 InvStG (dh. aus ausländ. Immobiliengesellschaften, ausländ. ÖPP-Projektgesellschaften und ausländ. Gesellschaften, deren Unternehmensgegenstand auf die Erzeugung erneuerbarer Energien gerichtet ist); diese StBefreiungen werden unter bestimmten Voraussetzungen an die Anleger des Spezial-Investmentfonds weitergegeben (s. Anm. 5). Abs. 2 ordnete (entsprechend § 2 Abs. 4 InvStG aF) die analoge Anwendung der StBefreiung des § 3 Nr. 41 EStG auf Anlegerebene in Fällen an, in denen in den ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen Hinzurechnungsbeträge nach § 10 AStG enthalten sind (s. Anm. 10); durch das ATAD-UmsG v. 25.6.2021 (BGBl. I 2021, 2035) wurde Abs. 2 ersatzlos gestrichen, da nunmehr das AStG selbst in §§ 10 Abs. 6 und 11 AStG eine Vermeidung der durch die gleichzeitige Anwendung der Vorschriften des InvStG und des AStG resultierenden Doppelbesteuerung vorsieht. Abs. 3 regelt, dass die Teilfreistellungen nach § 20 auf Anlegerebene entsprechend anzuwenden sind, soweit in den ausgeschütteten oder ausschüttungsgleichen Erträgen Ertragskomponenten enthalten sind, die aus Ausschüttungen von Investmentfonds, Vorabpauschalen oder Gewinnen aus der Veräußerung von Investmentanteilen stammen (s. Anm. 15).

Rechtsentwicklung: § 43 i dF des Investmentsteuerreformgesetzes (InvStRefG) v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731) übernimmt (teilweise) die im alten Recht (§ 4 Abs. 1 InvStG aF; § 2 Abs. 4 InvStG aF) für sämtliche Investmentfonds enthaltenen Regelungen zur Durchleitung von auf Fondsebene geltenden Vergünstigungen auf die Anlegerebene ausschließlich für Spezial-Investmentfonds und erweitert diese um Teilfreistellungen bei Anlagen des Spezial-Investmentfonds in andere (nicht-Spezial-)Investmentfonds.

► ATAD-UmsG v. 25.6.2021 (BGBl. I 2021, 2035): Abs. 2 wird ersatzlos gestrichen (s. Anm. 10).

Bedeutung/Verhältnis zu anderen Vorschriften: § 43 dient der Ermittlung der Höhe der Einkünfte nach § 37, die beim Anleger eines Spezial-Investmentfonds zu ausgeschütteten Erträgen (§ 35 Abs. 1) bzw. ausschüttungsgleichen Erträgen (§ 36 Abs. 1 Satz 1) führen. Nach § 34 Abs. 3 Satz 1 soll sich dabei die Freistellung von ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen aufgrund eines DBA nach § 43 Abs. 1 richten. Nach § 48 Abs. 2 Satz 2 ist die StBefreiung nach Abs. 1 nur anzuwenden, wenn der Spezial-Investmentfonds den sog. Fonds-Abkommensgewinn ermittelt und bekannt macht oder wenn der Anleger den Fonds-Abkommensgewinn nachweist (s. § 48 Anm. 10). Nach § 48 Abs. 2 Satz 3 ist die Teilfreistellung nach Abs. 3 nur anzuwenden, wenn der Spezial-Investmentfonds die sog. Fonds-Teilfreistungsgewinne ermittelt und bekannt macht oder wenn der Anleger die Fonds-Teilfreistungsgewinne nachweist (s. § 48 Anm. 10). Zur Anwendung der Norm im Rahmen einer Organschaft vgl. § 15 Satz 1 Nr. 2a KStG (s. § 15 KStG Anm. J 18-1 ff.; *Bindl/Leidel* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 43 Rz. 42a [3/2019]).

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich:* § 43 gilt grds. für in- und ausländ. Spezial-Investmentfonds und deren Anleger, wobei Abs. 1 der Sache nach uE auf inländ. Anleger von in- und ausländ. Spezial-Investmentfonds beschränkt ist.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* Wie das gesamte neugefasste InvStG gilt § 43 ab dem 1.1.2018 (Art. 11 Abs. 3 InvStRefG).

Einstweilen frei.

2–4

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Steuerbefreiung aufgrund DBA

5

Grundnorm: Steuerbefreiung nach DBA (Abs. 1 Satz 1): Nach Abs. 1 Satz 1 sind die ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge bei der Veranlagung des Anlegers insoweit von der Bemessungsgrundlage der deutschen Steuer auszunehmen, als sie aus einem ausländ. Staat stammende Einkünfte enthalten, für die die Bundesrepublik Deutschland aufgrund eines DBA auf die Ausübung des Besteuerungsrechts verzichtet hat. Abs. 1 Satz 1 entspricht im Wesentlichen § 4 Abs. 1 InvStG aF. Ausweislich der Gesetzesbegründung wurde die Norm aufgrund des „eingeschränkten Kreises potentieller Anleger (nur nicht-natürliche Personen)“ vereinfacht (BTDrucks. 18/8045, 113). Die Vereinfachung durch Herausnahme von Regelungen zum ProgrVorb. (vgl. dazu *Ernst in Bödecker/Ernst/Hartmann, 2016, § 4 Rz. 24 ff.*) ist zutr., die Prämisse jedoch nicht, da an Spezial-Investmentfonds auch zukünftig (wenn auch nur in Ausnahmefällen) natürliche Personen beteiligt sein können (vgl. § 26 Nr. 8). Für betriebliche Anleger gilt uE zukünftig der ProgrVorb. bei nach DBA stbefreiten Einkünften nicht. Anders als der Wortlaut unter Verweis auf die mit Deutschland abgeschlossenen DBA vermuten lässt, trifft die Norm uE (wie bereits § 4 Abs. 1 InvStG aF) weder eine Aussage zur Abkommensberechtigung inländ. (Spezial-)Investmentfonds noch setzt sie diese voraus (vgl. *Gloßner in Blümich, § 4 InvStG 2004 Rz. 2 [4/2017]*). Die Norm ist daher – wie bereits § 4 Abs. 1 InvStG aF – auch auf ausländ. Spezial-Investmentfonds anwendbar (vgl. *Gloßner in Blümich, § 43 InvStG 2018 Rz. 13 [6/2020]*; *Lampert in Bödecker/Ernst/Hartmann, BeckOK, § 43 Rz. 16 [12/2020]*).

Ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge: Siehe zum Begriff der ausgeschütteten Erträge § 35 (s. § 35 Anm. 1 ff.) und zum Begriff der ausschüttungsgleichen Erträge § 36 (s. § 36 Anm. 1 ff.).

Soweit enthalten: Wie bereits in § 4 Abs. 1 InvStG aF bezieht sich die Privilegierung beim Anleger auf bestimmte in den Erträgen des Spezial-Investmentfonds enthaltene Ertragsbestandteile (und, anders als die Teilfreistellungen nach § 20, nur auf diese).

Aus einem ausländischen Staat stammende Einkünfte: Wie bereits in § 4 Abs. 1 InvStG aF bezieht sich dieses Merkmal auf die Fondseingangsseite und richtet sich nach den Vorschriften des jeweils zwischen Deutschland und dem Quellenstaat anwendbaren DBA. Die Merkmale „aus einem ausländischen Staat stammende Einkünfte“ sind uE grds. dann erfüllt, wenn Quelle oder Belegenheit im Ausland gegeben sind (vgl. *Ernst in Bödecker/Ernst/Hartmann, 2016, § 4 Rz. 14*). Auf das Vorliegen der Voraussetzungen des § 34d EStG kommt es dagegen nicht an (so zutr. *Gloßner in Blümich, § 43 InvStG 2018 Rz. 20 [6/2017]*; *Lampert in Bödecker/*

Ernst/Hartmann, BeckOK, § 43 Rz. 29 [12/2020]; *Bindl/Leidel* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 43 Rz. 19 [3/2019]).

Verzicht Deutschlands auf Ausübung des Besteuerungsrechts aufgrund DBA:

Aus dem Wortlaut lässt sich uE klar entnehmen, dass der Verzicht des Besteuerungsrechts aufgrund eines deutschen DBA mit dem Quellenstaat erfolgt sein muss (so zu § 4 Abs. 1 InvStG aF BMF v. 18.8.2009 – IV C 1 - S 1980 - 1/08/10019, BStBl. I 2009, 931, Rz. 75; krit. (wohl) *Ernst* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, § 4 Rz. 16). Damit ist aber noch nicht gesagt, ob es auf ein deutsches DBA zwischen (i) dem (ausländ.) Quellenstaat und dem Ansässigkeitsstaat des (dann zwingend inländ.) Spezial-Investmentfonds oder (ii) dem (ausländ.) Quellenstaat und dem Ansässigkeitsstaat des inländ. Anleger eines (in- oder ausländ.) Spezial-Investmentfonds ankommt. Hält man sich das Ziel der Regelung vor Augen, den Fondsanleger dem Direktanleger gleichzustellen (*Lampert* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 43 Rz. 1 [6/2020]), erscheint nur Auslegungsvariante (ii) sachgerecht: Entscheidend ist nicht das für den Spezial-Investmentfonds geltende DBA, sondern das DBA des Anlegers, dh., uE ist (nur) auf das deutsche DBA zwischen dem Ansässigkeitsstaat eines inländ. Anleger und dem Quellenstaat abzustellen. Das gilt uE unabhängig davon, ob die Anlage über einen inländ. oder einen ausländ. Spezial-Investmentfonds erfolgt, und ob Ansässigkeitsstaat des (ausländ.) Spezial-Investmentfonds und des (ausländ.) Quellenstaats identisch sind oder nicht (so auch *Gloßner* in *Blümich*, § 43 InvStG 2018 Rz. 19 [6/2020]; *Lampert* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 43 Rz. 23 [6/2020]; *Bindl/Leidel* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 43 Rz. 23 [3/2019]). Anders formuliert: Ein in Deutschland ansässiger Anleger kann sich uE auch dann auf das DBA zwischen Deutschland und einem Quellenstaat berufen, wenn er über einen (in- oder ausländ.) Spezial-Investmentfonds investiert, Für den konkreten Anleger ist uE daher fiktiv zu prüfen, ob er bei Direktanlage abkommensberechtigt wäre und die nach dem DBA konkret genannten Voraussetzungen für eine Freistellung (zB *Subject-to-Tax-Klausel*) erfüllt. Für ausländ. Anleger hat Abs. 1 uE keine Bedeutung: Ausländische Anleger könnten (mangels genereller beschränkter StPflcht der Spezial-Investmenterträge) allenfalls erfasst sein, wenn sie die Anteile in einer deutschen BS halten. Anders als *Ernst* (in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, § 4 Rz. 13) halten wir diesen Fall aber nicht für von der Norm erfasst, da ein solcher Anleger sich uE nicht (auch nicht fiktiv) auf ein deutsches DBA mit dem betreffenden Quellenstaat des Spezial-Investmentfonds berufen kann (so im Erg. auch *Lampert* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 43 Rz. 16 [12/2020]).

Fallgruppen: Von Abs. 1 Satz 1 erfasst sind insbes. Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen (Art. 6 OECD-MA) sowie Gewinne aus der Veräußerung von Beteiligungen an Immobiliengesellschaften (Art. 13 Abs. 4 OECD-MA). Unternehmensgewinne nach Art. 7 OECD-MA sind zwar ebenfalls grds. erfasst, aufgrund des Anlagekatalogs des § 26 aber schwer vorstellbar. Für Schachteldividenden und schachtelbefreite Ausschüttungen aus Ziel-Investmentfonds gilt die Freistellung nach Abs. 1 Satz 2 zukünftig nicht mehr (s. dazu und zu möglichen Ausnahmen nachstehend die Kommentierung zu Abs. 1 Satz 2 und Satz 3). Siehe zu den Fallgruppen nach § 4 Abs. 1 InvStG aF ausführl. *Ernst* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, § 4 Rz. 20 ff.

Einkünfte sind bei Veranlagung des Anlegers von der Bemessungsgrundlage der deutschen Steuer auszunehmen: Damit ist uE gemeint, dass der Anleger mit den betreffenden Einkünften in Deutschland von der Steuer freigestellt ist. Vom

15 %igen KapErtrStAbzug nach § 50 sind sie bereits aufgrund der gesetzlichen Anordnung in § 50 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 ausgenommen (s. § 50 Anm. 5).

Keine weiteren Voraussetzungen: Die Freistellung nach Abs. 4 Satz 1 erfolgt uE zwingend unter den darin genannten Voraussetzungen (und weiter vorausgesetzt, dass der Anleger [fiktiv] die Voraussetzungen für die Freistellung nach dem anwendbaren DBA [zB *Subject-to-Tax*-Klauseln] erfüllt). Zusätzliche Erfordernisse bestehen nicht, dh., mangels Verweises auf § 50d Abs. 9 EStG muss der Anleger insbes. nicht (auch) dessen Voraussetzungen erfüllen (so auch *Bindl/Leidel* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 43 Rz. 25 [3/2019]). Die FinVerw. hat zu § 4 Abs. 1 InvStG aF vertreten, dass eine StBefreiung beim inländ. Anleger in Fällen, in denen Sitzstaat des (ausländ.) Investmentfonds und Quellenstaat identisch sind, voraussetze, dass der ausländ. Investmentfonds einer Besteuerung mindestens in Höhe des StSatzes nach § 23 Abs. 1 KStG unterliege (BMF v. 18.8.2009 – IV C 1 - S 1980 - 1/08/10019, BStBl. I 2009, 931, Rz. 75). Diese Voraussetzung hatte schon bislang keine gesetzliche Grundlage (vgl. *Ernst* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, § 4 Rz. 18). Im neuen Recht gäbe es für ein solches Erfordernis ebenfalls keine Rechtfertigung.

Ausnahme von der Steuerbefreiung (Abs. 1 Satz 2): Die StBefreiung des Satzes 1 gilt nicht bei Erträgen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG (Dividenden und andere Gewinnausschüttungen) und § 20 Abs. 1 Nr. 3 EStG (Erträge aus Investmentanteilen). Durch diese Ausnahme sollen Steuergestaltungen zur Erzeugung von unversteuerten Einkünften ausgeschlossen werden (BTDrucks. 18/8045, 114). Hintergrund ist, dass in zahlreichen deutschen DBA ausländ. Dividenden von der Besteuerung im Quellenstaat freigestellt werden, wenn der Empfänger eine KapGes. ist und eine bestimmte Mindestbeteiligung (idR Schachtelbeteiligung von mindestens 10 %) an der ausschüttenden KapGes. hält (sog. Schachtelbefreiung). In der Vergangenheit war str., ob ein Investmentfonds (insbes. in mehrstufigen Strukturen und bei Verwendung von Investmentaktiengesellschaften) eine solche Schachtelbefreiung an seine Anleger weitergeben konnte, wenn zwar der Investmentfonds – nicht aber die betroffenen Anleger – eine (durchgerechnete) Beteiligung von mind. 10 % hielten (vgl. *Ernst* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, § 4 Rz. 19a und 20.3; *Kreft/Gottschling* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 4 Rz. 27f.). Nunmehr kann – von der nachfolgend näher dargestellten Ausnahme in Abs. 1 Satz 3 abgesehen – die Schachtelbefreiung nach einem DBA nicht länger an die Anleger weitergegeben werden.

Erträge nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 3 EStG: Siehe § 20 EStG Anm. 50 ff. (Dividenden und andere Gewinnausschüttungen) und § 20 EStG Anm. 135 (Erträge aus Investmentanteilen).

Gegenausnahme (Abs. 1 Satz 3): Die Ausnahme des Satzes 2 gilt nicht für Erträge nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG aus einer Gesellschaft iSd. § 26 Nr. 6 Satz 2, soweit (i) der Anleger die persönlichen Voraussetzungen für eine Freistellung nach dem DBA erfüllt und (ii) die auf die Spezial-Investmentanteile des Anlegers rechnerisch entfallende Beteiligung am Kapital der Gesellschaft die Voraussetzungen für eine Freistellung nach dem DBA erfüllt.

Erträge nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG: Siehe § 20 EStG Anm. 50 ff. (Dividenden und andere Gewinnausschüttungen). Durch die Ausklammerung von Investmenterträgen nach § 20 Abs. 1 Nr. 3 EStG (die aber von der Ausnahme in Abs. 1 Satz 2 erfasst sind) werden zukünftig nur unmittelbar vom Spezial-Investmentfonds gehaltene Beteiligungen an KapGes. (nicht aber Beteiligungen, die über Ziel-Spezial-Investmentfonds gehalten werden), privilegiert.

Aus Gesellschaften iSd. § 26 Nr. 6 Satz 2: Dies sind (i) Immobilien-Gesellschaften, (ii) ÖPP-Projektgesellschaften und (iii) Gesellschaften, deren Unternehmensgegenstand auf die Erzeugung erneuerbarer Energien nach § 5 Nr. 14 EEG gerichtet ist (s. dazu im Einzelnen § 26 Anm. 50). Hintergrund dieser (uE nachvollziehbaren) Einschränkung ist, dass Spezial-Investmentfonds nur an diesen KapGes. überhaupt eine Mindestbeteiligung von 10 % (die idR Voraussetzung für ein DBA-Schachtelprivileg ist) halten dürfen (vgl. BTDrucks. 18/8045, 114).

Persönliche Voraussetzungen für eine Freistellung nach dem DBA ergeben sich ausschließlich aus dem DBA. Gemeint sind uE nur die persönlichen Merkmale, die den Empfänger selbst betreffen (zB Qualifikation als KapGes.). Wenn das DBA darüber hinaus zB eine unmittelbare Beteiligung voraussetzt, ist dies uE unschädlich, da die Norm den Anleger so stellen will, als sei er unmittelbar an der (Ziel-)KapGes. beteiligt (fiktive Betrachtung).

Die auf die Spezial-Investmentanteile des Anlegers rechnerisch entfallende Beteiligung am Kapital der Gesellschaft erfüllt die Voraussetzungen für eine Freistellung nach dem DBA: Gemeint ist, dass es für die Erfüllung der Schachtelbeteiligungs-Höhe nach dem anwendbaren DBA (idR 10 %) nicht auf die Höhe der Beteiligung des Spezial-Investmentfonds an der betreffenden (Ziel-)KapGes., sondern auf die durchgerechnete Beteiligungshöhe des Anlegers ankommt. Damit ist der zu § 4 Abs. 1 InvStG aF geführte Streit (vgl. zum alten Recht *Ernst in Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, § 4 Rz. 19a und 20.3; *Kreft/Gottschling in Moritz/Jesch/Mann*, 1. Aufl. 2015, § 4 Rz. 27 f.) durch den Gesetzgeber zu Lasten des Anlegers entschieden worden. Konsequenz ist („soweit“), dass ein bestimmter Anleger die Voraussetzungen der Norm erfüllen kann und ein anderer nicht.

6–9 Einstweilen frei.

10 C. Erläuterungen zu Abs. 2: Steuerbefreiung von Hinzurechnungsbeträgen nach dem AStG

Steuerbefreiung von Hinzurechnungsbeträgen: Abs. 2 diente der Vermeidung einer doppelten Besteuerung von Hinzurechnungsbeträgen nach § 10 AStG beim Anleger. Trotz des generellen Anwendungsvorrangs des InvStG vor dem AStG in § 7 Abs. 7 AStG (s. dazu ausführlich *Haug*, IStR 2016, 597; *Richter*, Ubg 2016, 9; zu möglichen Änderungen aufgrund der Umsetzung der ATAD I-RL *Herr/Link*, RdF 2020, 20) gibt es – wie bereits unter dem InvStG aF – weiterhin Konstellationen, in denen in den ausgeschütteten bzw. ausschüttungsgleichen Erträgen des Anlegers eines Spezial-Investmentfonds Hinzurechnungsbeträge nach § 10 AStG enthalten sein können. Dies betrifft uE weiterhin Fälle, in denen ein in- oder ein ausländ. Spezial-Investmentfonds in eine ausländ. Zwischengesellschaft iSv. § 8 AStG investiert (vgl. zum bisherigen Recht und den dazu geführten Diskussionen *Bödecker in Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, § 2 Rz. 142 ff.; *Moritz/Strohm in Moritz/Jesch/Mann*, 1. Aufl. 2015, § 2 Rz. 92 ff.; BTDrucks. 15/1553, 124; zum neuen Recht ausführlich *Bindl/Leidel in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 43 Rz. 51 ff. [3/2019]). § 43 Abs. 2 erkannte – wie bereits § 2 Abs. 4 InvStG aF – die Existenz solcher Fälle an und vermied eine doppelte Besteuerung beim Anleger durch entsprechende Anwendung der StBefreiung des § 3 Nr. 41 Buchst. a EStG. Durch das ATAD-UmsG v. 25.6.2021 (BGBl. I 2021, 2035) wurde Abs. 2 ersatzlos gestrichen, da nunmehr das AStG selbst in §§ 10 Abs. 6 und 11 AStG eine Vermeidung der durch die

gleichzeitige Anwendung der Vorschriften des InvStG und des AstG resultierenden Doppelbesteuerung vorsieht. Die Regelungsmechanik ist jedoch eine andere (vgl. BTDRs. 19/28652, 58 ff.).

Einstweilen frei.

11–14

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Steuerbefreiung bei Teilfreistellung 15

Steuerbefreiung bei Teilfreistellung nach § 20: Abs. 3 ordnet an, dass auf ausgeschüttete oder ausschüttungsgleiche Erträge eines Spezial-Investmentfonds, die aus Ausschüttungen von Investmentfonds, Vorabpauschalen oder Gewinnen aus der Veräußerung von Investmentanteilen stammen, die Teilfreistellung nach § 20 entsprechend anzuwenden ist. Dadurch soll die Teilfreistellung nach § 20 transparent auf Ebene des Anlegers durchgeleitet werden, wenn ein Spezial-Investmentfonds in einen Investmentfonds investiert, der selbst wiederum kein Spezial-Investmentfonds ist (BTDrucks. 18/8045, 114).

Ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge: Siehe zum Begriff der ausgeschütteten Erträge § 35 (s. § 35 Anm. 1 ff.) und zum Begriff der ausschüttungsgleichen Erträge § 36 (s. § 36 Anm. 1 ff.).

Stammen aus: Gemeint ist uE, dass sich die StBefreiung (nur) auf bestimmte in den Erträgen des Spezial-Investmentfonds enthaltene Ertragsbestandteile bezieht (so auch *Bindl/Leidel* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 43 Rz. 79 f. [3/2019], der die Norm darüber hinaus auch auf mehrstufige Strukturen anwenden will).

Ausschüttungen von Investmentfonds, Vorabpauschalen oder Gewinnen aus der Veräußerung von Investmentanteilen: Dies sind die drei Kategorien von Investorserträgen, die ein unmittelbarer Anleger eines Investmentfonds (der kein Spezial-Investmentfonds ist) erzielen würde. Siehe dazu im Einzelnen § 16 Anm. 5. Vom Gesetzgeber intendiert (und uE sachgerecht) ist die Beschränkung auf Ausschüttungen etc. aus Investmentfonds, die ihrerseits keine Spezial-Investmentfonds sind, denn nur bei deren Anlegern kommt es überhaupt zur Anwendung der Teilfreistellungen nach § 20. Der Wortlaut der Norm hätte insoweit präziser gefasst werden können.

Rechtsfolge: Teilfreistellung nach § 20 ist entsprechend anzuwenden: Die Rechtsfolge betrifft die Anlegerebene des in- oder ausländ. Spezial-Investmentfonds. Beim Spezial-Investmentfonds selber sind diese Erträge (da nicht von § 29 erfasst) nicht stpfl. Ohne Abs. 3 würden die darin genannten Ertragsbestandteile vollumfänglich in die ausgeschütteten bzw. ausschüttungsgleichen Erträge des Anlegers eingehen und wären grds. voll stpfl. Der Anleger würde somit schlechter gestellt, als wenn er unmittelbar in den betreffenden (Ziel-)Investmentfonds (sofern dieser nicht selbst ein Spezial-Investmentfonds ist) investieren würde. Siehe zu den Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen der Teilfreistellung ausführlich § 20 Anm. 1 ff. Entsprechende Anwendung bedeutet uE, dass die Voraussetzungen des Aktienfonds etc. auf Zielfondsebene erfüllt sein müssen, und es für die Qualifikation der Anleger (die für die Höhe der Teilfreistellung relevant ist), auf die Anleger des Spezial-Investmentfonds ankommt.

§ 44 Anteilige Abzüge aufgrund einer Steuerbefreiung

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731)

§ 21 ist entsprechend auf Betriebsvermögensminderungen, Betriebsausgaben, Veräußerungskosten oder Werbungskosten anzuwenden, die mit Erträgen in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, die ganz oder teilweise von der Besteuerung freizustellen sind.

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

Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 44	1	Bungskostenabzug aufgrund einer Steuerbefreiung	5
B. Erläuterungen zu § 44: Anteiliger Betriebsausgaben-/Wer-			

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 44

1

Grundinformation: § 44 betrifft die Berücksichtigungsfähigkeit von BVMinde-
rungen, BA, Veräußerungskosten und WK des Anlegers, die in wirtschaftlichem
Zusammenhang mit den Erträgen aus seiner Beteiligung an einem Spezial-Invest-
mentfonds stehen. Sind diese Erträge ganz oder teilweise von der Besteuerung
freigestellt, soll auch die Berücksichtigungsfähigkeit entsprechend der Regelung
des § 21 eingeschränkt sein. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll die Norm in
ihren Voraussetzungen und Rechtsfolgen dem § 3c Abs. 2 EStG entsprechen
(BTDrucks. 18/8045, 114). Leider ist der pauschale Verweis auf § 21 uE wenig
hilfreich, da § 21 nur den Fall der pauschalen Teilfreistellungen vor Augen hat,
nicht aber die (uE praxisrelevantere) Situationen, in denen nur bestimmte Er-
tragskomponenten der ausgeschütteten bzw. ausschüttungsgleichen Erträge beim
Anleger stfrei sind.

Rechtsentwicklung: Das InvStG aF enthielt keine mit § 44 idF des Investment-
steuerreformgesetzes (InvStRefG) v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016,
731) vergleichbare Regelung zur Behandlung von BA, WK etc. beim Anleger (vgl.
Bödecker in Bödecker/Ernst/Hartmann, 2016, § 2 Rz. 46 ff.).

Bedeutung/Verhältnis zu anderen Vorschriften: Die Norm dient der Ermittlung
der Höhe der beim Anleger eines Spezial-Investmentfonds grds. stpfl. Spezial-In-
vestmenterträge (§ 34). Konkret geht es um die Frage, inwieweit der Anleger (eige-
ne) BA oder WK steuermindernd berücksichtigen kann, wenn die ausgeschütteten
bzw. ausschüttungsgleichen Erträge eines Spezial-Investmentfonds aufgrund der
Vorschriften des § 42 (s. § 42 Anm. 5 ff.) oder § 43 (s. § 43 Anm. 5) beim Anleger
(teilweise) stfrei sind.

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich:* § 44 gilt für in- und ausländ. Spezial-Investmentfonds und deren Anleger.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* Wie das gesamte neugefasste InvStG gilt § 44 ab dem 1.1.2018 (Art. 11 Abs. 3 InvStRefG).

2–4 Einstweilen frei.

5 **B. Erläuterungen zu § 44: Anteiliger Betriebsausgaben-/ Werbungskostenabzug aufgrund einer Steuerbefreiung**

Voraussetzungen und Rechtsfolgen: Die Vorschrift ordnet an, dass § 21 entsprechend anzuwenden ist auf BVMinderungen, BA, Veräußerungskosten oder WK, die mit Erträgen in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, die ganz oder teilweise von der Besteuerung freizustellen sind.

Betriebsvermögensminderungen, Betriebsausgaben, Veräußerungskosten oder Werbungskosten: Siehe zu den Begriffen § 21 Anm. 5; *Bindl/Leidel in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 44 Rz. 10 ff. (3/2019).

Wirtschaftlicher Zusammenhang: Zum Begriff des wirtschaftlichen Zusammenhangs s. § 21 Anm. 5; *Bindl/Leidel in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 44 Rz. 21 ff. (3/2019).

Erträge, die ganz oder teilweise von der Besteuerung freizustellen sind: Gemeint sind uE Fälle, in denen in den ausgeschütteten bzw. ausschüttungsgleichen Erträgen Ertragskomponenten enthalten sind, auf die die (teilweisen oder vollständigen) StBefreiungen nach § 42 Abs. 1 (s. § 42 Anm. 5), § 42 Abs. 2 (s. § 42 Anm. 6), § 42 Abs. 4 (s. § 42 Anm. 8), § 42 Abs. 5 (s. § 42 Anm. 9), § 43 Abs. 1 (s. § 43 Anm. 5), § 43 Abs. 2 (s. § 43 Anm. 10) oder § 43 Abs. 3 (s. § 43 Anm. 15) Anwendung finden. Siehe auch *Bindl/Leidel in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 44 Rz. 16 ff. (3/2019).

Unabhängig vom Veranlagungszeitraum: Die FinVerw. wird vermutlich dieses sich (nur) aus § 21 Satz 1 ergebende zusätzliche Merkmal aufgrund der Anordnung der entsprechenden Anwendung dieser Norm auch in § 44 hineinlesen wollen. Siehe zu diesem Merkmal § 21 Anm. 5. Konsequenz und durch den Wortlaut der Norm gedeckt wäre es. Dies dürfte in der Praxis jedoch wegen der damit verbundenen Notwendigkeit der ggf. periodenübergreifenden Zuordnung zu administrativem Mehraufwand führen.

Rechtsfolge: Entsprechende Anwendung des § 21: Durch die entsprechende Anwendung des § 21 soll nach dem Willen des Gesetzgebers die Rechtsfolge des § 3c Abs. 2 EStG eintreten (BTDrucks. 18/8045, 114), dh. BA/WK etc. sollen beim Anleger insoweit nicht stl. abzugsfähig sein, als sie mit stfreien Einnahmen im wirtschaftlichen Zusammenhang stehen. Diese (uE erstmals durch das InvStRefG in dieser Deutlichkeit eingeführte) Regelung ist durchaus sachgerecht. Jedoch wird dieses Ziel uE durch die analoge Anwendung des § 21 nicht erreicht. § 21, der die Teilfreistellungen bei Nicht-Spezial-Investmentfonds vor Augen hat, regelt (vereinfacht), dass BA/WK in Höhe des prozentualen Anteils der anwendbaren Teilfreistellung nach § 20 nicht anwendbar sind (vgl. § 21 Anm. 5). Der Unterschied zwischen den Teilfreistellungen des § 20 und den (teilweisen) StBefreiungen der §§ 42 und 43 besteht jedoch darin, dass bei den Teilfreistellungen nach § 20 sämtliche Erträge des Investmentfonds von einer bestimmten, zB 80 %igen StFreistellung profitieren; dann (und nur dann) ergibt es Sinn, auch die entsprechenden BA/WK

etc. zu 80 % nicht zu berücksichtigen. Dagegen sind bei §§ 42 und 43 nur bestimmte Ertragsbestandteile der ausgeschütteten bzw. ausschüttungsgleichen Erträge (ganz oder teilweise) stfrei, während die übrigen Ertragsbestandteile voll stpfl. sind. Mit einer Versagung des BA-/WKAbzugs in „prozentualen Umfang“ (wie in § 21 Satz 2 angeordnet) kommt man folglich nur bedingt weiter, da sich insoweit kein fixer „prozentualer Umfang“ aus dem Gesetz ergibt. Einzig sachgerecht wäre es uE, den Anteil der (teilweise) stfreien Erträge nach den einzelnen Kategorien dem Gesamtbetrag der Erträge gegenüberzustellen und dann im Saldo zu ermitteln, welcher prozentuale Anteil der Summe der Erträge in einem bestimmten Zeitraum (zB dem Geschäftsjahr) tatsächlich stfrei war. Dieser Anteil müsste dann für die Höhe der nicht abzugsfähigen BA/WK etc. relevant sein (denn die BA/WK des Anlegers dürften sich stets immer nur auf die Fondsanteile als solche und nicht auf eine bestimmte Ertragskomponente beziehen).

Die FinVerw. (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 44.3 ff.) erkennt dieses Dilemma und löst dies wie folgt: Sie stellt zunächst fest, dass die Norm nur bei estpfl. Anlegern uneingeschränkt auf alle StBefreiungen anzuwenden sei, und sie demgegenüber für Körperschaften aufgrund der Besteuerungssystematik im KStRecht, die im Grundsatz keine Ausgabenkürzung vergleichbar dem § 3c Abs. 2 EStG vorsehe, einschränkend auszulegen sei. Daher seien bei Körperschaften keine anteiligen Kürzungen von Aufwendungen vorzunehmen, soweit die nachfolgenden StBefreiungen anzuwenden sind: (i) § 42 Abs. 2 Satz 1 und § 30 Abs. 2 iVm. § 8b KStG für Dividenden aus Schachtelbeteiligungen an KapGes. iSd. § 26 Nr. 6 Satz 2; (ii) § 42 Abs. 2 Satz 2 iVm. § 8b KStG für ausgeschüttete Veräußerungsgewinne aus in- oder ausländ. Aktien; (iii) § 42 Abs. 4 Satz 2 für bereits auf Ebene des Spezial-Investmentfonds versteuerte inländ. Beteiligungseinnahmen; (iv) § 42 Abs. 5 Satz 2 für bereits auf Ebene des Spezial-Investmentfonds versteuerte inländ. Immobilienerträge; (v) § 43 Abs. 2 für Erträge, auf die § 3 Nr. 41 Buchst. a EStG entsprechend anzuwenden ist; und (vi) § 49 Abs. 1 InvStG iVm. § 8b KStG für Anleger-Aktien-gewinne, die bei einer Veräußerung des Spezial-Investmentanteils realisiert werden. Dagegen finde die Ausgabenkürzung Anwendung auf Erträge iSd. (i) § 43 Abs. 1, die aufgrund eines DBA von der Besteuerung freizustellen sind; und (ii) § 43 Abs. 3, die aus teilfreigestellten Investmenterträgen stammen. Die Regelungen zur Kürzung von BA nach § 8b Abs. 3 oder 5 KStG blieben unberührt, bzw. blieben auch in den Fällen anwendbar, in denen keine Kürzung nach § 44 vorzunehmen sei (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 44.4). Wenn der Anleger sowohl stfreie als auch stpfl. Spezial-Investmenterträge und/oder Spezial-Investmenterträge mit unterschiedlichen StBefreiungen erziele, seien die Aufwendungen den jeweiligen Erträgen anteilig zuzuordnen. Hierfür sei auf den Anteil des jeweiligen Quellvermögens am gesamten Vermögen des Spezial-Investmentfonds abzustellen. Aus Vereinfachungsgründen sei es jedoch nicht zu beanstanden, wenn der Anleger anstatt der Aufteilung nach dem Quellvermögen als Aufteilungsmaßstab auf den jeweiligen Anteil der ganz oder teilweisen stbefreiten Erträge an den gesamten ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen eines VZ abstelle. Sofern der Anleger in einem VZ nicht mehr von dieser Vereinfachungsregelung Gebrauch macht, sei eine Rückkehr zur Vereinfachungsregelung in den folgenden VZ ausgeschlossen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 44.7 f.).

Aus dem Gesetz ergeben sich die vorstehend beschriebenen Erwägungen bzw. eine solche Ermittlungsmethode uE jedoch nicht zwingend. Hier wäre eine gesetzliche Anpassung geboten.

§ 45 Gewerbesteuer bei Spezial-Investmenterträgen

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731)

(1) ¹Bei der Ermittlung des Gewerbeertrags nach § 7 des Gewerbesteuergesetzes sind § 42 Absatz 4 sowie § 3 Nummer 40 des Einkommensteuergesetzes und § 8b des Körperschaftsteuergesetzes nicht anzuwenden auf Kapitalerträge nach § 43 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1, 1a und 6 sowie Satz 2 des Einkommensteuergesetzes, die in den ausgeschütteten oder ausschüttungsgleichen Erträgen enthalten sind und auf inländische Beteiligungseinnahmen, die dem Anleger nach § 30 Absatz 1 Satz 2 zugerechnet werden. ²Dies gilt nicht, wenn

1. der Schuldner der Kapitalerträge eine Gesellschaft nach § 26 Nummer 6 Satz 2 ist,
 2. der Anleger dem Körperschaftsteuergesetz unterliegt und kein Institut oder Unternehmen nach § 3 Nummer 40 Satz 3 oder 4 des Einkommensteuergesetzes oder § 8b Absatz 7 oder 8 des Körperschaftsteuergesetzes ist und
 3. die auf die Spezial-Investmentanteile des Anlegers rechnerisch entfallende Beteiligung am Kapital der Gesellschaft die Voraussetzungen für eine Kürzung nach § 9 Nummer 2a und 7 des Gewerbesteuergesetzes erfüllt.
- (2) Die nach § 43 Absatz 3 zu gewährenden Teilfreistellungen sind bei der Ermittlung des Gewerbeertrags nach § 7 des Gewerbesteuergesetzes nur zur Hälfte zu berücksichtigen.

Autor und Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 45	1	C. Erläuterungen zu Abs. 2: Nur hälftige Berücksichtigung der Teilfreistellungen	10
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Spezial-Investmenterträge im Gewerbeertrag des Anlegers	5		

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 45

1

Grundinformation: § 45 regelt die gewstl. Behandlung gewisser Erträge eines Spezial-Investmentfonds bei dessen Anlegern.

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher Geltungsbereich:* § 45 regelt nicht eine GewStPflcht des Spezial-Investmentfonds, sondern die gewstl. Behandlung gewisser Erträge eines Spezial-Investmentfonds beim Anleger.
- ▶ Die Norm überträgt den Regelungsgehalt des § 8 Nr. 5 GewStG ins InvStG und führt den stl. status quo vor Einf. der Investmentsteuerreform fort (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 45.5).
- ▶ *Persönlicher Geltungsbereich:* § 45 wendet sich an Anleger eines Spezial-Investmentfonds, die ihre Anteile im BV halten.

- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* § 45 gilt ab dem 1.1.2018, s. § 56 Abs. 1.

Verhältnis zu anderen Vorschriften:

- ▶ *Verhältnis zu §§ 15, 26, 29 Abs. 4:* § 15 regelt die GewStPflicht von Investmentfonds, seine Abs. 2 und 3 die Voraussetzungen einer Befreiung von derselben. Letztere muss ein Spezial-Investmentfonds erfüllen, um stl. ein solcher zu sein (§ 26), der dann nach § 29 Abs. 4 auch gewstbefreit ist, s. § 29 Anm. 20.

2–4 Einstweilen frei.

5 B. Erläuterungen zu Abs. 1: Spezial-Investmterträge im Gewerbeertrag des Anlegers

Regelungen zur Ermittlung des Gewerbeertrags des Anlegers nach § 7 GewStG (Abs. 1 Satz 1): Abs. 1 Satz 1 enthält Regelungen zur Ermittlung des Gewerbeertrags des Anlegers eines Spezial-Investmentfonds, der seine Anteile an dem Spezial-Investmentfonds im BV hält. Bei ihm unterliegen die Spezial-Investmterträge der GewSt (§ 34 InvStG iVm. § 7 GewStG). Bei der Ermittlung des Gewerbeertrags werden allerdings die für estl. Zwecke nach § 42 Abs. 4 sowie § 3 Nr. 40 EStG und § 8b KStG abgezogenen Beträge wieder hinzugerechnet (vgl. auch *Schewe in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 45 Rz. 15 [6/2020]).

Von § 45 Abs. 1 Satz 1 betroffene Erträge des Spezial-Investmentfonds: Nur bestimmte, ausdrücklich genannte Erträge des Fonds sind betroffen.

Kapitalerträge nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 1a und 6 sowie Satz 2 EStG, die in den ausgeschütteten oder ausschüttungsgleichen Erträgen enthalten sind:

- ▶ *Kapitalerträge nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 1a und 6 sowie Satz 2 EStG:* Es handelt sich dabei um in- und ausländ. Kapitalerträge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 2 und Kapitalerträge iSd. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a und Nr. 2 Satz 2 EStG, also im Wesentlichen um Dividenden und Aktienveräußerungsgewinne und neben oder an deren Stelle erzielte Erträge. Zu Details s. § 43 EStG Anm. 13, 16, 31. Entgelte, Einnahmen und Bezüge nach § 2 Nr. 2 Buchst. a bis c KStG, die nach § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 den inländ. Beteiligungseinnahmen zugeordnet werden, sind keine Kapitalerträge nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 1a und 6 sowie Satz 2 EStG, können keine inländ. Beteiligungseinnahmen sein, auf die § 3 Nr. 40 EStG oder § 8b KStG anwendbar ist und fallen daher nicht in den Anwendungsbereich des Abs. 1; s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 45.3.
- ▶ *Ausgeschüttete oder ausschüttungsgleiche Erträge:* Die genannten Erträge müssen in ausgeschütteten oder ausschüttungsgleichen Erträgen des Spezial-Investmentfonds enthalten sein. Siehe dazu §§ 34, 35 und 36.

Beteiligungseinnahmen, die dem Anleger nach § 30 Abs. 1 Satz 2 zugerechnet werden: Macht der Fonds von der Transparenzoption (§ 30 Abs. 1 Satz 1, s. dazu § 30 Anm. 5) Gebrauch, gelten die Anleger des Fonds als Gläubiger der Beteiligungseinnahmen (§ 30 Abs. 1 Satz 2, s. dazu § 30 Anm. 5) und diese fließen dann nicht in Ausschüttungen oder ausschüttungsgleiche Erträge ein.

Keine Geltung bestimmter begünstigender Vorschriften: Bestimmte Vorschriften, die eine vollständige oder teilweise Befreiung der genannten Erträge von der ESt oder KSt bewirken, gelten nicht für die Ermittlung des Gewerbeertrags.

- ▶ *§ 42 Abs. 4:* Siehe § 42 Anm. 8.

- ▶ § 3 Nr. 40 EStG: Siehe § 3 EStG Anm. 1 und 50 ff.
- ▶ § 8b KStG: Siehe § 8b KStG Anm. 1.

Ausnahme – Voraussetzungen kumulativ (Abs. 1 Satz 2): Nach Abs. 1 Satz 2 gilt dies, also die Anordnung des Satzes 1, bestimmte Erträge (Dividende, Aktienveräußerungsgewinne und Beteiligungserträge) seien bei der Ermittlung des Gewerbeertrags (ungekürzt) zu berücksichtigen, nicht (also keine Korrektur des Gewerbeertrags, wenn die drei folgenden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind):

Schuldner der Kapitalerträge ist eine Gesellschaft nach § 26 Nr. 6 Satz 2 (Abs. 1 Satz 2 Nr. 1): Der Schuldner der Erträge muss Immobilien-Gesellschaft (§ 26 Nr. 6 Buchst. a, s. § 26 Anm. 50), ÖPP-Gesellschaft (§ 26 Nr. 6 Buchst. b, s. § 26 Anm. 50) oder eine Gesellschaft sein, deren Unternehmensgegenstand auf die Erzeugung erneuerbarer Energien nach § 5 Nr. 14 EEG gerichtet ist (§ 26 Nr. 6 Buchst. c, s. § 26 Anm. 50).

Dem KStG unterliegender Anleger, der kein Institut oder Unternehmen nach § 3 Nr. 40 Satz 3 EStG oder § 8b Abs. 7 oder 8 KStG ist (Abs. 1 Satz 2 Nr. 2): Der Anleger muss der KSt unterliegen und darf weder Kreditinstitut, Finanzdienstleistungsinstitut, Finanzunternehmen im Sinne des KWG oder Lebens- oder Krankenversicherungsunternehmen sein. Der in Abs. 1 Satz 2 ebenfalls genannte § 3 Nr. 40 Satz 4 EStG wurde durch Art. 8 des Gesetzes zur Umsetzung der Änderungen der EU-Amtshilferichtlinie und von weiteren Maßnahmen gegen Gewinnkürzungen und -verlagerungen v. 20.12.2016 (BGBl. I 2016, 3000) aufgehoben; s. dazu § 3 EStG Anm. 2, und § 3 Nr. 40 EStG Anm. J 16-4.

(Rechnerisches) Erfüllen der Voraussetzungen für eine Kürzung nach § 9 Nr. 2a und 7 GewStG (Abs. 1 Satz 2 Nr. 3): Die auf den Anleger durchgerechnet entfallende Beteiligung am Kapital der Gesellschaft (dem Schuldner der Kapitalerträge nach Abs. 1 Satz 2 Nr. 1) muss 15 % (und seit der Neufassung von § 9 Nr. 7 GewStG durch das WElektroMobFördG/„JStG 2019“ v. 12.12.2019, BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17, auch im Fall bestimmter EU-Auslandsgesellschaften nicht mehr nur 10 %, vgl. § 9 Nr. 7 Satz 1 aF GewStG) betragen.

Einstweilen frei.

6–9

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Nur häftige Berücksichtigung der Teilfreistellungen

10

Teilfreistellungen nach § 43 Abs. 3: Nach § 43 Abs. 3 ist die Teilfreistellung nach § 20 auf ausgeschüttete oder ausschüttungsgleiche Erträge, die aus Ausschüttungen von Investmentfonds, Vorabpauschalen oder Gewinnen aus der Veräußerung von Investmentanteilen stammen, entsprechend anzuwenden. § 20 enthält verschiedene Teilfreistellungen, nämlich die Aktienteilfreistellung (§ 20 Abs. 1 Satz 1), die bei Aktienfonds iHv. 30 %, 60 % oder 80 % (§ 20 Abs. 1) und bei Mischfonds in Höhe der Hälfte dieser Prozentsätze (§ 20 Abs. 2) gewährt wird, und die Immobilienteilfreistellung (§ 20 Abs. 3). § 43 Abs. 3 erstreckt sich mangels Differenzierung auf alle diese Teilfreistellungen nach § 20, die einen pauschalierten Ausgleich dafür bilden, dass die betroffenen Erträge aus dem Fonds stl. vorbelastet sind, § 43 Abs. 3 regelt, dass die Teilfreistellungen auf die Ebene des Anlegers eines Spezial-Investmentfonds durchgeleitet werden, wenn dieser in einen entsprechenden Fonds investiert, der kein Spezial-Investmentfonds ist. Zu

Details betr. § 43 Abs. 3 s. § 43 Anm. 9; zu Details der Teilfreistellungen nach § 20 s. § 20 Anm. 5 ff.

Hälftige Berücksichtigung bei der Ermittlung des Gewerbeertrags nach § 7 GewStG: Nach § 45 Abs. 2 sind indes die an den Anleger eines Spezial-Investmentfonds durchgeleiteten Teilfreistellungen bei der Ermittlung des Gewerbeertrags des Anlegers nur zur Hälfte zu berücksichtigen. Grund dafür ist, dass eine volle Berücksichtigung der Teilfreistellungen, die eine stl. Vorbelastung auf Fondsebene kompensieren sollen, dem Gesetzgeber bei der Ermittlung des Gewerbeertrags nicht gerechtfertigt erschien, da Fonds grds. von der GewSt befreit sind (vgl. BTDrucks. 18/8045, 114, 91).

§ 46 Zinsschranke

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731)

(1) ¹Beim Anleger sind für Zwecke des § 4h Absatz 1 des Einkommensteuergesetzes ausgeschüttete oder ausschüttungsgleiche Erträge, die aus Zinserträgen nach § 4h Absatz 3 Satz 3 des Einkommensteuergesetzes stammen, als Zinserträge zu berücksichtigen. ²Dies gilt nicht für ausgeschüttete Erträge, die nach § 35 Absatz 6 als Substanzbeträge gelten.

(2) Der anzusetzende Zinsertrag mindert sich um die folgenden Abzugsbeträge:

1. Direktkosten,
2. die nach § 40 den Zinserträgen zuzurechnenden Allgemeinkosten,
3. Zinsaufwendungen und
4. negative Kapitalerträge nach § 20 Absatz 1 Nummer 7 oder Absatz 2 Satz 1 Nummer 7 des Einkommensteuergesetzes.

(3) Übersteigen die Abzugsbeträge den Zinsertrag, so ist die Differenz auf die folgenden Geschäftsjahre des Spezial-Investmentfonds zu übertragen; dies mindert den Zinsertrag der folgenden Geschäftsjahre.

Autor und Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 46	1	C. Erläuterungen zu Abs. 2: Min- derung des Zinsertrags	10
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Be- rücksichtigung von Zinserträ- gen für Zwecke der Zins- schranke	5	D. Erläuterungen zu Abs. 3: Vor- trag von Abzugsbeträgen	15

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 46

1

Grundinformation: § 46 regelt, dass und wie Zinserträge, die der Spezial-Investmentfonds erzielt und an den Anleger ausschüttet oder die bei beim Anleger als ausschüttungsgleiche Erträge als zugeflossen gelten, im Rahmen der Gewinnermittlung des Anlegers des Spezial-Investmentfonds bei der Anwendung der Zinsschrankenregelung (§ 4h EStG bzw. § 8a KStG iVm. § 4h EStG) berücksichtigt werden. Ohne dass das ausdrücklich geregelt ist, gilt § 46 damit nur für Fälle, in denen die Anteile an dem Spezial-Investmentfonds BV des Anlegers sind.

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher Geltungsbereich:* § 46 gilt für die Gewinnermittlung von Anlegern eines Spezial-Investmentfonds, wenn dabei die Zinsschranke nach § 4h EStG bzw. § 8a KStG iVm. § 4h EStG zu beachten ist.
- ▶ *Persönlicher Geltungsbereich:* § 46 gilt für estpfl. und kstpfl. Anleger von Spezial-Investmentfonds, die ihre Anteile in einem BV halten und bei deren Ge-

winnermittlung die Zinsschranke nach § 4h EStG bzw. § 8a KStG iVm. § 4h EStG zu beachten ist.

- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* § 46 gilt ab dem 1.1.2018, s. § 56 Abs. 1.

Verhältnis zu anderen Vorschriften:

- ▶ *Verhältnis zu § 4h EStG bzw. § 8a KStG iVm. § 4h EStG:* § 46 ergänzt die Regelungen zur Zinsschranke in § 4h EStG bzw. § 8a KStG iVm. § 4h EStG.

2–4 Einstweilen frei.

5 B. Erläuterungen zu Abs. 1: Berücksichtigung von Zinserträgen für Zwecke der Zinsschranke

Berücksichtigung als Zinserträge beim (betrieblichen) Anleger für Zwecke der Zinsschranke (Abs. 1 Satz 1): Die Vorschrift erlaubt es einem Anleger, der seine Anteile an dem Spezial-Investmentfonds in einem BV hält und bei dessen Gewinnermittlung die Zinsschranke angewandt wird, bestimmte Zinserträge eines Fonds für Zwecke des § 4h Abs. 1 EStG (Zinsschranke), also bei der Berechnung der für ihn abziehbaren Zinsaufwendungen im Rahmen seiner Gewinnermittlung als Zinserträge zu berücksichtigen. Diese Zinserträge des Spezial-Investmentfonds erhöhen damit den Betrag der Zinsaufwendungen, die bei der Gewinnermittlung des Anlegers unter der Zinsschranke abziehbar sind. Nach § 4h Abs. 1 Satz 1 sind nämlich Zinsaufwendungen bis zur Höhe des Zinsertrags in voller Höhe abziehbar und nur darüber hinaus gilt die Begrenzung durch das verrechenbare EBITDA; s. dazu § 4h EStG Anm. 28.

Aus Zinserträgen stammende ausgeschüttete oder ausschüttungsgleiche Erträge: Als Zinserträge berücksichtigt werden grds. (Ausnahme s. Satz 2) aus Zinserträgen nach § 4h Abs. 3 Satz 3 EStG stammende ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge.

- ▶ *Zinserträge nach § 4h Abs. 3 Satz 3 EStG* sind Erträge aus Kapitalforderungen jeder Art, die den maßgeblichen Gewinn erhöht haben, s. dazu § 4h EStG Anm. 80.
- ▶ *Ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge:* Siehe § 35 und § 36.

Ausnahme für ausgeschüttete Erträge, die als Substanzbeträge gelten (Abs. 1 Satz 2): Abs. 1 Satz 2 ordnet an, dass ausgeschüttete Erträge, die nach § 35 Abs. 6 als Substanzbeträge gelten (s. dazu § 35 Anm. 30), beim Anleger nicht als Zinserträge für Zwecke der Zinsschranke gelten („dies“ – dh. Satz 1 – „gilt nicht ...“). So soll verhindert werden, dass sich Anleger in auf der Ebene eines Fonds erzielte Zinserträge einkaufen können (s. BTDrucks. 18/8045, 115, mit einem Beispiel dessen, was verhindert werden soll). Die Regelung ist überflüssig, denn nach § 35 Abs. 6 gelten Erträge, die an einen Anleger ausgeschüttet werden, aber auf einen Zeitraum entfallen, in dem der Anleger nicht am Spezial-Investmentfonds beteiligt war, als Substanzbeträge und gerade nicht als ausgeschüttete Erträge. Auch ausschüttungsgleiche Erträge werden Anlegern nur besitzanteilig zugerechnet (s. § 36 Abs. 4). Auf die genannten Beträge ist Abs. 1 Satz 1 damit ohnehin nicht anzuwenden (ebenso *Schewe in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 46 Rz. 21.1 [6/2020]; s. auch *Wenzel in Blümich*, § 46 InvStG 2018 Rz. 11 [Stand 5/2020], „deklaratorisch“).

6–9 Einstweilen frei.

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Minderung des Zinsertrags

10

Minderung des anzusetzenden Zinsertrags um Abzugsbeträge: Die aus Zinserträgen nach § 4h Abs. 3 Satz 3 EStG stammenden ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge, die nach Abs. 1 als Zinsertrag für Zwecke der Zinsschranke zu berücksichtigen sind, sind ein Bruttobetrag, der nach Abs. 2 um vier Abzugsbeträge zu mindern ist, um den anzusetzenden Zinsertrag zu ermitteln. Dabei kann es begrifflich zu einer Mehrfachminderung um denselben Aufwand kommen, zB indem Zinsaufwendungen (Nr. 3) in Direktkosten (Nr. 1) oder Allgemeinkosten (Nr. 2) einfließen. Das ließe sich zB dadurch verhindern, dass die nach Nr. 3 abzuziehenden Zinsaufwendungen aus den nach Nr. 1 und Nr. 2 abzuziehenden Direkt- und Allgemeinkosten herausgerechnet werden, bevor diese abgesetzt werden. Die vier Abzugsbeträge sind:

Direktkosten (Abs. 2 Nr. 1) sind die in unmittelbarem wirtschaftlichem Zusammenhang mit den Zinserträgen nach § 4h Abs. 3 Satz 3 EStG stehenden WK (s. § 39 Abs. 1, s. § 39 Anm. 5); sie mindern den Zinsertrag nach Abs. 2 Nr. 1. Zinsaufwendungen, die nach Nr. 3 abzuziehen sind, sind uE aus den Direktkosten herauszurechnen.

Nach § 40 den Zinserträgen zuzurechnende Allgemeinkosten (Abs. 2 Nr. 2): Als übrige WK, also solche, die nicht Direktkosten sind (§ 39 Abs. 1 Satz 3, s. § 39 Anm. 5), mindern auch die den Zinserträgen nach § 4h Abs. 3 Satz 3 EStG nach § 40 zuzurechnenden Allgemeinkosten des Fonds den Zinsertrag (Abs. 2 Nr. 2). Zinsaufwendungen, die nach Nr. 3 abzuziehen sind, sind uE aus den Allgemeinkosten herauszurechnen.

Zinsaufwendungen (Abs. 2 Nr. 3) des Fonds sind von den Zinserträgen nach § 4h Abs. 3 Satz 3 EStG abzuziehen, um insoweit eine Gleichbehandlung von Fondsanlage und – terminologisch verkürzt (gemeint ist wohl die Ermittlung des verrechenbaren EBITDA basierend auf dem Überschuss der Zinsaufwendungen über die Zinseinnahmen) – Direktanlage zu erreichen (s. BTDrucks. 18/8045 116).

Negative Kapitalerträge nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 oder Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 EStG (Abs. 2 Nr. 4) mindern den Zinsertrag nach Abs. 2 Nr. 4. Zu § 20 Abs. 1 Nr. 7 s. § 20 EStG Anm. 290 und zu § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 EStG s. § 20 EStG Anm. 510.

Einstweilen frei.

11–14

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Vortrag von Abzugsbeträgen

15

Vortrag der den Zinsertrag übersteigenden Abzugsbeträge: Wenn und soweit Abzugsbeträge nach Abs. 2 den Zinsertrag eines Fonds übersteigen, ist die Differenz nach Abs. 3 auf die folgenden Geschäftsjahre des Spezial-Investmentfonds zu übertragen und mindert dann den Zinsertrag der folgenden Geschäftsjahre.

§ 47 Anrechnung und Abzug von ausländischer Steuer

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731)

(1) ¹Enthalten die ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge Einkünfte aus einem ausländischen Staat, die in diesem Staat zu einer Steuer herangezogen wurden, die anrechenbar ist

1. nach § 34c Absatz 1 des Einkommensteuergesetzes,
2. nach § 26 Absatz 1 des Körperschaftsteuergesetzes oder
3. nach einem Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf die Einkommensteuer oder Körperschaftsteuer,

so ist bei unbeschränkt steuerpflichtigen Anlegern die festgesetzte und gezahlte und um einen entstandenen Ermäßigungsanspruch gekürzte ausländische Steuer auf den Teil der Einkommensteuer oder Körperschaftsteuer anzurechnen, der auf diese ausländischen, um die anteilige ausländische Steuer erhöhten Einkünfte entfällt. ²Wird von auf ausländische Spezial-Investmentanteile ausgeschütteten oder ausschüttungsgleichen Erträgen in dem Staat, in dem der ausländische Spezial-Investmentfonds ansässig ist, eine Abzugsteuer erhoben, so gilt für deren Anrechnung Satz 1 entsprechend.

(2) Zur Ermittlung des Teils der Einkommensteuer oder Körperschaftsteuer, der auf die ausländischen, um die anteilige ausländische Steuer erhöhten Einkünfte nach Absatz 1 entfällt, ist

1. bei einkommensteuerpflichtigen Anlegern der durchschnittliche Steuersatz, der sich bei der Veranlagung des zu versteuernden Einkommens, einschließlich der ausländischen Einkünfte, nach den §§ 32a, 32b, 34, 34a und 34b des Einkommensteuergesetzes ergibt, auf die ausländischen Einkünfte anzuwenden,
2. bei körperschaftsteuerpflichtigen Anlegern die deutsche Körperschaftsteuer, die sich bei der Veranlagung des zu versteuernden Einkommens, einschließlich der ausländischen Einkünfte, ohne Anwendung der §§ 37 und 38 des Körperschaftsteuergesetzes ergibt, aufzuteilen; die Aufteilung erfolgt nach dem Verhältnis der ausländischen Einkünfte zur Summe der Einkünfte.

(3) Der Höchstbetrag der anrechenbaren ausländischen Steuern aus verschiedenen Staaten ist für die ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge aus jedem einzelnen Spezial-Investmentfonds zusammengefasst zu berechnen.

(4) ¹§ 34c Absatz 1 Satz 3 und 4 sowie Absatz 2, 3 und 6 des Einkommensteuergesetzes ist entsprechend anzuwenden. ²Der Anrechnung der ausländischen Steuer nach § 34c Absatz 1 des Einkommensteuergesetzes steht bei ausländischen Spezial-Investmentanteilen § 34c Absatz 6 Satz 1 des Einkommensteuergesetzes nicht entgegen.

(5) Ausländische Steuern, die auf ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge entfallen, die nach § 43 Absatz 1 steuerfrei sind, sind bei der Anrechnung oder dem Abzug nach Absatz 1 nicht zu berücksichtigen.

Autor und Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 47	1	E. Erläuterungen zu Abs. 4: Abzug ausländischer Steuer und weitere Regelungen	17
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Anrechnung ausländischer Steuern	5	F. Erläuterungen zu Abs. 5: Weder Anrechnung noch Abzug von auf steuerfreie Erträge entfallender Steuer	20
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Ermittlung der anteiligen Steuer .	10		
D. Erläuterungen zu Abs. 3: Höchstbetragsberechnung . . .	16		

1 A. Allgemeine Erläuterungen zu § 47

Grundinformation: § 47 regelt im Wesentlichen wie zuvor § 4 Abs. 2 und 3 InvStG aF die Anrechnung ausl. Steuer, die auf in ausgeschütteten oder ausschüttungs gleichen Erträgen enthaltene Einkünfte eines Spezial-Investmentfonds erhoben wurde, auf die von einem Anleger geschuldete ESt oder KSt. Über den Verweis in Abs. 4 Satz 1 auf § 34c Abs. 2 und Abs. 3 EStG kann die ausl. Steuer auf Antrag auch von den ausl. Einkünften abgezogen werden.

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher Geltungsbereich:* § 47 gilt für die Anrechnung auf Einkünfte eines Spezial-Investmentfonds erhobener ausl. Steuern auf die deutsche ESt- oder KStSchuld des estpfl. oder kstpfl. Anlegers.
- ▶ *Persönlicher Geltungsbereich:* § 47 regelt die Anrechnung ausl. Steuer nur für in Deutschland unbeschränkt estpfl. oder kstpfl. Anleger von Spezial-Investmentfonds. Der Spezial-Investmentfonds, dessen Erträge oder ausschüttungs gleichen Erträge zur Anrechnung ausl. Steuern führen kann, kann in den Fällen des Abs. 1 Satz 1 ein in- oder ausl. sein, in den Fällen des Abs. 1 Satz 2 muss es ein ausl. sein.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* § 47 gilt ab dem 1.1.2018, s. § 56 Abs. 1.

Verhältnis zu § 34c EStG, § 26 KStG und DBA-Regelungen zur Anrechnung ausländischer Steuern (Art. 23A Abs. 2, Art. 23B Abs. 1 OECD-MA): § 47 ergänzt sie insofern, als er erlaubt, dass auf die ESt oder KSt des Anlegers ausl. Steuern angerechnet werden, die auf Einkünfte des Spezial-Investmentfonds, also nicht des Anlegers, erhoben wurden.

2–4 Einstweilen frei.

5 B. Erläuterungen zu Abs. 1: Anrechnung ausländischer Steuern

Einkünfte aus einem ausländischen Staat: Abs. 1 Satz 1 gebraucht nicht den in § 34d EStG definierten (Katalog) und in § 34c EStG verwendeten Begriff der ausl. Einkünfte, sondern den weiteren Begriff der Einkünfte aus einem ausl. Staat. Das spricht dafür, hier wie auch schon zuvor bei § 4 InvStG aF auf das DBA abzustellen (so auch BMF v. 18.8.2009 – IV C 1 - S 1980 - 1/08/10019, 2009/0539738, BStBl. I 2009, 931, Rz. 75 zu § 4 Abs. 1 InvStG aF) und als aus einem ausl. Staat stammende Einkünfte alle Einkünfte anzusehen, für die nach dem DBA

der andere Staat als ein Staat, der nicht der Wohnsitzstaat ist, neben Deutschland ein Besteuerungsrecht hat (vgl. zu § 4 Abs. 1 InvStG aF *Stock/Oberhofer* in *Berger/Steck/Lübbehüsen*, 2010, § 4 Rz. 17; *Haase*, IStR 2010, 170; § 34d EStG Anm. 4; aA *Gosch* in *Kirchhoff/Seer*, 20. Aufl. 2021, § 34d EStG Rz. 3). Es muss sich um Einkünfte eines Spezial-Investmentfonds handeln.

In- oder ausländischer Spezial-Investmentfonds: Der Spezial-Investmentfonds, dessen Erträge oder ausschüttungsgleichen Erträge zur Anrechnung ausländ. Steuern führen können, kann in den Fällen des Abs. 1 Satz 1 ein in- oder ausländ. sein.

Enthalten in ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen: Die Einkünfte aus einem ausländ. Staat müssen in ausgeschütteten (s. § 35) oder ausschüttungsgleichen (s. § 36) Erträgen enthalten sein. Das Gesetz verknüpft beides mit „und“, was aber ein Redaktionsversehen sein und daher als „oder“ verstanden werden muss, weil bestimmte Einkünfte nur entweder ausgeschütteter Ertrag oder ausschüttungsgleicher Ertrag sein können.

Anrechenbare ausländische Steuer: Die Einkünfte aus einem ausländ. Staat müssen in diesem Staat zu einer Steuer herangezogen worden sein, die nach einem der nachfolgenden Vorschriften anrechenbar sein muss:

- ▶ *Anrechenbarkeit nach § 34c Abs. 1 EStG:* Siehe § 34c EStG Anm. 49 ff.
- ▶ *Anrechenbarkeit nach § 26 Abs. 1 KStG:* Siehe § 26 KStG Anm. 16 ff.
- ▶ *Anrechenbarkeit nach DBA auf Einkommen- oder Körperschaftsteuer:* DBA können eine Doppelbesteuerung von Einkünften dadurch verhindern, dass sie schon nur einem der Vertragsstaaten ein Besteuerungsrecht lassen oder aber im Ansässigkeitsstaat (zB nach dem Vorbild von Art. 23A/B OECD-MA) entweder eine Freistellung der ausländ. Einkünfte von der Besteuerung (Freistellungsmethode, Art. 23A OECD-MA) oder die Anrechnung der darauf im Quellenstaat gezahlten Steuer (Anrechnungsmethode, Art. 23B, Art. 23A Abs. 2 OECD-MA) vorschreiben (s. dazu *Schönfeld/Häck* in *Schönfeld/Ditz*, DBA, 2013, Art. 23 OECD-MA Rz. 2, 5, 6, 26 ff., 52 ff.; *Ismer* in *Vogel/Lehner*, DBA, 6. Aufl. 2015, Art. 23 OECD-MA Rz. 31 ff., 120 ff.; *Jacobs*, Internationale Unternehmensbesteuerung, 8. Aufl. 2016, 78 ff.).

Festgesetzt und gezahlt und um einen entstandenen Ermäßigungsanspruch gekürzt: Die ausländ. Steuer ist zudem nur anrechenbar, wenn und soweit sie festgesetzt und gezahlt und um einen entstandenen Ermäßigungsanspruch gekürzt wurde. Siehe dazu § 34c EStG Anm. 71, 72 und 73.

Rechtsfolge Anrechnung auf Einkommen- oder Körperschaftsteuer des unbeschränkt steuerpflichtigen Anlegers (Abs. 1 Satz 1): Die geschilderte in dem ausländ. Staat festgesetzte, gezahlte und um einen entstandenen Ermäßigungsanspruch gekürzte Steuer ist auf den Teil der ESt- oder KStSchuld eines unbeschränkt Stpfl. anzurechnen, der auf diese ausländ., um die anteilige ausländ. Steuer erhöhten Einkünfte entfällt. Dieser Teil wird nach der Maßgabe des Abs. 2 berechnet (s. Anm. 10). Die Beschränkung der Anrechnung auf unbeschränkt Stpfl., die es zB einem Steuerausländer, der seine Anteile an einem Spezial-Investmentvermögen im BV einer inländ. BS hält (und damit nur beschränkt Stpfl. ist), verstößt gegen Art. 49 und 63 AEUV (vgl. *Stock/Oberhofer* in *Berger/Steck/Lübbehüsen*, 2010, § 4 Rz. 46).

Anrechnung von erhobener Abzugsteuer (Abs. 1 Satz 2): Nach Satz 2 werden ausländ. Abzugsteuern, die von dem Ansässigkeitsstaat eines ausländ. Spezial-Investmentfonds auf ausgeschüttete oder ausschüttungsgleiche Erträge erhoben werden,

nach dem Verfahren des Satzes 1 auf die inländ. Steuer des Anlegers angerechnet. Die Regelung entspricht § 4 Abs. 2 Satz 5 InvStG aF. Mit der Nennung der ausschüttungsgleichen Erträge möchte der Gesetzgeber auch klarstellen (weil dies bereits bisher die Auffassung und Praxis der FinVerw. gewesen sei, vgl. BMF v. 18.8.2009 – IV C 1 - S 1980 - 1/08/10019, 2009/0539738, BStBl. I 2009, 931, Rz. 77c), dass die Regelung auch für die Anrechnung ausländ. Quellensteuern auf ausschüttungsgleiche Erträge eines ausländ. Spezial-Investmentfonds gilt (s. BTDrucks. 18/8045116).

6–9 Einstweilen frei.

10 C. Erläuterungen zu Abs. 2: Ermittlung der anteiligen Steuer

Ermittlung des anrechnungsrelevanten Teils der Einkommen-/Körperschaftsteuer: Abs. 2 regelt in Nr. 1 für estpfl. Anleger, in Nr. 2 für kstpfl. Anleger, wie der Teil der ESt bzw. KSt zu ermitteln ist, auf den die nach Abs. 1 anzurechnende ausländ. Steuer anzurechnen ist:

Bei einkommensteuerpflichtigen Anlegern (Abs. 2 Nr. 1) ist der durchschnittliche StSatz, der sich bei der Veranlagung des zvE (einschließlich der ausländ. Einkünfte) nach §§ 32a, 32b, 34, 34a und 34b des EStG ergibt, auf die ausländ. Einkünfte anzuwenden (s. zu Details § 34c EStG Anm. J 14-4, J 14-5). Das Erg. der Multiplikation ist der Teil der ESt, auf den die ausländ. Steuer angerechnet wird.

Bei körperschaftsteuerpflichtigen Anlegern (Abs. 2 Nr. 2) ist die deutsche KSt, die sich bei der Veranlagung des zvE, einschließlich der ausländ. Einkünfte, ohne Anwendung der §§ 37 und 38 KStG ergibt, nach dem Verhältnis der ausländ. Einkünfte zur Summe der Einkünfte aufzuteilen (vgl. zum entsprechenden § 4 Abs. 2 Satz 3 InvStG aF *Stock/Oberhofer* in *Berger/Steck/Lübbehüsen*, 2010, § 4 Rz. 65).

Keine per country limitation: Anders als § 34c Abs. 1 EStG (s. § 34c Anm. 80) enthält Abs. 2 keine *per country limitation*, dh., er verlangt wie § 4 Abs. 2 Satz 3 InvStG aF nicht, den Höchstbetrag der Anrechnung für jeden Staat gesondert zu berechnen (vgl. auch BMF v. 18.8.2009 – IV C 1 - S 1980 - 1/08/10019, 2009/0539738, BStBl. I 2009, 931, Rz. 80). Abs. 3 ordnet vielmehr ausdrücklich nur eine *all country limitation* an, s. Anm. 16.

11–15 Einstweilen frei.

16 D. Erläuterungen zu Abs. 3: Höchstbetragsberechnung

Zusammengefasste Höchstbetragsberechnung: Nach Abs. 3 ist der Höchstbetrag der anrechenbaren ausländ. Steuern aus verschiedenen Staaten zusammengefasst zu berechnen. Es gilt also keine *per country limitation* (wie in § 34c EStG, s. Anm. 80), sondern (nur) eine sog. *all country limitation* oder *overall limitation* (vgl. BTDrucks. 18/8045, 116). Dies entspricht der früheren Regelung in § 4 Abs. 2 Satz 3 InvStG aF.

E. Erläuterungen zu Abs. 4: Abzug ausländischer Steuer und weitere Regelungen

17

Entsprechende Anwendung von § 34c Abs. 1 Sätze 3 und 4 sowie Abs. 2, 3 und 6 EStG (Abs. 4 Satz 1): Abs. 4 Satz 1 ordnet an, verschiedene Regelungen des § 34c EStG entsprechend anzuwenden. Dies sind die Regelungen zur Ermittlung der ausländ. Einkünfte (§ 34 Abs. 1 Sätze 3 und 4 EStG) und Regelungen zum Abzug (statt Anrechnung) ausländ. Steuern (§ 34c Abs. 2, 3 und 6 EStG). Im Einzelnen gelten folgende Regelungen entsprechend:

- ▶ § 34c Abs. 1 Satz 3 EStG: Siehe § 34c EStG Anm. 91 f. und § 34c EStG Anm. J 14-4, J 14-7.
- ▶ § 34c Abs. 1 Satz 4 EStG: Siehe § 34c EStG Anm. 91 f.
- ▶ § 34c Abs. 2 EStG: Siehe § 34c EStG Anm. 104 ff.
- ▶ § 34c Abs. 3 EStG: Siehe § 34c EStG Anm. 114 ff.
- ▶ § 34c Abs. 6 EStG: Siehe § 34c EStG Anm. 201 ff.

Bestehen eines DBA (Abs. 4 Satz 2): Nach Satz 2 steht der Anrechnung ausländ. Steuern nach § 34c Abs. 1 EStG bei ausländ. Spezial-Investmentanteilen § 34c Abs. 6 Satz 1 EStG nicht entgegen. § 34c Abs. 6 Satz 1 EStG macht die uneingeschränkte Anwendung des § 34c EStG vom Nichtbestehen eines DBA abhängig. Stattdessen ist, auch bei Bestehen eines DBA, die Steueranrechnung ungeachtet dieses DBA nach den Regelungen des § 34c EStG vorzunehmen (vgl. BTDrucks. 18/8045, 117).

Einstweilen frei.

18–19

F. Erläuterungen zu Abs. 5: Weder Anrechnung noch Abzug von auf steuerfreie Erträge entfallender Steuer

20

Ausschluss von Anrechnung und Abzug: Ausländische Steuer auf nach § 43 Abs. 1 stfreie ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge (s. dazu § 43 Anm. 5) kann nach Abs. 5 weder auf deutsche ESt oder KSt angerechnet noch von ausländ. Einkünften abgezogen werden. Der Ausschluss von Anrechnung oder Abzug gilt damit nicht für die Erträge, für die die StFreistellung nach § 43 Abs. 2 (s. dazu § 43 Anm. 10) oder Teilfreistellung nach § 43 Abs. 3 iVm. § 20 (s. dazu § 43 Anm. 15) gewährt werden (s. *Gloßner in Blümich*, § 48 InvStG 2018 Rz. 61 [6/2017]).

§ 48 Fonds-Aktiengewinn, Fonds-Abkommensgewinn, Fonds-Teilfrestellungsgewinn

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731)

(1) ¹Der Spezial-Investmentfonds hat bei jeder Bewertung seines Vermögens pro Spezial-Investmentanteil den Fonds-Aktiengewinn, den Fonds-Abkommensgewinn und den Fonds-Teilfrestellungsgewinn als absolute Werte in Euro zu ermitteln und dem Anleger diese Werte bekannt zu machen. ²Der Fonds-Aktiengewinn, der Fonds-Abkommensgewinn und der Fonds-Teilfrestellungsgewinn ändern sich nicht durch die Ausgabe und Rücknahme von Spezial-Investmentanteilen.

(2) ¹Die Steuerbefreiung nach § 42 Abs. 1 bis 3 ist nur anzuwenden, wenn der Spezial-Investmentfonds den Fonds-Aktiengewinn ermittelt und bekannt macht oder wenn der Anleger den Fonds-Aktiengewinn nachweist. ²Die Steuerbefreiung nach § 43 Abs. 1 ist nur anzuwenden, wenn der Spezial-Investmentfonds den Fonds-Abkommensgewinn ermittelt und bekannt macht oder wenn der Anleger den Fonds-Abkommensgewinn nachweist. ³Die Teilfrestellung nach § 43 Abs. 3 ist nur anzuwenden, wenn der Spezial-Investmentfonds die Fonds-Teilfrestellungsgewinne ermittelt und bekannt macht oder wenn der Anleger die Fonds-Teilfrestellungsgewinne nachweist.

(3) ¹Der Fonds-Aktiengewinn ist der Teil des Wertes eines Spezial-Investmentanteils, der auf folgende Erträge, die nicht ausgeschüttet wurden und nicht als ausgeschüttet gelten, sowie auf folgende Wertveränderungen entfällt:

1. Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, deren Leistungen beim Empfänger zu den Einnahmen nach § 20 Abs. 1 Nummer 1 des Einkommensteuergesetzes gehören,
2. Wertveränderungen von Anteilen an Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, deren Leistungen beim Empfänger zu den Einnahmen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nummer 1 des Einkommensteuergesetzes gehören,
3. Anleger-Aktiengewinne eines Dach-Spezial-Investmentfonds aus der Veräußerung eines Spezial-Investmentanteils an einem Ziel-Spezial-Investmentfonds und
4. Anleger-Aktiengewinne eines Dach-Spezial-Investmentfonds aus dem Besitz eines Spezial-Investmentanteils an einem Ziel-Spezial-Investmentfonds, die bei der Bewertung des Dach-Spezial-Investmentfonds ermittelt werden.

²Satz 1 gilt nur für Bestandteile, die nicht bereits von Abs. 5 erfasst werden.

(4) ¹Gewinne aus der Veräußerung sowie Wertveränderungen von Anteilen an Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen sind nicht in den Fonds-Aktiengewinn einzubeziehen, wenn die Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse

1. keiner Ertragsbesteuerung unterliegt,
2. von der Ertragsbesteuerung persönlich befreit ist oder
3. sachlich insoweit von der Ertragsbesteuerung befreit ist, wie sie eine Ausschüttung vornimmt.

²Verluste aus Finanzderivaten mindern den Fonds-Aktiengewinn, wenn der Spezial-Investmentfonds im Rahmen einer konzeptionellen Gestaltung Verluste aus Finanzderivaten und in gleicher oder ähnlicher Höhe Wertveränderungen nach Abs. 3 Nummer 2 herbeigeführt hat.

(5) Der Fonds-Abkommensgewinn ist der Teil des Wertes eines Spezial-Investmentanteils, der auf folgende Erträge, die nicht ausgeschüttet wurden und nicht als ausgeschüttet gelten, sowie auf folgende Wertveränderungen entfällt:

1. Erträge, die aufgrund eines Abkommens zur Vermeidung der Doppelbesteuerung nach § 43 Abs. 1 von der Besteuerung freizustellen sind,
2. Wertveränderungen von Vermögensgegenständen, auf die bei einer Veräußerung § 43 Abs. 1 anwendbar wäre,
3. Anleger-Abkommensgewinne eines Dach-Spezial-Investmentfonds aus der Veräußerung eines Spezial-Investmentanteils an einem Ziel-Spezial-Investmentfonds und
4. Anleger-Abkommensgewinne eines Dach-Spezial-Investmentfonds aus dem Besitz eines Spezial-Investmentanteils an einem Ziel-Spezial-Investmentfonds, die bei der Bewertung des Dach-Spezial-Investmentfonds ermittelt werden.

(6) ¹Der Fonds-Teilfrestellungsgewinn ist jeweils getrennt für die in § 20 Abs. 1 genannten Arten von Anlegern zu ermitteln. ²Der Fonds-Teilfrestellungsgewinn ist der Teil des Wertes eines Spezial-Investmentanteils, der auf folgende Erträge, die nicht ausgeschüttet wurden und nicht als ausgeschüttet gelten, sowie auf folgende Wertveränderungen entfällt:

1. Erträge aus einem Investmentanteil, soweit diese nach § 20 von der Besteuerung freizustellen sind,
2. Wertveränderungen von Investmentanteilen, soweit auf diese bei einer Veräußerung § 20 anwendbar wäre,
3. Anleger-Teilfrestellungsgewinne eines Dach-Spezial-Investmentfonds aus der Veräußerung eines Spezial-Investmentanteils an einem Ziel-Spezial-Investmentfonds und
4. Anleger-Teilfrestellungsgewinne eines Dach-Spezial-Investmentfonds aus dem Besitz eines Spezial-Investmentanteils an einem Ziel-Spezial-Investmentfonds, die bei der Bewertung des Dach-Spezial-Investmentfonds ermittelt werden.

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

Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 48 1

B. Erläuterungen zu Abs. 1:

**Verpflichtung zur Ermittlung/Bekanntmachung von Fonds-Aktiengewinn,
Fonds-Abkommensgewinn und Fonds-Teilfrestellungsgewinn**

<p>I. Ermittlungs-/Bekanntmachungspflicht (Abs. 1 Satz 1)</p> <p>1. Überblick 5</p> <p>2. Ermittlungspflicht 6</p>	<p>3. Bekanntmachungspflicht 7</p> <p>II. Verpflichtung zur Bildung eines Korrekturpostens (Abs. 1 Satz 2) 8</p>
---	---

C. Erläuterungen zu Abs. 2:

**Voraussetzungen der Steuerbefreiungen nach §§ 42 Abs. 1 bis 3,
43 Abs. 1 bzw. der Teilfrestellungen nach § 43 Abs. 3**

<p>I. Voraussetzung für Steuerbefreiung nach § 42 Abs. 1 bis 3 (Abs. 2 Satz 1) 10</p>	<p>II. Voraussetzung für Steuerbefreiung nach § 43 Abs. 1 (Abs. 2 Satz 2) . . 11</p> <p>III. Voraussetzung für Teilfrestellung nach § 43 Abs. 3 (Abs. 2 Satz 3) . . 12</p>
--	--

D. Erläuterungen zu Abs. 3:

Definition des Fonds-Aktiengewinns

<p>I. Gesetzliche Definition des Fonds-Aktiengewinns (Abs. 3 Satz 1)</p> <p>1. Überblick 15</p> <p>2. Voraussetzungen für alle Elemente 16</p> <p>3. Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, deren Leistungen beim Empfänger zu den Einnahmen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG gehören (Abs. 3 Satz 1 Nr. 1) 17</p> <p>4. Wertveränderungen von Anteilen an Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, deren Leistungen beim Empfänger zu den Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG gehören (Abs. 3 Satz 1 Nr. 2) 18</p>	<p>5. Anleger-Aktiengewinne eines Dach-Spezial-Investmentfonds aus der Veräußerung eines Spezial-Investmentanteils an einem Ziel-Spezial-Investmentfonds (Abs. 3 Satz 1 Nr. 3) 19</p> <p>6. Anleger-Aktiengewinne eines Dach-Spezial-Investmentfonds aus dem Besitz eines Spezial-Investmentanteils an einem Ziel-Spezial-Investmentfonds, die bei der Bewertung des Dach-Spezial-Investmentfonds ermittelt werden (Abs. 3 Satz 1 Nr. 4) 19a</p> <p>II. Verhältnis zum Fonds-Abkommensgewinn (Abs. 3 Satz 2) 19b</p>
---	---

E. Erläuterungen zu Abs. 4:

Zusätzliche Regelungen zur Ermittlung des Fonds-Aktiengewinns . . 20

F. Erläuterungen zu Abs. 5:

Definition des Fonds-Abkommensgewinns 25

G. Erläuterungen zu Abs. 6:

Definition des Fonds-Teilfrestellungsgewinns 30

1 A. Allgemeine Erläuterungen zu § 48

Grundinformation: Mit der Einführung der Begriffe des Fonds-Aktiengewinns, des Fonds-Abkommensgewinns sowie des Fonds-Teilfrestellungsgewinns legt § 48 die Grundlagen zum einen für die Steuerfolgen der Veräußerung bzw. die Bewertung eines Spezial-Investmentanteils im Rahmen eines BV-Vergleichs beim Anleger im Rahmen des § 49, zum anderen für die Ermittlung der Höhe der ausgeschütteten bzw. ausschüttungsgleichen Erträge des Anlegers im Rahmen von §§ 42 und 43. Dazu werden in § 48 Teile des Werts eines Spezial-Investmentanteils definiert, die beim Anleger von der Besteuerung freizustellen sind. Um die stfreien Teile zu ermitteln, hat der Spezial-Investmentfonds Gewinne aus der Veräußerung von Aktien und Wertsteigerungen von Aktien (sog. Aktiengewinne), Erträge, die aufgrund eines DBA stfrei zu stellen sind (sog. Abkommensgewinne), und Erträge aus Investmentfonds, auf die das Teilfrestellungsverfahren nach § 20 anzuwenden ist (sog. Teilfrestellungsgewinne) gesondert zu ermitteln und dem Anleger bekannt zu machen. Die so auf Fondsebene ermittelten Werte werden als Fonds-Aktiengewinn, Fonds-Abkommensgewinn und Fonds-Teilfrestellungsgewinn bezeichnet (BTDrucks. 18/8045, 117). Da bei mehreren Anlegern diese zu unterschiedlichen Zeitpunkten Anteile an einem Spezial-Investmentfonds erwerben, sind für eine Besteuerung des Veräußerungsgewinns/der Bewertung auf Ebene des Anlegers (näher geregelt in § 49, s. § 49 Anm. 5 ff.) nicht sämtliche Fonds-Gewinne, sondern nur die während der Besitzzeit des einzelnen Anlegers angefallenen Fonds-Gewinne maßgebend. Diese besitzzeitabhängigen Gewinne des Anlegers (sog. Anleger-Gewinne) werden als Differenz zwischen den Fonds-Gewinnen bei Veräußerung oder Bewertung des Spezial-Investmentanteils und den Fonds-Gewinnen bei Anschaffung des Spezial-Investmentanteils ermittelt. Diese besitzzeitanteiligen Gewinne des Anlegers werden als Anleger-Aktiengewinn, Anleger-Abkommensgewinn und Anleger-Teilfrestellungsgewinn bezeichnet (BTDrucks. 18/8045, 117).

Abs. 1 statuiert in Satz 1 die Verpflichtung des Spezial-Investmentfonds, bei jeder Bewertung seines Vermögens pro Spezial-Investmentanteil den Fonds-Aktiengewinn, den Fonds-Abkommensgewinn und den Fonds-Teilfrestellungsgewinn als absolute Werte in Euro zu ermitteln und dem Anleger bekannt zu machen (s. Anm. 5). Satz 2 bestimmt – analog § 5 Abs. 2 Satz 2 InvStG aF –, dass sich diese Fonds-Gewinne durch die Ausgabe oder Rücknahme von Spezial-Investmentanteilen nicht ändern dürfen (s. Anm. 5). Abs. 2 regelt, dass die StBefreiungen nach § 42 Abs. 1 bis 3 und § 43 Abs. 3 sowie die Teilfrestellungen nach § 43 Abs. 3 jeweils in Bezug auf die ausgeschütteten bzw. ausschüttungsgleichen Erträge eines Anlegers nur Anwendung finden, wenn der Spezial-Investmentfonds den Fonds-Aktiengewinn, den Fonds-Abkommensgewinn bzw. die Fonds-Teilfrestellungsgewinne ermittelt und bekannt macht oder der Anleger diese jeweils nachweist (s. Anm. 10). Systematisch hätten diese Regelungen uE besser in die §§ 42 und 43 integriert werden können. Abs. 3 definiert den Fonds-Aktiengewinn (s. Anm. 15), wobei Abs. 4 ergänzende Regelungen zu dessen Ermittlung enthält (s. Anm. 20). Abs. 5 definiert den Fonds-Abkommensgewinn (s. Anm. 25). Abs. 6 definiert den Fonds-Teilfrestellungsgewinn (s. Anm. 30).

Rechtsentwicklung: Die Systematik von § 48 idF des Investmentsteuerreformgesetzes (InvStRefG) v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731) entspricht weitgehend § 8 InvStG aF. Die Norm wurde jedoch zT deutlich anders gefasst und um Regelungen ergänzt, die die neuen pauschalen Teilfrestellungen bei Aktien-, Misch- und Immobilienfonds abbilden sollen (vgl. BTDrucks. 18/8045, 117).

Bedeutung/Verhältnis zu anderen Vorschriften: Die Norm definiert die Begriffe des Fonds-Aktiengewinns, des Fonds-Abkommensgewinns sowie des Fonds-Teilfreistellungsgewinns und regelt deren Ermittlung. Diese Begriffe sind relevant zum einen für die Ermittlung der Höhe des ggf. stpfl. Gewinns aus der Veräußerung eines Spezial-Investmentanteils/die Bewertung eines Spezial-Investmentanteils im Rahmen eines BV-Vergleichs beim Anleger im Rahmen von § 49, zum anderen für die Ermittlung der Höhe der ausgeschütteten bzw. ausschüttungsgleichen Erträge des Anlegers im Rahmen von §§ 42 und 43. Vereinfacht geht es darum, welche Teile dieser Gewinne/Erträge beim Anleger von der Besteuerung freizustellen sind.

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich:* § 48 gilt für in- und ausländ. Spezial-Investmentfonds und deren Anleger.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* Wie das gesamte neugefasste InvStG gilt § 48 ab dem 1.1.2018 (Art. 11 Abs. 3 InvStRefG).

Einstweilen frei.

2–4

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Verpflichtung zur Ermittlung/ Bekanntmachung von Fonds-Aktiengewinn, Fonds- Abkommensgewinn und Fonds-Teilfreistellungsgewinn

I. Ermittlungs-/Bekanntmachungspflicht (Abs. 1 Satz 1)

1. Überblick

5

Der Spezial-Investmentfonds hat bei jeder Bewertung seines Vermögens pro Spezial-Investmentanteil den Fonds-Aktiengewinn, den Fonds-Abkommensgewinn und den Fonds-Teilfreistellungsgewinn als absolute Werte in Euro zu ermitteln und dem Anleger diese Werte bekannt zu machen (Abs. 1 Satz 1). Nach uE zutreffender Auffassung der FinVerw. gilt die Verpflichtung zur Ermittlung dieser „Fonds-Gewinne“ grds. für sämtliche in- und ausländ. Spezial-Investmentfonds, sämtliche haftungs- und vermögensrechtl. voneinander getrennte Teile eines Investmentfonds, die die Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds erfüllen (§ 1 Abs. 4 iVm. § 26 und ggf. § 27) sowie für jede Anteilklasse eines Spezial-Investmentfonds (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.5). Die Ermittlungspflicht greift dabei jedoch erst ein, sobald sich an einem Spezial-Investmentfonds/einer Anteilklasse in der Bundesrepublik Deutschland stpfl. Anleger (ggf. Mittelbar über eine PersGes.) oder aber Dach-Spezial-Investmentfonds beteiligen (s. dazu sowie zur Dokumentation des Anlegerstatus BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.6f.).

Spezial-Investmentfonds: Siehe zum Begriff § 26 (§ 26 Anm. 5).

Fonds-Aktiengewinn: Siehe zum Begriff Abs. 3 (Anm. 15).

Fonds-Abkommensgewinn: Siehe zum Begriff Abs. 5 (Anm. 25).

Fonds-Teilfreistellungsgewinn: Siehe zum Begriff Abs. 6 (Anm. 30).

2. Ermittlungspflicht

6

Bei jeder Bewertung seines Vermögens: Gemeint ist uE – wie bereits im Rahmen des insoweit wortlautidentischen § 15 Abs. 1 Satz 3 InvStG aF (vgl. *Bödecker in Bö-*

decker/Ernst/Hartmann, 2016, § 15 Rz. 40f.) – bewertungstglich. Die FinVerw. konkretisiert dies dahingehend, dass eine Bewertung zu jedem Stichtag zu erfolgen habe, zu dem der (Nettoinventar-)Wert je Spezial-Investmentanteil verpflichtend (zB nach aufsichtsrechtl. Vorgaben) oder freiwillig bestimmt wird (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.3). Darüber hinaus hat der Spezial-Investmentfonds die betreffenden Gewinne zu den Bilanzstichtagen der Anleger sowie bei Veräußerung (§ 2 Abs. 13) von Spezial-Investmentanteilen zu ermitteln, denn zu diesen Stichtagen seien die Gewinne nach § 51 Abs. 1 gesondert und einheitlich festzustellen, so dass sich eine originäre investimentsteuerrechtl. Ermittlungspflicht ergibt. Dies erfordere auch, dass es ggf. zu einer außerplanmäßigen Ermittlung des Werts des Spezial-Investmentanteils zu diesem Stichtag komme. Hierbei seien die aktuellen Verkehrswerte der Vermögensgegenstände sowie der Wert der Schulden des Spezial-Investmentfonds zu Grunde zu legen. Bei illiquiden Vermögensgegenständen (zB Immobilien) könne auf den zum letzten Bewertungsstichtag ermittelten Verkehrswert (vgl. § 251 Abs. 1 KAGB) zurückgegriffen werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.3).

- ▶ **Ermittlung:** Wie bereits § 15 Abs. 1 Satz 3 InvStG aF verpflichtet Abs. 1 (nur) zur rechnerischen Ermittlung der Fonds-Gewinne dem Grunde nach, sagt aber nichts zur konkreten Berechnung (vgl. *Hartmann* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, § 5 Rz. 210). Diese ergibt sich vielmehr aus Abs. 3 bis 6.
- ▶ **Pro Spezial-Investmentanteil:** Die ermittelten Fonds-Gewinne sind rechnerisch auf jeden Spezial-Investmentanteil herunterzubrechen.

Absolute Werte in Euro: Die Fonds-Gewinne sind als absolute Beträge in Euro zu ermitteln. Dies mag selbstverständlich erscheinen, weicht aber von der Regelungstechnik in § 5 Abs. 2 Satz 1 InvStG aF ab, wonach die Fonds-Gewinne als Prozentsätze bezogen auf den Wert des (Spezial-)Investmentanteils ermittelt werden müssten (vgl. zum alten Recht *Völker* in *Moritz/Jesch/Mann*, 1. Aufl. 2015, § 5 Rz. 319). Diese Neuregelung, die der Verfahrenserleichterung dient (vgl. BTDrucks. 18/8045, 117), ist uE sachgerecht. Nach Auffassung der FinVerw. sind die Gewinne dabei nach kaufmännischer Rundung mit zumindest zwei Nachkommastellen anzugeben (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.13). Wird der Anteilswert des Spezial-Investmentfonds in einer nicht auf Euro lautenden Währung ermittelt, sind nach Auffassung der FinVerw. die Gewinne zunächst in der Fremdwährung zu ermitteln und anschließend zum maßgeblichen Umrechnungskurs in Euro umzurechnen. Hierbei sei auf die geltenden Referenzkurse der EZB des jeweiligen Bewertungstags abzustellen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.14).

7 3. Bekanntmachungspflicht

Der Begriff „Bekanntmachung“ ist im Gesetz nicht definiert. Nach Auffassung der FinVerw. ist eine Veröffentlichung dieser Werte in einem allg. zugänglichen Medium nicht notwendig. Es müssten jedoch alle betroffenen Anleger auf ihre individuellen Fonds-Gewinne zugreifen können. Anlegerbezogene Mitteilungen in Textform, wie etwa per Brief oder E-Mail, seien ausreichend. Darüber hinaus erfüllten auch Veröffentlichungen der Gewinne auf der Internetseite des Spezial-Investmentfonds oder der Verwaltungsgesellschaft diese Voraussetzungen, wenn (uE überbürend) die Abrufbarkeit der betreffenden Daten mindestens zehn Jahre sichergestellt wird (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.9). Die 10-Jahres-Frist leitet die FinVerw. aus § 51 Abs. 1 InvStG iVm. § 147 Abs. 3 AO ab. Gleiches gelte bei

Veröffentlichung der Gewinne in einem passwortgesicherten Bereich der Internetseite, sofern alle Anleger die Möglichkeit hätten, auf ihre individuellen Gewinne zuzugreifen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.9). Eine hinreichende Bekanntmachung sei demgegenüber nicht gegeben, wenn nicht allen betroffenen Anleger die maßgeblichen Kennziffern übermittelt oder diesen die Möglichkeit eröffnet werde, die für sie ermittelten Gewinne abzurufen. So erfülle etwa eine ausschließliche Übermittlung an Finanzdienstleister nicht die gesetzliche Bekanntmachungspflicht (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.10). Bei mittelbarer Anlage über PersGes. sei es demgegenüber grds. ausreichend, wenn ausschließlich der jeweiligen PersGes. als zivilrechtl. Anlegerin die Gewinne für deren jeweiligen Gesellschafter übermittelt bzw. dieser Zugang zu passwortgesicherten Bereichen eingeräumt wird. Die PersGes. habe dann jedoch die maßgeblichen Daten ihren Gesellschaftern (= mittelbare Anleger) unverzüglich zur Verfügung zu stellen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.10).

II. Verpflichtung zur Bildung eines Korrekturpostens (Abs. 1 Satz 2) 8

Nach Abs. 1 Satz 2 dürfen sich der Fonds-Aktiengewinn, der Fonds-Abkommensgewinn und der Fonds-Teilfrestellungsgewinn durch die Ausgabe und Rücknahme von Spezial-Investmentanteilen nicht ändern. Die Regelung entspricht § 5 Abs. 2 Satz 2 InvStG aF und verpflichtet den Fonds im Erg. zur Bildung eines Korrekturpostens in Bezug auf die Fonds-Gewinne (vgl. zum InvStG aF *Hartmann in Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, § 5 Rz. 216). Dieses Element des „Ertragsausgleichs“ ist im InvStRefG beibehalten worden. Wie bereits unter dem InvStG aF würden ohne diese gesetzliche Anordnung die Ausgabe und Rücknahme von Fondsanteilen die Fonds-Gewinne beeinflussen, denn wenn zB ein Fonds-Aktiengewinn von 100 pro Spezial-Investmentanteil ermittelt wurde, vermindert sich dieser (als absoluter Wert) ermittelte Betrag pro Spezial-Investmentanteil, wenn zusätzliche Anteile ausgegeben werden (bzw. erhöht sich, wenn Anteile zurückgenommen werden). Schwanken die Fonds-Gewinne pro Spezial-Investmentanteil jedoch aufgrund der bloßen Ausgabe oder Rücknahme von Spezial-Investmentanteilen, würde dies zu unzutreffenden Erg. bei der Ermittlung der besitzzeitanteiligen Anleger-Gewinne führen, die im Rahmen von § 49 (s. Anm. 1 und § 49 Anm. 5 ff.) relevant sind, denn die besitzzeitanteiligen Anleger-Gewinne würden dann nicht die während der Haltezeit der Spezial-Investmentanteile angefallenen Wertveränderung ausweisen, sondern ein zufälliges Erg. (so zutr. zum alten Recht *Völker in Moritz/Jesch/Mann*, 1. Aufl. 2015, § 5 Rz. 329; vgl. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.15).

Fonds-Aktiengewinn: Siehe zum Begriff Abs. 3 (Anm. 15).

Fonds-Abkommensgewinn: Siehe zum Begriff Abs. 5 (Anm. 25).

Fonds-Teilfrestellungsgewinn: Siehe zum Begriff Abs. 6 (Anm. 30).

Keine Änderung durch Ausgabe/Rücknahme von Spezial-Investmentanteilen:

Auch wenn die Norm passiv formuliert ist („ändern sich nicht“) ist sie uE – wie bereits § 5 Abs. 2 Satz 2 InvStG aF (in dem es allerdings noch „darf sich nicht ändern“ hieß) – so zu lesen, dass der Spezial-Investmentfonds verpflichtet ist, in einer Fondsnebenrechnung bei und für Zwecke der Ermittlung der jeweiligen Fonds-Gewinne einen entsprechenden Korrekturposten zu bilden. Ziel dabei ist, dass sich die betreffenden Fonds-Gewinne durch Anteilsbewegungen nicht ändern.

Dies kann grds. auf zwei Wegen erreicht werden: (i) Der Fonds-Gewinn pro Anteil wird konstant gehalten (sog. unveränderbare anteilsbezogene Fonds-Gewinne) oder (ii) der gesamte Fonds-Gewinn aller Anteile eines Anlegers bleibt konstant (sog. unveränderbare absolute Fonds-Gewinne; *Hartmann in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 48 Rz. 38 [12/2020]). Der Gesetzeswortlaut ist uE insoweit offen.

Bisherige Praxis: Die Praxis hat sich teilweise (wie auch die Voraufgabe) für unveränderbare anteilsbezogene Fonds-Gewinne (Variante (i)) entschieden (vgl. auch *Hartmann in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 48 Rz. 39 [12/2020]).

- ▶ **Auffassung der Finanzverwaltung:** Die FinVerw. verlangt demgegenüber die Ermittlung unveränderbarer absoluter Fonds-Gewinne (Variante (ii); BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.18): Diese Fonds-Gewinne seien dabei (gleichwohl) anlegerbezogen zu ermitteln. Bei Ausgabe von Anteilen an einen neuen Anleger beliefen sich die Einstiegswerte der „Fonds-Gewinne“ für diesen jeweils auf 0,00 €. Auch die Ausgabe weiterer Anteile an einen Bestandsanleger verändere die Einstiegswerte der Fonds-Gewinne des betreffenden Anlegers nicht. Diese verblieben vielmehr jeweils bei 0,00 €. Als weitere Folge dieser Ermittlungsmethodik veränderten sich bei Ausgabe neuer Spezial-Investmentanteile die bis zu diesem Zeitpunkt ermittelten „Fonds-Gewinne“ nicht. Sie blieben vielmehr konstant und verteilten sich linear auf alle Anteile des Anlegers (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.18 ff., mit einem Rechenbeispiel). Veräußert ein Anleger einen Teil seiner Spezial-Investmentanteile an eine andere Person (zB am Zweitmarkt) oder legt er diese verdeckt in eine KapGes. ein, seien die Fonds-Gewinne dieses Anlegers anteilig aufzulösen und auf Fondsebene entsprechende Korrekturposten zu bilden. Im Zugangszeitpunkt der Spezial-Investmentanteile beliefen sich die „Fonds-Gewinne“ des Erwerbers jeweils auf 0,00 €. Hält der Erwerber in solchen Fällen bereits Spezial-Investmentanteile, blieben seine anlegerindividuellen „Fonds-Gewinne“ unverändert (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.21 f., mit einem Rechenbeispiel). Nach Veränderung der absoluten Anzahl der Anteile (Ausgaben oder Rückgaben) oder der Zusammensetzung der Anteilsbestände durch Anteilsübertragungen zwischen den Anlegern veränderten sich die den jeweiligen Anlegern anteilig zuzurechnenden Erträge und Wertveränderungen. Die in die „Fonds-Gewinne“ einzubeziehenden unrealisierten oder realisierten Wertveränderungen und erzielten Erträge seien in Anlehnung an § 35 Abs. 6 (s. § 35 Anm. 30) den Anlegern absolut entsprechend ihrer Besitzzeit zuzurechnen. Die Zuordnung der bis zu diesem Zeitpunkt aufgelaufenen unrealisierten Wertveränderungen der Vermögensgegenstände (zB Kurssteigerung von Aktien) zu den jeweiligen Fonds-Gewinnen der einzelnen Anleger ändere sich durch ein solches Ereignis nicht. Entsprechendes gelte für noch nicht realisierte laufende Erträge, die taggenau nach ihrem Entstehungszeitraum abgegrenzt und den jeweiligen Anlegern gem. § 35 Abs. 6 zugerechnet würden. Komme eine solche Abgrenzung nicht in Betracht, da die konkrete Höhe der Erträge erst bei der Realisierung rechtssicher ermittelbar ist, sei für die besitzzeitanteilige Zuordnung und damit für die Einbeziehung in die Fonds-Gewinne auf den Entstehungszeitpunkt abzustellen. Nach diesem Ereignis eintretende (un-)realisierte Wertveränderungen, angewachsene Erträge (zeitraumbezogene Entstehung) und realisierte Erträge (zeitpunktbezogene Entstehung) würden sodann nach diesen veränderten Verhältnissen den „Fonds-Gewinnen“ der jeweiligen Anleger zugeordnet (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.23 f., mit einem Rechenbeispiel). Die Realisierung von Wertverände-

rungen entfalte im Erg. keine Auswirkung auf die Höhe der „Fonds-Gewinne“, soweit die bis zu diesem Zeitpunkt aufgelaufenen unrealisierten Wertveränderungen bereits in die „Fonds-Gewinne“ einbezogen wurden. Es komme lediglich zu einer betragsgleichen Umgliederung von unrealisierten Wertveränderungen in realisierte Wertveränderungen. Wurden hingegen bis zur Realisation nicht sämtliche (unrealisierten) Wertveränderungen in die „Fonds-Gewinne“ einbezogen, verändern sich diese im Umfang des Differenzbetrags zwischen realisierter und unrealisierter Wertveränderung (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.25 ff., mit Rechenbeispielen). Siehe auch das Beispiel bei *Hartmann* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 48 Rz. 149 ff. (12/2020).

- ▶ *Vereinfachungsregelung bei steuerbegünstigten Anlegern*: Nach Auffassung der FinVerw. kann der Spezial-Investmentfonds aus Vereinfachungsgründen grds. von der Ermittlung der „Fonds-Gewinne“ absehen, wenn ausschließlich vollumfänglich stbefreite Anleger iSd. § 44a Abs. 7 Satz 1 EStG Anteile an diesem Spezial-Investmentfonds halten. Diese Vereinfachungsregelung endet jedoch bei Beteiligung eines nicht nach § 44a Abs. 7 Satz 1 EStG stbefreiten Anlegers. Auf Aufforderung der zuständigen Finanzbehörde haben Spezial-Investmentfonds dann die für die Besteuerung der Anleger erforderlichen „Fonds-Gewinne“ rückwirkend zu ermitteln (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.29).
- ▶ *Übergangsregelung bis 31.12.2019*: Da sich die Praxis – abweichend von der FinVerw. – bereits in 2018 – und damit vor Publikation der Auffassung der FinVerw. – teilweise für das Konzept der unveränderbaren anteilsbezogenen Fonds-Gewinne (also für Variante (i)) entschieden hatte, räumte die FinVerw. den Fonds eine Übergangszeit bis 31.12.2019 ein: Die FinVerw. will es hiernach nicht beanstanden, wenn der Spezial-Investmentfonds bis zu diesem Zeitpunkt bei Berechnung der Fonds-Gewinne von unveränderbaren anteilsbezogenen Werten ausging. Auf Anlegerebene durften sich dabei jedoch (uE zutr.) durch die anteilsbezogene Betrachtung keine abweichenden Rechtsfolgen gegenüber der Ermittlung unveränderbarer absoluter „Fonds-Gewinne“ ergeben. Bei erstmaliger Ausgabe von Spezial-Investmentanteilen an einen Anleger beliefen sich die Einstiegswerte der „Fonds-Gewinne“ jeweils auf 0,00 € je Anteil. Wurden weitere Spezial-Investmentanteile an einen (Bestands-)Anleger ausgegeben, veränderten sich die Fonds-Gewinne je Anteil nicht. Die Ermittlung der unveränderbaren anteilsbezogenen Fonds-Gewinne folgte den gleichen Grundwertungen wie diejenige der unveränderbaren absoluten Fonds-Gewinne. Lediglich die Bezugsgröße der Spezial-Investmentanteile war eine andere. Dementsprechend bedurfte es Anpassungen bei Ermittlung der Fonds-Gewinne. Damit sich durch Anteilsausgaben die absoluten „Fonds-Gewinne“ der (Bestands-)Anleger nicht künstlich veränderten, hatte der Spezial-Investmentfonds Korrekturposten zu den Fonds-Gewinnen anzusetzen. Die anzusetzenden Korrekturposten je Anteil entsprachen den im Ausgabezeitpunkt der „neuen“ Anteile ermittelten besitzzeitanteiligen Fonds-Gewinnen je Anteil. Entsprechendes galt bei Erwerb weiterer Spezial-Investmentanteile von einem anderen Anleger. Aufgrund der identischen Fortentwicklung der Fonds-Gewinne je Anteil bedurfte es grds. keiner individuellen Zuordnung der Fonds-Gewinne zu bestimmten Anteilen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.30 ff., mit einem Rechenbeispiel). Veräußerte ein Anleger einen Teil seiner Spezial-Investmentanteile an eine andere Person (Bestandsanleger oder neuer Anleger), galten die Ausführungen zu Variante (i) entsprechend. Der Spezial-Investmentfonds hatte Korrekturposten zu den

Fonds-Gewinnen des veräußernden Anlegers zu bilden. Wurde der Erwerber erst durch die Anschaffung der Spezial-Investmentanteile zum Anleger des betreffenden Spezial-Investmentfonds (Neu-Anleger), beliefen sich seine anlegerbezogenen „Fonds-Gewinne“ auf 0,00 €. Erwarb ein Anleger weitere Spezial-Investmentanteile hinzu, waren Korrekturposten zu seinen „Einstiegs-Fonds-Gewinnen“ zu bilden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.34 f., mit einem Rechenbeispiel). Zu Auswirkungen von unrealisierten Wertveränderungen und Erträgen nach einer Änderung des Umfangs der ausgegebenen Anteile (Ausgaben oder Rücknahme) oder der Anlegerzusammensetzung des Spezial-Investmentfonds durch Anteilsveräußerungen galten die Überlegungen zu Variante (i) entsprechend. Bis zu einem solchen Ereignis eingetretene (un-)realisierte Wertveränderungen und nach ihrem Entstehungszeitraum abgrenzbare Erträge änderten sich durch ein solches Ereignis nicht (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.36 f., mit einem Rechenbeispiel). Auch bei realisierten Wertveränderungen galten die Überlegungen zu Variante (i) entsprechend (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.38 ff., mit Rechenbeispielen). Nach Auffassung der FinVerw. hatte der Spezial-Investmentfonds seine Anleger über den Zeitpunkt des Übergangs zur Ermittlung unveränderbarer absoluter „Fonds-Gewinne“ zu informieren. Spätestmöglicher Zeitpunkt war der Ablauf des 31.3.2020. Die KVG hatte die Anleger, die Spezial-Investmentanteile vor dem Übergangszeitpunkt erworben und noch im Übergangszeitpunkt gehalten hatten, zu informieren gehabt, dass ab dem Übergangszeitpunkt nicht mehr die ursprünglich mitgeteilten „Einstiegs-Fonds-Gewinne“ für die Berechnung der „Anleger-Gewinne“ verwendet werden dürfen. Vielmehr waren ab dem Übergangszeitpunkt „Einstiegs-Fonds-Gewinne“ iHv. 0,00 € zugrunde zu legen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.41). Zu Besonderheiten der Übergangsregelung bei Dach-Spezial-Investmentfonds s. (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.42 ff., mit einem Rechenbeispiel. Die FinVerw. will es bei Spezial-Investmentfonds mit nur einem Anleger aus Vereinfachungsgründen grds. nicht beanstanden, wenn der Spezial-Investmentfonds für zu unterschiedlichen Zeitpunkten ausgegebene Spezial-Investmentanteile keine besitzzeitanteilige Zurechnung vornahm und einheitliche Fonds-Gewinne für alle Spezial-Investmentanteile des einzelnen Anlegers ermittelte (s. dazu und zu möglichen Ausnahmen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.46 f.).

9 Einstweilen frei.

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Voraussetzungen der Steuerbefreiungen nach §§ 42 Abs. 1 bis 3, 43 Abs. 1 bzw. der Teilfreistellungen nach § 43 Abs. 3

10 I. Voraussetzung für Steuerbefreiung nach § 42 Abs. 1 bis 3 (Abs. 2 Satz 1)

Nach Abs. 2 Satz 1 ist die StBefreiung nach § 42 Abs. 1 bis 3 nur anzuwenden, wenn der Spezial-Investmentfonds den Fonds-Aktiengewinn ermittelt und bekannt macht oder wenn der Anleger den Fonds-Aktiengewinn nachweist. Durch diese Regelung sollen Steuergestaltungsmöglichkeiten beim Anleger vermieden werden (vgl. *Wenzel in Blümich*, § 48 InvStG 2018 Rz. 18 [7/2020]; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.48). Kommt der Spezial-Investmentfonds seinen Verpflichtun-

gen aus § 48 Abs. 1 in Bezug auf die jeweilige Größe nicht (vollumfänglich) nach, scheidet ein Ansatz der jeweiligen StBefreiung auf Anlegerebene grds. aus. Aufgrund der anlegerindividuellen Ermittlung der Fonds-Gewinne (vgl. Anm. 5) ist individuell je Anleger zu bestimmen, ob die maßgeblichen Voraussetzungen des Abs. 2 erfüllt sind (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.49).

Steuerbefreiung nach § 42 Abs. 1 bis 3: Siehe im Einzelnen § 42 Anm. 5 ff.

Spezial-Investmentfonds: Siehe zum Begriff § 26 Anm. 5.

Fonds-Aktiengewinn: Siehe zum Begriff Abs. 3 (Anm. 15).

Ermittlung und Bekanntmachung: Gemeint ist die Bekanntmachung gegenüber dem Anleger. Siehe zu den beiden Begriffen die Ausführungen in Anm. 5.

Nachweis durch Anleger: Das Gesetz enthält keine Hinweise, wie der (hilfsweise) Nachweis durch den Anleger zu erbringen ist. Nach Auffassung der FinVerw. erfordert dies, dass der Anleger zu jedem relevanten Bewertungsstichtag sowohl den maßgeblichen Nettoinventarwert der Spezial-Investmentanteile als auch die in die Fonds-Gewinne einzubeziehenden Größen (begünstigte Erträge, unrealisierte und realisierte Wertveränderungen) anlegerindividuell entsprechend des Entstehungszeitraums oder des Entstehungszeitpunkts darlegt (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.50). In der Praxis wird daher der Anlegernachweis ohne vorherige Ermittlung/Bekanntmachung des Fonds-Aktiengewinns durch den Spezial-Investmentfonds uE kaum gelingen. Gelingt dieser Nachweis nicht, sind die betreffenden steuerfreizustellenden Teilbeträge der ausgeschütteten oder ausschüttungsgleichen Erträge für den betreffenden Anleger im Rahmen der gesonderten und einheitlichen Feststellung der Besteuerungsgrundlagen gem. § 51 Abs. 1 jeweils mit einem Wert von 0,00 € festzustellen. Da diese Feststellung Bindungswirkung für die Anlegerbesteuerung entfaltet, kommt die betroffene StFreistellung auf Anlegerebene nicht zum Ansatz (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.51).

II. Voraussetzung für Steuerbefreiung nach § 43 Abs. 1 (Abs. 2 Satz 2) 11

Nach Abs. 2 Satz 2 ist die StBefreiung nach § 43 Abs. 1 nur anzuwenden, wenn der Spezial-Investmentfonds den Fonds-Abkommensgewinn ermittelt und bekannt macht oder wenn der Anleger den Fonds-Abkommensgewinn nachweist.

Steuerbefreiung nach § 43 Abs. 1: Siehe im Einzelnen § 43 Anm. 5.

Spezial-Investmentfonds: Siehe zum Begriff § 26 Anm. 5.

Fonds-Abkommensgewinn: Siehe zum Begriff Abs. 5 (Anm. 25).

Ermittlung und Bekanntmachung: Siehe Anm. 5

Nachweis durch Anleger: Siehe Anm. 10.

III. Voraussetzung für Teilfreistellung nach § 43 Abs. 3 (Abs. 2 Satz 3) 12

Nach Abs. 2 Satz 3 ist die Teilfreistellung nach § 43 Abs. 3 nur anzuwenden, wenn der Spezial-Investmentfonds die Fonds-Teilfreistellungsgewinne ermittelt und bekannt macht oder wenn der Anleger die Fonds-Teilfreistellungsgewinne nachweist.

Steuerbefreiung nach § 43 Abs. 3: Siehe im Einzelnen § 43 Anm. 15.

Spezial-Investmentfonds: Siehe zum Begriff § 26 Anm. 5.

Fonds-Teilfrestellungsgewinne: Siehe zum Begriff Abs. 6 (Anm. 30).

Ermittlung und Bekanntmachung: Siehe Anm. 5.

Nachweis durch Anleger: Siehe Anm. 10.

13–14 Einstweilen frei.

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Definition des Fonds-Aktiengewinns

I. Gesetzliche Definition des Fonds-Aktiengewinns (Abs. 3 Satz 1)

15 1. Überblick

Nach Abs. 3 Satz 1 ist der Fonds-Aktiengewinn der Teil des Werts eines Spezial-Investmentanteils, der auf folgende Erträge, die nicht ausgeschüttet wurden und nicht als ausgeschüttet gelten, sowie auf folgende Wertveränderungen entfällt: (i) Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, deren Leistungen beim Empfänger zu den Einnahmen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG gehören; (ii) Wertveränderungen von Anteilen an Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, deren Leistungen beim Empfänger zu den Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG gehören; (iii) Anleger-Aktiengewinne eines Dach-Spezial-Investmentfonds aus der Veräußerung eines Spezial-Investmentanteils an einem Ziel-Spezial-Investmentfonds und (iv) Anleger-Aktiengewinne eines Dach-Spezial-Investmentfonds aus dem Besitz eines Spezial-Investmentanteils an einem Ziel-Spezial-Investmentfonds, die bei der Bewertung des Dach-Spezial-Investmentfonds ermittelt werden.

Bestandteile des Fonds-Aktiengewinns sind somit (nur) die (vorstehend) enumerativ aufgelisteten Erträge, die der Spezial-Investmentfonds durch die Veräußerung der entsprechenden Vermögensgegenstände realisiert hat, sowie die unrealisierten Wertveränderungen von bestimmten Vermögensgegenständen, die weiterhin im Vermögen des Spezial-Investmentfonds gehalten werden. Bestandteile des Fonds-Aktiengewinns können dabei nur solche Erträge sein, die der Spezial-Investmentfonds noch nicht ausgeschüttet hat und die nicht (oder noch nicht) aufgrund der Fiktion in § 36 als ausgeschüttet gelten (vgl. BTDrucks. 18/8045, 118).

Durch das KöMoG v. 25.6.2021 (BGBl. I 2021, 2050) wurde § 2 Abs. 16 (s. § 2 Anm. 29) neu eingefügt. Danach gelten nunmehr Anteile an PersGes, die nach § 1a KStG zur Körperschaftsbesteuerung optiert haben, für Zwecke des § 48 nicht als Beteiligung an einer KapGes, sondern es sollen insoweit weiterhin die für PersGes geltenden Regelungen anzuwenden sein. Die Regelung gilt ab dem 1.1.2022 (§ 57 Abs. 6 Nr. 2).

16 2. Voraussetzungen für alle Elemente

Spezial-Investmentanteil: Siehe zur Definition § 2 Abs. 4 Satz 2 (§ 2 Anm. 8).

Teil des Werts, der auf folgende Erträge entfällt, die nicht ausgeschüttet wurden und nicht als ausgeschüttet gelten: Diese Alternative bezieht sich auf die vom Spezial-Investmentfonds realisierten Erträge nach Nr. 1, 3 und 4, sofern diese noch nicht ausgeschüttet wurden (§ 35) bzw. als ausgeschüttet gelten (§ 36). Bei

Ermittlung der einzubeziehenden Erträge sind nach Auffassung der FinVerw. die WK nach Maßgabe der §§ 39, 40 in Abzug zu bringen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.52 ff., mit einem Rechenbeispiel). Werden den Anlegern des Spezial-Investmentfonds ausgeschüttete oder ausschüttungsgleiche Erträge stl. zugerechnet und waren diese bisher Bestandteil der anlegerindividuellen Fonds-Gewinne, so sind diese nach Auffassung der FinVerw. zur Vermeidung einer doppelten Begünstigung aus den Fonds-Gewinnen auszuscheiden. Bei ausgeschütteten Erträgen iSd. § 35 Abs. 1 soll die Abrechnung in dem Zeitpunkt erfolgen, in dem der Rücknahmepreis um die Ausschüttungsbeträge gemindert wird (idR Zeitpunkt des Ausschüttungsbeschlusses). Bei ausschüttungsgleichen Erträgen soll auf den Zurechnungszeitpunkt nach § 36 Abs. 4 Satz 2 abgestellt werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.55 f., mit einem Rechenbeispiel). Steht zum Ablauf des Geschäftsjahres bereits fest, dass es nicht zu einer Schlussauszahlung kommen wird (zB bei einem nach den Anlagenbedingungen thesaurierenden Spezial-Investmentfonds), hat der Spezial-Investmentfonds nach Auffassung der FinVerw. bereits am ersten Tag des folgenden Geschäftsjahres die ausschüttungsgleichen Erträge bei Ermittlung der Fonds-Gewinne abzurechnen. Gleiches soll gelten, wenn der Spezial-Investmentfonds nicht binnen vier Monaten nach Ablauf des Geschäftsjahres eine Ausschüttung vornimmt. Umfasst eine binnen vier Monaten nach Ablauf des Geschäftsjahres vorgenommene Schlussauszahlung nicht sämtliche ausschüttungsgleichen Erträge, habe der Spezial-Investmentfonds die ermittelten und bekanntgemachten „Fonds-Gewinne“ zum Zeitpunkt der Zuflussfiktion nach § 36 Abs. 4 Satz 4 oder 5 zu mindern. Weiterhin seien die „Fonds-Gewinne“ im Zeitpunkt der Veräußerung des Spezial-Investmentanteils um die ausschüttungsgleichen Erträge nach § 36 Abs. 4 Satz 3 zu bereinigen. Zur Vermeidung einer „doppelten Begünstigung“ (Begünstigung der zuzurechnenden ausschüttungsgleichen Erträge sowie des Veräußerungsgewinns sei diese Bereinigung – uE fragwürdig – auch vor dem Anwendungsbereich des § 36 Abs. 4 Satz 3, also im Zeitraum vom 1.1.2018 bis 31.12.2019 vorzunehmen; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.57 f.). Eine Korrektur der Fonds-Gewinne um die ausschüttungsgleichen Erträge sei ferner vorzunehmen, wenn ein Anleger seine Anteile nach Ablauf des Geschäftsjahres und vor der (Schluss-)Ausschüttung veräußert. In diesen Fällen gälten die ausschüttungsgleichen Erträge nach § 36 Abs. 1 Satz 2 mit Ablauf des Geschäftsjahres als zugeflossen. Die „Fonds-Gewinne“ seien bis zum auf die Zuflussfiktion nach § 36 Abs. 1 Satz 2 folgenden Bewertungsstichtag zu korrigieren (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.59).

Teil des Werts, der auf folgende Wertveränderungen entfällt: Diese Alternative bezieht sich auf die vom Spezial-Investmentfonds noch nicht durch Veräußerung realisierten Wertsteigerungen in bestimmten Vermögensgegenständen nach Nr. 2 bis 4.

3. Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, deren Leistungen beim Empfänger zu den Einnahmen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG gehören (Abs. 3 Satz 1 Nr. 1)

17

Gewinne: Zum Gewinnbegriff s. § 2 Abs. 14 (§ 2 Anm. 25). Dazu zählen nach der gesetzlichen Definition auch Verluste. Nach der Gesetzesbegründung soll der Gewinn als Nettobetrag nach Abzug der auf Ebene des Spezial-Investmentfonds angefallenen (anteiligen) WK zu ermitteln sein (BTDrucks. 18/8045, 118). Der Ge-

setzgeber will sich damit für die sog. stl. Nettomethode, nach der nur die WK iSv. § 39 abgezogen werden können (im Gegensatz zur investmentrechtlichen Nettomethode, nach der sämtliche Kosten zu berücksichtigen sind), entschieden haben (vgl. zu dieser seit Jahren geführten Kontroverse *Hartmann in Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, § 8 Rz. 32 ff.). Aus dem Gesetzeswortlaut geht dies uE jedoch nicht eindeutig hervor.

Aus der Veräußerung: Zum Begriff der Veräußerung s. § 2 Abs. 13 (§ 2 Anm. 24). Gemeint sind (nur) Veräußerungsgewinne. Es war eine bewusste gesetzgeberische Entsch. (BTDrucks. 18/8045, 118), Dividenden und andere Gewinnausschüttungen nicht in den Fonds-Aktiengewinn einzubeziehen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.61), und zwar mit der uE fragwürdigen Begr., dass ein Spezial-Investmentfonds grds. nur Streubesitz-Dividenden erzielen darf und Streubesitz-Dividenden bei Körperschaften, die die typischen Anleger von Spezial-Investmentfonds seien, der KStPflicht unterliegen. Dass durchaus im Rahmen von § 26 Nr. 6 auch stfrei zu stellende Schachteldividenden anfallen und/oder betriebliche Anleger vorhanden sein können, bei denen die Dividenden nach § 3 Nr. 40 EStG begünstigt wären, wurde bewusst dem Ziel der Vermeidung „zusätzlichen Ermittlungsaufwands“ geopfert (vgl. BTDrucks. 18/8045, 118).

Anteile an Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, deren Leistungen beim Empfänger zu den Einnahmen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG gehören: Der auf den ersten Blick weite Kreis von Anteilen wird durch den Verweis auf die Vermittlung von Einnahmen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG (deutlich) eingeschränkt, so dass im Erg. (nur) Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an KapGes. und vergleichbaren Körperschaften (s. im Einzelnen § 20 EStG Anm. 50 ff.), also insbes. von Aktien und GmbH-Anteilen erfasst werden. Nach Auffassung der FinVerw. sind Gewinne aus der mittelbaren Anlage in begünstigte Gesellschaften über PersGes. (Mitunternehmerschaften oder vermögensverwaltende PersGes.) dem Spezial-Investmentfonds für Zwecke des Fonds-Aktiengewinns anteilig zuzurechnen. Dementsprechend seien die auf Ebene der PersGes. realisierten Gewinne und unrealisierten Wertveränderungen aus begünstigten Beteiligungen anteilig in die Ermittlung des Fonds-Aktiengewinns einzubeziehen. Dies setze jedoch voraus, dass die PersGes. die maßgeblichen Werte dem Spezial-Investmentfonds laufend übermittelt (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.62). Nicht von Nr. 1 erfasst sind Gewinne aus der Veräußerung von Zielfondsanteilen, da diese nach dem neuen Recht keine Einnahmen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG mehr vermitteln (s. aber zu Nr. 3).

18 **4. Wertveränderungen von Anteilen an Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, deren Leistungen beim Empfänger zu den Einnahmen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG gehören (Abs. 3 Satz 1 Nr. 2)**

Wertveränderungen: Gemeint sind (noch) nicht durch Veräußerung realisierte (dh. unrealisierte) Wertsteigerungen und Wertminderungen. Nach der Gesetzesbegründung sollen auch insoweit die auf Ebene des Spezial-Investmentfonds angefallenen (anteiligen) WK abzuziehen sein (BTDrucks. 18/8045, 118).

Anteile an Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, deren Leistungen beim Empfänger zu den Einnahmen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG gehören: Siehe Anm. 17.

5. Anleger-Aktiengewinne eines Dach-Spezial-Investmentfonds aus der Veräußerung eines Spezial-Investmentanteils an einem Ziel-Spezial-Investmentfonds (Abs. 3 Satz 1 Nr. 3)

19

Durch die Regelung in Nr. 3 soll erreicht werden, dass in den Fonds-Aktiengewinn auch solche (Veräußerungs-)Erträge einzubeziehen sind, die sich aus mehrstufigen Fonds-Strukturen ergeben. Zu diesem Zweck wird ein Dach-Spezial-Investmentfonds wie ein Anleger behandelt, wenn er Anteile an einem Ziel-Spezial-Investmentfonds hält. Veräußert ein Dach-Spezial-Investmentfonds die Anteile an einem Ziel-Spezial-Investmentfonds, sind die im Veräußerungsgewinn oder -verlust enthaltenen besitzzeitanteiligen Aktiengewinne über Nr. 3 zu erfassen (vgl. BTDrucks. 18/8045, 118). Zu diesem Zweck hat nach Auffassung der FinVerw. der Ziel-Spezial-Investmentfonds bei jeder Bewertung den Fonds-Aktiengewinn zu ermitteln und den Anlegern (einschließlich des Dach-Spezial-Investmentfonds) bekanntzumachen. Der Dach-Spezial-Investmentfonds hat dann auf seiner Ebene bei Ermittlung seines Fonds-Aktiengewinns den für ihn ermittelten und bekanntgemachten anlegerindividuellen Fonds-Aktiengewinn zu berücksichtigen. Sofern jedoch ein davon abweichender Fonds-Aktiengewinn im Rahmen des Verfahrens nach § 51 festgestellt werde, sei dieser maßgebend, dh., der Dach-Spezial-Investmentfonds habe eine Korrektur vorzunehmen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.63).

Dach-Spezial-Investmentfonds: Siehe zur Definition § 2 Abs. 5 Satz 2 (§ 2 Anm. 10).

Anleger-Aktiengewinn: Siehe zur Definition § 49 Abs. 2 Satz 1 (§ 49 Anm. 10). Nach der Gesetzesbegründung sollen auch insoweit die auf Ebene des Spezial-Investmentfonds angefallenen (anteiligen) WK abzuziehen sein (BTDrucks. 18/8045, 118).

Veräußerung: Zum Begriff s. § 2 Abs. 13 (§ 2 Anm. 24).

Spezial-Investmentanteil an einem Ziel-Spezial-Investmentfonds: Gemeint ist die Veräußerung des vom Dach-Spezial-Investmentfonds gehaltenen Anteils, vgl. § 2 Abs. 5 Satz 2 (§ 2 Anm. 10).

6. Anleger-Aktiengewinne eines Dach-Spezial-Investmentfonds aus dem Besitz eines Spezial-Investmentanteils an einem Ziel-Spezial-Investmentfonds, die bei der Bewertung des Dach-Spezial-Investmentfonds ermittelt werden (Abs. 3 Satz 1 Nr. 4)

19a

Durch die Regelung in Nr. 4 soll erreicht werden, dass in den Fonds-Aktiengewinn auch solche Wertveränderungen einzubeziehen sind, die sich aus mehrstufigen Fonds-Strukturen ergeben. Hält ein Dach-Spezial-Investmentfonds Anteile an einem Ziel-Spezial-Investmentfonds, sollen die Wertveränderungen aus Aktiengewinn-relevanten Vermögensgegenständen auf Ebene des Ziel-Spezial-Investmentfonds von Nr. 4 erfasst werden (vgl. BTDrucks. 18/8045, 118).

Dach-Spezial-Investmentfonds: Siehe zur Definition § 2 Abs. 5 Satz 2 (§ 2 Anm. 10).

Anleger-Aktiengewinne: Siehe zur Definition § 49 Abs. 2 Satz 1 (§ 49 Anm. 10). Nach der Gesetzesbegründung sollen auch insoweit die auf Ebene des Spezial-Investmentfonds angefallenen (anteiligen) WK abzuziehen sein (BTDrucks. 18/8045, 118).

Bei Bewertung des Dach-Spezial-Investmentfonds ermittelt: Gemeint ist, dass die im Ziel-Spezial-Investmentanteil enthaltenen unrealisierten Wertveränderungen auf Ebene des Dach-Spezial-Investmentfonds immer dann zu berücksichtigen sein sollen, wenn dieser sein Vermögen bewertet (BTDrucks. 18/8045, 118).

Besitz: Der uE eher unglücklich gewählte Begriff „Besitz“ ist (wohl) als Gegenbegriff zu Veräußerung im Sinne eines Haltens der Ziel-Spezial-Investmentanteile zu verstehen.

Spezial-Investmentanteil an einem Ziel-Spezial-Investmentfonds: Gemeint ist der vom Dach-Spezial-Investmentfonds gehaltene Anteil, vgl. § 2 Abs. 5 Satz 2 (§ 2 Anm. 10).

19b II. Verhältnis zum Fonds-Abkommensgewinn (Abs. 3 Satz 2)

Nach Abs. 3 Satz 2 gilt die Definition des Fonds-Aktiengewinns in Satz 1 nur für Bestandteile, die nicht bereits von der Definition des Fonds-Abkommensgewinns in Abs. 5 erfasst werden.

Bestandteile des Fonds-Aktiengewinns, die nicht bereits von Abs. 5 erfasst werden: Gemeint sind (un-)realisierte Wertveränderungen von Anteilen an Körperschaften, die sowohl unter den Begriff des Fonds-Aktiengewinns als auch unter den des Fonds-Abkommensgewinns iSv. Abs. 5 (s. Anm. 25) fallen. Der Finanzausschuss des BTag, durch den diese Regelung nachträglich eingefügt wurde, hatte den Fall vor Augen, dass ein deutsches DBA (analog Art. 13 Abs. 4 OECD-MA) das Besteuerungsrecht für den Gewinn aus der Veräußerung von Anteilen an Gesellschaften, deren Wert zu mehr als 50 % unmittelbar oder mittelbar auf in einem ausländ. Staat belegenen unbeweglichen Vermögen beruht, dem ausländ. Staat zuweist und Deutschland diesen Gewinn freistellt (vgl. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.66). Satz 2 soll sicherstellen, dass diese Wertveränderungen nur einmal, und zwar ausschließlich bei Ermittlung des Fonds-Abkommensgewinns, berücksichtigt werden können (BTDrucks. 18/8739, 102f.). Greift hingegen (wie in der deutschen Verhandlungsgrundlage für DBA [Stand 22.8.2013] in Art. 22 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b vorgesehen) die Anrechnungsmethode, fallen diese (un-)realisierten Wertveränderungen weiterhin unter den Fonds-Aktiengewinn.

20 E. Erläuterungen zu Abs. 4: Zusätzliche Regelungen zur Ermittlung des Fonds-Aktiengewinns

Ertragsbestandteile ohne steuerliche Vorbelastung: Nach Abs. 4 Satz 1 sind Gewinne aus der Veräußerung sowie Wertveränderungen von Anteilen an Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen nicht in den Fonds-Aktiengewinn einzubeziehen, wenn die Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse (i) keiner Ertragsbesteuerung unterliegt, (ii) von der Ertragsbesteuerung persönlich befreit ist oder (iii) sachlich insoweit von der Ertragsbesteuerung befreit ist, wie sie eine Ausschüttung vornimmt. Hinter dieser Ausschlussregelung steht die Erwägung, dass die Anwendung der Steuerbegünstigungsregelungen nach § 3 Nr. 40 EStG bzw. § 8b KStG im Rahmen von § 42 oder § 49 nicht sachgerecht sei, wenn es an einer stl. Vorbelastung fehle. Der Zweck dieser Regelungen sei es nämlich, stl. Mehrfachbelastungen zu vermeiden oder abzumildern (vgl. BTDrucks. 18/8045, 119; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.60).

Gewinne aus der Veräußerung/Wertveränderungen: Siehe Anm. 15.

Anteile an Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen: Aus dem Zusammenspiel mit Abs. 3 ergibt sich, dass (nur) solche gemeint sind,

deren Leistungen beim Empfänger zu den Einnahmen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG gehören (s. Anm. 15).

Nicht in den Fonds-Aktiengewinn einzubeziehen: Gemeint ist, dass diese Bestandteile von vornherein nicht bei der Ermittlung des Fonds-Aktiengewinns berücksichtigt oder aus diesem herausgerechnet werden müssen.

Die Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse: Gemeint ist die Körperschaft, in die der Spezial-Investmentfonds investiert.

Keiner Ertragsbesteuerung unterliegt: Nach der Gesetzesbegründung sind damit Erträge aus Körperschaften etc. gemeint, die in ihrem Ansässigkeitsstaat generell keiner Ertragsbesteuerung (gemeint ist eine Besteuerung, die der KSt vergleichbar ist) unterliegen (vgl. BTDrucks. 18/8045, 119; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.64). Nach Auffassung der FinVerw. sei dabei eine etwaige stl. Belastung in anderen Staaten (zB durch den Quellen- oder Belegenheitsstaat bei beschränkter StPflcht) nicht ausreichend BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.65).

Von der Ertragsbesteuerung persönlich befreit: Nach der Gesetzesbegründung sind damit Fälle gemeint, bei denen besondere Besteuerungsregelungen für den betreffenden Körperschaftstyp eine StBefreiung vorsehen, zB § 16 REIT-G (vgl. BTDrucks. 18/8045, 119; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.65). Eine sachliche StBefreiung einzelner Einkünfte oder Einkunftsteile (und zwar uE selbst dann, wenn dies faktisch zu einer Ertragsteuerbelastung von null führt) sollte dagegen uE nicht schädlich sein.

Sachlich insoweit von der Ertragsbesteuerung befreit, wie sie eine Ausschüttung vornimmt: Nach der Gesetzesbegründung zielt diese Regelung im Wesentlichen auf ausländ. REIT-Gesellschaften ab, die zwar grds. stpfl. sind, aber eine Besteuerung durch die Einhaltung bestimmter Ausschüttungsvorgaben vermeiden können (vgl. BTDrucks. 18/8045, 119; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.65).

Sonderregelung für Verluste aus Finanzderivaten: Nach Abs. 4 Satz 2 mindern Verluste aus Finanzderivaten (nur) den Fonds-Aktiengewinn, wenn der Spezial-Investmentfonds im Rahmen einer konzeptionellen Gestaltung Verluste aus Finanzderivaten und in gleicher oder ähnlicher Höhe Wertveränderungen nach Abs. 3 Nr. 2 herbeigeführt hat. Nach der Gesetzesbegründung soll diese Regelung Gestaltungsmodelle, bei denen Verluste aus Finanzderivaten im Rahmen von sog. Kopplungsgeschäften (vgl. § 39 Anm. 15; BTDrucks. 18/8045, 110; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.67) gezielt herbeigeführt werden, stl. unattraktiv machen, indem diese Verluste zukünftig nur noch bei der Ermittlung des Fonds-Aktiengewinns (und damit im Erg. nur noch beschränkt) steuermindernd berücksichtigt werden können/müssen (vgl. BTDrucks. 18/8045, 119). Die Norm führt die in § 39 Abs. 3 enthaltene parallele Regelung zu den Direktkosten (s. § 39 Anm. 15) im Rahmen des Fonds-Aktiengewinns fort.

Verluste aus Finanzderivaten: Siehe § 39 Anm. 15.

Herbeiführen im Rahmen einer konzeptionellen Gestaltung: Siehe § 39 Anm. 15.

Wertveränderungen nach Abs. 3 Nr. 2: Siehe Anm. 15. Werden dagegen Gewinne nach Abs. 3 Nr. 1 erzielt, greift uE vorrangig § 39 Abs. 3.

Gleiche oder ähnliche Höhe: Siehe § 39 Anm. 15.

Rechtsfolge: Die Verluste mindern (nur) den Fonds-Aktiengewinn, stehen also nicht zur Verfügung, andere (voll stpfl.) Einkünfte zu mindern.

Einstweilen frei.

21–24

25 F. Erläuterungen zu Abs. 5: Definition des Fonds-Abkommensgewinns

Fonds-Abkommensgewinn: Nach Abs. 5 Satz 1 ist er der Teil des Werts eines Spezial-Investmentanteils, der auf folgende Erträge, die nicht ausgeschüttet wurden und nicht als ausgeschüttet gelten, sowie auf folgende Wertveränderungen entfällt: (i) Erträge, die aufgrund eines DBA nach § 43 Abs. 1 von der Besteuerung freizustellen sind, (ii) Wertveränderungen von Vermögensgegenständen, auf die bei einer Veräußerung § 43 Abs. 1 anwendbar wäre, (iii) Anleger-Abkommensgewinne eines Dach-Spezial-Investmentfonds aus der Veräußerung eines Spezial-Investmentanteils an einem Ziel-Spezial-Investmentfonds und (iv) Anleger-Abkommensgewinne eines Dach-Spezial-Investmentfonds aus dem Besitz eines Spezial-Investmentanteils an einem Ziel-Spezial-Investmentfonds, die bei der Bewertung des Dach-Spezial-Investmentfonds ermittelt werden. Die Systematik entspricht im Wesentlichen der Systematik bei der Ermittlung des Fonds-Aktiengewinns (s. Anm. 15).

Spezial-Investmentanteil: Siehe zur Definition § 2 Abs. 4 Satz 2 (§ 2 Anm. 8).

Teil des Werts, der auf folgende Erträge entfällt, die nicht ausgeschüttet wurden und nicht als ausgeschüttet gelten: Diese Alternative bezieht sich auf die vom Spezial-Investmentfonds realisierten Erträge nach Nr. 1, 3 und 4, sofern diese noch nicht ausgeschüttet wurden (§ 35) bzw. als ausgeschüttet gelten (§ 36).

Teil des Werts, der auf folgende Wertveränderungen entfällt: Diese Alternative bezieht sich auf die vom Spezial-Investmentfonds noch nicht durch Veräußerung realisierten Wertsteigerungen in bestimmten Vermögensgegenständen nach Nr. 2 bis 4.

Erträge, die aufgrund eines DBA nach § 43 Abs. 1 von der Besteuerung freizustellen sind (Abs. 5 Nr. 1):

- ▶ *Erträge:* Sie dazu die parallelen Ausführungen in Anm. 10.
- ▶ *Aufgrund eines DBA nach § 43 Abs. 1 von der Besteuerung freizustellen:* Auf die Kommentierung zu § 43 Abs. 1 (§ 43 Anm. 5) wird verwiesen; uE gelten auch hier sowohl die Ausnahme des § 43 Abs. 1 Satz 2 als auch die Gegenausnahme des § 43 Abs. 1 Satz 3. Nach Auffassung der FinVerw. umfassen die Erträge in sachlicher Hinsicht neben Gewinnen aus der Veräußerung nach § 43 Abs. 1 begünstigter Vermögensgegenstände (wie etwa in einem ausländ. Staat belegene Grundstücke, sofern das anzuwendende DBA die Freistellung in der Bundesrepublik Deutschland vorsieht) auch laufende Erträge (wie etwa Mieterträge aus in einem DBA-Freistellungsstaat belegenen unbeweglichen Vermögen). Etwaige abkommensrechtl. (zB *Subject-to-Tax*-Klauseln und *limitation-on-benefits*-Klauseln) und nationale (vgl. etwa § 50d Abs. 9 EStG) Beschränkungen der Freistellung seien diesbezüglich in die Prüfung einzubeziehen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.69).

Wertveränderungen von Vermögensgegenständen, auf die bei einer Veräußerung § 43 Abs. 1 anwendbar wäre (Abs. 5 Nr. 2):

- ▶ *Wertveränderungen:* Gemeint sind (noch) nicht durch Veräußerung realisierte (dh. unrealisierte) Wertsteigerungen und Wertminderungen. Nach der Gesetzesbegründung sollen auch insoweit die auf Ebene des Spezial-Investmentfonds angefallenen (anteiligen) WK abzuziehen sein (BTDrucks. 18/8045, 119).
- ▶ *Vermögensgegenstände, auf die bei einer Veräußerung § 43 Abs. 1 anwendbar wäre:* Auf die Kommentierung zu § 43 Abs. 1 (§ 43 Anm. 5) wird verwiesen. Erfasst sind uE insbes. unbewegliches Vermögen (vgl. Art. 6 OECD-MA) sowie Beteiligungen an Immobiliengesellschaften (vgl. Art. 13 Abs. 4 OECD-MA).

Anleger-Abkommensgewinne eines Dach-Spezial-Investmentfonds aus der Veräußerung eines Spezial-Investmentanteils an einem Ziel-Spezial-Investmentfonds (Abs. 5 Nr. 3): Durch die Regelung in Nr. 3 soll erreicht werden, dass in den Fonds-Abkommensgewinn auch solche (Veräußerungs-)Erträge einzubeziehen sind, die sich aus mehrstufigen Fonds-Strukturen ergeben. Zu diesem Zweck wird ein Dach-Spezial-Investmentfonds wie ein Anleger behandelt, wenn er Anteile an einem Ziel-Spezial-Investmentfonds hält. Veräußert ein Dach-Spezial-Investmentfonds die Anteile an einem Ziel-Spezial-Investmentfonds, sind die im Veräußerungsgewinn oder -verlust enthaltenen besitzzeitanteiligen Abkommensgewinne über Nr. 3 zu erfassen. Zu diesem Zweck hat nach Auffassung der Fin-Verw. der Ziel-Spezial-Investmentfonds bei jeder Bewertung den Fonds-Abkommensgewinn zu ermitteln und den Anlegern (einschließlich des Dach-Spezial-Investmentfonds) bekanntzumachen. Der Dach-Spezial-Investmentfonds hat dann auf seiner Ebene bei Ermittlung seines Fonds-Abkommensgewinns den für ihn ermittelten und bekanntgemachten anlegerindividuellen Fonds-Abkommensgewinn zu berücksichtigen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.69 iVm. 48.63).

- ▶ *Dach-Spezial-Investmentfonds:* Siehe zur Definition § 2 Abs. 5 Satz 2 (§ 2 Anm. 10).
- ▶ *Anleger-Abkommensgewinn:* Siehe zur Definition § 49 Abs. 2 Satz 2 iVm. Satz 1 (§ 49 Anm. 10). Nach der Gesetzesbegründung sollen auch insoweit die auf Ebene des Spezial-Investmentfonds angefallenen (anteiligen) WK abzuziehen sein (BTDrucks. 18/8045, 119).
- ▶ *Veräußerung:* Zum Begriff der Veräußerung s. § 2 Abs. 13 (§ 2 Anm. 24).
- ▶ *Spezial-Investmentanteil an einem Ziel-Spezial-Investmentfonds:* Gemeint ist die Veräußerung des vom Dach-Spezial-Investmentfonds gehaltenen Anteils, vgl. § 2 Abs. 5 Satz 2 (§ 2 Anm. 10).

Anleger-Abkommensgewinne eines Dach-Spezial-Investmentfonds aus dem Besitz eines Spezial-Investmentanteils an einem Ziel-Spezial-Investmentfonds, die bei der Bewertung des Dach-Spezial-Investmentfonds ermittelt werden (Abs. 5 Nr. 4): Durch die Regelung in Nr. 4 soll erreicht werden, dass in den Fonds-Abkommensgewinn auch solche Wertveränderungen einzubeziehen sind, die sich aus mehrstufigen Fonds-Strukturen ergeben. Hält ein Dach-Spezial-Investmentfonds die Anteile an einem Ziel-Spezial-Investmentfonds, sollen die Wertveränderungen aus Abkommensgewinn-relevanten Vermögensgegenständen auf Ebene des Ziel-Spezial-Investmentfonds von Nr. 4 erfasst werden.

- ▶ *Dach-Spezial-Investmentfonds:* Siehe zur Definition § 2 Abs. 5 Satz 2 (§ 2 Anm. 10).
- ▶ *Anleger-Abkommensgewinne:* Siehe zur Definition § 49 Abs. 2 Satz 2 iVm. Satz 1 (§ 49 Anm. 10). Nach der Gesetzesbegründung sollen auch insoweit die auf Ebene des Spezial-Investmentfonds angefallenen (anteiligen) WK abzuziehen sein.
- ▶ *Bei Bewertung des Dach-Spezial-Investmentfonds ermittelt:* Gemeint ist, dass die im Ziel-Spezial-Investmentanteil enthaltenen unrealisierten Wertveränderungen auf Ebene des Dach-Spezial-Investmentfonds immer dann zu berücksichtigen sein sollen, wenn dieser sein Vermögen bewertet (BTDrucks. 18/8045, 118).
- ▶ *Besitz:* Der uE eher unglücklich gewählte Begriff „Besitz“ ist (wohl) als Gegenbegriff zu Veräußerung im Sinne eines Haltens der Ziel-Spezial-Investmentanteile zu verstehen.

- ▶ *Spezial-Investmentanteil an einem Ziel-Spezial-Investmentfonds*: Gemeint ist der vom Dach-Spezial-Investmentfonds gehaltene Anteil, vgl. § 2 Abs. 5 Satz 2 (§ 2 Anm. 10).

26–29 Einstweilen frei

30 G. Erläuterungen zu Abs. 6: Definition des Fonds-Teilfrestellungsgewinns

Getrennte Ermittlung der Teilfrestellungsgewinne (Abs. 6 Satz 1): Nach Abs. 6 Satz 1 ist der Fonds-Teilfrestellungsgewinn jeweils getrennt für die in § 20 Abs. 1 genannten Arten von Anlegern zu ermitteln. Hintergrund der erst durch ein Petition des BRat eingeführten Regelung ist, dass sich nach § 20 für unterschiedliche Arten von Anlegern unterschiedliche Teilfrestellungssätze ergeben, je nachdem ob eine natürliche Person die Anteile im PV oder BV hält oder ob eine Körperschaft Anleger ist (s. die Übersicht in BTDrucks. 18/8739, 103; s. auch § 20 Anm. 1; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.72). Diese Differenzierung des Umfangs der Teilfrestellung soll nach der Gesetzesbegründung auch bei mittelbarer Anlage über einen Spezial-Investmentfonds Berücksichtigung finden (vgl. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.74). Abs. 6 Satz 1 ordnet daher die getrennte Ermittlung von Fonds-Teilfrestellungsgewinnen an, konkret (auch wenn sich dies nicht unmittelbar aus dem Wortlaut ergibt) die separate Ermittlung des Fonds-Teilfrestellungsgewinns (PV), des Fonds-Teilfrestellungsgewinns (BV) sowie des Fonds-Teilfrestellungsgewinns (KStG). Nach Auffassung der FinVerw. hat der Spezial-Investmentfonds vor diesem Hintergrund den Fonds-Teilfrestellungsgewinn anlegerindividuell als Nettogröße zu ermitteln und den betroffenen Anlegern bekannt zu machen. Ist dem Spezial-Investmentfonds nicht bekannt, ob zum Anlegerkreis rechnende Personen iSd. § 20 Abs. 1 Satz 4 auch die weiteren Zuordnungsvoraussetzungen dieser Norm erfüllen, will es die FinVerw. nicht beanstanden, wenn der Spezial-Investmentfonds diesen sowohl den Fonds-Teilfrestellungsgewinn unter Beachtung des Freistellungsgrads nach § 20 Abs. 1 Satz 1 iVm. Satz 4 als auch denjenigen unter Berücksichtigung der Freistellungsquote nach § 20 Abs. 1 Satz 3 bekannt macht. Ist der Anleger ein Dach-Spezial-Investmentfonds, so habe der Ziel-Spezial-Investmentfonds für diesen alle drei Fonds-Teilfrestellungsgewinne zu ermitteln und ihm bekanntzumachen. Entsprechendes gelte für PersGes. als Anleger, da die betreffenden Fonds-Teilfrestellungsgewinne für deren Gesellschafter (= mittelbare Anleger des Spezial-Investmentfonds) wirkten (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.74 f.). Siehe ausführl. dazu mit Berechnungsbeispielen BTDrucks. 18/8739, 103 ff.; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.76.

Fonds-Teilfrestellungsgewinn (Abs. 6 Satz 2): Nach Abs. 6 Satz 2 ist der Fonds-Teilfrestellungsgewinn der Teil des Werts eines Spezial-Investmentanteils, der auf folgende Erträge, die nicht ausgeschüttet wurden und nicht als ausgeschüttet gelten, sowie auf folgende Wertveränderungen entfällt: (i) Erträge aus einem Investmentanteil, soweit diese nach § 20 von der Besteuerung freizustellen sind, (ii) Wertveränderungen von Investmentanteilen, soweit auf diese bei einer Veräußerung § 20 anwendbar wäre, (iii) Anleger-Teilfrestellungsgewinne eines Dach-Spezial-Investmentfonds aus der Veräußerung eines Spezial-Investmentanteils an einem Ziel-Spezial-Investmentfonds und (iv) Anleger-Teilfrestellungsgewinne eines Dach-Spezial-Investmentfonds aus dem Besitz eines Spezial-Investmentanteils an

einem Ziel-Spezial-Investmentfonds, die bei der Bewertung des Dach-Spezial-Investmentfonds ermittelt werden. Erfasst sind damit diejenigen Ertrags- und Wertveränderungsbestandteile, die unmittelbar oder mittelbar aus Aktien-, Misch- und Immobilienfonds stammen (BTDrucks. 18/8045/119). Die Systematik entspricht im Wesentlichen der Systematik bei der Ermittlung des Fonds-Aktiengewinns (s. Anm. 15).

Spezial-Investmentanteil: Siehe zur Definition § 2 Abs. 4 Satz 2 (§ 2 Anm. 8).

Teil des Werts, der auf folgende Erträge entfällt, die nicht ausgeschüttet wurden und nicht als ausgeschüttet gelten: Diese Alternative bezieht sich auf die vom Spezial-Investmentfonds realisierten Erträge nach Nr. 1, 3 und 4, sofern diese noch nicht ausgeschüttet wurden (§ 35) bzw. als ausgeschüttet gelten (§ 36).

Teil des Werts, der auf folgende Wertveränderungen entfällt: Diese Alternative bezieht sich auf die vom Spezial-Investmentfonds noch nicht durch Veräußerung realisierten Wertsteigerungen in bestimmten Vermögensgegenständen nach Nr. 2 bis 4.

Erträge aus einem Investmentanteil, soweit diese nach § 20 von der Besteuerung freizustellen sind (Abs. 6 Nr. 1):

- ▶ *Erträge aus einem Investmentanteil:* Gemeint sind uE die nach §§ 37 bis 41 ermittelten Einkünfte des Spezial-Investmentfonds aus einem anderen Investmentfonds. Nach uE zutreffender Auffassung der FinVerw. gehören dazu auch die Vorabpauschalen nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 iVm. § 18, dh. die Vorabpauschalen sind grds. in den Fonds-Teilfreistellungsgewinn einzubeziehen (s. dazu ausführl. mit einem Berechnungsbeispiel (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.77 ff.). Die FinVerw. will es aber aus Vereinfachungsgründen nicht beanstanden, wenn die Vorabpauschale generell nicht in den Fonds-Teilfreistellungsgewinn einbezogen wird (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.77).
- ▶ *Soweit diese nach § 20 von der Besteuerung freizustellen sind:* Siehe § 20 Anm. 1 ff. sowie das Berechnungsbeispiel in BTDrucks. 18/8739, 103 ff.

Wertveränderungen von Investmentanteilen, soweit auf diese bei einer Veräußerung § 20 anwendbar wäre (Abs. 6 Nr. 2):

- ▶ *Wertveränderungen von Investmentanteilen:* Gemeint sind (noch) nicht realisierte Wertsteigerungen und Wertminderungen in den vom Spezial-Investmentfonds gehaltenen Anteilen an (Ziel-)Investmentfonds.
- ▶ *Soweit auf diese bei einer Veräußerung § 20 anwendbar wäre:* Siehe § 20 Anm. 1 ff. sowie das Berechnungsbeispiel in BTDrucks. 18/8739, 103 ff.

Anleger-Teilfreistellungsgewinne eines Dach-Spezial-Investmentfonds aus der Veräußerung eines Spezial-Investmentanteils an einem Ziel-Spezial-Investmentfonds (Abs. 6 Nr. 3): Gemeint ist uE der Fall, in dem der Spezial-Investmentfonds Anteile an einem anderen Spezial-Investmentfonds (= Dach-Spezial-Investmentfonds) hält, der seinerseits in von § 20 begünstigte Ziel-Spezial-Investmentfonds investiert (vgl. das Berechnungsbeispiel in BTDrucks. 18/8739, 103 ff.). Die mittelbare Anlage über Ziel-Spezial-Investmentfonds in begünstigte Investmentfonds kann dabei auch mittels einer drei- oder mehrstufigen Fondsstruktur geschehen (so ausdrücklich BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.71). Nach Auffassung der FinVerw. setzt eine Einbeziehung von Investorerträgen und Wertveränderungen in den auf Ebene des Dach-Spezial-Investmentfonds zu ermittelnden Fonds-Teilfreistellungsgewinn voraus, dass der betreffende Ziel-Investmentfonds die Voraussetzungen an einen Aktienfonds nach § 2 Abs. 6, einen Mischfonds

nach § 2 Abs. 7 oder einen Immobilienfonds nach § 2 Abs. 9 iVm. § 20 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 oder 2 anhand seiner Anlagebedingungen und des Anlageverhaltens erfüllt. Erfüllt der Ziel-Investmentfonds dies nicht, komme eine Einbeziehung in den Fonds-Teilfrestellungsgewinn nicht in Betracht. Insbesondere bestehe keine Möglichkeit zum individuellen Nachweis nach § 20 Abs. 4, da diese Regelung nur im Veranlagungsverfahren eines unmittelbaren Anlegers eines Investmentfonds anwendbar sei (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.70).

- ▶ *Dach-Spezial-Investmentfonds*: Siehe zur Definition § 2 Abs. 5 Satz 2 (§ 2 Anm. 10).
- ▶ *Anleger-Teilfrestellungsgewinne*: Siehe zur Definition § 49 Abs. 2 Satz 2 iVm. Satz 1 (§ 49 Anm. 10).
- ▶ *Veräußerung*: Zum Begriff s. § 2 Abs. 13 (§ 2 Anm. 24).
- ▶ *Spezial-Investmentanteil an einem Ziel-Spezial-Investmentfonds*: Gemeint ist die Veräußerung des vom Dach-Spezial-Investmentfonds gehaltenen Anteils, vgl. § 2 Abs. 5 Satz 2 (§ 2 Anm. 10).

Teilfrestellungsgewinne eines Dach-Spezial-Investmentfonds aus dem Besitz eines Spezial-Investmentanteils an einem Ziel-Spezial-Investmentfonds, die bei der Bewertung des Dach-Spezial-Investmentfonds ermittelt werden (Abs. 6 Nr. 4): Gemeint ist uE der Fall, in dem der Spezial-Investmentfonds Anteile an einem anderen Spezial-Investmentfonds (= Dach-Spezial-Investmentfonds) hält, der seinerseits in von § 20 begünstigte Ziel-Spezial-Investmentfonds investiert (vgl. das Berechnungsbeispiel in BTDrucks. 18/8739, 103 ff.).

- ▶ *Dach-Spezial-Investmentfonds*: Siehe zur Definition § 2 Abs. 5 Satz 2 (§ 2 Anm. 10).
- ▶ *Anleger-Teilfrestellungsgewinne*: Siehe zur Definition § 49 Abs. 2 Satz 2 iVm. Satz 1 (§ 49 Anm. 10).
- ▶ *Bei der Bewertung des Dach-Spezial-Investmentfonds ermittelt*: Gemeint ist uE, dass die im Ziel-Spezial-Investmentanteil enthaltenen unrealisierten Wertveränderungen auf Ebene des Dach-Spezial-Investmentfonds immer dann zu berücksichtigen sein sollen, wenn dieser sein Vermögen bewertet (vgl. BTDrucks. 18/8045, 118).
- ▶ *Besitz*: Der uE eher unglücklich gewählte Begriff „Besitz“ ist (wohl) als Gegenbegriff zu Veräußerung im Sinne eines Haltens der Ziel-Spezial-Investmentanteile zu verstehen.
- ▶ *Spezial-Investmentanteils an einem Ziel-Spezial-Investmentfonds*: Gemeint ist der vom Dach-Spezial-Investmentfonds gehaltene Anteil, vgl. § 2 Abs. 5 Satz 2 (§ 2 Anm. 10).

§ 49 Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen, Teilwertansatz

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731), zuletzt geändert durch JStG 2020 v. 21.12.2020 (BGBl. I 2020, 3096; BStBl. I 2021, 6)

(1) ¹Wird der Spezial-Investmentanteil veräußert oder wird ein Gewinn aus dem Spezial-Investmentanteil in sonstiger Weise realisiert, so sind

1. auf den Anleger-Aktiengewinn § 3 Nummer 40 des Einkommensteuergesetzes, § 8b des Körperschaftsteuergesetzes und § 44 anzuwenden,
2. der Anleger-Abkommensgewinn von der Besteuerung freizustellen und § 44 anzuwenden und
3. der Anleger-Teilfrestellungsgewinn von der Besteuerung freizustellen und § 44 anzuwenden.

²Satz 1 ist bei bilanziellem Ansatz der Spezial-Investmentanteile mit einem niedrigeren Teilwert nach § 6 Absatz 1 Nummer 2 Satz 2 des Einkommensteuergesetzes und bei einer Teilwertzuschreibung nach § 6 Absatz 1 Nummer 2 Satz 3 des Einkommensteuergesetzes auf die Anschaffungskosten der Spezial-Investmentanteile entsprechend anzuwenden. ³Für die Anwendung des § 3 Nummer 40 des Einkommensteuergesetzes und des § 8b des Körperschaftsteuergesetzes gilt § 30 Absatz 3 entsprechend.

(2) ¹Der Anleger-Aktiengewinn pro Spezial-Investmentanteil ist, vorbehaltlich einer Berichtigung nach Satz 4 oder 5, der Unterschiedsbetrag zwischen dem Fonds-Aktiengewinn zu dem Zeitpunkt, zu dem der Spezial-Investmentanteil veräußert wird oder zu dem ein Gewinn aus dem Spezial-Investmentanteil in sonstiger Weise realisiert wird oder zu dem er zu bewerten ist, und dem Fonds-Aktiengewinn bei der Anschaffung des Spezial-Investmentanteils. ²Satz 1 gilt entsprechend für die Ermittlung des Anleger-Abkommensgewinns und des Anleger-Teilfrestellungsgewinns. ³Bei bilanziellem Ansatz der Spezial-Investmentanteile mit einem niedrigeren Teilwert nach § 6 Absatz 1 Nummer 2 Satz 2 des Einkommensteuergesetzes sind die nach Satz 1 oder 2 ermittelten Unterschiedsbeträge, vorbehaltlich einer Berichtigung nach Satz 4 oder 5, auf die Auswirkung auf den Bilanzansatz begrenzt. ⁴Die nach den Sätzen 1 bis 3 ermittelten Unterschiedsbeträge sind jeweils um den zum Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahres angesetzten Anleger-Aktiengewinn, Anleger-Abkommensgewinn oder Anleger-Teilfrestellungsgewinn zu berichtigen. ⁵Die Berichtigungen nach Satz 4 sind bei einer bilanziellen Teilwertzuschreibung nach § 6 Absatz 1 Nummer 2 Satz 3 des Einkommensteuergesetzes auf die Anschaffungskosten der Spezial-Investmentanteile entsprechend anzuwenden. ⁶Der nach den Sätzen 1 bis 5 ermittelte Anleger-Aktiengewinn, Anleger-Abkommensgewinn oder Anleger-Teilfrestellungsgewinn kann positiv oder negativ sein.

(3) ¹Für die Ermittlung des Gewinns aus der Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen, die nicht zu einem Betriebsvermögen gehören, gilt § 20 Absatz 4 des Einkommensteuergesetzes entsprechend. ²Der Gewinn aus der Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen ist

1. um die während der Besitzzeit bereits besteuerten ausschüttungsgleichen Erträge zu mindern sowie

2. um die auf diese Erträge gezahlten inländischen und ausländischen Steuern, vermindert um die erstattete inländische und ausländische Steuer des Geschäftsjahres oder früherer Geschäftsjahre, zu erhöhen.

³Ausschüttungsgleiche Erträge, die in einem späteren Geschäftsjahr innerhalb der Besitzzeit ausgeschüttet wurden, sind dem Veräußerungserlös hinzuzurechnen.

⁴Des Weiteren ist der Gewinn aus der Veräußerung um die während der Besitzzeit des Anlegers zugeflossenen Substanzbeträge und Absatzbeträge zu erhöhen. ⁵Zurechnungsbeträge und Immobilien-Zurechnungsbeträge, die nicht an den Anleger ausgeschüttet wurden, mindern den Gewinn aus der Veräußerung.

(4) § 15b des Einkommensteuergesetzes ist auf Verluste aus der Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen sowie auf Verluste durch Ansatz des niedrigeren Teilwertes bei Spezial-Investmentanteilen entsprechend anzuwenden.

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

Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 49	1	gewinns, des Anleger-Abkommensgewinns und des Anleger-Teilfreistellungsgewinns	10
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Berücksichtigung des Fonds-Aktiengewinns, des Fonds-Abkommensgewinns und des Fonds-Teilfreistellungsgewinns bei Veräußerungen und Teilwertansatz	5	D. Erläuterungen zu Abs. 3: Ermittlung des Veräußerungsgewinns	15
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Ermittlung des Anleger-Aktien-		E. Erläuterungen zu Abs. 4: Entsprechende Anwendung des § 15b EStG	20

1 A. Allgemeine Erläuterungen zu § 49

Grundinformation: § 49 regelt – vergleichbar mit § 8 InvStG aF – die stl. Folgen, wenn ein Anleger seinen Spezial-Investmentanteil veräußert oder im Rahmen der Erstellung eines BV-Vergleichs seinen Spezial-Investmentanteil bewertet (BTDrucks. 18/8045, 119; vgl. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 49.1 ff.). Die Norm ist im Zusammenspiel mit § 48 zu sehen. Nach § 48 hat ein Spezial-Investmentfonds bei jeder Bewertung seines Vermögens pro Spezial-Investmentanteil bestimmte Werte zu ermitteln, die bei den Anlegern (teilweise) freizustellen sind: den sog. Fonds-Aktiengewinn, den sog. Fonds-Abkommensgewinn und den sog. Fonds-Teilfreistellungsgewinn (s. § 48 Anm. 5 ff.). Da bei mehreren Anlegern diese jedoch zu unterschiedlichen Zeitpunkten Anteile an einem Spezial-Investmentfonds erwerben, sind für eine Besteuerung des Veräußerungsgewinns/der Bewertung auf Ebene des Anlegers nicht sämtliche Fonds-Gewinne, sondern nur die während der Besitzzeit des einzelnen Anlegers angefallenen Fonds-Gewinne maßgebend. Diese in § 49 näher definierten besitzzeitabhängigen Gewinne des Anle-

gers werden als Anleger-Gewinne (konkret: Anleger-Aktiengewinn, Anleger-Abkommensgewinn und/oder Anleger-Teilfrestellungsgewinn) bezeichnet und jeweils ermittelt als Differenz zwischen den Fonds-Gewinnen bei Veräußerung oder Bewertung des Spezial-Investmentanteils und den Fonds-Gewinnen bei Anschaffung des Spezial-Investmentanteils (BTDrucks. 18/8045, 117). Die so ermittelten Anleger-Gewinne können jeweils positiv oder negativ sein. Positive Anleger-Gewinne entstehen, wenn positive Erträge aus stfrei zu stellenden Ertragsarten angefallen sind. Diese positiven Anleger-Gewinne mindern (außerbilanziell) den stpfl. Gewinn aus der Veräußerung. Umgekehrt entstehen negative Anleger-Gewinne, wenn negative Erträge aus stfrei zu stellenden Ertragsarten angefallen sind. Diese negativen Anleger-Gewinne erhöhen (außerbilanziell) den stpfl. Gewinn aus der Veräußerung (BTDrucks. 18/8045, 117).

Abs. 1 enthält in Satz 1 die Grundnorm, wonach bei der Veräußerung eines Spezial-Investmentanteils bestimmte (teilweise) StFreistellungen zu berücksichtigen sind, soweit beim Anleger ein sog. Anleger-Gewinn entsteht (s. Anm. 5). In Satz 2 wird dieser Grundsatz auf den bilanziellen Ansatz der Spezial-Investmentanteile nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 EStG im Fall der Teilwertabschreibung und bei einer Teilwertzuschreibung nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 EStG auf die AK der Spezial-Investmentanteile entsprechend angewandt (s. Anm. 5). Abs. 2 enthält eine (sehr) technische Regelung, wie die Anleger-Aktiengewinne, die Anleger-Abkommensgewinne und die Anleger-Teilfrestellungsgewinne im Einzelnen zu ermitteln und welche Besonderheiten bei einer Teilwertabschreibung und Teilwertzuschreibung zu berücksichtigen sind (s. Anm. 10). Abs. 3 regelt (ähnlich wie bisher § 8 Abs. 5 InvStG aF) dem Wortlaut nach nur die (zukünftig nur noch in Ausnahmefällen relevanten) Steuerfolgen der Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen durch Privatanleger (s. Anm. 15). Darüber hinaus enthält er aber auch ein für alle Anleger relevantes generelles Schema zur Berechnung des Veräußerungsgewinns; dieses wurde durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) geringfügig modifiziert (s. Anm. 15). Abs. 4 übernimmt die bereits in § 8 Abs. 7 InvStG aF enthaltene Regelung, wonach die Verrechnungsbeschränkung des § 15b EStG für Verluste im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen auch auf Verluste aus der Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen sowie auf Verluste durch Ansatz des niedrigeren Teilwerts bei Spezial-Investmentanteilen entsprechend anzuwenden ist (s. Anm. 20).

Rechtsentwicklung: § 49 wurde durch das Investmentsteuerreformgesetz (InvSt-RefG) v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731) neu gefasst. Die Besteuerungssystematik entspricht weitgehend § 8 InvStG aF. Die Norm wurde jedoch zT deutlich anders gefasst und um Regelungen ergänzt, die die neuen pauschalen Teilfrestellungen bei Aktien-, Misch- und Immobilienfonds abbilden sollen (vgl. BTDrucks. 18/8045, 117).

- ▶ WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17): Abs. 3 Satz 5 wurde an die Erweiterung des § 35 angepasst. Zukünftig mindern nicht nur inländ. Beteiligungseinnahmen und sonstige inländ. Einkünfte, die dem Anleger unmittelbar zugerechnet und nicht ausgeschüttet wurden, den Gewinn aus der Veräußerung, sondern auch entsprechende inländ. Immobilieneinkünfte, wenn die Transparenzoption nach § 30 Abs. 1 bzw. § 33 Abs. 2 Sätze 3 ff. ausgeübt wurde.
- ▶ JStG 2020 v. 21.12.2020 (BGBl. I 2020, 3096; BStBl. I 2021, 6): Abs. 1 wurde um einen Satz ergänzt, wonach für die Anwendung des § 3 Nr. 40 EStG bzw. des

§ 8b KStG ab dem 1.1.2021 die Regelung in § 30 Abs. 3 entsprechend gelten soll. Dadurch soll „klargestellt“ werden, dass diese Begünstigungsregelungen zukünftig nur anzuwenden sind, wenn es sich nicht um einen in § 30 Abs. 3 genannten Anleger handelt.

Bedeutung/Verhältnis zu anderen Vorschriften: Die Norm regelt die stl. Folgen, wenn ein Anleger seinen Spezial-Investmentanteil veräußert oder im Rahmen der Erstellung eines BV-Vergleichs seinen Spezial-Investmentanteil bewertet. Sie knüpft dabei an die Definitionen des Fonds-Aktiengewinns, des Fonds-Abkommensgewinns sowie des Fonds-Teilfrestellungsgewinns in § 48 an und entwickelt daraus die für die Besteuerung des Anlegers relevanten Begriffe der (besitzzeitanteiligen) Anleger-Aktiengewinne, der Anleger-Abkommensgewinne sowie der Anleger-Teilfrestellungsgewinne. Für den (zukünftig kaum noch relevanten) Fall der Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen durch Privatanleger ordnet sie die entsprechende Geltung des § 20 Abs. 4 EStG an. Ferner enthält sie allgemeingültige Aussagen zur Bestimmung des Gewinns aus der Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen sowie zur Berücksichtigung von Verlusten iSv. § 15b EStG.

Geltungsbereich:

- ▶ Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich: § 49 gilt für in- und ausländ. Spezial-Investmentfonds und deren Anleger.
- ▶ Zeitlicher Geltungsbereich: Wie das gesamte neugefasste InvStG gilt § 49 ab dem 1.1.2018 (Art. 11 Abs. 3 InvStRefG). Die Änderung des Abs. 3 Satz 5 durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) sollte uE erst ab dem 1.1.2020 gelten. Zwar enthält die Anwendungsvorschrift des § 57 Satz 1 keinen ausdrücklichen Hinweis auf § 49 (uE Redaktionsversehen), jedoch soll nach § 57 Satz 1 Nr. 10 die ebenfalls geänderte Norm des § 35, auf den die Neufassung des Abs. 3 Satz 5 Bezug nimmt, auch erst ab dem 1.1.2020 gelten.

2–4 Einstweilen frei.

5 B. Erläuterungen zu Abs. 1: Berücksichtigung des Fonds-Aktiengewinns, des Fonds-Abkommensgewinns und des Fonds-Teilfrestellungsgewinns bei Veräußerungen und Teilwertansatz

Steuerfolgen bei Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen (Abs. 1 Satz 1):

Nach Abs. 1 Satz 1 sind in Fällen, in denen der Spezial-Investmentanteil veräußert oder ein Gewinn aus dem Spezial-Investmentanteil in sonstiger Weise realisiert wird, (i) auf den Anleger-Aktiengewinn § 3 Nr. 40 EStG, § 8b KStG und § 44 anzuwenden, (ii) der Anleger-Abkommensgewinn von der Besteuerung freizustellen und § 44 anzuwenden und (iii) der Anleger-Teilfrestellungsgewinn von der Besteuerung freizustellen und § 44 anzuwenden. Abs. 1 Satz 1 führt die Begriffe der Anleger-Gewinne ein, die dann in Abs. 2 näher definiert werden (s. Anm. 10) und regelt (vereinfacht), dass bei einer Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen die (besitzzeitanteiligen) Aktien-, Abkommens- und Teilfrestellungsgewinne von der Besteuerung (teilweise) freizustellen sind. Zu einem ausführlichen Berechnungsbeispiel s. BTDrucks. 18/8739, 103 ff.

Spezial-Investmentanteil: Siehe zum Begriff § 2 Abs. 4 Satz 2 (§ 2 Anm. 9).

Veräußerung: Siehe zum Begriff § 2 Abs. 13 (§ 2 Anm. 23).

Gewinnrealisierung in sonstiger Weise: Da der Veräußerungsbegriff des § 2 Abs. 13 sehr weit gefasst ist, sind uE kaum Fälle vorstellbar, die von diesem Anfangtatbestand erfasst sein sollen.

Auswirkungen des Anleger-Aktiengewinns auf den Veräußerungsgewinn: Auf einen positiven Anleger-Aktiengewinn sind beim betrieblichen Anleger – vergleichbar mit einer Direktanlage – entweder das Teileinkünfteverfahren nach § 3 Nr. 40 EStG oder das Beteiligungsprivileg des § 8b KStG anzuwenden. Spiegelbildlich gilt für einen negativen Anleger-Aktiengewinn die Verlustabzugsbeschränkung des § 44. Durch das JStG 2020 v. 21.12.2020 (BGBl. I 2020, 3096; BStBl. I 2021, 6) wurde die Norm um einen Satz ergänzt, wonach für die Anwendung des § 3 Nr. 40 EStG bzw. des § 8b KStG ab dem 1.1.2021 die Regelung in § 30 Abs. 3 entsprechend gilt. Dadurch soll „klargestellt“ werden, dass diese Begünstigungsregelungen zukünftig nur anzuwenden sind, wenn es sich nicht um einen in § 30 Abs. 3 genannten Anleger handelt.

Anleger-Aktiengewinn: Siehe die Definition in Abs. 2 Satz 1 (Anm. 10).

Anwendung des § 3 Nr. 40 EStG: Siehe § 3 Nr. 40 EStG Anm. 50 ff. Wie in § 8 Abs. 1 InvStG aF ist der Verweis uE als Rechtsgrundverweis zu verstehen, dh., er betrifft nur Anleger, die die Spezial-Investmentfondsanteile im BV halten und die nicht von § 8b KStG begünstigt sind (vgl. *Hartmann in Bödecker/Ernst/Hartmann, BeckOK*, § 49 Rz. 4, 19 [12/2020]). Wenn natürliche Personen (in Ausnahmefällen) Anteile an Spezial-Investmentfonds weiterhin im PV halten dürfen (vgl. § 26 Nr. 8), gilt für diese nicht Abs. 1, sondern Abs. 4 (Anm. 20).

Anwendung des § 8b KStG: Wie bei § 8 Abs. 1 Satz 2 InvStG aF gilt die 95 %ige StBefreiung nach § 8b Abs. 2, Abs. 3 KStG, es sei denn, es greifen die Ausnahmen des § 8b Abs. 7 oder 8 KStG (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 49.7).

Anwendung des § 44: Gemeint ist, dass negative Anleger-Aktiengewinne die StBemessungsgrundlage nicht (oder nur anteilig) mindern dürfen, wenn positive Anleger-Aktiengewinne die StBemessungsgrundlage nicht (bei Anwendung des § 8b KStG) oder nur anteilig (bei Anwendung des § 3 Nr. 40 EStG) erhöhen. Der Verweis auf § 44 bildet somit das uE konsequente Spiegelbild zur StBegünstigung positiver Anleger-Aktiengewinne (vgl. BTDrucks. 18/8739, 108). Zu § 44 s. § 44 Anm. 1ff.

Auswirkungen des Anleger-Abkommensgewinns auf den Veräußerungsgewinn: Ein positiver Anleger-Abkommensgewinn ist von der Steuer freizustellen. Spiegelbildlich gilt für einen negativen Anleger-Abkommensgewinn die Verlustabzugsbeschränkung des § 44.

Anleger-Abkommensgewinn: Siehe die Definition in Abs. 2 Satz 2, Anm. 10.

Freistellung von der Besteuerung: Gemeint ist die Herausnahme aus der stl. Bemessungsgrundlage (EStG oder KStG), vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 49.8.

Anwendung des § 44: Gemeint ist, dass negative Anleger-Abkommensgewinne die StBemessungsgrundlage nicht mindern dürfen. Zu § 44 s. § 44 Anm. 1ff.

Auswirkungen des Anleger-Teilfrestellungsgewinns auf den Veräußerungsgewinn: Ein positiver Anleger-Teilfrestellungsgewinn ist von der Steuer freizustellen. Spiegelbildlich gilt für einen negativen Anleger-Teilfrestellungsgewinn die Verlustabzugsbeschränkung des § 44.

Anleger-Teilfrestellungsgewinn: Siehe die Definition in Abs. 2 Satz 2, Anm. 10. Da der Fonds-Teilfrestellungsgewinn jeweils getrennt für die in § 20 Abs. 1 ge-

nannten Arten von Anlegern zu ermitteln ist, ergibt sich je nach Anlegerkreis auch ein separater Anleger-Teilfrestellungsgewinn. Vgl. dazu auch das Berechnungsbeispiel in BTDrucks. 18/8739, 103 ff.

Freistellung von der Besteuerung: Gemeint ist die vollständige Herausnahme aus der stl. Bemessungsgrundlage (EStG oder KStG), denn es handelt sich beim Anleger-Teilfrestellungsgewinn jeweils um einen absoluten Wert, bei dessen Ermittlung die unterschiedlichen Teilfrestellungssätze bereits berücksichtigt worden sind. Vgl. das ausführliche Berechnungsbeispiel in BTDrucks. 18/8739, 103 ff.

Anwendung des § 44: Gemeint ist, dass negative Anleger-Teilfrestellungsgewinne die StBemessungsgrundlage nicht mindern dürfen. Zu § 44 s. § 44 Anm. 1 ff.

Steuerfolgen bei Bewertung von Spezial-Investmentanteilen (Abs. 1 Satz 2): Nach Abs. 1 Satz 2 sind die Steuerfolgen des Abs. 1 Satz 1 bei bilanziellem Ansatz der Spezial-Investmentanteile mit einem niedrigeren Teilwert nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 EStG und bei einer Teilwertzuschreibung auf die AK der Spezial-Investmentanteile nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 EStG entsprechend anzuwenden. Wie bereits in § 8 Abs. 3 Sätze 2 und 3 InvStG aF soll durch diese Regelung erreicht werden, dass nicht nur bei einer Veräußerung, sondern auch bei einer bloßen Bewertung von Spezial-Investmentanteilen im BV die (positiven wie negativen) Folgen der (besitzzeitanteiligen) Aktien-, Abkommens- und Teilfrestellungsgewinne nachvollzogen werden. Vereinfacht gesprochen sind bei einer Teilwertabschreibung die (negativen) Anleger-Gewinne außerbilanziell wieder hinzuzurechnen und bei einer Teilwertzuschreibung die (positiven) Anleger-Gewinne (teilweise) freizustellen. Abs. 1 Satz 2 nennt lediglich die Rechtsfolge auf Anlegerebene; die genaue Ermittlung/Berechnung ergibt sich aus Abs. 2 Sätze 3 ff. (vgl. BTDrucks. 18/8739, 108). Zu einem ausführlichen Berechnungsbeispiel s. BTDrucks. 18/8739, 103 ff.; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 49.10.

Spezial-Investmentanteil: Siehe zum Begriff § 2 Abs. 4 Satz 2 (§ 2 Anm. 9).

Bilanzieller Ansatz: Daraus folgt uE, dass die Norm nur für bilanzierende Anleger gilt.

Ansatz mit niedrigerem Teilwert nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 EStG: Dies setzt insbes. eine voraussichtlich dauernde Wertminderung voraus. Siehe ausführl. zu den Voraussetzungen § 6 EStG Anm. 505 ff.; *Hartmann in Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, § 8 Rz. 48 ff. Die Norm ist uE nur anwendbar, soweit sich der besitzzeitanteilige Anleger-Gewinn auf den Bilanzansatz zum Bewertungszeitpunkt tatsächlich entsprechend ausgewirkt hat (dies folgt uE aus der neugefassten Formulierung in Abs. 2 Satz 3, s. Anm. 10). Dies ist uE nur im Falle eines negativen besitzzeitanteiligen Anleger-Gewinns möglich (s. dazu ausführl. *Schober in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 49 Rz. 25).

Rechtsfolgen des Ansatzes mit niedrigerem Teilwert: Die die Teilwertabschreibung verursachenden Anleger-Gewinn dürfen die StBemessungsgrundlage nicht (oder nur anteilig) mindern, wenn die entsprechenden positive Anleger-Gewinne die StBemessungsgrundlage nicht (wie beim Anleger-Aktiengewinn bei Anwendung des § 8b KStG, beim Anleger-Abkommensgewinn oder beim Anleger-Teilfrestellungsgewinn) oder nur anteilig (wie beim Anleger-Aktiengewinn bei Anwendung des § 3 Nr. 40 EStG) erhöhen.

Teilwertzuschreibung auf Anschaffungskosten nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 EStG: Dies setzt eine Wertaufholung voraus. Siehe ausführl. zu den Voraussetzungen § 6 EStG Anm. 507; *Hartmann in Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, § 8

Rz. 54f. Die Norm ist uE nur anwendbar, soweit die Teilwertminderung infolge des sie verursachenden negativen besitzzeitanteiligen Anleger-Gewinns nicht länger gegeben ist (vgl. *Hartmann in Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, § 8 Rz. 54; *Schober in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 49 Rz. 24 ff.).

Rechtsfolgen der Teilwertzuschreibung: Die die Teilwertzuschreibung verursachenden Anleger-Gewinne (die ihrerseits zunächst die Teilwertanschiebung verursacht hatten und jetzt einer Wertaufholung unterliegen) dürfen die StBemesungsgrundlage nicht (wie beim Anleger-Aktiengewinn bei Anwendung des § 8b KStG, beim Anleger-Abkommensgewinn oder beim Anleger-Teilfrestellungsgewinn) oder nur anteilig (wie beim Anleger-Aktiengewinn bei Anwendung des § 3 Nr. 40 EStG) erhöhen.

Einstweilen frei.

6–9

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Ermittlung des Anleger-Aktiengewinns, des Anleger-Abkommensgewinns und des Anleger-Teilfrestellungsgewinns

10

Definition des Anleger-Aktiengewinns: Der Anleger-Aktiengewinn pro Spezial-Investmentanteil ist, vorbehaltlich einer Berichtigung nach Abs. 2 Sätze 4 oder 5, der Unterschiedsbetrag zwischen dem Fonds-Aktiengewinn zu dem Zeitpunkt, zu dem der Spezial-Investmentanteil veräußert wird oder zu dem ein Gewinn aus dem Spezial-Investmentanteil in sonstiger Weise realisiert wird oder zu dem er zu bewerten ist, und dem Fonds-Aktiengewinn bei Anschaffung des Spezial-Investmentanteils (Abs. 2 Satz 1). Der Anleger-Aktiengewinn kann positiv oder negativ sein (Abs. 2 Satz 6). Siehe zur Bedeutung des Anleger-Aktiengewinns Anm. 1. Zu einem Berechnungsbeispiel s. BTDrucks. 18/8739, 103 ff.; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 49.17 ff.).

- ▶ *Ausgangspunkt Fonds-Aktiengewinn:* Siehe § 48 Anm. 10 ff. Nach Auffassung der FinVerw. erfolgt die Ermittlung der besitzzeitanteiligen Anleger-Gewinne unabhängig von der Ermittlungsmethode der Fonds-Gewinne durch den Spezial-Investmentfonds nach (i) unveränderbaren absoluten Fonds-Gewinnen oder (ii) unveränderbaren anteilsbezogenen Fonds-Gewinnen immer nach der gleichen Systematik. Ab 1.1.2020 erfolgt die Ermittlung und Bekanntgabe der Fonds-Gewinne durch den Spezial-Investmentfonds ausschließlich nach unveränderbaren absoluten Fonds-Gewinnen. Bei unveränderbaren absoluten Fonds-Gewinnen betragen – im Gegensatz zu unveränderbaren anteilsbezogenen Fonds-Gewinnen – die erworbenen Fonds-Gewinne für jeden neu erworbenen Spezial-Investmentanteil des Anlegers immer 0 € (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 49.15 ff.). Vgl. dazu und zu dem Sonderfall, dass der Spezial-Investmentfonds ab dem 1.1.2020 von der Ermittlungsmethode der Fonds-Gewinne von unveränderbaren anteilsbezogenen Fonds-Gewinnen zu unveränderbaren absoluten Fonds-Gewinnen übergegangen ist (s. § 48 Anm. 5), BMF, Anwendungsfragen, Rz. 49.19 ff. mit einem Berechnungsbeispiel.
- ▶ *Anleger-Gewinn als besitzzeitanteiliger Unterschiedsbetrag:* Ziel der Regelung ist es, aus den auf Ebene des Fonds ermittelten Fonds-Gewinnen diejenigen herauszufiltern, die während der Besizzeit des jeweiligen Anlegers entstanden sind. Dazu ist eine Differenz zwischen zwei zu unterschiedlichen Zeitpunkten ermittelten Fonds-Gewinnen zu bilden. Dabei ist jeweils der vom Spezial-In-

vestmentfonds bei der Bewertung seines Vermögens pro Spezial-Investmentanteil ermittelte absolute Wert in Euro anzusetzen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 49.14). Sind die veräußerten Spezial-Investmentanteile zu unterschiedlichen Zeitpunkten und mit unterschiedlichen Fonds-Aktiengewinnen erworben worden, ist nach Auffassung der FinVerw. für die Ermittlung des Anleger-Aktiengewinns von einem gewichteten Durchschnitt auszugehen, es sei denn, der Anleger führt den Nachweis der Anschaffung und der Rückgabe bzw. Veräußerung oder Bewertung der nämlichen Spezial-Investmentanteile (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 49.21 f. mit einem Berechnungsbeispiel).

- ▶ *Zeitpunkt der Veräußerung/sonstigen Gewinnrealisierung bzw. Bewertung des Spezial-Investmentanteils:* Der erste Zeitpunkt (genauer: der zeitlich spätere) ist der Zeitpunkt der Veräußerung/Gewinnrealisierung bzw. Bewertung. Zu den Begriffen „Veräußerung“ und „Gewinnrealisierung in sonstiger Weise“ s. Anm. 5. Der Begriff der „Bewertung“ spielt nur bei Teilwertab- oder -zuschreibungen (vgl. Anm. 5) eine Rolle. Gemeint ist damit uE – wie bei § 8 Abs. 3 Satz 2 InvStG aF – der Wert zum Ende des Wj., für das ein Teilwertansatz erfolgt (vgl. Hartmann in Bödecker/Ernst/Hartmann, 2016, § 8 Rz. 53 f.).
- ▶ *Zeitpunkt der Anschaffung des Spezial-Investmentanteils:* Gemeint ist uE der Erwerb des wirtschaftlichen Eigentums (§ 39 AO) am Spezial-Investmentanteil. Dies ist uE nicht nur beim derivativen Erwerb, sondern auch bei Ausgabe neuer Anteile der Fall.
- ▶ *Vorbehaltlich einer Berichtigung nach Abs. 2 Sätze 4 und 5:* Siehe weiter unten in dieser Anm. Dies betrifft uE nur Fälle, in denen der Anleger in vorangegangenen Wj. eine Teilwertab- oder -zuschreibung vorgenommen hat.
- ▶ *Ermittlung pro Spezial-Investmentanteil:* Die Regelung ist das Spiegelbild zu § 48 Abs. 1 Satz 1, wonach auch die Fonds-Gewinne pro Spezial-Investmentanteil zu ermitteln sind (s. § 48 Anm. 5).
- ▶ *Anleger-Gewinn kann positiv oder negativ sein:* Siehe Anm. 1.

Definition des Anleger-Abkommensgewinns: Abs. 2 Satz 2 sagt schlicht, dass Abs. 2 Satz 1 für die Ermittlung des Anleger-Abkommensgewinns entsprechend gilt. Gemeint ist: Der Anleger-Abkommensgewinn pro Spezial-Investmentanteil ist, vorbehaltlich einer Berichtigung nach Abs. 2 Sätze 4 oder 5, der Unterschiedsbetrag zwischen einerseits dem Fonds-Abkommensgewinn zu dem Zeitpunkt, zu dem der Spezial-Investmentanteil veräußert wird oder zu dem ein Gewinn aus dem Spezial-Investmentanteil in sonstiger Weise realisiert wird oder zu dem er zu bewerten ist, und andererseits dem Fonds-Abkommensgewinn bei der Anschaffung des Spezial-Investmentanteils (Abs. 2 Satz 1). Der Anleger-Abkommensgewinn kann positiv oder negativ sein (Abs. 2 Satz 6). Siehe zur Bedeutung des Anleger-Abkommensgewinns Anm. 1. Zu einem ausführlichen Berechnungsbeispiel s. BTDrucks. 18/8739, 103 ff.

Definition des Anleger-Teilfrestellungsgewinns: Abs. 2 Satz 2 sagt schlicht, dass Abs. 2 Satz 1 für die Ermittlung des Anleger-Teilfrestellungsgewinns entsprechend gilt. Gemeint ist: Der Anleger-Teilfrestellungsgewinn pro Spezial-Investmentanteil ist, vorbehaltlich einer Berichtigung nach Abs. 2 Sätze 4 oder 5, der Unterschiedsbetrag zwischen einerseits dem Fonds-Teilfrestellungsgewinn zu dem Zeitpunkt, zu dem der Spezial-Investmentanteil veräußert wird oder zu dem ein Gewinn aus dem Spezial-Investmentanteil in sonstiger Weise realisiert wird oder zu dem er zu bewerten ist, und andererseits dem Fonds-Teilfrestellungsgewinn bei der Anschaf-

fung des Spezial-Investmentanteils (Abs. 2 Satz 1). Der Anleger-Teilfrestellungsgewinn kann positiv oder negativ sein (Abs. 2 Satz 6). Siehe zur Bedeutung des Anleger-Teilfrestellungsgewinns Anm. 1. Da der Fonds-Teilfrestellungsgewinn jeweils getrennt für die in § 20 Abs. 1 genannten Arten von Anlegern zu ermitteln ist, ergibt sich je nach Anlegerkreis auch ein separater Anleger-Teilfrestellungsgewinn. Zu einem ausführlichen Berechnungsbeispiel s. BTDrucks. 18/8739, 103 ff.

Verursachungszusammenhang bei niedrigerem Teilwertansatz: Nach Abs. 2 Satz 3 sind bei bilanziellem Ansatz der Spezial-Investmentanteile mit einem niedrigeren Teilwert nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 EStG die nach Satz 1 oder Satz 2 ermittelten Unterschiedsbeträge, vorbehaltlich einer Berichtigung nach Satz 4 oder Satz 5, auf die Auswirkung auf den Bilanzansatz begrenzt. Die Regelung entspricht inhaltlich § 8 Abs. 3 Satz 2 InvStG aF.

Bilanzieller Ansatz der Spezial-Investmentanteile mit niedrigerem Teilwert nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 EStG: Siehe zu den Begriffen Anm. 5. Nach Auffassung der FinVerw. kommt es ausschließlich darauf an, dass in einem Wj. der betreffende Steuerbilanzansatz nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 EStG unter den AK für die Investmentanteile liegt. Ob es in diesem (oder vielmehr in einem vorherigen Wj.) zu der erfolgswirksamen Teilwertabschreibung in der StBil. gekommen ist, ist irrelevant (vgl. dazu mit mehreren Berechnungsbeispielen BMF, Anwendungsfragen, Rz. 49.24 ff.).

Ermittelte Unterschiedsbeträge nach Satz 1 oder Satz 2: Gemeint ist der nach Abs. 2 Satz 1 bzw. Satz 2 ermittelte Anleger-Aktiengewinn, Anleger-Abkommensgewinn oder Anleger-Teilfrestellungsgewinn.

Begrenzung auf die Auswirkungen auf den Bilanzansatz: Gemeint ist damit uE (nur) eine Selbstverständlichkeit: Der in Rede stehende besitzzeitanteilige Anleger-Gewinn muss sich auf den Bilanzansatz zum Bewertungszeitpunkt tatsächlich ausgewirkt, dh. die Teilwertabschreibung selbst verursacht haben. Dies ist uE nur im Falle eines negativen besitzzeitanteiligen Anleger-Gewinns möglich (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 49.25).

Vorbehaltlich einer Berichtigung nach Abs. 2 Satz 4 oder Satz 5: Siehe nachfolgend in dieser Anm. Dies betrifft uE nur Fälle, in denen der Anleger in vorangegangenen Wj. eine Teilwertab- oder -zuschreibung vorgenommen hat.

Bereinigung um bereits zuvor berücksichtigte Korrekturen: Nach Abs. 2 Satz 4 sind die nach den Sätzen 1 bis 3 ermittelten Unterschiedsbeträge jeweils um den zum Schluss des vorangegangenen Wj. angesetzten Anleger-Aktiengewinn, Anleger-Abkommensgewinn oder Anleger-Teilfrestellungsgewinn zu berichtigen. Die Regelung entspricht inhaltlich im Wesentlichen § 8 Abs. 3 Satz 4 InvStG aF. Ziel der Regelung ist sicherzustellen, dass in Fällen, in denen sich ein Anleger-Gewinn bereits in vorangegangenen Wj. ausgewirkt hat, dieser nicht erneut zu einem Bestandteil des bei Veräußerung/Bewertung des Spezial-Investmentanteils zu berücksichtigenden besitzzeitanteiligen Anleger-Gewinns werden darf.

Ermittelte Unterschiedsbeträge nach den Sätzen 1 bis 3: Gemeint ist der bei Veräußerung/Bewertung der Spezial-Investmentanteile unter Berücksichtigung der Besonderheiten bei einem niedrigen Teilwertansatz nach Satz 3, nach Satz 1 bzw. Satz 2 ermittelte Anleger-Aktiengewinn, Anleger-Abkommensgewinn oder Anleger-Teilfrestellungsgewinn.

Berichtigung um den zum Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahres angesetzten Anleger-Aktiengewinn, Anleger-Abkommensgewinn oder Anleger-

Teilfrestellungsgewinn: Gemeint ist Folgendes: Die Ermittlung des bei Veräußerung/Bewertung von Spezial-Investmentanteilen zu berücksichtigenden Anleger-Gewinns erfolgt in zwei Schritten: Zunächst ist der besitzzeitanteilige Anleger-Gewinn für die gesamte Haltedauer zu ermitteln. Anschließend wird er insoweit korrigiert, wie er sich bereits auf den letzten Bilanzansatz ausgewirkt hat (vgl. *Hartmann in Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, § 8 Rz. 56). Zu einem ausführlichen Berechnungsbeispiel s. BTDrucks. 18/8739, 103 ff.; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 49.32.

Bereinigung bei Teilwertzuschreibung: Nach Abs. 2 Satz 5 sind die Berichtigungen nach Satz 4 bei einer bilanziellen Teilwertzuschreibung nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 EStG auf die AK der Spezial-Investmentanteile entsprechend anzuwenden. Die Regelung entspricht inhaltlich im Wesentlichen § 8 Abs. 3 Sätze 3 und 4 InvStG aF. Ziel der Regelung ist sicherzustellen, dass in Fällen, in denen sich ein Anleger-Gewinn bereits in vorangegangenen Wj. ausgewirkt hat, dieser nicht erneut zu einem Bestandteil des bei Bewertung des Spezial-Investmentanteils zu berücksichtigenden besitzzeitanteiligen Anleger-Gewinns werden darf. Soweit sich allerdings eine Teilwertabschreibung nach Abs. 1 Satz 2 stl. nicht oder nur zT ausgewirkt hat, bleibt nach Auffassung der FinVerw. eine spätere Wertaufholung in demselben Umfang stfrei (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 49.30).

Berichtigungen nach Abs. 2 Satz 4: Siehe weiter oben in dieser Anm.

Bilanzielle Teilwertzuschreibung nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 EStG auf die Anschaffungskosten der Spezial-Investmentanteile: Siehe zu den Begriffen Anm. 5.

Entsprechende Anwendung des Abs. 2 Satz 4: Gemeint ist Folgendes: Die Ermittlung des bei einer Teilwertzuschreibung zu berücksichtigenden Anleger-Gewinns erfolgt in zwei Schritten: Zunächst ist der für die Teilwertzuschreibung relevante Anleger-Gewinn (seit Vornahme der Teilwertabschreibung) zu ermitteln. Anschließend wird er insoweit korrigiert, wie er sich bereits auf den letzten Bilanzansatz ausgewirkt hat (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 49.34 ff. mit Berechnungsbeispielen).

11–14 Einstweilen frei.

15 D. Erläuterungen zu Abs. 3: Ermittlung des Veräußerungsgewinns

Abs. 3 als allgemeines Gewinnermittlungsschema (Abs. 3 Satz 1): Abs. 3 Satz 1 gilt dem Wortlaut nach nur für die Ermittlung des Gewinns aus der Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen, die nicht zu einem BV gehören. Für die Ermittlung dieses Veräußerungsgewinns soll § 20 Abs. 4 EStG (Gewinn als Differenz zwischen Einnahmen aus Veräußerung und AK) entsprechend gelten. Die Norm orientiert sich an § 8 Abs. 5 InvStG aF. In der Praxis dürfte dieser Fall allerdings kaum relevant werden, da natürliche Personen zukünftig nur in Ausnahmefällen Spezial-Investmentanteile im PV halten dürfen (vgl. § 26 Nr. 8). Abs. 3 (insbes. dessen Sätze 2ff.) ist uE daher vielmehr als abstraktes Berechnungsschema für die Ermittlung des Gewinns aus der Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen zu verstehen, das grds. auch bei betrieblichen Anlegern Anwendung findet (vgl. BTDrucks. 18/8045, 121). Von Wortlaut und systematischer Stellung her ist die Norm uE missglückt.

Spezial-Investmentanteil: Siehe zum Begriff § 2 Abs. 4 Satz 2 (§ 2 Anm. 9).

Veräußerung: Siehe zum Begriff § 2 Abs. 13 (§ 2 Anm. 23).

Anteile, die nicht zu einem Betriebsvermögen gehören: Wie bei § 8 Abs. 5 InvStG aF (s. ausführl. dazu *Neumann in Moritz/Jesch/Mann*, 1. Aufl. 2015, § 8 Rz. 167 ff.) sind damit nur Spezial-Investmentanteile gemeint, die von natürlichen Personen ausnahmsweise weiterhin im PV gehalten werden dürfen.

Rechtsfolge: § 20 Abs. 4 EStG gilt entsprechend: Allgemein zu § 20 Abs. 4 s. § 20 EStG Anm. 560 ff. Hier bedeutet die entsprechende Anwendung von § 20 Abs. 4 EStG, dass der Gewinn als Unterschied zwischen den Einnahmen aus der Veräußerung des Spezial-Investmentanteils (nach Abzug von Aufwendungen, die im unmittelbaren sachlichen Zusammenhang mit dem Veräußerungsgeschäft stehen) und seinen AK zu ermitteln ist. Vgl. dazu BMF, Anwendungsfragen, Rz. 49.41 ff. mit einem Berechnungsbeispiel.

Minderung um ausschüttungsgleiche Erträge/Anpassung um Steuern (Abs. 3 Satz 2): Nach Abs. 3 Satz 2 ist der Gewinn aus der Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen (i) um die während der Besitzzeit bereits besteuerten ausschüttungsgleichen Erträge zu mindern sowie (ii) um die auf diese Erträge gezahlten in- und ausländ. Steuern, vermindert um die erstattete in- und ausländ. Steuer des Geschäftsjahres oder früherer Geschäftsjahre, zu erhöhen. Die Regelung entspricht § 8 Abs. 5 Satz 3 InvStG aF. Bilanzierende Anleger bilden die ausschüttungsgleichen Erträge idR über aktive oder passive Ausgleichsposten in der StBil. ab. Die gezahlten in- und ausländ. Steuern bzw. Steuererstattungen werden nicht in den Ausgleichsposten der StBil., sondern über außerbilanzielle Einkommenskorrekturen erfasst (§ 10 KStG). Siehe dazu und zu einem Berechnungsbeispiel BMF, Anwendungsfragen, Rz. 49.41. Zu einer Berücksichtigung dieser Posten im Bewertungsfall des § 49 Abs. 1 Satz 2 s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 49.10 f.

Gewinn aus der Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen: Siehe Abs. 3 Satz 1 weiter oben in dieser Anm.

Minderung um während der Besitzzeit bereits besteuerte ausschüttungsgleiche Erträge: Siehe zum Begriff der „ausschüttungsgleichen Erträge“ § 36 (§ 36 Anm. 5 ff.). Unter „Besitzzeit“ ist uE der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung der Spezial-Investmentanteile zu verstehen. Die Regelung dient dazu, eine Doppelbesteuerung zu vermeiden, denn die ausschüttungsgleichen Erträge sind (mangels tatsächlicher Ausschüttung) noch im Anteilswert enthalten und würden (ohne Herausrechnung) als Teil des Veräußerungsgewinns erneut besteuert (vgl. *Hartmann in Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, § 8 Rz. 68). Vor Anpassung des § 36 Abs. 4 Satz 2 durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) galten die ausschüttungsgleichen Erträge mit Ablauf des Geschäftsjahres, in dem sie vereinnahmt worden sind, als zugeflossen, und zwar ungeachtet einer vorherigen Anteilsveräußerung. Gemäß § 43 Abs. 1 sind die ausschüttungsgleichen Erträge bei der Veranlagung des Anlegers insoweit von der Bemessungsgrundlage der deutschen Steuer auszunehmen, als sie aus einem ausländ. Staat stammende Einkünfte enthalten, für die die Bundesrepublik Deutschland aufgrund eines DBA auf die Ausübung des Besteuerungsrechts verzichtet hat. Bei einer vorherigen Veräußerung der Spezial-Investmentanteile gehen die DBA-befreiten Erträge des Spezial-Investmentfonds in den Fonds-Abkommensgewinn (§ 48 Abs. 5) und damit in den Anleger-Abkommensgewinn ein. Diese ausschüttungsgleichen Erträge gelten mit Ablauf des Geschäftsjahres des Spezial-Investmentfonds beim betrieblichen Anleger als zugeflossen (§ 36 Abs. 4 Satz 2 aF) und sind nach § 43 Abs. 1 von der Besteuerung freizustellen. Die gleichen stl. Folgen ergeben sich bei Erträgen iSd. § 20, die sowohl bei einer Veräußerung der Spezial-Investmentanteile vor Ab-

lauf des Geschäftsjahres des Spezial-Investmentfonds im Anleger-Teilfrestellungsgewinn als auch bei einer späteren Zurechnung der ausschüttungsgleichen Erträge iSd. § 36 Abs. 4 Satz 2 aF enthalten sind. Um eine doppelte Freistellung sowohl bei Zurechnung der ausschüttungsgleichen Erträge nach § 43 Abs. 1 und 3 InvStG als auch bei der Anleger-Abkommensgewinn- und Anleger-Teilfrestellungsgewinnberechnung bei Veräußerung der Spezial-Investmentanteile zu verhindern, waren (nach uE zutreffender, wenn auch nicht vom Gesetzeswortlaut gedeckter Auffassung der FinVerw.) bei den Anleger-Gewinnberechnungen nach § 49 insoweit die nach § 43 Abs. 1 und 3 von der Besteuerung freigestellten Erträge zu korrigieren (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 49.28 ff. mit einem Berechnungsbeispiel; ausführl. auch *Hartmann* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 49 Rz. 44 ff. [12/2020]). Es wurde dabei von der FinVerw. nicht beanstandet, wenn Anleger die stl. Erfassung der ausschüttungsgleichen Erträge bereits zum Zeitpunkt der Veräußerung der Spezial-Investmentanteile vornahmen. Zum Zeitpunkt der stl. Erfassung der ausschüttungsgleichen Erträge beim Anleger waren die über die ausschüttungsgleichen Erträge zugerechneten Fonds-Teilfrestellungsgewinne und die Fonds-Abkommensgewinne bei der Ermittlung der Fonds-Gewinne nach § 48 des Spezial-Investmentvermögens zu bereinigen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 49.33). Aufgrund der Änderung des § 36 Abs. 4 Satz 2 durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) mW zum 1.1.2020 (§ 57 Satz 1 Nr. 11) gelten nunmehr bei nach dem 31.12.2019 erfolgten Anteilsveräußerungen die besitzzeitanteiligen ausschüttungsgleichen Erträge des Geschäftsjahres, in dem die Veräußerung stattfindet, bereits als im Veräußerungszeitpunkt zugeflossen. Der Veräußerungsgewinn ist daher bereits in diesem Zeitpunkt auch um die besitzzeitanteiligen ausschüttungsgleichen Erträge des laufenden Geschäftsjahres zu kürzen und die Anleger-Abkommensgewinne und Anleger-Teilfrestellungsgewinne sind insoweit zu korrigieren, als die besitzzeitanteiligen ausschüttungsgleichen Erträge nach § 43 Abs. 1 und Abs. 3 von der Besteuerung freigestellt werden (so zutr. *Hartmann* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 49 Rz. 46 [12/2020]; vgl. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 49.39 f. mit einem Berechnungsbeispiel).

Erhöhung um die auf diese Erträge gezahlten in- und ausländischen Steuern: Gemeint sind die aus dem Fondsvermögen gezahlten in- und ausländ. Steuern auf die ausschüttungsgleichen Erträge. Darunter fallen uE zum einen auf Fondseingangsseite erhobene in- und ausländ. Quellensteuern, Steuern auf Ebene des Spezial-Investmentfonds (§ 29) sowie einbehaltene Quellensteuern auf Fondsausgangsseite (§ 50 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1). Hintergrund der Regelung ist, dass die ausschüttungsgleichen Erträge nicht vollständig im Anteilswert enthalten sind, sondern (lediglich) insoweit, als nicht Steuern auf diese Erträge den Anteilswert ihrerseits gemindert haben (vgl. *Hartmann* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, § 8 Rz. 68). Die Regelung zu Steuern ist damit ein Korrektiv zur Minderung um den Bruttowert der ausschüttungsgleichen Erträge.

Minderung um die erstattete in- und ausländische Steuer des Geschäftsjahres oder früherer Geschäftsjahre: Spiegelbildlich zur Erhöhung um gezahlte Steuern sollen erstattete in- und ausländ. Steuern, die den Anteilswert erhöht haben, wiederum gegengerechnet werden. Dies betrifft uE in erster Linie die gegenüber dem Spezial-Investmentfonds erhobene in- und ausländ. Quellensteuer, die nachträglich infolge von Erstattungen reduziert wird.

Erhöhung um tatsächlich ausgeschüttete ausschüttungsgleiche Erträge (Abs. 3 Satz 3): Nach Abs. 3 Satz 3 sind ausschüttungsgleiche Erträge, die in einem späte-

ren Geschäftsjahr innerhalb der Besitzzeit ausgeschüttet wurden, dem Veräußerungserlös hinzuzurechnen. Die Regelung entspricht § 8 Abs. 5 Satz 4 InvStG aF.

- ▶ **Ausschüttungsgleiche Erträge:** Siehe zum Begriff § 36 (§ 36 Anm. 5 ff.).
- ▶ **Ausschüttung in einem späteren Geschäftsjahr innerhalb der Besitzzeit:** Diese spätere Ausschüttung ist für den Anleger nicht stbar, da bereits der ausschüttungsgleiche Ertrag nach § 36 stpfl. war (vgl. *Schober in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 49 Rz. 67). Da es dem Wortlaut nach (nur) auf die Ausschüttung innerhalb der Besitzzeit ankommt, sind auch Fälle erfasst, in denen der Anleger zum Zeitpunkt der Entstehung/der Zurechnung der ausschüttungsgleichen Erträge noch nicht Anleger war.
- ▶ **Hinzurechnung zum Veräußerungserlös:** Hintergrund ist, dass der Anteilswert durch die Ausschüttung sinkt, was zu einer Verminderung des Veräußerungsgewinns führen würde, die Ausschüttung selbst beim Anleger indes nicht der Besteuerung unterliegt. Ziel der Regelung ist damit die Vermeidung einer Nichtbesteuerung (vgl. *Schober in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 49 Rz. 68).

Erhöhung um Substanz- und Absetzungsbeträge (Abs. 3 Satz 4): Nach Abs. 3 Satz 4 ist der Gewinn aus der Veräußerung um die während der Besitzzeit des Anlegers zugeflossenen Substanzbeträge und Absetzungsbeträge zu erhöhen. Die Regelung entspricht § 8 Abs. 5 Satz 6 InvStG aF. Bilanzierende Anleger bilden die ausgeschütteten Absetzungsbeträge idR über aktive oder passive Ausgleichsposten in der StBil. ab. Zugeflossene Substanzbeträge mindern idR den strechtl. Bilanzansatz der Spezial-Investmentanteile. Siehe dazu und zu einem Berechnungsbeispiel BMF, Anwendungsfragen, Rz. 49.43 f.

Gewinn aus der Veräußerung: Siehe Abs. 3 Satz 1 weiter oben in dieser Anm.

Erhöhung um die während der Besitzzeit des Anlegers zugeflossenen Substanzbeträge und Absetzungsbeträge: Hintergrund ist auch hier, dass der Anteilswert durch die Ausschüttung sinkt, was zu einer Verminderung des Veräußerungsgewinns führen würde, die Ausschüttung selbst beim Anleger indes nicht der Besteuerung unterliegt (vgl. *Hartmann in Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, § 8 Rz. 71).

- ▶ **Während der Besitzzeit zugeflossen:** Abzustellen ist auf den tatsächlichen Zufluss im Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung der Spezial-Investmentanteile.
- ▶ **Substanzbeträge:** Siehe zur Definition § 35 Abs. 5 (§ 35 Anm. 25).
- ▶ **Absetzungsbeträge:** Siehe zur Definition § 35 Abs. 4 (§ 35 Anm. 20).

Minderung bei Transparenzoption (Abs. 3 Satz 5): Nach dem durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) modifizierten Abs. 3 Satz 5 mindern Zurechnungsbeträge und Immobilien-Zurechnungsbeträge, die nicht an den Anleger ausgeschüttet wurden, den Gewinn aus der Veräußerung. Auch diese Regelung dient dazu, eine Doppelbesteuerung zu vermeiden, denn auch diese Beträge sind (mangels tatsächlicher Ausschüttung) noch im Anteilswert enthalten und würden (ohne Herausrechnung) als Teil des Veräußerungsgewinns erneut besteuert. Es handelt sich dabei um eine Folgeänderung zur Anpassung des § 35 durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17).

Zurechnungsbeträge und Immobilien-Zurechnungsbeträge: Erfasst sind die Einnahmen/Einkünfte, für die die Transparenzoption nach § 30 Abs. 1 (und nunmehr auch nach § 33 Abs. 2 Sätze 3 ff.) ausgeübt wurde. Bislang waren dies nach dem in-

soweit eindeutigen Gesetzeswortlaut nur inländ. Beteiligungseinnahmen und sonstige inländ. Einkünfte; geboten wäre allerdings auch einer Erfassung der inländ. Immobilieneinkünfte gewesen (vgl. § 35 Anm. 15). Dies wurde durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) durch Anpassung des § 35 sowie des § 49 Abs. 3 Satz 5 nachgeholt. Zugleich wurde neben der Legaldefinition der „Zurechnungsbeträge“ (§ 35 Abs. 3; s. § 35 Anm. 15) die Legaldefinition der „Immobilienzurechnungsbeträge“ in § 35 Abs. 3a eingeführt. Auf diese beiden Legaldefinitionen wird nunmehr (uE im Interesse einer besseren Lesbarkeit) verwiesen.

Keine Ausschüttung: Wenn keine Ausschüttung erfolgt ist, sind diese Einnahmen/Einkünfte (noch) erhöhend im Anteilswert enthalten.

Rechtsfolge: Minderung des Gewinns aus der Veräußerung: Es tritt der gleiche Effekt ein wie vorstehend in dieser Anm. beschrieben.

16–19 Einstweilen frei.

20 E. Erläuterungen zu Abs. 4: Entsprechende Anwendung des § 15b EStG

Verlustverrechnungsbeschränkung bei Steuerstundungsmodellen: Nach Abs. 4 ist § 15b EStG auf Verluste aus der Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen sowie auf Verluste durch Ansatz des niedrigeren Teilwerts bei Spezial-Investmentanteilen entsprechend anzuwenden. Die Regelung entspricht § 8 Abs. 7 InvStG aF.

Verluste aus der Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen: Der Gewinnbegriff umfasst auch Verluste (§ 2 Abs. 14; s. § 2 Anm. 24). Siehe zur Ermittlung des Veräußerungsgewinns/-verlustes Abs. 3 Satz 1 (Anm. 15).

Verluste durch Ansatz des niedrigeren Teilwerts bei Spezial-Investmentanteilen: Siehe Anm. 5.

Entsprechende Anwendung von § 15b EStG ist uE als Rechtsgrundverweis zu verstehen. Liegt ein sog. Steuerstundungsmodell iSv. § 15b Abs. 2 EStG vor, dürfen Verluste im Zusammenhang mit diesem Steuerstundungsmodell weder mit Einkünften aus Gewerbebetrieb noch mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten ausgeglichen werden. Sie dürfen auch nicht nach § 10d EStG abgezogen werden. Die Verluste mindern jedoch die Einkünfte, die der Stpfl. in den folgenden Wj. aus derselben Einkunftsquelle erzielt (s. zu § 15b EStG § 15 Anm. 15 ff.). Es ist jedoch uE weiterhin unklar, ob überhaupt und welchen Anwendungsbereich konkret § 8 Abs. 7 InvStG aF hatte und folglich § 49 Abs. 5 hat. Siehe dazu ausführlich *Petzschke-Lauerermann/Hillebrand* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 49 Rz. 15 (2/2020); *Hartmann* in *Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 49 Rz. 48 ff. (12/2020). Nach Auffassung der FinVerw. ist die stl. Behandlung der Verluste im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen iSd. § 15b EStG bei der Anleger-Gewinnberechnung des § 49 InvStG jedenfalls ausschließlich auf Ebene des Anlegers durchzuführen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 49.46).

§ 50 Kapitalertragsteuer

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731)

(1) ¹Ein inländischer Spezial-Investmentfonds hat als Entrichtungspflichtiger 15 Prozent Kapitalertragsteuer einzubehalten und abzuführen. ²Dem Steuerabzug unterliegen

1. die ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge, mit Ausnahme der nach § 43 Absatz 1 und 2 steuerfreien Erträge, und
2. der Gewinn aus der Veräußerung eines Spezial-Investmentanteils.

(2) ¹Der Entrichtungspflichtige hat ausländische Steuern nach Maßgabe des § 47 zu berücksichtigen. ²Die Vorschriften des Einkommensteuergesetzes, die für den Steuerabzug von Kapitalerträgen nach § 43 Absatz 1 Satz 1 Nummer 7 und Satz 2 des Einkommensteuergesetzes gelten, sind entsprechend anzuwenden.

(3) Soweit die ausgeschütteten Erträge Kapitalerträge nach § 43 Absatz 1 Satz 1 Nummer 6 und 8 bis 12 des Einkommensteuergesetzes enthalten, gilt § 43 Absatz 2 Satz 3 bis 8 des Einkommensteuergesetzes entsprechend.

Autor und Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 50	1	C. Erläuterungen zu Abs. 2: Minderung um ausländische Steuern, Verfahrensfragen	10
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Kapitalertragsteuerabzug	5	D. Erläuterungen zu Abs. 3: Ausnahme vom Kapitalertragsteuerabzug	15

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 50

1

Grundinformation: Nach § 43 Satz 2 AO bestimmen die Steuergesetze, ob ein Dritter die Steuer für Rechnung des Steuerschuldners zu entrichten hat, er also ein sog. Entrichtungspflichtiger ist. Eine solche steuergesetzliche Regelung ist § 50, nach dem Spezial-Investmentvermögen von bestimmten Erträgen und Veräußerungsgewinnen KapErtrSt für Rechnung der Anleger als Steuerschuldner einzubehalten und abzuführen haben.

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher Geltungsbereich:* § 50 regelt die Verpflichtung inländ. Spezial-Investmentfonds, von bestimmten Erträgen KapErtrSt einzubehalten und abzuführen.
- ▶ *Persönlicher Geltungsbereich:* § 50 gilt für inländ. Spezial-Investmentfonds und im Hinblick auf Spezial-Investmenterträge (nur) inländ. Anleger (s. Anm. 10).
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* § 50 gilt ab dem 1.1.2018, s. § 56 Abs. 1.

Verhältnis zu anderen Vorschriften:

- ▶ *Verhältnis zu § 31:* Nimmt ein Spezial-Investmentfonds die Transparenzoption wahr, entsteht auf der Fondseingangsseite KapErtrSt auf inländ. Beteiligungseinnahmen und sonstige inländ. Einkünfte des Fonds, also so, als seien diese dem jeweiligen Anleger selbst zugeflossen (§ 31 Abs. 1 Satz 1). Damit ist indes nicht geregelt, dass diese Einkünfte, wenn sie ausgeschüttet oder ausschüttungsgleiche Erträge werden, auf der Fondsausgangsseite nicht mehr dem KapErtrSt-Abzug nach § 50 unterliegen können.
- ▶ *Verhältnis zu § 49:* Dieser regelt, wie der Gewinn aus der Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen zu bestimmen ist, der nach § 50 dem StAbzug unterliegt.
- ▶ *Verhältnis zu § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 EStG:* § 50 regelt, dass und wie KapErtrSt von Spezial-Investmenterträgen (§ 34) zu erheben ist. Entrichtungspflichtiger ist danach der inländ. Spezial-Investmentfonds. Für Investmenterträge (§ 16) aus Investmentfonds regelt § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 EStG den KapErtrStAbzug, den nach § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG die die Investmenterträge auszahlende Stelle, also idR das die Investmentanteile verwahrende Kreditinstitut (§ 44 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 Buchst. a EStG) vornimmt. Die Einstufung als Investmentfonds oder Spezial-Investmentfonds ist also relevant dafür, wer die KapErtrSt einbehalten und abführen muss. Nach BMF (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 50.1) soll sich ein Entrichtungspflichtiger, der für diese Einstufung auf Informationen von Finanzinformationsdienstleistern abstellt, deren schuldhaftes Verhalten bei einer fehlerhaften Einstufung zurechnen lassen müssen und ggf. für einen unterlassenen KapErtrStAbzug haften.

2–4 Einstweilen frei.

5 B. Erläuterungen zu Abs. 1: Kapitalertragsteuerabzug

Inländischer Spezial-Investmentfonds als Entrichtungspflichtiger: Als Entrichtungspflichtiger (§ 43 Satz 2 AO) ist der inländ. Spezial-Investmentfonds ein Dritter, der Steuer, hier die KapErtrSt, für Rechnung des Steuerschuldners, hier des Anlegers des Fonds, entrichtet, dh. einbehält und abführt.

Der Kapitalertragsteuer unterliegende Erträge und Gewinne: Der Spezial-Investmentfonds hat von folgenden Erträgen und Gewinnen KapErtrSt zu entrichten:

Ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge, mit Ausnahme der nach § 43 Abs. 1 und 2 steuerfreien Erträge: Ausgeschüttete Erträge (§§ 34 Abs. 1 Nr. 1, 35 Abs. 1) und ausschüttungsgleiche Erträge (§§ 34 Abs. 1 Nr. 2, 36 Abs. 1) unterliegen dem KapErtrStAbzug. Wegen befürchteter Schwierigkeiten, die auftreten konnten, weil auch bei einer unterjährigen Anteilsveräußerung ausschüttungsgleiche Erträge (besitzzeitanteilig) erst am Geschäftsjahresende als zugeflossen galten (§ 36 Abs. 4 Satz 2 aF), also zu einem Zeitpunkt, zu dem der Spezial-Investmentfonds die für den StAbzug nötigen Geldmittel möglicherweise nicht mehr hatte und deshalb vom Alt-Anteilsinhaber anfordern musste (s. BTDrucks. 19/13436, 180), wurde mit dem WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) § 36 Abs. 4 Satz 2 durch die Sätze 2 bis 5 ersetzt und darin der Zeitpunkt der Zuflussfiktion auf den Veräußerungszeitpunkt vorverlegt

(s. § 36 Anm. 1). Das BMF hatte es schon vor dieser Gesetzesänderung zugelassen, dass ein Investment-Spezialfonds im Veräußerungszeitpunkt von einem Zufluss ausging, einen StAbzug vornahm und eine StBescheinigung ausstellte (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 50.3). Vom KapErtrStAbzug ausgenommen sind nach § 43 Abs. 1 (Befreiung aufgrund von DBA, s. dazu § 43 Anm. 5) und Abs. 2 (Befreiung aufgrund der Hinzurechnungsbesteuerung, s. dazu § 43 Anm. 8) stbefreite Erträge (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 50.5).

Gewinn aus der Veräußerung eines Spezial-Investmentanteils: Der KapErtrSt unterliegen auch Gewinne aus der Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen (§ 49). Ein Spezial-Investmentfonds kann von solchen von ihm auch kaum zu ermittelnden (vgl. *Gloßner in Blümich*, § 50 InvStG 2018 Rz. 26 [6/2017]) Gewinnen allerdings nur KapErtrSt einbehalten und entrichten, wenn er in die Veräußerung eingebunden ist, also zB im Fall der Anteilsrücknahme die Anteile zurücknimmt und dann den Gewinn ermitteln und aus dem Erlös die Steuer einbehalten und abführen kann. Da Spezial-Investmentanteile ohne Einbeziehung des Fonds selbst veräußert werden können, erscheint die Regelung insoweit fragwürdig, zumal ein Anleger – anders als zB ein ArbN gegenüber seinem ArbG in dem Fall, dass der Barlohn nicht reicht, die LSt zu decken (§ 38 Abs. 4 EStG) oder ein Gläubiger von Kapitalerträgen nach § 44 Abs. 1 Sätze 7ff. EStG, wenn Kapitalerträge nicht in Geld bestehen – nicht ausdrücklich steuergesetzlich verpflichtet ist, dem Spezial-Investmentfonds Mittel zur Verfügung zu stellen, damit dieser KapErtrSt abführen kann. Die FinVerw. gestattet es, dass in entsprechender Anwendung des § 43 Abs. 2 Satz 3 EStG ein KapErtrStAbzug unterbleibt und folglich keine KapErtrSt-Anmeldung abgegeben wird, wenn der Anleger eine unbeschränkt stpfl. Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse iSd. § 43 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 EStG ist oder die Anteile im BV gehalten und die Voraussetzungen des § 43 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 EStG erfüllt werden (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 50.8). Kapitalertragsteuer muss von Gewinnen aus der Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen danach nur erhoben werden, wenn die Anteile im PV gehalten werden.

Steuersatz: Er beträgt 15 % zzgl. SolZ (5,5 %).

Verfahrensfragen: Diese regelt Abs. 2 Satz 2 mit einem Verweis auf die Vorschriften des EStG, die für den StAbzug von Kapitalerträgen nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 und Satz 2 EStG gelten, s. dazu Anm. 10.

Einstweilen frei.

6–9

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Minderung um ausländische Steuern, 10 Verfahrensfragen

Minderung um ausländische Steuern (Abs. 2 Satz 1): Der KapErtrStAbzug mindert sich um ausländ. Steuern, soweit sie nach § 47 zu berücksichtigen sind. Ausländische Steuern auf Erträge, die nach Abs. 3 nicht dem StAbzug unterliegen, werden nicht einbezogen (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 50.9). Die FinVerw. beanstandet es nicht, wenn ausländ. Steuern nicht beim KapErtrStAbzug, sondern erst im Veranlagungsverfahren des Anlegers berücksichtigt werden (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 50.10).

Entsprechende Anwendung der Vorschriften des EStG (Abs. 2 Satz 2): Die für den StAbzug von Kapitalerträgen nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 und Satz 2 EStG

(also insbes. Zinsen) geltenden Vorschriften des EStG gelten entsprechend für die Verpflichtung des Spezial-Investmentfonds, KapErtrSt einzubehalten und abzuführen. Dies sind (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 50.11): § 43 Abs. 2 Satz 2 EStG (Abstandnahme vom Einbehalt der KapErtrSt bei Interbankenverkehr), § 44 EStG, § 44a EStG (Abstandnahme vom StAbzug bei Vorlage eines Freistellungsauftrags nach § 44a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG, einer NV-Bescheinigung für nicht stbefreite Personen nach § 44a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG, einer NV-Bescheinigung für stbefreite Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen nach § 44a Abs. 4 EStG und einer Bescheinigung für Dauerüberzahler, nach § 44a Abs. 5 EStG), § 44b Abs. 5 EStG (Korrektur von KapErtrStAnmeldungen), § 45a EStG (KapErtrStAnmeldungen, Steuerbescheinigungen). Die Formulierung zielt zudem darauf, dass KapErtrSt nur gegenüber inländ. Anlegern zu erheben ist (s. auch *Ronig in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 50 Rz. 81 [6/2020]). Der Grund dafür ist, dass KapErtrSt nur eine Erhebungsform der Est bzw. KSt ist und eine materielle StPflcht des Empfängers der Erträge voraussetzt (BFH v. 14.2.1973 – I R 77/71, BStBl. II 1973, 452; BFH v. 19.10.2005 – I R 121/04, BFH/NV 2006, 926). Spezial-Investmterträge gehören indes nicht zu den inländ. Einkünften iSd. § 49 Abs. 1 EStG, mit denen im Ausland ansässige Anleger in Deutschland der beschränkten EStPflcht (§ 1 Abs. 4 EStG, s. § 1 EStG Anm. 345) oder KStPflcht (§ 2 Nr. 1 KStG, s. § 2 KStG Anm. 70) unterliegen. Vom KapErtrStEinbehalt ist deshalb abzusehen (vgl. BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85, Rz. 313; s. auch BTDrucks. 18/8045, 121). Hintergrund ist, dass durch die StErhebung für Beteiligungseinnahmen (StAbzug) auf der Eingangsseite des Fonds bzw. die StPflcht des Spezial-Investmentfonds im Hinblick auf Immobilienerträge (§ 29 Abs. 1 iVm. § 6 Abs. 4) das deutsche Steuersubstrat gesichert ist (BTDrucks. 18/8045, 121), es also dazu keines weiteren StAbzugs mehr bedarf.

11–14 Einstweilen frei.

15 D. Erläuterungen zu Abs. 3: Ausnahme vom Kapitalertragsteuerabzug

Ausnahmeregelung: Nach Abs. 3 werden in ausgeschütteten Erträgen enthaltene Kapitalerträge iSd. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 und 8 bis 12 EStG, also insbes. ausländ. Dividenden, Stillhalterprämien, Gewinne aus Termingeschäften und Veräußerungsgewinne aus Kapitalvermögen, die unter den Voraussetzungen des § 43 Abs. 2 Sätze 3 bis 8 EStG, also von bestimmten unbeschränkt stpfl. Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen oder betrieblichen Anlegern erzielt werden, vom StAbzug ausgenommen. Abs. 3 soll ausweislich der Begr. des Gesetzentwurfs (BTDrucks. 18/8045, 121) – aber anders als darin angegeben nicht wortgleich – den bisherigen § 7 Abs. 1 Satz 4 InvStG aF fortführen.

Kapitalerträge nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 und 8 bis 12 EStG: Siehe § 43 EStG Anm. 31 und 43 bis 53.

Entsprechende Geltung von § 43 Abs. 2 Sätze 3 bis 8 EStG: Siehe § 43 Anm. 65 f.

In ausgeschütteten Erträgen enthaltene Kapitalerträge: Abs. 3 regelt nach seinem Wortlaut nur in ausgeschütteten Erträgen, nicht auch in ausschüttungsgleichen Erträgen oder in Gewinnen aus der Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen enthaltene Kapitalerträge iSd. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 und 8 bis 12 EStG. Da es an einer Begr. für diese unsystematische Abweichung von § 7 Abs. 4 Satz 2 und

§ 8 Abs. 6 Satz 3 InvStG aF zu Ungunsten von Anlegern fehlt (vgl. BTDrucks. 18/8045, 121; s. dazu auch *Bindl/Mager*, BB 2016, 2711 [2720]), spricht alles (und insbes. die Systematik des Gesetzes) für ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers. Die Regelung sollte also entsprechend auch auf ausschüttungsgleiche Erträge und Gewinne aus der Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen angewandt werden (vgl. auch *Gloßner in Blümich*, § 50 InvStG 2018 Rz. 54 [6/2017]; so zumindest für ausschüttungsgleiche Erträge inzwischen auch die FinVerw., s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 50.12).

§ 51 Feststellung der Besteuerungsgrundlagen

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731), zuletzt geändert durch „JStG 2018“ v. 11.12.2018 (BGBl. I 2018, 2338; BStBl. I 2018, 1377)

(1) Die Besteuerungsgrundlagen nach den §§ 29 bis 49, die nicht ausgeglichenen negativen Erträge nach § 41 und die positiven Erträge, die nicht zu einer Ausschüttung verwendet wurden, sind gegenüber dem Spezial-Investmentfonds und dem Anleger gesondert und einheitlich festzustellen.

(2) ¹Eine Erklärung zur gesonderten und einheitlichen Feststellung der Besteuerungsgrundlagen ist der zuständigen Finanzbehörde innerhalb von vier Monaten nach Ablauf des Geschäftsjahres eines Spezial-Investmentfonds nach amtlich vorgeschriebenem Vordruck abzugeben. ²Wird innerhalb von vier Monaten nach Ablauf des Geschäftsjahres ein Beschluss über eine Ausschüttung gefasst, so ist die Erklärung innerhalb von vier Monaten nach dem Tag des Beschlusses abzugeben.

(3) Die Erklärung zur gesonderten und einheitlichen Feststellung hat abzugeben:

1. bei einem inländischen Spezial-Investmentfonds die Kapitalverwaltungsgesellschaft, die inländische Betriebsstätte oder Zweigniederlassung der ausländischen Verwaltungsgesellschaft oder die inländische Verwahrstelle oder
2. bei einem ausländischen Spezial-Investmentfonds die inländische oder ausländische Verwaltungsgesellschaft oder der inländische Anleger.

(4) Der Erklärung zur gesonderten und einheitlichen Feststellung sind folgende Unterlagen beizufügen:

1. der Jahresbericht oder der Jahresabschluss und der Lagebericht jeweils für das abgelaufene Geschäftsjahr,
2. im Falle einer Ausschüttung ein verbindlicher Beschluss der Verwaltungsgesellschaft über die Verwendung der Erträge,
3. der Verkaufsprospekt, sofern ein Verkaufsprospekt erstellt wurde,
4. das Anteilsregister,
5. die Überleitungsrechnung, aus der hervorgeht, wie die Besteuerungsgrundlagen aus der handels- oder investmentrechtlichen Rechnungslegung ermittelt wurden,
6. die Summen- und Saldenlisten, aus denen sich die Zusammensetzung der Einnahmen und Werbungskosten des Spezial-Investmentfonds ergibt, und
7. die Unterlagen zur Aufteilung der Einkünfte auf die einzelnen Anleger.

(5) ¹Die Erklärung zur gesonderten und einheitlichen Feststellung steht einer gesonderten und einheitlichen Feststellung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gemäß § 164 der Abgabenordnung gleich. ²Eine berichtigte Feststellungserklärung gilt als Antrag auf Änderung.

Autor und Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 51	1	D. Erläuterungen zu Abs. 3: Erklärungsverpflichteter	15
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Einheitliche und gesonderte Feststellung	5	E. Erläuterungen zu Abs. 4: Der Erklärung beizufügende Unterlagen	20
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Erklärung zur gesonderten und einheitlichen Feststellung der Besteuerungsgrundlagen	10	F. Erläuterungen zu Abs. 5: Vorbehaltsfeststellung	25

1 A. Allgemeine Erläuterungen zu § 51

Grundinformation: § 51 regelt, dass bestimmte für die Besteuerung der Anleger eines Spezial-Investmentfonds relevante Werte gegenüber diesem und gegenüber dem Spezial-Investmentfonds einheitlich und gesondert festgestellt werden und enthält Verfahrensregelungen dazu.

Rechtsentwicklung: Mit dem Investmentsteuerreformgesetz (InvStRefG) v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731) wurde die Investmentbesteuerung für Investmentfonds neu konzipiert und § 51 eingeführt.

► „JStG 2018“ v. 11.12.2018 (BGBl. I 2018, 2338; BStBl. I 2018, 1377): Abs. 5 Satz 2 wird angefügt, damit nicht angenommen werden kann, eine berichtigte Feststellungserklärung stehe einer einheitlichen und gesonderten Feststellung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gleich (BTDrucks. 19/4455, 115).

Geltungsbereich:

- *Sachlicher Geltungsbereich:* § 51 gilt für die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen, die so wie festgestellt in Folgebescheide über die Festsetzung von ESt oder KSt des Anlegers einfließen.
- *Persönlicher Geltungsbereich:* § 51 gilt für in- und ausländ. Spezial-Investmentfonds und ihre in- und ausländ. Anleger, setzt bei ausländ. Spezial-Investmentfonds allerdings grds. eine Relevanz für die Besteuerung nach inländ. Recht voraus, dh. die Beteiligung eines oder mehrerer inländ. Anleger (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 51.3). § 51 richtet sich insbes. an inländ. Anleger ausländ. Spezial-Investmentfonds (Abs. 3 Nr. 2) als zur Abgabe der Feststellungserklärung Verpflichtete.
- *Zeitlicher Geltungsbereich:* § 51 gilt ab dem 1.1.2018, s. § 56 Abs. 1.

Verhältnis zu anderen Vorschriften:

- *Verhältnis zu §§ 157 Abs. 2, 179 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 AO:* § 51 ist gesetzliche Bestimmung iSd. § 179 Abs. 1 AO, nach der Besteuerungsgrundlagen abweichend von § 157 Abs. 2 AO gesondert festgestellt werden. Die Vorschrift ist zugleich eine gesetzliche Bestimmung iSv. § 179 Abs. 2 Satz 2 AO, nach der die Feststellung einheitlich erfolgt.

2–4 Einstweilen frei.

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Einheitliche und gesonderte Feststellung

5

Einheitliche und gesonderte Feststellung gegenüber dem Spezial-Investmentfonds und dem Anleger: Abs. 1 regelt, dass bestimmte für die Besteuerung der Anleger eines Spezial-Investmentfonds relevante Werte gegenüber diesem und gegenüber dem Spezial-Investmentfonds einheitlich und gesondert festgestellt werden, und zwar unabhängig davon, ob der Fonds in- oder ausländ. ist und ob und wie viele in- oder ausländ. Anleger er hat. Selbst bei einem ausländ. Spezial-Investmentfonds, an dem nur ausländ. Anleger beteiligt sind, ist nach Auffassung des Gesetzgebers eine Feststellung hinsichtlich der inländ. Einkünfte erforderlich, da zu bestimmen ist, ob diese dem Spezial-Investmentfonds oder dessen Anlegern zuzurechnen sind (s. BTDrucks. 18/8045, 121; missverständlich BMF, Anwendungsfragen, Rz. 51.3: Anwendung auf ausländ. Spezial-Investmentfonds nur bei Relevanz für die Besteuerung nach inländ. Recht, dh. bei Beteiligung eines oder mehrerer inländ. Anleger). Das Gesetz bestimmt eine einheitliche Feststellung iSd. § 179 Abs. 2 Satz 2 AO, weil mit dem Spezial-Investmentfonds und dessen Anleger in jedem Fall mindestens zwei Beteiligte vorhanden sind. Eine gesonderte und einheitliche Feststellung ist also auch vorzunehmen, wenn sich nur ein Anleger an dem Spezial-Investmentfonds beteiligt (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 51.5). Der Feststellungsbescheid ist Grundlagenbescheid iSd. § 171 Abs. 10 AO, der gem. 182 AO für die Folgebescheide gegenüber den Anlegern bindend ist. Die Feststellung ist zugleich auch gegenüber dem Spezial-Investmentfonds bindend. Die festzustellenden Werte sind:

Besteuerungsgrundlagen nach §§ 29 bis 49: Dies sind neben den Werten für die laufende Ertragsbesteuerung (ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge) auch die Werte, die für die Besteuerung des Gewinns aus der Rückgabe, Veräußerung, Entnahme oder verdeckten Einlage der Investmentanteile erforderlich sind (zB Abkommensgewinn, § 48).

Nicht ausgeglichene negative Erträge nach § 41: Siehe § 41 Anm. 5.

Positive nicht zu einer Ausschüttung verwendete Erträge: Siehe zB die Veräußerungsgewinne nach § 36 Abs. 2.

Nicht gesondert und einheitlich festgestellt wird die Höhe der nach § 50 einbehaltenen KapErtrSt; für deren Anrechnung beim Anleger bedarf es stets einer StBescheinigung (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 51.10).

Einstweilen frei.

6–9

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Erklärung zur gesonderten und einheitlichen Feststellung der Besteuerungsgrundlagen

10

Abs. 2 regelt Anforderungen an die Erklärung zur gesonderten und einheitlichen Feststellung der Besteuerungsgrundlagen.

Form: Nach amtlich vorgeschriebenem Vordruck.

Adressat ist die zuständige Finanzbehörde nach § 4.

Frist: Vier Monate nach Ablauf des Geschäftsjahres des Spezial-Investmentfonds bzw. vier Monate nach dem Tag des Ausschüttungsbeschlusses, wenn ein solcher

gefasst wird. Die Frist ist nach § 108 Abs. 1 AO iVm. § 187 Abs. 1 BGB und § 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB zu berechnen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 51.17).

Zur Erklärungsabgabe Verpflichteter: Siehe Anm. 15.

11–14 Einstweilen frei.

15 D. Erläuterungen zu Abs. 3: Erklärungsverpflichteter

Inländischer Spezial-Investmentfonds (Abs. 3 Nr. 1): Verpflichtet, die Erklärung zur gesonderten und einheitlichen Feststellung abzugeben, ist bei einem inländ. Spezial-Investmentfonds die Kapitalverwaltungsgesellschaft, die inländ. BS oder Zweigniederlassung der ausländ. Verwaltungsgesellschaft oder die inländ. Verwahrstelle. Letztere oder der an ihrer Stelle bestellte Liquidator hat auch im Fall der Abwicklung bzw. Liquidation eines inländ. Spezial-Investmentfonds die Erklärung abzugeben (§ 3 Abs. 3; s. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 51.20). Es ist unklar, warum das Gesetz nicht statt der wortreichen Aufzählung möglicher Vertreter eines inländ. Investmentfonds auf denselben iSv. § 3 verweist, der auch für Spezial-Investmentfonds gilt.

Ausländischer Spezial-Investmentfonds (Abs. 3 Nr. 2): Verpflichtet, die Erklärung zur gesonderten und einheitlichen Feststellung abzugeben, ist bei einem ausländ. Spezial-Investmentfonds die in- oder ausländ. Verwaltungsgesellschaft oder der inländ. Anleger. Gibt die Verwaltungsgesellschaft die Erklärung zur gesonderten Feststellung ab, sind die Anleger nach § 181 Abs. 2 Satz 3 AO insoweit von der Erklärungspflicht befreit (so BMF, Anwendungsfragen, Rz. 51.21 Satz 2).

Verknüpfungen mit „oder“:

- ▶ *Oder-Verknüpfung der Nr. 1 und Nr. 2:* Die Verknüpfung der Nr. 1 (Erklärungsverpflichteter bei inländ. Spezial-Investmentfonds) und der Nr. 2 (Erklärungsverpflichteter bei ausländ. Spezial-Investmentfonds) mit „oder“ ist sprachlich missglückt, da die Erklärungspflichtigen nicht alternativ gelten; es müsste „und“ heißen.
- ▶ *Oder-Verknüpfung von Verwaltungsgesellschaft und Anleger innerhalb der Nr. 2:* Mit der Verknüpfung dieser potentiell Erklärungsverpflichteten innerhalb der Nr. 2 mit „oder“ bringt das Gesetz zum Ausdruck, dass die Verpflichtung, die Erklärung abzugeben, jeden der Genannten trifft, die Erklärung aber nur einmal abgegeben werden muss. Gibt also die Verwaltungsgesellschaft die Erklärung zur gesonderten Feststellung ab, sind die Anleger nach § 181 Abs. 2 Satz 3 AO insoweit von der Erklärungspflicht befreit (so BMF, Anwendungsfragen, Rz. 51.21 Satz 2). Das Gesetz überlässt es dabei dem Anleger bzw. den Anlegern und dem Spezial-Investmentfonds abzustimmen, wer im Innenverhältnis verpflichtet sein soll, die Erklärung abzugeben. Das gesetzliche Vakuum ist unbefriedigend, da es unnötig (weil durch eine eindeutige StErklärungspflicht des Vertreters des Spezial-Investmentfonds vermeidbar) die Gefahr heraufbeschwört, dass StErklärungspflichtigen bis hin zu der Verpflichtung, als falsch oder unvollständig erkannte StErklärungen zu berichtigen (§ 153 AO), verletzt werden (s. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 51.22 zu Erwägungen, gegen alle Anleger Zwangsgelder festzusetzen).

16–19 Einstweilen frei.

E. Erläuterungen zu Abs. 4: Der Erklärung beizufügende Unterlagen 20

Abs. 4 regelt in sieben Nummern, welche Unterlagen der Feststellungserklärung beizufügen sind. Ein inländ. Anleger, den nach Abs. 3 Nr. 2 neben der Verwaltungsgesellschaft des Spezial-Investmentfonds die Verpflichtung trifft, die Feststellungserklärung abzugeben, wird sich vertraglich zusagen lassen müssen, vom Spezial-Investmentfonds die erforderlichen Unterlagen und Informationen zu bekommen, da er sonst seiner (strafbewehrten) Erklärungspflicht nicht genügen kann.

Einstweilen frei

21–24

F. Erläuterungen zu Abs. 5: Vorbehaltsfeststellung 25

Die Erklärung zur gesonderten und einheitlichen Feststellung steht einer gesonderten und einheitlichen Feststellung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gem. § 164 AO gleich (Abs. 5 Satz 1). Sie hat damit insoweit ähnliche Wirkung wie eine StAnmeldung (§ 168 Satz 1 AO), ohne dass allerdings Steuern festgesetzt werden, die deren Fälligkeit mit der Erklärung verursacht wird. Vielmehr wird mit Eingang der Feststellungserklärung beim zuständigen FA die gesonderte Feststellung bewirkt (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 51.28). Eine berichtigte Feststellungserklärung gilt als Antrag auf Änderung (Abs. 5 Satz 2).

Abschnitt 3

Wegfall der Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds (§ 52)

§ 52 Wegfall der Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds

idF des InvStG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731), zuletzt geändert durch WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17)

(1) ¹Ein Spezial-Investmentfonds gilt als aufgelöst, wenn der Spezial-Investmentfonds seine Anlagebedingungen in der Weise ändert, dass die Voraussetzungen des § 26 nicht mehr erfüllt sind oder ein wesentlicher Verstoß gegen die Anlagebestimmungen des § 26 vorliegt. ²Liegen zugleich die Voraussetzungen eines Investmentfonds weiterhin vor, so gilt mit der Auflösung ein Investmentfonds als neu aufgelegt. ³Entfallen die Voraussetzungen des § 26 zu einem anderen Zeitpunkt als zum Ende des Geschäftsjahres, so gilt für steuerliche Zwecke ein Rumpfgeschäftsjahr als beendet.

(2) ¹Die Anteile an dem Spezial-Investmentfonds gelten zu dem Zeitpunkt als veräußert, zu dem die Voraussetzungen nach § 26 entfallen. ²Als Veräußerungserlös ist der Rücknahmepreis am Ende des Geschäftsjahres oder Rumpfgeschäftsjahres anzusetzen. ³Wird kein Rücknahmepreis festgesetzt, so tritt der Börsen- oder Marktpreis an die Stelle des Rücknahmepreises.

(3) ¹Zu dem Zeitpunkt, zu dem die Voraussetzungen des § 26 entfallen, gelten unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 zugleich die Investmentanteile an dem Investmentfonds als angeschafft. ²Als Anschaffungskosten der Investmentanteile ist der nach Absatz 2 Satz 2 oder 3 anwendbare Wert anzusetzen.

Autor: Ronald *Buge*, Rechtsanwalt, POELLATH, Berlin

Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 52	1	C. Erläuterungen zu Abs. 2: Veräußerungsfiktion für Spezial-Investmentanteile	10
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Fiktion der Auflösung und Neuauflegung	5	D. Erläuterungen zu Abs. 3: Anschaffungsfiktion für Investmentanteile	15

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 52

1

Grundinformation: § 52 regelt die Folgen des Wegfalls der Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds gem. § 26. Abs. 1 betrifft die Ebene des Spezial-Investmentfonds und bestimmt dessen fiktive Auflösung. Für den Fall, dass die Voraus-

setzungen eines (einfachen) Investmentfonds weiterhin gegeben sind, fingiert er eine Neuauflegung eines (einfachen) Investmentfonds. Abs. 2 betrifft die Folgen des Wegfalls der Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds auf Ebene der Anleger und fingiert eine Veräußerung der Spezial-Investmentanteile. Abs. 3 regelt die Folgen einer etwaigen Neuauflegung eines (einfachen) Investmentfonds auf Ebene der Anleger und fingiert eine Neuanschaffung der bisherigen Spezial-Investmentanteile als (einfache) Investmentanteile.

Rechtswicklung: § 52 greift das Regelungskonzept von § 15 Abs. 3 (ggf. iVm. § 16 Satz 8) InvStG aF auf, modifiziert und ergänzt dieses Konzept allerdings. So treten die Wirkungen des Wegfalls der Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds nicht mehr zum Schluss eines Geschäftsjahres (vgl. § 15 Abs. 3 Satz 1 InvStG aF), sondern zu dem Zeitpunkt ein, zu dem die Voraussetzungen des Spezial-Investmentfonds weggefallen sind. Ohne Vorbild im bisherigen Recht sind die Regelungen zu den Folgen des Wegfalls auf Ebene des Investmentfonds. Die im bisherigen Recht vorgesehene Sperrfrist, innerhalb derer ein Spezial-Investmentfonds als Investitionsgesellschaft angesehen wurde (§ 15 Abs. 3 Satz 5 InvStG aF) ist ersatzlos weggefallen, weil gem. § 24 eine Rückkehr in das Besteuerungsregime für Spezial-Investmentfonds ausgeschlossen ist. Das – allerdings ohnehin nur für Publikums-Investmentfonds nach bisherigem Recht geltende – besondere Feststellungsverfahren in § 1 Abs. 1d InvStG aF hat im neuen Recht keinen Nachfolger.

- ▶ *WElektroMobFördG („JStG 2019“)* v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17): Mit dem WElektroMobFördG („JStG 2019“) wurde Abs. 2 Satz 4 gestrichen, der eine zinslose Stundung der festgesetzten Steuer auf den Gewinn aus der fiktiven Veräußerung gem. Abs. 2 Satz 1 gewährte. Beretis gewährte Stundungen sollen allerdings unberührt bleiben.

Bedeutung: § 52 ergänzt § 26 und füllt insbes. das Tatbestandsmerkmal „nicht wesentlich ... verstößt“ aus, dem uE in § 26 keine eigenständige Bedeutung zukommt (s. § 26 Anm. 2). § 52 hat weitreichende Auswirkungen für Spezial-Investmentfonds und seine Anleger, weil die stl. Folgen des Wegfalls der Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds gravierend und wegen der Regelung in § 24 auch irreversibel sind. Die Vorschrift soll deshalb nur als ultima ratio dienen (BTDrucks. 18/8045, 94f.).

Verhältnis zu anderen Vorschriften:

- ▶ *Verhältnis zu § 26:* § 52 regelt die Rechtsfolgen von Verstößen gegen § 26. Systematisch ist nicht recht nachvollziehbar, warum § 52 nicht nach § 28, sondern in einem eigenen Abschnitt am Ende des Kapitels 3 platziert wurde.
- ▶ *Verhältnis zu § 27:* Ein Verstoß gegen die Vorgaben von § 27 wird von § 52 nicht erfasst. Rein praktisch dürfte ein Verstoß gegen § 27 nach Auflegung eines Spezial-Investmentfonds kaum denkbar sein (s. § 27 Anm. 4). Allerdings sollte in diesen (seltenen) Fällen uE gleichwohl § 52 entsprechend angewendet werden.
- ▶ *Verhältnis zu § 28:* Ein Verstoß gegen die Meldepflichten in § 28 Abs. 1 kann von vornherein nicht unter § 52 fallen, weil diese Verpflichtungen nicht den Spezial-Investmentfonds treffen. Ein Verstoß gegen die Verpflichtung zur Führung des Anteilsregisters gem. § 28 Abs. 2 fällt nicht unter § 52. § 28 Abs. 3 regelt die Ausübung des Sonderkündigungsrechts gem. § 26 Nr. 9 und hat daher eine gewisse Ausstrahlungswirkung bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals „wesentlicher Verstoß“ in § 52.

- ▶ *Verhältnis zu § 29 Abs. 3:* § 29 Abs. 3 regelt die stl. Folgen auf Ebene des Spezial-Investmentfonds bei Überschreitung der Anlagegrenze in § 26 Nr. 6. Die Frage, ob darin zugleich ein wesentlicher Verstoß vorliegt, ist ausschließlich nach § 52 zu beantworten.
- ▶ *Verhältnis zu § 53:* § 52 ist bei einem Wegfall der Voraussetzungen eines Altersvorsorgevermögensfonds sinngemäß anzuwenden (§ 53 Abs. 3 Satz 2).
- ▶ *Verhältnis zu § 56:* Die fiktive Veräußerung gem. Abs. 2 stellt keine tatsächliche Veräußerung iSv. § 56 Abs. 3 Satz 1 dar, die die Besteuerung des Gewinns aus der fiktiven Veräußerung gem. § 56 Abs. 2 auslöst (*Ernst in Bödecker/Ernst/Hartmann, BeckOK, § 52 Rz. 50 [12/2020]*).
- ▶ *Verhältnis zu sonstigen steuerlichen Pflichten:* Verstöße gegen sonstige, einem Spezial-Investmentfonds oder seinem gesetzlichen Vertreter obliegenden Pflichten (zB gem. § 31 Abs. 2, § 48 Abs. 1 Satz 1, §§ 50, 51) fallen nicht unter § 52 und können somit nicht zur Auflösung des Spezial-Investmentfonds führen. Die Rechtsfolgen bei Verstößen gegen die Pflichten ergeben sich aus den betreffenden Vorschrift oder allgemeinen Grundsätzen.

Verfahrensfragen: Im Einklang mit der Vorgängerregelung in § 15 Abs. 3 InvStG aF, aber abweichend von der für Publikums-Investmentfonds nach altem Recht geltenden Regelung in § 1 Abs. 1d InvStG aF existiert kein Verfahren, mit dem das Vorliegen der Voraussetzungen von § 52 verbindlich festgestellt werden kann. Dies ist deshalb problematisch, weil § 52 sowohl den Spezial-Investmentfonds als auch sämtliche Anleger betrifft. Die Frage, ob ein Spezial-Investmentfonds iSv. § 26 vorliegt, ist zwar im Rahmen der gesonderten und einheitlichen Feststellung gem. § 51 zu prüfen, jedoch nur als Vorfrage. Festgestellt werden ausdrücklich nur die Besteuerungsgrundlagen nach §§ 29–49. Liegen die Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds nicht (mehr) vor, dürfte allenfalls ein NV-Bescheid ergehen. Dieser hätte im Hinblick auf § 52 aber keine Bindungswirkung, so dass letztlich jedes für einen Anleger zuständige FA selbst entscheiden müsste, ob die Voraussetzungen von § 52 vorliegen. Zudem wäre es insbes. bei einer nachträglichen Aufdeckung eines Verstoßes denkbar, dass die betroffenen Bescheide einzelner Anleger bereits bestandskräftig oder sogar verjährt sind. Eine gesonderte Feststellung des Eingreifens von § 52 wäre daher – nicht zuletzt aufgrund der vielfältigen Voraussetzungen und der einschneidenden Rechtsfolgen – im Interesse der Rechtssicherheit wünschenswert. Angesichts des eindeutigen Wortlauts von § 51 dürfte dies aber nur de lege ferenda möglich sein (glA *Enders/Lebioda in Moritz/Jesch/Mann, 2. Aufl. 2020, § 52 Rz. 5*).

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich:* § 52 gilt für inländ. und ausländ. Spezial-Investmentfonds sowie gem. § 53 für Altersvorsorgevermögensfonds und deren Anleger.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* Wie das gesamte neugefasste InvStG gilt § 52 ab dem 1.1.2018 (Art. 11 Abs. 3 InvStRefG). Die Neuregelung durch das WElektro-MobFördG („JStG 2019“) ist ab dem 1.1.2020 anzuwenden (§ 57 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13). Allerdings bleiben bereits gem. Abs. 2 Satz 4 aF gewährte Stundungen unberührt (§ 57 Abs. 1 Satz 2; s. zu Abs. 2 Satz 4 aF Anm. 10). Entsprechend den Aussagen in der amtlichen Gesetzesbegründung soll dies jedoch keine praktische Relevanz haben (vgl. BTDrucks. 19/13436, 182).

Einstweilen frei.

2–4

5 B. Erläuterungen zu Abs. 1: Fiktion der Auflösung und Neuauflegung

Änderung der Anlagebedingungen: Eine Änderung der Anlagebedingungen durch den Spezial-Investmentfonds in der Weise, dass die Voraussetzungen von § 26 nicht mehr erfüllt sind, führt ohne Weiteres zur Auflösung des Spezial-Investmentfonds. Auf eine Wesentlichkeit kommt es nach dem Gesetzeswortlaut nicht an (*Kröger in Blümich*, § 52 InvStG 2018 Rz. 24 [3/2020]; *Enders/Lebioda in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 52 Rz. 20). Hiervon sollte uE allerdings unter teleologischen Aspekten eine Ausnahme gemacht werden, soweit sich einzelne Anlagebestimmungen unmittelbar aus dem anwendbaren Aufsichtsrecht ergeben, dieses aber geändert wird. Sofern der Spezial-Investmentfonds den Anlagebestimmungen des § 26 durch Änderung seiner Anlagebedingungen (wieder) genügen kann, erscheint eine Anwendung von § 52 unangemessen, wenn der Spezial-Investmentfonds eine derartige Änderung auch tatsächlich vornimmt. Die Situation ist insoweit mit einer passiven Grenzverletzung vergleichbar (glA *Enders/Lebioda in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 52 Rz. 21).

Verstoß: Unter einem Verstoß ist jedes schuldhafte Abweichen von den Anlagebestimmungen des § 26 zu verstehen. Als Verschuldensmaßstab ist dabei mindestens grobe Fahrlässigkeit zu fordern (*Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 26 InvStG 2018 Rz. 5 mwN; *Enders/Lebioda in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 52 Rz. 30; aA *Ernst in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 52 Rz. 28 f. [12/2020]: keine subjektive Komponente).

Wesentlichkeit: Entscheidend ist allerdings nicht der bloße Verstoß, sondern dessen Wesentlichkeit. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Aberkennung des Status als Spezial-Investmentfonds lediglich ultima ratio für besondere Ausnahmefälle ist. Es soll daher nicht jede geringfügige Abweichung von den Anlagebestimmungen die Folgen von § 52 auslösen. Vielmehr ist hier an den Fall gedacht, dass ein Verstoß bewusst und zweckgerichtet für missbräuchliche Steuergestaltungen herbeigeführt wurde (BTDrucks. 18/8045, 94 f.).

- ▶ **Unbestimmter Rechtsbegriff:** Bei der Frage nach der Wesentlichkeit handelt es sich letztlich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Zu berücksichtigen sind daher die Gesamtumstände des Einzelfalls, insbes. (so bereits amtl. Begr. zum AIFM-StAnpG, BTDrucks. 18/68, 43):
 - den Grad des Verschuldens bei der Entstehung des Verstoßes (insoweit abl. *Ernst in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 52 Rz. 28 f. [12/2020]),
 - die Zeitdauer des Verstoßes,
 - der wertmäßige Umfang des Verstoßes im Verhältnis zum Gesamtwert des Vermögens des Spezial-Investmentfonds,
 - der Umfang der Bemühungen, die auf eine Beseitigung des Verstoßes gerichtet sind.
- ▶ **Passive Grenzverletzungen:** Unwesentlich sind regelmäßig sog. passive Grenzverletzungen, dh. Verstöße gegen Anlagebestimmungen, die ohne Zutun des Verwalters des Spezial-Investmentfonds entstanden sind (BTDrucks. 18/8045, 95). Denkbar ist dies etwa, wenn Anlagegrenzen allein aufgrund von Wertveränderungen einzelner Vermögensgegenstände überschritten werden. Den Verwalter trifft dann zwar nach Kenntniserlangung eine Pflicht, den Verstoß zurückzuführen. Dies muss jedoch unter Beachtung der Interessen der Anleger

geschehen. Notverkäufe von Vermögensgegenständen oder ähnliche Maßnahmen, die sich ggf. nachteilig auf den Wert des Spezial-Investmentvermögens auswirken können, müssen nicht ergriffen werden. Dies kann dazu führen, dass Verstöße ggf. auch über einen längeren Zeitraum steuerunschädlich hinzunehmen sind.

- ▶ *Aktive Grenzverletzungen*: Wird gegen Anlagebestimmungen hingegen aktiv verstoßen, indem zB Anlagegrenzen (mit Ausnahme der 10 %-Grenze gem. § 26 Nr. 6, s.u.) durch den Erwerb von Vermögensgegenständen überschritten oder nicht zulässige Vermögensgegenstände erworben werden, ist dies idR nur dann unwesentlich, wenn die Verstöße kurzfristig zurückgeführt werden können (BTDrucks. 18/8045, 95). Hierbei sind insbes. der Grad des Verschuldens sowie der wertmäßige Umfang des Verstoßes zu berücksichtigen.
- ▶ *Heilung*: Angesichts des Charakters von § 52 als ultima ratio erscheint es sinnvoll, dass dem Spezial-Investmentfonds bzw. seinem Verwalter auch bei einer nachträglichen Aufdeckung eines Verstoßes die Möglichkeit zur Heilung gegeben wird, es sei denn, der Verstoß war bereits für sich genommen so schwerwiegend, dass auch ohne Heilungsmöglichkeit von einer Wesentlichkeit ausgegangen werden muss.
- ▶ *Einzelfälle*:
 - ▷ *Voraussetzungen für die Gewerbesteuerbefreiung*: Zwar handelt es sich bei den Voraussetzungen von § 15 Abs. 2 und 3 nicht um Anlagebestimmungen iSv. § 26. Ein Verstoß gegen die Voraussetzungen von § 15 Abs. 2 und 3 iVm. § 26 ist uE gleichwohl wegen der Sachnähe zu den Anlagebestimmungen und der unbedingten GewStBefreiung in § 29 Abs. 4 im Rahmen von § 52 zu würdigen. Die Überschreitung der Bagatellgrenze von 5 % in § 15 Abs. 3 stellt dabei nicht ohne Weiteres einen wesentlichen Verstoß dar (glA Kröger in Blümich, § 52 InvStG 2018 Rz. 34f. [3/2020]; Ernst in Bödecker/Ernst/Hartmann, BeckOK, § 52 Rz. 31 [12/2020]; aA Wenzel in Blümich, § 26 InvStG 2018 Rz. 70 [11/2019]; Korff in Beckmann/Scholtz/Vollmer, § 52 Rz. 14 [4/2020]; Enders/Lebioda in Moritz/Jesch/Mann, 2. Aufl. 2020, § 52 Rz. 24). Die GewStBefreiung des § 29 Abs. 4 fällt bei einem Verstoß gegen § 15 Abs. 2 und 3 nicht automatisch weg (s. § 29 Anm. 20).
 - ▷ *Das Überschreiten der 10 %-Grenze gem. § 26 Nr. 6* stellt keinen wesentlichen Verstoß iSv. § 52 dar. Dies ergibt sich aus § 29 Abs. 3, der ausdrücklich die Rechtsfolgen eines derartigen Überschreitens regelt. Daraus folgt zugleich, dass das Überschreiten der 10 %-Grenze nicht zum Wegfall des Status als Spezial-Investmentfonds führen kann (glA BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.39; Korff in Beckmann/Scholtz/Vollmer, § 52 Rz. 15 [4/2020]). Hieraus folgt uE, dass auch eine aktive Verletzung dieser Grenze nicht als wesentlicher Verstoß angesehen werden kann und diese Verletzung daher auch nicht zurückgeführt werden muss. Ein wesentlicher Verstoß liegt daher uE erst vor, wenn fortgesetzt, systematisch und in erheblichem Umfang gegen die 10 %-Grenze gem. § 26 Nr. 6 verstoßen wird (vgl. auch Korff in Beckmann/Scholtz/Vollmer, § 52 Rz. 15 [4/2020]).
 - ▷ *Ausübung des Sonderkündigungsrechts*: Wird das Sonderkündigungsrecht entgegen § 28 Abs. 3 nicht ausgeübt, liegt darin ein wesentlicher Verstoß gegen die Anlagebedingung des § 26 Nr. 9, der die Rechtsfolgen des § 52 auslöst (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 28.7).

Rechtsfolgen des Abs. 1:

- ▶ *Fiktion der Auflösung (Abs. 1 Satz 1):* Der Spezial-Investmentfonds gilt als aufgelöst.
 - ▷ *Veräußerung sämtlicher Vermögensgegenstände:* Nach Auffassung der FinVerw. führt die Auflösung eines Spezial-Investmentfonds zur fiktiven Veräußerung sämtlicher Vermögensgegenstände. Die sich anschließende „Schlussbesteuerung“ unterliegt noch den Regelungen der §§ 29 ff. Dies kann vor allem bei inländ. Immobilien zur StPflcht gem. § 6 iVm. § 29 auf Ebene des Spezial-Investmentfonds führen. Der StAbzug gem. § 33 Abs. 1 hat allerdings auch im Rahmen dieser „Schlussbesteuerung“ noch eine KStBefreiung der betreffenden inländ. Immobilienerträge zur Folge (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 52.2; glA *Ernst in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 52 Rz. 39 [12/2020]). Nicht ausgeglichene negative Erträge iSv. § 41 und positive Erträge, die nicht zu einer Ausschüttung verwendet wurden, können auflösungsbedingte nicht fortgeführt werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 52.6).
 - ▷ *Eine ausgeübte Transparenzoption oder Immobilien-Transparenzoption* verliert mit der Auflösung ihre Wirksamkeit. Der gesetzliche Vertreter des Spezial-Investmentfonds hat den Entrichtungspflichtigen entsprechend zu informieren. Dieser darf wiederum den Anlegern keine StBescheinigungen gem. § 45a EStG ausstellen. Gegebenenfalls droht Haftung gem. § 32 (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 52.5).
 - ▷ *Anzeige gegenüber der Finanzbehörde:* Die Auflösung soll gegenüber der Finanzbehörde angezeigt werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 52.3).
 - ▷ *Statusbescheinigung:* Eine erteilte Statusbescheinigung ist unverzüglich zurückzugeben (§ 7 Abs. 4 Satz 5 Alt. 2 iVm. § 29 Abs. 1). Wird die Statusbescheinigung vorsätzlich oder leichtfertig nicht oder nicht rechtzeitig zurückgegeben, liegt eine Ordnungswidrigkeit vor, die mit einer Geldbuße von bis zu 10 000 € geahndet werden kann (§ 55 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2).
- ▶ *Fiktion der Neuauflegung eines Investmentfonds (Abs. 1 Satz 2):* Liegen die Voraussetzungen für einen Investmentfonds iSv. § 1 noch vor, gilt ein Investmentfonds iSd. Kapitels 2 als aufgelegt. Dies dürfte uE der Regelfall sein.
 - ▷ *Zugangsbewertung:* Nach Auffassung der FinVerw. sollen die im fiktiv neu aufgelegten Investmentfonds vorhandenen WG mit der Neuaufgabe zu den Werten als angeschafft gelten, mit denen sie zuletzt auf Ebene des aufgelösten Spezial-Investmentfonds für Zwecke der fiktiven Veräußerung im Rücknahmepreis berücksichtigt worden sind (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 52.7).
 - ▷ *Anzeige gegenüber der Finanzbehörde:* Die Neuaufgabe des Investmentfonds ist vom gesetzlichen Vertreter gegenüber der zuständigen FinBeh. anzuzeigen. Dabei kann auch eine Statusbescheinigung gem. § 7 Abs. 3 für einen Investmentfonds iSd. Kapitels 2 beantragt werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 52.8).
 - ▷ *Kein Investmentfonds:* Liegen die Voraussetzungen eines Investmentfonds nicht mehr vor, ist nach allgemeinen Grundsätzen zu prüfen, ob unbeschränkte oder beschränkte StPflcht vorliegt. Die zuständige FinBeh. ist zu informieren (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 52.9). Auch in diesem Fall sollen die vorhandenen WG zu den Werten als angeschafft gelten, mit denen sie zuletzt auf Ebene des aufgelösten Spezial-Investmentfonds für Zwecke der fiktiven Veräußerung im Rücknahmepreis berücksichtigt worden sind (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 52.10).

- ▶ *Kritik:* Der FinVerw. ist zuzugeben, dass der von ihr gewählte Ansatz eine sachgerechte Abgrenzung der Besteuerungssysteme des Kapitels 3 und des Kapitels 2 bzw. der allgemeinen stl. Regelungen ermöglicht (vgl. auch *Enders/Lebioda in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 52 Rz. 38). Gleichwohl fehlt es hierfür schlicht an einer gesetzlichen Grundlage. Auch aus allgemeinen Grundsätzen kann dies nicht hergeleitet werden. Die Auflösung eines Rechtsträgers lässt regelmäßig dessen Existenz unberührt und führt lediglich zur Änderung seines Zwecks hin auf die Abwicklung. Auch bei Sondervermögen wird zwischen Auflösung (Kündigung) und Abwicklung unterschieden (vgl. §§ 99 f. KAGB). Eine fiktive Veräußerung auf Ebene des aufgelösten Spezial-Investmentfonds hätte demzufolge einer gesetzlichen Grundlage bedurft. Dass der Gesetzgeber diese nicht geschaffen hat, verwundert umso mehr, als er auf Anlegerebene entsprechende Regelungen geschaffen hat (vgl. Abs. 2). Daher muss uE bis zur Schaffung einer gesetzlichen Grundlage von einer Buchwertfortführung auf Ebene des neu aufgelegten Investmentfonds bzw. sonstigen Rechtsträgers ausgegangen werden (krit. auch *Korff in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 52 Rz. 19 [4/2020]; *Enders/Lebioda in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 52 Rz. 37).
- ▶ *Rumpfgeschäftsjahr (Abs. 1 Satz 3):* Die Fiktion eines Rumpfgeschäftsjahres für stl. Zwecke hat vor allem Wirkungen auf Anlegerebene (ggf. Zufluss ausschüttungsgleicher Erträge gem. § 36 Abs. 4 Satz 2, ggf. Zufluss der stfrei thesaurierbaren Kapitalerträge gem. § 36 Abs. 5 Satz 1 und Anlauf der Viermonatsfrist des § 36 Abs. 6; vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 52.11) sowie verfahrensrechtl. Auswirkungen (Beginn der Frist zur Abgabe der Feststellungserklärung gem. § 51 Abs. 2; vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 52.3).
- ▶ *Relevanter Zeitpunkt:*
 - ▷ *Bei Änderung der Anlagebedingungen* treten die Folgen des Abs. 1 einschließlich des Ablaufs des Rumpfgeschäftsjahres in dem Zeitpunkt ein, in dem die geänderten Anlagebedingungen wirksam werden. Maßgeblich ist das einschlägige Aufsichts- sowie ggf. Gesellschaftsrecht.
 - ▷ *Bei einem wesentlichen Verstoß gegen Anlagebestimmungen* kann die Bestimmung des exakten Zeitpunkts angesichts der Unbestimmtheit des Rechtsbegriffs „wesentlich“ sowie einer ggf. zu gewährenden Heilungsmöglichkeit in der Praxis erhebliche Probleme aufwerfen. Dies gilt insbes. in Fällen einer passiven Grenzverletzung, in denen von einem wesentlichen Verstoß erst ausgegangen werden kann, wenn eine Rückführung des Verstoßes unter Beachtung der Interessen der Anleger angezeigt ist. Dieser Zeitpunkt dürfte sich in den seltensten Fällen exakt bestimmen lassen.

Einstweilen frei.

6–9

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Veräußerungsfiktion für Spezial-Investmentanteile

10

gelten als veräußert. Zum relevanten Zeitpunkt s. Anm. 5. Die Besteuerungsfolgen ergeben sich aus § 49. Daneben gelten ggf. ausschüttungsgleiche Erträge sowie stfrei thesaurierbare Kapitalerträge als zugeflossen (§ 36 Abs. 4 Satz 2 und Abs. 5 Satz 2). Ausschüttungen, bei denen der Ausschüttungsbeschluss bis zum Tag der fiktiven Auflösung gem. Abs. 1 Satz 1 gefasst wurde, unterliegen noch den Besteuerungsregeln des Kapitels 3 (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 56.4, 56.15).

Veräußerungspreis (Abs. 2 Sätze 2 und 3): Soweit erforderlich sind im Rahmen der Veräußerung der Rücknahmepreis oder in Ermangelung eines Rücknahmepreises der Börsen- oder Marktpreis jeweils zum relevanten Zeitpunkt zugrunde zu legen (s. Anm. 5; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 56.4, 56.13). Auch die übrigen für die Ermittlung des Veräußerungsgewinns (oder -verlusts, vgl. § 2 Abs. 14) relevanten Größen, insbes. der Anleger-Aktiengewinn, der Anleger-Abkommensgewinn oder der Anleger-Teilfrestellungsgewinn, sind auf den relevanten Zeitpunkt (s. Anm. 5) zu ermitteln. Etwa vorhandene Ausgleichsposten sind bei bilanzierenden Anlegern erfolgswirksam aufzulösen (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 56.4, 56.14).

Zufluss, Kapitalertragsteuerabzug: Anders als zB in den Fällen der §§ 22 Abs. 3, 56 Abs. 3 Satz 1 wird der Zufluss oder die stl. Berücksichtigung des Gewinns oder Verlustes aus der fiktiven Veräußerung nicht auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Veräußerung hinausgeschoben. Vielmehr fließt der Gewinn oder Verlust aus der fiktiven Veräußerung dem Anleger im relevanten Zeitpunkt (s. Anm. 5) zu. Er kann daher auch nicht im Zeitpunkt der tatsächlichen Veräußerung mit einer ggf. gegenläufigen Wertentwicklung saldiert werden. Erfolgt die tatsächliche Veräußerung allerdings noch im gleichen oder im unmittelbar darauffolgenden VZ, ist eine Verrechnung nach allgemeinen Grundsätzen, insbes. § 10d Abs. 1 EStG, möglich. Im Zuflusszeitpunkt ist KapErtrSt gem. § 50 durch den Spezial-Investmentfonds zu erheben (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 56.12; aA Kröger in Blümich, § 52 InvStG 2018 Rz. 110 [3/2020]).

Rechtslage bis einschließlich 2019 – Stundung (Abs. 2 Satz 4 aF):

- ▶ **Gesetzliche Anordnung:** Anders als zB in den Fällen der §§ 22 Abs. 3, 56 Abs. 3 Satz 1 wurde bis einschließlich 2019 (§ 57 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13) eine zinslose Stundung kraft Gesetzes gewährt. Abweichend vom Regelfall des § 222 Satz 2 AO waren weder ein Antrag noch eine Sicherheitsleistung erforderlich. Die Stundung erfasst uE nicht nur die festzusetzende ESt oder KSt, sondern auch eine etwaige GewSt (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 56.16, das allerdings nur den SolZ erwähnt). Maßgeblich für die Anwendung der Altregelung ist allerdings nicht der Zeitpunkt der StFestsetzung (so aber BMF, Anwendungsfragen, Rz. 56.16), sondern der Zeitpunkt, zu dem der Spezial-Investmentfonds als aufgelöst gilt (Kröger in Blümich, § 52 InvStG 2018 Rz. 87 [3/2020]; Enders/Lebioda in Moritz/Jesch/Mann, 2. Aufl. 2020, § 52 Rz. 50).
- ▶ **Gestundeter Betrag:** Die „festgesetzte Steuer“ kann nur den auf den Veräußerungsgewinn entfallenden StBetrag meinen, nicht jedoch die gesamte für den betreffenden VZ festgesetzte Steuer des Anlegers. Diese wird idR auch noch weitere Einkünfte des Anlegers umfassen. Der gestundete Betrag muss daher in einer Art „Schattenrechnung“ ermittelt werden. Dazu muss der sich ergebende StBetrag unter Berücksichtigung des Veräußerungsgewinns dem StBetrag ohne Berücksichtigung dieses Veräußerungsgewinns gegenübergestellt werden (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 56.16; s. zur insoweit vergleichbaren Problematik bei § 6 Abs. 5 AStG Wassermeyer in Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht, § 6 AStG Rz. 214 [2/2013]).
- ▶ **Keine Verzinsung:** Der gestundete Betrag war nicht zu verzinsen. Auf das Vorliegen der Voraussetzungen von § 234 Abs. 2 AO oder ein Ermessen der FinBeh. kam es nicht an.
- ▶ **Ende der Stundung:** Die Stundung endete mit der tatsächlichen Veräußerung der bisherigen Spezial-Investmentanteile. Es war dabei unerheblich, ob die Vo-

raussetzungen von Abs. 1 Satz 2 vorliegen. Als Veräußerung gelten dabei auch die Übertragung der Anteile aus dem PV in das Vermögen eines Investmentfonds (§ 5a Satz 2) und die Abtretung, Entnahme oder verdeckte Einlage in eine KapGes. sowie eine beendete Abwicklung oder Liquidation des Organismus (§ 2 Abs. 13; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 56.18). In dem VZ, in dem der Gewinn oder Verlust aus der tatsächlichen Veräußerung erzielt wird, wird somit sowohl die Steuer aus der fiktiven als auch die Steuer aus der tatsächlichen Veräußerung fällig. Dies kann bei gegenläufiger Wertentwicklung zu einer unbilligen Härte führen, die ggf. eine weitere Stundung oder andere Billigkeitsmaßnahmen rechtfertigt. Eine etwaige Stundung kann dann allerdings nur unter den Voraussetzungen von § 222 AO und mit der Zinsfolge aus § 234 AO gewährt werden.

- ▶ *Teleologische Reduktion:* Die Stundung gem. Satz 4 verfolgte den Zweck, eine Besteuerung beim Anleger zu vermeiden, ohne dass ihm in entsprechender Höhe Liquidität zufließt. Vor dem Hintergrund dieser Zwecksetzung ergeben sich uE folgende Besonderheiten:
 - ▷ *Kein Steuerabzug:* Entgegen § 50 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 war auf einen Veräußerungsgewinn bis einschließlich 2019 kein StAbzug vorzunehmen. Dies hätte den mit der Stundung verfolgten Zweck letztlich vereitelt und die Liquidität des Spezial-Investmentfonds unangemessen beeinträchtigt.
 - ▷ *Keine Stundung im Verlustfall:* Erzielte der Anleger einen Verlust aus der fiktiven Veräußerung oder war aufgrund der Verrechnung eines Gewinns aus der fiktiven Veräußerung mit anderen negativen Einkünften des Anlegers für den betreffenden VZ keine Steuer festzusetzen, war eine Stundung entbehrlich. Der Anleger war in diesen Fällen nicht schutzwürdig, und es ließe sich auch nicht sinnvoll ein gestundeter Betrag ermitteln.

Einstweilen frei.

11–14

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Anschaffungsfiktion für Investmentanteile

15

Unter den Voraussetzungen des Abs. 1: Die Regelung in Abs. 3 betrifft nur den Fall, dass der Spezial-Investmentfonds nach Wegfall der Voraussetzungen von § 26 noch als Investmentfonds iSd. Kapitels 2 qualifiziert.

Anschaffungsfiktion (Abs. 3 Satz 1): Abs. 3 Satz 1 enthält eine Anschaffungsfiktion auf den relevanten Zeitpunkt, zu dem die Voraussetzungen von § 26 wegfallen (s. Anm. 5).

Anschaffungskosten (Abs. 3 Satz 2): Es ist der im Rahmen der fiktiven Veräußerung angesetzte Veräußerungspreis der Spezial-Investmentanteile gem. Abs. 2 Satz 2 oder Satz 3 als AK der fiktiv angeschafften (einfachen) Investmentanteile anzusetzen.

Kein Investmentfonds: Für den – praktisch eher seltenen – Fall, dass der Spezial-Investmentfonds nicht mehr als Investmentfonds qualifiziert, enthält das Gesetz keine Regelungen. Die FinVerw. will insoweit Abs. 3 analog anwenden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 56.20). Dies ist uE jedenfalls als Billigkeitsmaßnahme sachgerecht (glA Ernst in Bödecker/Ernst/Hartmann, BeckOK, § 52 Rz. 64 [12/2020]).

Kapitel 4 Altersvorsorgevermögenfonds (§ 53)

§ 53 Altersvorsorgevermögenfonds

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731)

(1) Ein Altersvorsorgevermögenfonds ist eine offene Investmentkommanditgesellschaft,

1. deren Gesellschaftszweck unmittelbar und ausschließlich auf die Abdeckung von betrieblichen Altersvorsorgeverpflichtungen ihrer Anleger gerichtet ist und
2. die die Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds erfüllt.

(2) ¹Die Anleger haben der offenen Investmentkommanditgesellschaft schriftlich nach amtlichem Muster zu bestätigen, dass sie ihren Anteil unmittelbar und ausschließlich zur Abdeckung betrieblicher Altersvorsorgeverpflichtungen halten. ²Liegt diese Bestätigung bei im Ausland ansässigen Anlegern vor, so gilt die Voraussetzung des Absatzes 1 Nummer 1 als erfüllt. ³Im Übrigen gilt diese Voraussetzung als nicht erfüllt, wenn der Wert der Anteile, die ein Anleger erwirbt, den Wert seiner betrieblichen Altersvorsorgeverpflichtung übersteigt.

(3) ¹Die Vorschriften für Spezial-Investmentfonds und deren Anleger sind entsprechend auf Altersvorsorgevermögenfonds und deren Anleger anzuwenden. ²Bei einem Wegfall der Voraussetzungen des Absatzes 1 ist § 52 sinngemäß anzuwenden. ³Für die Bewertung eines Anteils an einem Altersvorsorgevermögenfonds gilt § 6 Absatz 1 Nummer 2 des Einkommensteuergesetzes entsprechend.

(4) ¹Die Beteiligung an einem Altersvorsorgevermögenfonds führt nicht zur Begründung oder anteiligen Zurechnung einer Betriebsstätte des Anteilseigners. ²Die Einkünfte des Altersvorsorgevermögenfonds gelten als nicht gewerblich. ³§ 9 Nummer 2 des Gewerbesteuergesetzes ist auf Anteile am Gewinn eines Altersvorsorgevermögenfonds nicht anzuwenden.

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

Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 53	1	D. Erläuterungen zu Abs. 3: Anwendung der Regeln für Spezial-Investmentfonds; Bewertung der Anteile	15
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Definition des Altersvorsorgevermögenfonds	5	E. Erläuterungen zu Abs. 4: Steuerliche Fiktionen	20
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Nachweispflicht durch Anleger	10		

1 A. Allgemeine Erläuterungen zu § 53

Grundinformation: § 53 definiert den Altersvorsorgevermögenfonds und regelt (leider nur rudimentär) seine stl. Behandlung. Insbesondere gehen weder Hintergrund noch Ziel der stl. Regelungen aus seinem Wortlaut hervor. Der Begriff des Altersvorsorgevermögenfonds wurde durch das InvStG neu eingeführt. Der Sache nach handelt es sich um eine offene Investmentkommanditgesellschaft nach §§ 124ff. KAGB, deren Gesellschaftszweck unmittelbar und ausschließlich auf die Abdeckung von betrieblichen Altersvorsorgeverpflichtungen ihrer Anleger gerichtet ist (sog. *Pension Asset Pooling*) und die die Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds erfüllt (Abs. 1; s. Anm. 5). Die stl. Behandlung eines solchen Vehikels war bereits (weitgehend wortlautidentisch) in §§ 1 Abs. 1f Nr. 3 und 15a InvStG aF enthalten; im alten StRecht firmierte es jedoch (schlicht) unter dem Namen „offene Kommanditgesellschaft“. Um den Zweck des *Pension Asset Pooling* zu dokumentieren, mussten (und müssen) die Anleger auf amtlichem Muster bestätigen, dass sie ihren Anteil unmittelbar und ausschließlich zur Abdeckung betrieblicher Altersvorsorgeverpflichtungen halten (Abs. 2; s. Anm. 10). Für inländ. Anleger gilt darüber hinaus das Erfordernis, dass der Wert der Anteile, die ein Anleger erwirbt, den Wert seiner betrieblichen Altersvorsorgeverpflichtung nicht übersteigen darf (s. Anm. 10). Aus dem InvStG aF übernommen wurde die Regelung, wonach die Vorschriften für Spezial-Investmentfonds und deren Anleger entsprechend auf den Altersvorsorgevermögenfonds und deren Anleger anzuwenden sind (Abs. 3 Sätze 1 und 2; s. Anm. 15). Dieser generelle Verweis bereitet uE zukünftig im Hinblick auf die angestrebte DBA-Transparenz (s. nachstehend in dieser Anm.) dann Schwierigkeiten, wenn der Altersvorsorgevermögenfonds nicht die Transparenzoption nach § 30 Abs. 1 ausübt. Abs. 3 Satz 3 enthält (entsprechend zu § 15a Abs. 2 Satz 2 InvStG aF) eine Regelung zur stl. Bewertung der Anteile beim Anleger (s. Anm. 15). Abs. 4 führt die bereits in § 15a Abs. 3 InvStG aF enthaltene Fiktionen fort, wonach (i) die Beteiligung an einem Altersvorsorgevermögenfonds nicht zur Begr. oder anteiligen Zurechnung einer BS des Anteilseigners führt, (ii) die Einkünfte des Altersvorsorgevermögenfonds nicht als gewerblich gelten und (iii) § 9 Nr. 2 GewStG auf Anteile am Gewinn eines Altersvorsorgevermögenfonds nicht anzuwenden ist (s. Anm. 20).

Rechtswicklung: Die Norm wurde durch das Investmentsteuerreformgesetz (InvStRefG) v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731) neu gefasst. Durch sie sollen die bisher geltenden Regelungen für offene Investmentkommanditgesellschaften in § 1 Abs. 1f Nr. 3 und § 15a InvStG aF zusammengefasst und fortgeführt werden (BTDrucks. 18/8045, 123; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 53.1), wenn auch mit gewissen Erleichterungen für ausländ. Anleger. Da sich das stl. Regime für Spezial-Investmentfonds, auf das die alten und neuen Regeln verweisen, jedoch zT grundlegend geändert hat, ergeben sich auch nicht unwesentliche Änderungen für den Altersvorsorgevermögenfonds. Die bisher in § 15a Abs. 4 InvStG aF nur für die offene Investmentkommanditgesellschaft geltenden Regelungen, wonach bei Übertragung von WG aus dem BV eines Anlegers auf die offene Investmentkommanditgesellschaft stille Reserven ggf. stpfl. zu realisieren sind, wurden inhaltlich beibehalten und in § 5a auf sämtliche Fälle von Übertragungen auf Investmentfonds (einerseits aus dem PV oder BV, andererseits auf alle Arten von Investmentfonds) erweitert (s. § 5a Anm. 1 ff.).

Bedeutung: Hauptziel der aufsichtsrechtl. Einführung der offenen Investmentkommanditgesellschaft durch das KAGB (und ihrer stl. Flankierung durch § 15a

InvStG aF [jetzt § 53]) war es, die Bündelung von betrieblichem Altersvorsorgevermögen international tätiger Unternehmen (sog. *Pension Asset Pooling*) attraktiver zu gestalten. Vereinfacht gesprochen wird beim *Pension Asset Pooling* das Vermögen, das von multinationalen Unternehmen zur Abdeckung von Pensionsverpflichtungen gegenüber ihren ArbN gebildet wurde, aus Gründen der Kostenersparnis und Effizienz auf ein zentrales Anlagevehikel übertragen. Idealerweise sollen gleichzeitig aber die StVorteile erhalten bleiben, die einer Altersvorsorgeeinrichtung als unmittelbarer Anleger aufgrund von DBA zustehen, dh., das zentrale Anlagevehikel soll nicht selbst Besteuerungssubjekt im Sinne der DBA sein, sondern es soll für Zwecke der DBA weiterhin auf die Anleger des zentralen Anlagevehikels abgestellt werden (sog. DBA-Transparenz). Ziel der Einf. der offenen Investmentkommanditgesellschaft war es, ein für DBA-Zwecke transparentes deutsches Anlagevehikel zu schaffen, um auf diese Weise den Anspruch auf (teilweise) Rückerstattung von im Ausland insbes. auf Dividenden einbehaltener Quellensteuer des Anlegers (den dieser bei einer Direktanlage hätte) sicherzustellen. Die bisher in Deutschland in Frage kommenden Rechtsformen der Investmentaktiengesellschaft und des Sondervermögens erfüllten diese Voraussetzungen nicht, weil diese selbst (entweder unmittelbar oder kraft der Fiktion in § 11 Abs. 1 InvStG aF) KStSubjekte waren und daher von anderen DBA-Vertragsstaaten idR nicht als transparent angesehen wurden (vgl. BTDrucks. 18/68, 61). Andere Länder hatten demgegenüber Vehikel geschaffen, wie zB Luxemburg mit dem *Fonds Commun de Placement (FCP)* und insbes. der *Société en Commandit Simple (SCS)* und die Niederlande mit der *Vrijgestelde Beleggingsinstelling (VBI)* sowie dem *Fonds voor Gemene Rekening (VGR)*, die (zumindest teilweise) im Abkommenskontext von anderen Staaten als transparent erachtet wurden (s. ausführl. *Boxberger in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 53 Rz. 1 ff.; *Mann in Blümich*, § 53 InvStG 2018 Rz. 2 [5/2020]; *Mingels in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 53 Rz. 1 ff. [6/2020]). Der Gesetzgeber geht davon aus, dass die offene Investmentkommanditgesellschaft (und nunmehr auch der Altersvorsorgevermögenfonds nach § 53) als zwar im InvStG geregelte „klassische“ PersGes. diese DBA-Transparenz grds. erreichen kann (BTDrucks. 18/68, 61; krit. demgegenüber zB *Bödecker in Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, § 15a Rz. 2 ff.; *Mann in Blümich*, § 15a InvStG 2004 Rz. 27 [5/2016]; s. dazu grundlegend *Mingels in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 53 Rz. 142 ff. [12/2020]), räumt aber selbst ein, dass eine inländ. PersGes. nicht in allen DBA-Vertragsstaaten als transparentes Vehikel behandelt wird. Der Gesetzgeber empfiehlt daher eine ausdrückliche Regelung im Rahmen einer Revision von DBA oder im Rahmen von Verständigungsverfahren (BTDrucks. 18/68, 61). Bedauerlich ist, dass weder die deutsche Verhandlungsgrundlage für DBA im Bereich der Steuern vom Einkommen und Vermögen noch die seit der gesetzlichen Einführung der offenen Investmentkommanditgesellschaft mit anderen Staaten abgeschlossenen DBA einen Hinweis auf die offene Investmentkommanditgesellschaft (jetzt den Altersvorsorgevermögenfonds) enthalten. Durch die Neufassung der Besteuerungsregeln für Spezial-Investmentfonds (die nach § 53 Abs. 3 Satz 1 vollumfänglich für den Altersvorsorgevermögenfonds und seine Anleger gelten), hat sich die Argumentationshürde zugunsten einer DBA-Transparenz uE deutlich erhöht, da Spezial-Investmentfonds (sofern sie nicht die Transparenzoption nach § 30 Abs. 1 ausüben bzw. KapErtrSt nach § 33 erheben) mit den Einkünften nach § 6 nunmehr beschränkt (k)stpfl. sind (§ 29 Abs. 1). Ein Altersvorsorgevermögenfonds sollte daher die Transparenzoptionen nach § 30 Abs. 1 ausüben und KapErtrSt nach § 33 erheben.

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich:* § 53 gilt (ausschließlich) für den Altersvorsorgevermögenfonds und seine Anleger.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* Wie das gesamte neugefasste InvStG gilt § 53 ab dem 1.1.2018 (Art. 11 Abs. 3 InvStRefG).

2–4 Einstweilen frei.

5 B. Erläuterungen zu Abs. 1: Definition des Altersvorsorgevermögenfonds

Altersvorsorgevermögenfonds: Nach Abs. 1 ist ein Altersvorsorgevermögenfonds eine offene Investmentkommanditgesellschaft, deren Gesellschaftszweck unmittelbar und ausschließlich auf die Abdeckung von betrieblichen Altersvorsorgeverpflichtungen ihrer Anleger gerichtet ist (Abs. 1 Nr. 1) und die die Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds erfüllt (Abs. 1 Nr. 2).

- ▶ *Offene Investmentkommanditgesellschaft:* Zum Begriff s. §§ 124 ff. KAGB (s. zu den aufsichtsrechtl. Vorgaben *Boxberger in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 53 Rz. 21 ff.). Andere Rechtsformen (wie die geschlossene Investment-Kommanditgesellschaft iSv. §§ 149 ff. KAGB, aber auch ein Sondervermögen oder eine Investmentaktiengesellschaft) scheiden als Altersvorsorgevermögenfonds aus.
- ▶ *Ausländische Altersvorsorgevermögenfonds:* Zwar spricht § 53 Abs. 1 ausdrücklich nur die inländ. offene Investmentkommanditgesellschaft an. Aus § 54 Abs. 4 ist jedoch zu entnehmen, dass das Gesetz auch vom Vorliegen von ausländ. Altersvorsorgevermögenfonds ausgeht, die dann uE ebenfalls von § 53 erfasst sind. Bei solchen müsste es sich uE dann um solche ausländ. Gebilde handeln, die einer offenen Investmentkommanditgesellschaft vergleichbar sind und im Übrigen die weiteren Voraussetzungen des Abs. 1 erfüllen.

Voraussetzung 1: Beschränkung des Gesellschaftszwecks (Abs. 1 Nr. 1): Der Gesellschaftszweck muss unmittelbar und ausschließlich auf die Abdeckung von betrieblichen Altersvorsorgeverpflichtungen ihrer Anleger gerichtet sein. Damit schränkt das InvStG den Kreis der aufsichtsrechtl. zulässigen Gesellschaftszwecke einer offenen Investmentkommanditgesellschaft bewusst ein (vgl. BTDrucks. 18/68, 44).

Abdeckung von betrieblichen Altersvorsorgeverpflichtungen ihrer Anleger: Dadurch soll sichergestellt werden, dass sämtliche betriebliche Altersvorsorgeeinrichtungen (aber auch nur diese) sich am Altersvorsorgevermögenfonds beteiligen können (dh. Pensionsfonds, Pensionskassen, Unterstützungskassen, Zusatzversorgungskassen, CTA-Treuhänder und vergleichbare in- oder ausländ. Einrichtungen, vgl. BTDrucks. 18/68, 44; *Boxberger in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 53 Rz. 27).

Unmittelbarkeit: Auch wenn das Erfordernis der Unmittelbarkeit sich dem Wortlaut nach auf den Gesellschaftszweck bezieht (im Sinne einer unmittelbaren Abdeckung von betrieblichen Altersvorsorgeverpflichtungen) versteht die Literatur (*Boxberger in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 53 Rz. 27) und offensichtlich auch die Gesetzesbegründung (vgl. BTDrucks. 18/68, 44) aufgrund des Zusammenspiels mit Abs. 2 Satz 1 (s. Anm. 10) dieses Erfordernis so, dass sich der Anleger unmittelbar am Altersvorsorgevermögenfonds (dh. ohne Zwischenschaltung anderer nicht begünstigter Vehikel) beteiligen muss. Die Beteiligung über einen CTA-Treuhänder ist uE jedoch unschädlich, da dieser selbst der (privilegierte) Anleger ist (so uE auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 53.2).

Ausschließlichkeit: Es besteht die Gefahr, dass die FinVerw. dieses Kriterium eng verstehen und jeden noch so geringen anderen (Neben-)Zweck als schädlich erachten könnte. Der Geschäftszweck eines Altersvorsorgevermögenfonds sollte sich daher streng am Gesetzeswortlaut orientieren.

Voraussetzung 2: Erfüllung der Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds (Abs. 1 Nr. 2): Gemeint sind damit uE (nur) die Voraussetzungen des § 26 (s. § 26 Anm. 5ff.), nicht jedoch die Rechtsformbeschränkung in § 27 (s. § 27 Anm. 5), denn sonst könnte ein Altersvorsorgevermögenfonds in Form einer offenen Investmentkommanditgesellschaft nie zugleich die Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds erfüllen. Aufgrund der Regelung in § 26 Abs. 1 Nr. 8 (s. § 26 Anm. 60) sollte uE eine (unmittelbare) Beteiligung natürlicher Personen am Altersvorsorgevermögenfonds zukünftig theoretisch möglich sein (sofern sie die Anteile im BV halten; insoweit zutr. *Mann in Blümich*, § 53 InvStG 2018 Rz. 10a [5/2020]). Ein praktischer Anwendungsfall ist jedoch schwer vorstellbar.

Einstweilen frei.

6–9

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Nachweispflicht durch Anleger

10

Vorlage einer Bestätigung (Abs. 2 Satz 1): Jeder in- und ausländ. Anleger muss der offenen Investmentkommanditgesellschaft gegenüber schriftlich nach amtlichem Muster bestätigen, dass er seine Anteile unmittelbar und ausschließlich zur Abdeckung betrieblicher Altersvorsorgeverpflichtungen hält. Nach Auffassung der FinVerw. sind zudem die Art der betrieblichen Altersvorsorgeeinrichtung zu nennen sowie Angaben darüber zu machen, bei welchen Finanzbehörden und unter welcher Steuernummer sie geführt werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 53.3). Das amtliche Muster für § 53 liegt noch nicht vor. Durch diese Bestätigung soll die Beschränkung des Gesellschaftszwecks iSv. Abs. 1 Nr. 1 (s. Anm. 5) dokumentiert und die Überprüfung durch die FinVerw. erleichtert werden (BTDrucks. 18/68, 44). Die Mechanik erscheint zweifelhaft: Eigentlich geht es um den Nachweis des Gesellschaftszwecks des Altersvorsorgevermögenfonds; dieser soll aber nicht (nur) durch den Wortlaut der Satzung, sondern auch (und gerade) durch den tatsächlich vorhandenen Anlegerkreis erbracht werden.

Unwiderlegbare Vermutung bei im Ausland ansässigen Anlegern (Abs. 2 Satz 2): Für ausländ. Anleger haben sich durch das neugefasste InvStG die Nachweispflichten erleichtert. Zukünftig reicht die Vorlage der Bestätigung nach Abs. 2 Satz 1 aus (vgl. BTDrucks. 18/8045, 123). Das Gesetz ist insoweit geändert worden, dass nach Abs. 2 Satz 2 bei im Ausland ansässigen Anlegern die Voraussetzung des Abs. 1 Nr. 1 als erfüllt gilt (uE im Sinne einer unwiderleglichen Vermutung, so auch *Mann in Blümich*, § 53 InvStG 2018 Rz. 9a [5/2020]), wenn eine solche Bestätigung vorliegt. Beteiligen sich in- und ausländ. Anleger, gilt diese Vermutung uE nur in Bezug auf die ausländ. Anleger, so dass die inländ. Anleger darüber hinaus die weiteren Voraussetzungen des Abs. 2 Satz 3 erfüllen müssen. Die FinVerw. geht in Bezug auf ausländ. Anleger sogar noch einen Schritt weiter und will bei diesen eine Erklärung genügen lassen, dass diese ihre Anteile unmittelbar und ausschließlich zum Zwecke der Abdeckung von betrieblichen Altersvorsorgeverpflichtungen halten. Die Vorlage einer Bestätigung nach amtlichem Muster sei (dann) nicht erforderlich (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 53.4).

Weitere Voraussetzung (Abs. 2 Satz 3): Der insoweit negativ formulierte Abs. 2 Satz 3 besagt, dass „im Übrigen“ der Wert der Anteile, den ein Anleger erwirbt,

den Wert seiner betrieblichen Altersvorsorgeverpflichtung nicht übersteigen darf. Durch die Formulierung „im Übrigen“ dürfte sich dieses Erfordernis uE nur auf die im Inland ansässigen Anleger beziehen, dh., bei ausländ. Anlegern sollte sich die unwiderlegliche Vermutung des Abs. 2 Satz 2 uE auch auf das Vorliegen der Voraussetzungen des Abs. 2 Satz 3 beziehen. Die FinVerw. sieht dies jedoch offensichtlich anders und erstreckt dieses Erfordernis ausdrücklich auch auf ausländ. Anleger (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 53.5). Nach Auffassung der FinVerw. sei der Wert der Anteile sowohl im Zeitpunkt der erstmaligen Anschaffung einer Kommanditbeteiligung als auch bei späteren Erhöhungen der Kommanditbeteiligung maßgebend. Ändert sich der Wert der Kommanditbeteiligung, weil der Wert der von der Investmentkommanditgesellschaft gehaltenen Vermögensgegenstände sinkt oder sich erhöht, sei dies ohne Bedeutung, denn derartige laufende Wertschwankungen erlaubten keine belastbare Prognose für die langfristige Wertentwicklung (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 53.5 f., mit einem Beispiel).

Rechtsfolge bei Verletzung: Siehe Abs. 3 Satz 2 (s. Anm. 15).

11–14 Einstweilen frei

15 D. Erläuterungen zu Abs. 3: Anwendung der Regeln für Spezial-Investmentfonds; Bewertung der Anteile

Entsprechende Anwendung der Vorschriften für Spezial-Investmentfonds und deren Anleger (Abs. 3 Satz 1): Nach dieser Norm sind die Vorschriften für Spezial-Investmentfonds und deren Anleger auf Altersvorsorgevermögen und deren Anleger entsprechend anzuwenden. Die Gesetzesbegründung geht auf diese Vorschrift nicht näher ein. Dabei wurde offensichtlich übersehen, dass die in Teilen wortlautidentische Übernahme der entsprechenden Regelung des § 15a Abs. 2 Satz 1 InvStG aF zu einer nicht unerheblichen Änderung der Steuerfolgen auf Ebene der offenen Investmentkommanditgesellschaft führt.

- *Besteuerung auf Ebene des Altersvorsorgevermögenfonds:* Anders als nach altem Recht intendiert – die offene Investmentkommanditgesellschaft nach § 15a InvStG aF sollte wegen der beabsichtigten DBA-Transparenz (s. Anm. 1) gerade kein KStSubjekt sein –, ist der Altersvorsorgevermögenfonds als Spezial-Investmentfonds grds. KStSubjekt und mit seinen Einkünften nach § 6 (beschränkt) stpfl. (§ 29 Abs. 1). Etwas anderes gilt nur, wenn er die Transparenzoption nach § 30 Abs. 1 ausübt und KapErtrSt nach § 33 erhebt. Der Gesetzgeber hätte uE das Ausüben der Transparenzoption und das Erheben von KapErtrSt als zwingende Voraussetzung für den Altersvorsorgevermögenfonds vorsehen müssen. Um die bereits zum geltenden Recht geführte Diskussion im Hinblick auf die Frage, ob es dem Gesetzgeber tatsächlich gelungen ist mit der offenen Investmentkommanditgesellschaft ein taugliches DBA-transparentes Vehikel zu schaffen (s. dazu und insbes. zu kritischen Stimmen § 43 Anm. 3), beim Altersvorsorgevermögenfonds nicht noch unnötig zu verschärfen, sollten Vehikel, die die Voraussetzung des § 53 erfüllen wollen, die Transparenzoption nach § 30 Abs. 1 ausüben und KapErtrSt nach § 33 erheben, um auf diese Weise eine (faktische) Befreiung von der KStPflicht zu erreichen. Eine GewStPflicht besteht nicht, da Spezial-Investmentfonds von der GewSt befreit sind (§ 29 Abs. 4).
- *Besteuerung auf Ebene der Anleger:* Ähnlich wie unter dem bisherigen Recht sind Anleger eines Altersvorsorgevermögenfonds auch zukünftig mit Ausschüt-

tungen, ausschüttungsgleichen Erträgen und Gewinnen aus der Veräußerung und Rückgabe ihrer Anteile stpfl. (§ 34 Abs. 1). Wie im bisherigen Recht (vgl. *Mann in Blümich*, § 15a InvStG 2004 Rz. 26 [5/2016]) muss der Anleger weiterhin keine Sonder- und Ergänzungsbilanzen bilden.

Konsequenzen bei Wegfall der Voraussetzungen des Abs. 1 (Abs. 3 Satz 2): Nach Abs. 3 Satz 2 ist bei einem Wegfall der Voraussetzungen des Abs. 1 die Vorschrift des § 52 entsprechend anzuwenden. Sinn dieser erst auf Anregung des BRat ins Gesetz gekommenen Regelung (die allerdings so bereits im bisherigen § 15a Abs. 1 Satz 2 InvStG aF enthalten war) ist, dass die offene Investmentkommanditgesellschaft nicht nur bei einem Wegfall der Qualifikation als Spezial-Investmentfonds (Abs. 1 Nr. 2; dann würde § 52 unmittelbar gelten), sondern bereits bei einem Verstoß gegen die Zweckbindungsvoraussetzungen des Abs. 1 Nr. 1 ihren Status als Altersvorsorgevermögenfonds iSv. § 53 verliert (vgl. BTDrucks. 18/8739, 109).

Wegfall der Voraussetzungen des Abs. 1: Da Abs. 1 zwei Voraussetzungen hat, ist wie folgt zu unterscheiden:

- ▶ *Kein privilegierter Geschäftszweck (Abs. 1 Nr. 1):* Bei wörtlicher Herangehensweise käme es (nur) darauf an, dass der Geschäftszweck nicht länger auf die Abdeckung von betrieblichen Altersvorsorgeverpflichtungen gerichtet wäre. Da der Gesetzgeber aufgrund des Zusammenspiels mit Abs. 2 allerdings (auch) entscheidend auf die Intention beim Anleger abstellt, besteht die Gefahr, dass Abs. 3 Satz 2 bereits dann ausgelöst wird, wenn zB ein Anleger nicht die nach Abs. 2 Satz 1 erforderliche Bescheinigung abgibt oder ein Anleger neu hinzutritt, bei dem der Wert seiner Anteile den Wert seiner betrieblichen Altersvorsorgeverpflichtung übersteigt (s. dazu und zu möglichen „Sicherungsmechanismen“ *Boxberger in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 53 Rz. 35).
- ▶ *Verlust der Qualifizierung als Spezial-Investmentfonds (Abs. 1 Nr. 2):* Dies wäre unter den Voraussetzungen des § 52 Abs. 1 der Fall, wenn der Altersvorsorgevermögenfonds seine Anlagebedingungen in der Weise ändert, dass die Voraussetzungen des § 26 nicht mehr erfüllt sind oder ein wesentlicher Verstoß gegen die Anlagebestimmungen des § 26 vorliegt (s. § 52 Anm. 5).

Rechtsfolge: § 52: Als Rechtsfolge sieht § 52 Abs. 1 Satz 1 vor, dass das Altersvorsorgevermögen für stl. Zwecke als aufgelöst gilt. Tritt diese Folge zu einem anderen Zeitpunkt als zum Ende des Geschäftsjahres ein, so gilt für stl. Zwecke ein Rumpfgeschäftsjahr als beendet (§ 52 Abs. 1 Satz 3). Da eine offene Investmentkommanditgesellschaft als PersGes. außerhalb des § 53 grds. nicht als Investmentfonds gilt (§ 1 Abs. 3 Nr. 2), gelten ab diesem Zeitpunkt „normale“ Personengesellschaftsregeln (vgl. BTDrucks. 18/8739, 109). Aus Anlegersicht gelten die Anteile am Altersvorsorgevermögen als zum Rücknahme- bzw. Marktpreis veräußert; zugleich gelten Anteile an einer (normalen) PersGes. als angeschafft (§ 52 Abs. 2 und 3). Die auf den fiktiven Veräußerungs- und Anschaffungsvorgang festgesetzte Steuer gilt bis zur tatsächlichen Veräußerung des Anteils als zinslos gestundet (§ 52 Abs. 2 Satz 4).

Anteilsbewertung (Abs. 3 Satz 3): Nach dieser Norm soll für die Bewertung eines Anteils an einem Altersvorsorgevermögenfonds § 6 Abs. 1 Nr. 2 EStG entsprechend gelten. Hintergrund dieser bereits in § 15a Abs. 2 Satz 2 InvStG aF enthaltenen Regelung ist, dass bei PersGes. eigentlich die sog. Spiegelbildmethode Anwendung finden würde, wonach sich (vereinfacht gesprochen) die Bewertung der Beteiligung eines Gesellschafters nach dem Kapitalkonto des Gesellschafters auf Ebene der Mitunternehmerschaft richtet (vgl. *Boxberger in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 53 Rz. 38). Die Beteiligung an einer PersGes. ist somit kein eigen-

ständiges Bilanzierungs- oder Bewertungsobjekt (s. § 6 EStG Anm. 550). Obwohl es sich beim Altersvorsorgevermögenfonds zivilrechtl. um eine PersGes. handelt, löst sich das StRecht hier von diesen Grundsätzen und behandelt die Anteile an Altersvorsorgevermögenfonds stl. wie Anteile an anderen Investmentfonds. Wie in der HBil. gelten sie als eigenständige WG, die nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 EStG grds. mit den AK zu bewerten sind (so auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 53.9). Aufgrund des Verweises auf die gesamte Vorschrift sind uE auch Teilwertabschreibungen bei voraussichtlich dauernder Wertminderung nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 EStG möglich (so im Erg. auch *Mann in Blümich*, § 53 InvStG 2018 Rz. 18 [5/2020]; *Mingels in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 53 Rz. 110 [12/2020]).

16–19 Einstweilen frei

20 E. Erläuterungen zu Abs. 4: Steuerliche Fiktionen

Keine Betriebsstätte (Abs. 4 Satz 1): Die Beteiligung an einem Altersvorsorgevermögenfonds soll nicht zur Begr. oder anteiligen Zurechnung einer BS des Anteilseigners führen. Hintergrund dieser bereits in § 15a Abs. 3 Satz 1 InvStG aF enthaltenen Regelung ist die Sorge, dass eine Investmentkommanditgesellschaft (ohne diese Fiktion) eine BS in Deutschland (iSv. Art. 5 OECD-MA) unterhalten und folglich ihren Anlegern anteilig eine solche vermitteln könnte (vgl. BTDrucks. 18/68, 62; *Mann in Blümich*, § 53 InvStG 2018 Rz. 20 [5/2020]). Da in diesen Fällen Deutschland nach den meisten DBA ein Besteuerungsrecht hätte (vgl. Art. 7 Abs. 1 Satz 1 OECD-MA), könnte dies der angestrebten DBA-Transparenz entgegenstehen (vgl. BTDrucks. 18/68, 62). Das (mit dieser Regelung beabsichtigte Verhindern des) Vorliegen(s) einer BS würde uE aber gewerbliche Einkünfte des Altersvorsorgevermögenfonds voraussetzen (so auch ausdrücklich BTDrucks. 18/68, 62), die dieser nach § 26 aber eigentlich nicht erzielen dürfte, ohne von vornherein seine Qualifizierung als Altersvorsorgevermögenfonds zu verlieren.

Keine gewerblichen Einkünfte (Abs. 4 Satz 2): Die Einkünfte eines Altersvorsorgevermögenfonds gelten als nicht gewerblich. Hintergrund dieser bereits in § 15a Abs. 3 Satz 2 InvStG aF enthaltenen Regelung ist die Sorge, dass eine Investmentkommanditgesellschaft (ohne diese Fiktion) ihren stbefreiten Anlegern (wie Pensionskassen oder [kommunalen] Zusatzversorgungskassen) gewerbliche Einkünfte vermitteln könnte, die bei diesen zur Begr. eigenständiger stpfl. Betriebe gewerblicher Art oder stpfl. wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe führen könnten (vgl. BTDrucks. 18/68, 62; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 53.11; *Mann in Blümich*, § 53 InvStG 2018 Rz. 21 [5/2020]; *Boxberger in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 53 Rz. 40 ff.).

Keine gewerbesteuerliche Kürzung beim Anleger (Abs. 4 Satz 3): Nach dieser Norm ist § 9 Nr. 2 GewStG auf Anteile am Gewinn eines Altersvorsorgevermögenfonds nicht anwendbar. Hintergrund dieser bereits in § 15a Abs. 3 Satz 3 InvStG aF enthaltenen Regelung ist die Sorge, dass ein inländ. Anleger, der seine Beteiligung im BV hält, sich auf die gewstl. Kürzungsvorschrift des § 9 Nr. 2 GewStG berufen könnte (mit der Folge, dass die Erträge aus dem Altersvorsorgevermögenfonds bei ihm nicht der Besteuerung mit GewSt unterliegen), obwohl der Altersvorsorgevermögenfonds seinerseits von der GewSt nach § 29 Abs. 4 befreit ist (vgl. BTDrucks. 18/68, 62; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 53.12; *Mann in Blümich*, § 53 InvStG 2018 Rz. 22 [5/2020]; *Boxberger in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 53 Rz. 43 f.).

Kapitel 5 Verschmelzung von Spezial-Investmentfonds und Altersvorsorgevermögenfonds (§ 54)

§ 54 Verschmelzung von Spezial-Investmentfonds und Altersvorsorgevermögenfonds

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731)

(1) ¹Bei einer Verschmelzung von inländischen Spezial-Investmentfonds miteinander gilt § 23 Absatz 1 bis 3 entsprechend. ²Satz 1 ist nicht anzuwenden, wenn ein Sondervermögen nach § 1 Absatz 10 des Kapitalanlagegesetzbuchs oder ein Teilinvestmentvermögen eines solchen Sondervermögens mit einer Investmentaktiengesellschaft mit veränderlichem Kapital nach § 108 des Kapitalanlagegesetzbuchs oder einem Teilgesellschaftsvermögen einer solchen Investmentaktiengesellschaft verschmolzen wird.

(2) ¹Bei einer Verschmelzung von ausländischen Spezial-Investmentfonds miteinander gilt § 23 Absatz 4 entsprechend. ²Satz 1 ist nicht anzuwenden, wenn ein ausländischer Spezial-Investmentfonds in einer Rechtsform, die mit einem Sondervermögen oder einem Teilinvestmentvermögen vergleichbar ist, mit einem ausländischen Spezial-Investmentfonds in einer Rechtsform, die mit einer Investmentaktiengesellschaft mit veränderlichem Kapital oder einem Teilgesellschaftsvermögen vergleichbar ist, verschmolzen wird.

(3) Bei einer Verschmelzung von inländischen Altersvorsorgevermögenfonds miteinander gilt § 23 Absatz 1 bis 3 entsprechend.

(4) Bei einer Verschmelzung von ausländischen Altersvorsorgevermögenfonds miteinander gilt § 23 Absatz 4 entsprechend.

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

Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 54	1	D. Erläuterungen zu Abs. 3: Verschmelzung von inländischen Altersvorsorgevermögenfonds	15
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Verschmelzung von inländischen Spezial-Investmentfonds	5	E. Erläuterungen zu Abs. 4: Verschmelzung von ausländischen Altersvorsorgevermögenfonds	20
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Verschmelzung von ausländischen Spezial-Investmentfonds	10		

1 A. Allgemeine Erläuterungen zu § 54

Grundinformation: Die Norm soll sicherstellen, dass in- und ausländ. Spezial-Investmentfonds und Altersvorsorgevermögenfonds (unter bestimmten Voraussetzungen) steuerneutral verschmolzen werden können. Die Voraussetzungen sowie der Anwendungsbereich der steuerneutralen Verschmelzungen weichen zT jedoch erheblich von der Vorgängerregelung in §§ 14, 17a InvStG aF ab. Nach Abs. 1 sind zunächst Verschmelzungen von inländ. Spezial-Investmentfonds miteinander unter den Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 bis 3 steuerneutral möglich. Dies gilt allerdings nicht, wenn ein Sondervermögen (oder ein Teilinvestmentvermögen eines solchen Sondervermögens) mit einer Investmentaktiengesellschaft mit veränderlichem Kapital (oder einem Teilgesellschaftsvermögen einer solchen Investmentaktiengesellschaft) verschmolzen wird (s. Anm. 5). Nach Abs. 2 sind auch Verschmelzungen von ausländ. Spezial-Investmentfonds miteinander unter den Voraussetzungen des § 23 Abs. 4 steuerneutral möglich. Dies gilt allerdings nicht, wenn ein ausländ. Investmentfonds einer Rechtsform, die mit einem Sondervermögen (oder einem Teilinvestmentvermögen eines solchen Sondervermögens) vergleichbar ist, mit einem ausländ. Spezial-Investmentfonds in einer Rechtsform, die mit einer Investmentaktiengesellschaft mit veränderlichem Kapital (oder einem Teilgesellschaftsvermögen einer solchen Investmentaktiengesellschaft) vergleichbar ist, verschmolzen wird (s. Anm. 10). Darüber hinaus sind zukünftig erstmalig die steuerneutrale Verschmelzung von inländ. Altersvorsorgevermögenfonds miteinander (Abs. 3; s. Anm. 15) und ausländ. Altersvorsorgevermögenfonds miteinander (Abs. 4; s. Anm. 20) möglich.

Rechtsentwicklung: Die Norm führt die bisher in §§ 14 und 17a InvStG aF enthaltenen Regelungen zusammen, zT jedoch mit deutlichen Änderungen. Während nach altem Recht Verschmelzungen von in- und ausländ. Spezial-Investmentfonds nur zulässig waren, wenn alle daran beteiligten Investmentfonds ein Sondervermögen (oder ein Teilinvestmentvermögen eines solchen Sondervermögens) bzw. ein ausländ. Investmentfonds in einer vergleichbaren Rechtsform waren (§ 14 Abs. 7 Satz 2 InvStG aF; § 17a Satz 6 InvStG aF), sind nunmehr auch steuerneutrale Verschmelzungen von in- und ausländ. Investmentfonds mit eigener Rechtspersönlichkeit (also Investmentaktiengesellschaften bzw. ausländ. Rechtsformen, die mit einer solchen vergleichbar sind) untereinander möglich. Ausgeschlossen bleiben weiterhin jedoch Verschmelzungen zwischen Spezial-Investmentfonds ohne eigene Rechtspersönlichkeit (also Sondervermögen bzw. ausländ. Rechtsformen, die mit einem solchen vergleichbar sind) mit Spezial-Investmentfonds mit eigener Rechtspersönlichkeit (also Investmentaktiengesellschaften bzw. ausländ. Rechtsformen, die mit einer solchen vergleichbar sind). Ebenfalls neu eingefügt wurde die Möglichkeit, inländ. Altersvorsorgevermögenfonds (Abs. 3) und ausländ. Altersvorsorgevermögenfonds (Abs. 4) jeweils untereinander steuerneutral zu verschmelzen.

Bedeutung: Die Norm regelt konstitutiv die steuerneutrale Verschmelzung von in- und ausländ. Spezial-Investmentfonds bzw. in- und ausländ. Altersvorsorgevermögenfonds untereinander. Gegebenenfalls ließe sich die Steuerneutralität der Verschmelzung von inländ. Spezial-Investmentaktiengesellschaften (vgl. § 23 Anm. 5) sowie von inländ. Altersvorsorgevermögenfonds (die die Rechtsform einer Investment-Kommanditgesellschaft haben) untereinander auch nach den Vorschriften des UmwG/UmwStG (§ 11 bzw. 24 UmwStG) begründen (dann bestünde jeweils sogar ein Wahlrecht zwischen einem Buchwert-, einem Teilwert- oder einem Zwi-

schenwertansatz); aA demgegenüber die FinVerw. (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 23.9). Interessanter ist uE, was § 54 – weiterhin – nicht regelt: Wie bislang ist eine grenzüberschreitende Verschmelzung von in- und ausländ. Spezial-Investmentfonds nicht steuerneutral möglich. Das Gleiche gilt für die „regimeübergreifende“ Verschmelzung von (regulären) Investmentfonds und Spezial-Investmentfonds (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 54.1). Auch wenn es zu begrüßen ist, dass das Gesetz nunmehr die steuerneutrale Verschmelzung von inländ. und ausländ. Altersvorsorgevermögenfonds (jeweils untereinander) vorsieht: Bedauerlich ist, dass auch insoweit weder eine grenzüberschreitende steuerneutrale Verschmelzung noch eine steuerneutrale Verschmelzung von Spezial-Investmentfonds auf Altersvorsorgevermögenfonds vorgesehen ist.

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich:* § 54 gilt für in- und ausländ. Spezial-Investmentfonds sowie für in- und ausländ. Altersvorsorgevermögenfonds und deren jeweilige Anleger.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* Wie das gesamte neugefasste InvStG gilt § 54 ab dem 1.1.2018 (Art. 11 Abs. 3 InvStRefG).

Einstweilen frei.

2–4

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Verschmelzung von inländischen Spezial-Investmentfonds

5

Voraussetzung: Verschmelzung inländischer Spezial-Investmentfonds: Abs. 1 erfasst die Verschmelzung von inländ. Spezial-Investmentfonds miteinander. Dies gilt jedoch nicht, wenn ein Sondervermögen nach § 1 Abs. 10 KAGB (oder ein Teilinvestmentvermögen eines solchen Sondervermögens) mit einer Investmentaktiengesellschaft mit veränderlichem Kapital nach § 108 KAGB (oder einem Teilgesellschaftsvermögen einer solchen Investmentaktiengesellschaft) verschmolzen wird.

Inländischer Spezial-Investmentfonds: Zum Begriff des Spezial-Investmentfonds s. § 26 (§ 26 Anm. 5). Ein inländ. Spezial-Investmentfonds ist ein solcher, der inländ. Recht unterliegt (§ 2 Abs. 2, s. § 2 Anm. 6).

Verschmelzung: Gemeint ist uE die nach inländ. Aufsichtsrecht zulässige Verschmelzung von Spezialinvestmentvermögen nach § 281 KAGB. Problematisch sind uE Fälle, in denen ein Spezialinvestmentvermögen im aufsichtsrechtl. Sinne nicht zugleich (zB mangels der aufsichtsrechtl. nicht erforderlichen Beschränkung auf nicht mehr als 100 Personen) nicht unter den Begriff des Spezial-Investmentfonds nach § 26 fällt. Auch für diese sollte eine steuerneutrale Verschmelzung untereinander (eigentlich) möglich sein; wegen des zu engen Wortlauts des § 23 Abs. 1 („Verschmelzung nach §§ 181 bis 191 KAGB“; die Verschmelzung dieser Spezialinvestmentvermögen richtet sich aber nach § 281 KAGB) sind diese möglicherweise nicht vom Gesetzeswortlaut erfasst (s. § 23 Anm. 5). Hier ist uE Nachbesserung erforderlich. Die Position der FinVerw. ist unklar: Für eine Einbeziehung spricht BMF, Anwendungsfragen, Rz. 23.9; dagegen Rz. 23.4.

Miteinander: Wie bisher können inländ. Spezial-Investmentfonds nur „miteinander“ steuerneutral verschmolzen werden. Grenzüberschreitende Verschmelzungen sind weiterhin nicht steuerneutral möglich. Auch eine „regimeübergreifende“ Ver-

schmelzung von Spezial-Investmentfonds auf (reguläre) Investmentfonds ist nicht möglich (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 54.1).

Ausnahme: Die Verschmelzung eines Sondervermögens nach § 1 Abs. 10 KAGB (oder eines Teilinvestmentvermögens eines solchen Sondervermögens) mit einer Investmentaktiengesellschaft mit veränderlichem Kapital nach § 108 KAGB (oder einem Teilgesellschaftsvermögen einer solchen Investmentaktiengesellschaft) bzw. der umgekehrte Fall sollen weiterhin nicht steuerneutral möglich sein. Gegenüber dem InvStG aF hat sich die Lage uE jedoch insoweit verbessert, als bislang steuerneutrale Verschmelzungen von Spezial-Investmentfonds unter bloßer Beteiligung von Investmentaktiengesellschaften nicht möglich waren. Jetzt sollte jedenfalls die steuerneutrale Verschmelzung von Spezial-Investmentaktiengesellschaften mit veränderlichem Kapital nach § 108 KAGB (oder einem Teilgesellschaftsvermögen einer solchen Investmentaktiengesellschaft) untereinander steuerneutral möglich sein.

Rechtsfolgen: Die Vorschriften des § 23 Abs. 1 bis 3 gelten entsprechend.

- ▶ *Auswirkungen beim übertragenden Spezial-Investmentfonds:* Es gilt § 23 Abs. 1 Nr. 1 entsprechend; s. § 23 Anm. 5; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 54.4.
- ▶ *Auswirkungen beim übernehmenden Spezial-Investmentfonds:* Es gilt § 23 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 entsprechend; s. § 23 Anm. 5; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 54.5. Die FinVerw. spricht in diesem Zusammenhang zutreffend von (steuerlicher) „Gesamtrechtsnachfolge“. Für die Übernahme der Steuermerkmale kommt es bei Spezial-Investmentfonds uE nicht nur auf die Merkmale/Haltefristen an, die für die beschränkte StPflcht des Spezial-Investmentfonds nach § 6, sondern auch auf solche, die für die Besteuerung beim Anleger im Rahmen der Ausschüttungen/ausschüttungsgleichen Erträge relevant sind (insbes. die Frist nach § 36 Abs. 5).
- ▶ *Auswirkungen beim Anleger:* Es gilt § 23 Abs. 3 entsprechend; s. § 23 Anm. 15 und 11; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 54.6f. Dieser Pauschalverweis ist uE zwar grds. richtig, er berücksichtigt jedoch nicht hinreichend die Besonderheiten beim Anleger eines Spezialfonds:
 - ▷ *Ausschüttungsgleiche Erträge:* Zu den Spezial-Investmenterträgen des Anlegers zählen (wie unter bisherigem Recht) auch die sog. ausschüttungsgleichen Erträge (§ 34 Abs. 1 Nr. 2). § 14 Abs. 5 InvStG aF enthielt dazu die uE sinnvolle Regel, dass die nicht bereits ausgeschütteten ausschüttungsgleichen Erträge des letzten Geschäftsjahres des übertragenden Investmentfonds den Anlegern dieses Investmentfonds mit Ablauf des Übertragungstichtags als zugeflossen gelten (vgl. *Kuhn in Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, § 14 Rz. 66 ff.; *Stadler/Mayer in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 54 Rz. 11 [11/2018]). Hier wäre eine gesetzliche Regelung hilfreich.
 - ▷ *Fonds-Aktiengewinn, Fonds-Abkommensgewinn, Fonds-Teilfreistellungsgewinn:* Nach § 48 Abs. 1 Satz 1 hat ein Spezial-Investmentfonds bei jeder Bewertung seines Vermögens pro Spezial-Investmentanteil den Fonds-Aktiengewinn, den Fonds-Abkommensgewinn und den Fonds-Teilfreistellungsgewinn als absolute Werte in Euro zu ermitteln und dem Anleger diese Werte bekannt zu machen. Zumindest für den (alten) Aktiengewinn enthielt § 14 Abs. 6 InvStG aF die uE sinnvolle Regelung, dass sich der Aktiengewinn je Investmentanteil durch die Verschmelzung nicht verändern darf (s. zum alten Recht *Helios/Bickert in Moritz/Jesch/Mann*, 1. Aufl. 2015, § 14 Rz. 52 ff.). Eine entsprechende Regelung fehlt in § 54 für den Fonds-Aktiengewinn, den

Fonds-Abkommensgewinn und den Fonds-Teilfrestellungsgewinn. Eine solche Regelung würde § 48 Abs. 1 Satz 2, wonach sich der Fonds-Aktiengewinn, der Fonds-Abkommensgewinn und der Fonds-Teilfrestellungsgewinn nicht durch die Ausgabe und Rücknahme von Spezial-Investmentanteilen ändern dürfen, sinnvoll ergänzen. Hier wäre eine gesetzliche Regelung hilfreich. Nach Auffassung der FinVerw. hat der aufnehmende Spezial-Investmentfonds die Fonds-Gewinne der einzelnen Anleger des untergehenden Spezial-Investmentfonds fortzuführen. Die vollständige Fonds-Gewinn-Historie des übertragenden Spezial-Investmentfonds gehe zu Beginn des dem Übertragungstichtag folgenden Tags in die jeweiligen Gesamt-Fonds-Gewinne des aufnehmenden Spezial-Investmentfonds mit ein. Die zum (Rumpf-)Geschäftsjahresende des übertragenden Spezial-Investmentfonds als zugeflossen geltenden ausschüttungsgleichen Erträge seien – soweit Fonds-Gewinn-relevante Bestandteile enthalten sind – von den Fonds-Gewinnen auszuscheiden. Im Falle der Verschmelzung von Spezial-Investmentfonds mit mehreren Anlegern erfolge die Zuordnung der bis zum Übertragungstichtag relevanten Fonds-Gewinn-Komponenten sowohl des übertragenden als auch des aufnehmenden Spezial-Investmentfonds anlegerbezogen. Es seien weder Korrekturposten für die Ausgabe der neuen Anteile am aufnehmenden Spezial-Investmentfonds an die Anleger des übertragenden Spezial-Investmentfonds noch für die aus dem übertragenden Spezial-Investmentfonds übernommenen Fonds-Gewinne zu bilden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 48.81 f. mit einem Berechnungsbeispiel).

- ▷ *Barzahlungen*: Der Verweis (über § 23 Abs. 3) auf § 16 Abs. 1 Nr. 1 passt beim Anleger eines Spezial-Investmentfonds nicht. Hier hätten uE ausgeschüttete Erträge iSv. § 35 fingiert werden müssen.
- ▷ *Verlustvorträge*: § 15 Abs. 1 Satz 6 InvStG aF enthielt die Regelung, dass nicht ausgeglichene negative Erträge des Spezial-Sondervermögens infolge einer Verschmelzung untergehen, soweit sich jeweils die Beteiligungsquote des Anlegers an den Sondervermögen reduziert (s. *Haug in Moritz/Jeschl/Mann*, 1. Aufl. 2015, § 15 Rz. 50f.; *Bödecker in Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, § 15 Rz. 57ff.). Ohne diese Regelung wären aufgrund der Fußstapfentheorie die bestehenden Verlustvorträge des übertragenden Sondervermögens auf das übernehmende Sondervermögen übergegangen (so zutr. *Bödecker in Bödecker/Ernst/Hartmann*, 2016, § 15 Rz. 58). § 54 enthält keine entsprechende Regelung zum Untergang von Verlustvorträgen. Dies mag ein Redaktionsversehen sein. Gleichwohl: Ohne gesetzliche Änderung bleiben uE zukünftig Verlustvorträge nach § 41 Abs. 2 (s. § 41 Anm. 6) bei der Verschmelzung von Spezial-Investmentfonds bestehen (so wohl auch *Mann in Blümich*, § 54 InvStG 2018 Rz. 11a [5/2020]; *Kuhn in Bödecker/Ernst/Hartmann*, BeckOK, § 54 Rz. 25.1 [12/2020]; nunmehr ausdrücklich die FinVerw. in BMF, Anwendungsfragen, Rz. 54.6).
- ▷ *Auswirkungen auf Ausübung der Transparenzoption nach § 30*: Unseres Erachtens sind im Fall der Verschmelzung von zwei Spezial-Investmentfonds die Verhältnisse des übernehmenden Spezial-Investmentfonds maßgeblich. Hat daher der übernehmende Spezial-Investmentfonds die Transparenzoption ausgeübt, gilt diese auch für die inländ. Beteiligungseinnahmen und die dem StAbzug unterliegenden sonstigen inländ. Einkünfte des übertragenden Spezial-Investmentfonds. Hat der übertragende Spezial-Investmentfonds die

Transparenzoption noch nicht ausgeübt, muss der übernehmende Spezial-Investmentfonds den Entrichtungspflichtigen des übertragenden Spezial-Investmentfonds entsprechend informieren. Hat demgegenüber der übertragende, nicht aber der übernehmende Spezial-Investmentfonds die Transparenzoption ausgeübt, endet die StBefreiung für die inländ. Beteiligungseinkünfte und die dem StAbzug unterliegenden sonstigen inländ. Einkünfte des übertragenden Spezial-Investmentfonds zum Übertragungszeitpunkt (§ 54 Abs. 1 Satz 1, § 23 Abs. 1 Nr. 1). Die Möglichkeit des übernehmenden Spezial-Investmentfonds, zu einem späteren Zeitpunkt die Transparenzoption auszuüben, sollte davon unberührt bleiben.

- ▷ *Auswirkungen auf Bestandsschutz nach § 56:* Nach Auffassung der FinVerw. treten die erworbenen Anteile am übernehmenden Spezial-Investmentfonds an die Stelle der Anteile am übertragenden Spezial-Investmentfonds, so dass der Wert der Anteile unverändert bleibt und der Bestandsschutz für Alt-Anteile nach Maßgabe von § 56 Abs. 6 bestehen bleibt (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 54.7).

6–9 Einstweilen frei.

10 C. Erläuterungen zu Abs. 2: Verschmelzung von ausländischen Spezial-Investmentfonds

Voraussetzung: Verschmelzung ausländischer Spezial-Investmentfonds: Abs. 2 erfasst die Verschmelzung von ausländ. Spezial-Investmentfonds miteinander. Dies gilt jedoch nicht, wenn ein ausländ. Spezial-Investmentfonds in einer Rechtsform, die mit einem Sondervermögen (oder einem Teilinvestmentvermögen) vergleichbar ist, mit einem ausländ. Spezial-Investmentfonds in einer Rechtsform, die mit einer Investmentaktiengesellschaft mit veränderlichem Kapital (oder einem Teilgesellschaftsvermögen) vergleichbar ist, verschmolzen wird.

Ausländischer Spezial-Investmentfonds: Zum Begriff des Spezial-Investmentfonds s. § 26 Anm. 5. Ein ausländ. Spezial-Investmentfonds ist ein solcher, der ausländ. Recht unterliegt (§ 2 Abs. 3, s. § 2 Anm. 7). Zu den weiteren Voraussetzungen s. § 23 Anm. 20.

Verschmelzung: Gemeint ist uE die nach ausländ. Aufsichtsrecht zulässige Verschmelzung von Spezial-Investmentfonds, und zwar grds. unabhängig davon, welche Rechtsform diese haben (s. aber unten „Ausnahme“). Zu den weiteren (uE nicht durch den Gesetzeswortlaut gedeckten) Voraussetzungen der FinVerw. s. § 23 Anm. 20.

Miteinander: Gemeint ist, dass ausländ. Spezial-Investmentfonds wie bisher nur dann steuerneutral miteinander verschmolzen werden können, wenn sie demselben (ausländ.) Recht unterliegen. Grenzüberschreitende Verschmelzungen sind weiterhin nicht steuerneutral möglich (s. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 54.9).

Ausnahme: Die Verschmelzung eines ausländ. Spezial-Investmentfonds in einer Rechtsform, die mit einem Sondervermögen (oder einem Teilinvestmentvermögen) vergleichbar ist, mit einem ausländ. Spezial-Investmentfonds in einer Rechtsform, die mit einer Investmentaktiengesellschaft mit veränderlichem Kapital (oder einem Teilgesellschaftsvermögen) vergleichbar ist, bzw. der umgekehrte Fall sollen weiterhin nicht steuerneutral möglich sein. Gegenüber dem InvStG aF hat sich die Lage uE jedoch insoweit verbessert, als bislang steuerneutrale Verschmelzungen

von ausländ. Spezial-Investmentfonds unter bloßer Beteiligung von Investmentfonds mit eigener Rechtspersönlichkeit (vergleichbar mit einer Investmentaktiengesellschaft) nicht möglich waren. Jetzt sollte jedenfalls die steuerneutrale Verschmelzung von ausländ. Spezial-Investmentfonds mit eigener Rechtspersönlichkeit (oder einem entsprechenden Teilgesellschaftsvermögen) untereinander steuerneutral möglich sein. Auch sollten ausländ. Spezial-Investmentfonds in der Rechtsform einer PersGes. innerhalb der gleichen Jurisdiktion ohne Weiteres untereinander oder mit Spezial-Investmentfonds in Rechtsformen, die mit einem Sondervermögen oder einer Investmentaktiengesellschaft vergleichbar sind, steuerneutral verschmolzen werden können.

Rechtsfolgen: Über den Verweis auf § 23 Abs. 4 gelten die Vorschriften des § 23 Abs. 1 bis 3 entsprechend. Für die Auswirkungen beim übertragenden ausländ. Spezial-Investmentfonds, beim übernehmenden ausländ. Spezial-Investmentfonds sowie beim Anleger s. § 23 Abs. 4 (§ 23 Anm. 20) sowie Anm. 5.

Einstweilen frei.

11–14

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Verschmelzung von inländischen Altersvorsorgevermögenfonds

15

Voraussetzung: Verschmelzung inländischer Altersvorsorgevermögenfonds: Abs. 3 erfasst die Verschmelzung von inländ. Altersvorsorgevermögenfonds miteinander.

Inländischer Altersvorsorgevermögenfonds: Zum Begriff des Altersvorsorgevermögenfonds s. § 53 Abs. 1 (§ 53 Anm. 5). Ein inländ. Altersvorsorgevermögenfonds ist ein solcher, der inländ. Recht unterliegt (§ 2 Abs. 2, s. § 2 Anm. 6), dh. eine offene Investmentkommanditgesellschaft nach §§ 124 ff. KAGB.

Verschmelzung: Gemeint ist uE die nach inländ. Aufsichtsrecht zulässige Verschmelzung von offenen Investmentkommanditgesellschaften nach § 281 Abs. 3 KAGB.

Miteinander: Inländische Altersvorsorgevermögenfonds können nur „miteinander“ steuerneutral verschmolzen werden. Grenzüberschreitende Verschmelzungen sind weiterhin nicht steuerneutral möglich. Ebenfalls nicht steuerneutral möglich – obwohl aufsichtsrechtl. nach § 281 Abs. 3 KAGB zulässig und von der Praxis als dringend notwendig erachtet (vgl. *Helios/Lindau* in *Moritz/Jesch/Mann*, 1. Aufl. 2015, § 54 Rz. 4) – sind steuerneutrale Verschmelzungen von inländ. Spezial-Investmentfonds (zB in der Form von Sondervermögen) auf den inländ. Altersvorsorgevermögenfonds.

Rechtsfolgen: Gemäß Abs. 3 gelten die Vorschriften des § 23 Abs. 1 bis 3 entsprechend. Da aufgrund der Regelung in § 53 Abs. 2 die Vorschriften für Spezial-Investmentfonds (und deren Anleger) auf Altersvorsorgevermögenfonds (und deren Anleger) entsprechend anzuwenden sind, gilt dies uE auch für die Verschmelzungsregelungen. Es gelten daher die Vorschriften zur Verschmelzung von inländ. Spezial-Investmentfonds in § 54 Abs. 1 entsprechend. Es wird somit für die Auswirkungen beim übertragenden inländ. Altersvorsorgevermögenfonds, beim übernehmenden inländ. Altersvorsorgevermögenfonds sowie beim Anleger auf die Kommentierung zu § 54 Abs. 1 (s. Anm. 5) verwiesen.

Einstweilen frei.

16–19

20 **E. Erläuterungen zu Abs. 4: Verschmelzung von ausländischen Altersvorsorgevermögenfonds**

Voraussetzung: Verschmelzung ausländischer Altersvorsorgevermögenfonds: Abs. 4 erfasst die Verschmelzung von ausländ. Altersvorsorgevermögenfonds miteinander.

Ausländischer Altersvorsorgevermögenfonds: Zum Begriff des Altersvorsorgevermögenfonds s. § 53 Abs. 1 (§ 53 Anm. 5). Ein ausländ. Altersvorsorgevermögenfonds ist uE ein solcher, der ausländ. Recht unterliegt (§ 2 Abs. 3, s. § 2 Anm. 7) und im Übrigen sowohl die Voraussetzungen des § 54 Abs. 2 iVm. § 23 Abs. 4 (Anm. 10) als auch die Voraussetzungen des § 53 Abs. 1 erfüllt. Der Verweis auf die „offene Investmentkommanditgesellschaft“ in § 53 Abs. 1 ist in diesem Zusammenhang uE zu kurz gegriffen. Gemeint ist vielmehr ein ausländ. Gebilde, das einer offenen Investmentkommanditgesellschaft nach §§ 124 ff. KAGB vergleichbar ist (und im Übrigen die Voraussetzungen des § 53 Abs. 1 erfüllt).

Verschmelzung: Gemeint ist uE die nach ausländ. Aufsichtsrecht zulässige Verschmelzung von Altersvorsorgevermögenfonds. Zu den weiteren (uE nicht durch den Gesetzeswortlaut gedeckten) Voraussetzungen der FinVerw. s. § 23 Anm. 20.

Miteinander: Gemeint ist, dass ausländ. Altersvorsorgevermögenfonds nur dann steuerneutral miteinander verschmolzen werden können, wenn sie demselben (ausländ.) Recht unterliegen. Grenzüberschreitende Verschmelzungen sind nicht steuerneutral möglich.

Rechtsfolgen: Gemäß Abs. 4 gelten die Vorschriften des § 23 Abs. 4 entsprechend. Da aufgrund der Regelung in § 53 Abs. 2 die Vorschriften für Spezial-Investmentfonds (und deren Anleger) auf Altersvorsorgevermögenfonds (und deren Anleger) entsprechend anzuwenden sind, gilt dies uE auch für die Verschmelzungsregelungen. Es gelten daher die Vorschriften zur Verschmelzung von ausländ. Spezial-Investmentfonds in § 54 Abs. 2 entsprechend. Zu Auswirkungen beim übertragenden ausländ. Altersvorsorgevermögenfonds, beim übernehmenden ausländ. Altersvorsorgevermögenfonds sowie beim Anleger s. Abs. 2 (Anm. 10).

Kapitel 6

Bußgeldvorschriften, Anwendungs- und Übergangsvorschriften (§§ 55–57)

§ 55 Bußgeldvorschriften

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731)

- (1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder leichtfertig
1. entgegen § 7 Absatz 4 Satz 5, auch in Verbindung mit § 29 Absatz 1, eine Statusbescheinigung nicht oder nicht rechtzeitig zurückgibt,
 2. entgegen § 28 Absatz 1 Satz 1 eine Mitteilung nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig macht
 3. entgegen § 28 Absatz 1 Satz 2 eine Anzeige nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erstattet,
 4. entgegen § 28 Absatz 2 einen Anleger nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig einträgt oder
 5. entgegen § 28 Absatz 3 eine dort genannte Maßnahme nicht oder nicht rechtzeitig ergreift.
- (2) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu zehntausend Euro geahndet werden.
- (3) Verwaltungsbehörde im Sinne des § 36 Absatz 1 Nummer 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten ist die in § 4 genannte Finanzbehörde.

Autor und Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 55	1	C. Erläuterungen zu Abs. 2: Geldbuße, Opportunitätsprinzip . . .	10
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Ordnungswidrigkeiten	5	D. Erläuterungen zu Abs. 3: Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde	15

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 55

1

Grundinformation: § 55 enthält eine Bußgeldvorschrift für die Fälle, dass Investmentfonds, Spezial-Investmentfonds oder die an Spezial-Investmentfonds beteiligten PersGes. ihre in Abs. 1 Nr. 1 bis 5 genannten Pflichten zur Mitwirkung am Besteuerungsverfahren verletzen.

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher Geltungsbereich:* § 55 regelt, welche Zuwiderhandlungen gegen im InvStG geregelte Verpflichtungen als Steuerordnungswidrigkeit (§ 377 AO) verfolgt werden können.

- ▶ **Persönlicher Geltungsbereich:** § 55 enthält Regelungen, die grds. für in- und ausländ. Investmentfonds und Spezial-Investmentfonds und ihre gesetzlichen Vertreter gelten sowie Regelungen, die an in- oder ausländ. Spezial-Investmentfonds beteiligte Anleger in Gestalt von PersGes. betreffen. In den in § 28 geregelten und hier bewährten Fällen können allerdings nur Verstöße geahndet werden, die von inländ. PersGes. oder gegenüber inländ. Spezial-Investmentfonds begangen werden (§§ 5, 7 Abs. 1 OWiG); § 370 Abs. 7 AO ist mangels Verweises nicht anwendbar (s. auch § 28 Anm. 4 und 10).
- ▶ **Zeitlicher Geltungsbereich:** § 55 gilt ab dem 1.1.2018, s. § 56 Abs. 1.

Verhältnis zu anderen Vorschriften:

- ▶ **Verhältnis zu § 377 AO:** § 55 ist eines der Steuergesetze, das Zuwiderhandlungen definiert, die nach § 377 AO als Steuerordnungswidrigkeiten geahndet werden können.
- ▶ **Verhältnis zu §§ 370, 378 AO:** § 55 schließt es nicht aus, dass bei vorsätzlicher Begehung (§ 15 StGB) und beim Eintritt einer Steuerverkürzung bzw. Erlangen eines nicht gerechtfertigten Steuervorteils eine Zuwiderhandlung gegen die in § 55 genannten Verpflichtungen auch den Tatbestand der Steuerhinterziehung (§ 370 AO) erfüllen kann. Dasselbe gilt bei leichtfertiger Begehung für die bestehende Konkurrenz mit einer leichtfertigen Steuerverkürzung nach § 378 AO.

2–4 Einstweilen frei.

5 B. Erläuterungen zu Abs. 1: Ordnungswidrigkeiten

Aufzählung besonderer Steuerordnungswidrigkeiten: Abs. 1 regelt in Nr. 1 bis 5, welche Zuwiderhandlungen gegen investmentsteuergesetzliche Verpflichtungen bei vorsätzlicher oder leichtfertiger Begehung Steuerordnungswidrigkeiten (§ 377 AO, § 1 OWiG) sind (vgl. allg. *Krumm in Tipke/Kruse*, § 377 AO Rz. 7 ff. [10/2019]).

Betroffene Personen: Soweit es um Pflichten von Investmentfonds oder Spezial-Investmentfonds geht, treffen diese und damit auch die Gefahr, sich ordnungswidrig zu verhalten, den oder die (gesetzlichen) Vertreter der Fonds (s. § 4 Abs. 1 Satz 1). Originär sind damit natürliche Personen angesprochen, die durch ihr Handeln bzw. ihre pflichtwidrige Untätigkeit den Tatbestand der Ordnungswidrigkeit erfüllen können. Über § 377 Abs. 2 AO gilt indes auch § 30 OWiG, nach dem es möglich ist, Sanktionen gegen juristische Personen zu verhängen (s. zu Details *Krumm in Tipke/Kruse*, § 377 AO Rz. 14 [10/2019]). Verstöße gegen § 28 Abs. 1 Sätze 1 und 2 begehen an einem Spezial-Investmentfonds beteiligte PersGes. bzw. die für diese handelnden Personen.

Die einzelnen Tatbestände von Ordnungswidrigkeiten:

Rückgabe der Statusbescheinigung (Abs. 1 Nr. 1): Nach Abs. 1 Nr. 1 handelt ordnungswidrig, wer die von ihm zu erfüllende Verpflichtung eines Investmentfonds oder Spezial-Investmentfonds (§ 29 Abs. 1) zur Rückgabe einer Statusbescheinigung vorsätzlich oder leichtfertig entgegen § 7 Abs. 4 Satz 5 (s. dazu § 7 Anm. 25) nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt.

Namen und Anschriften an Personengesellschaften beteiligter Gesellschafter (Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3): Die Nr. 2 und 3 erfassen Fälle, in denen eine PersGes. die in § 28 Abs. 1 Sätze 1 und 2 enthaltenen Pflichten, Namen und Anschriften ih-

rer Gesellschafter mitzuteilen und Änderungen anzuzeigen, nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt.

Anteilsregister (Abs. 1 Nr. 4): Nr. 4 sanktioniert Pflichtverletzungen des gesetzlichen Vertreters des Spezial-Investmentfonds bei der Führung eines Anteilsregisters (§ 28 Abs. 2).

Herstellung zulässiger Anlegerzahl und -zusammensetzung (Abs. 1 Nr. 5): Nach Nr. 5 handelt ordnungswidrig, wer entgegen der Verpflichtung nach § 28 Abs. 3 die dort genannten Maßnahmen (Sonderkündigungsrecht, sonstige Maßnahmen) zur Herstellung der zulässigen Anlegerzahl (100) und/oder Anlegerzusammensetzung (keine natürlichen Personen) nicht oder nicht rechtzeitig ergreift.

Verschulden: Die Zuwiderhandlungen gegen die genannten Verpflichtungen müssen vorsätzlich oder leichtfertig gegangen werden, um als Ordnungswidrigkeit geahndet werden können:

Vorsatz: Vorsätzlich handelt, wer mit Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung handelt (vgl. *Krumm in Tipke/Kruse*, § 370 AO Rz. 123 ff. mwN [4/2019]).

Leichtfertigkeit: Leichtfertig handelt, wer die Sorgfalt außer Acht lässt, zu der er nach den besonderen Umständen des Einzelfalls und seinen persönlichen Fähigkeiten und Kenntnissen verpflichtet und im Stande ist, obwohl sich ihm aufdrängen musste, dass dadurch der Erfolg eintreten wird (vgl. *Krumm in Tipke/Kruse*, § 370 AO Rz. 124 mwN [4/2019]).

Einstweilen frei.

6–9

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Geldbuße, Opportunitätsprinzip

10

Geldbuße: Eine Ordnungswidrigkeit nach Abs. 1 kann nach Abs. 2 mit einer Geldbuße bis zu 10 000 € geahndet werden. Da Abs. 2 für vorsätzliches und fahrlässiges Handeln eine Geldbuße androht, ohne im Höchstmaß zu unterscheiden, kann fahrlässiges Handeln nach § 17 Abs. 2 OWiG im Höchstmaß nur mit der Hälfte des angedrohten Höchstbetrags der Geldbuße, hier also höchstens mit 5 000 € geahndet werden.

Opportunitätsprinzip: Anders als bei strafbaren Handlungen, bei denen die Strafverfolgungsbehörden nach dem Legalitätsprinzip grds. ein Strafverfahren einzuleiten haben (§ 152 Abs. 2 StPO), steht die Eröffnung eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens nach dem Opportunitätsprinzip (§ 47 Abs. 1 Satz 1 OWiG) im pflichtgemessenen Ermessen der zuständigen Verfolgungsbehörde („kann ... geahndet werden“). Vgl. zu Einzelheiten *Heuel in Kohlmann*, *Steuerstrafrecht*, § 377 AO Rz. 22 (11/2017); *Krumm in Tipke/Kruse*, § 377 AO Rz. 2 (10/2019).

Einstweilen frei.

11–14

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde

15

Verwaltungsbehörde nach § 4: Nach § 35 Abs. 1 OWiG ist für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten grds. eine Verwaltungsbehörde zuständig, und nach § 36 Abs. 1 Nr. 1 OWiG ist sachlich die Verwaltungsbehörde zuständig, die durch Gesetz bestimmt wird. Dies ist nach Abs. 3 die in § 4 genannte Finanzbehörde.

§ 56 Anwendungs- und Übergangsvorschriften zum Investmentsteuerreformgesetz

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731), zuletzt geändert durch JStG 2020 v. 21.12.2021 (BGBl. I 2020, 3096; BStBl. I 2021, 6)

(1) ¹Die Vorschriften dieses Gesetzes in der am 1. Januar 2018 geltenden Fassung sind ab dem 1. Januar 2018 anzuwenden. ²Für die Zeit vor dem 1. Januar 2018 und für Unterschiedsbeträge nach § 5 Absatz 1 Satz 1 Nummer 5 und § 13 Absatz 4 des Investmentsteuergesetzes in der am 31. Dezember 2017 geltenden Fassung, die für vor dem 1. Januar 2018 endende Geschäftsjahre veröffentlicht werden, ist weiterhin das Investmentsteuergesetz in der am 31. Dezember 2017 geltenden Fassung anzuwenden. ³Bei Investmentfonds und Kapital-Investitionsgesellschaften nach dem Investmentsteuergesetz in der am 31. Dezember 2017 geltenden Fassung mit einem vom Kalenderjahr abweichenden Geschäftsjahr gilt für steuerliche Zwecke ein Rumpfgeschäftsjahr zum 31. Dezember 2017 als beendet. ⁴Für Rumpfgeschäftsjahre nach Satz 3 verlängert sich die Frist für die Veröffentlichung der Besteuerungsgrundlagen nach § 5 Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 Satz 1 des Investmentsteuergesetzes in der am 31. Dezember 2017 geltenden Fassung bis zum 31. Dezember 2018. ⁵Abweichend von Satz 1 sind die Vorschriften dieses Gesetzes in der durch Artikel 15 des Gesetzes vom 11. Dezember 2018 (BGBl. I S. 2338) geänderten Fassung anzuwenden auf Investmenterträge, die nach dem 10. August 2018 zufließen oder als zugeflossen gelten sowie auf Bewertungen nach § 6 des Einkommensteuergesetzes, die nach diesem Zeitpunkt vorzunehmen sind.

(1a) ¹Für Investmentfonds, die vor dem 1. Januar 2019 aufgelegt wurden, gelten Anlagebedingungen, die die Voraussetzungen des § 2 Absatz 6 in der Fassung des Artikels 1 des Gesetzes vom 19. Juli 2016 (BGBl. I S. 1730) erfüllen, als Anlagebedingungen, die die Voraussetzungen des § 2 Absatz 6 in der Fassung des Artikels 15 des Gesetzes vom 11. Dezember 2018 (BGBl. I S. 2338) erfüllen. ²Satz 1 ist entsprechend anzuwenden auf Investmentfonds, die vor dem 1. Januar 2019 aufgelegt wurden und die Voraussetzungen des § 2 Absatz 7 oder 9 erfüllen.

(2) ¹Anteile an Investmentfonds, an Kapital-Investitionsgesellschaften nach dem Investmentsteuergesetz in der am 31. Dezember 2017 geltenden Fassung oder an Organismen, die zum 1. Januar 2018 erstmals in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes fallen (Alt-Anteile), gelten mit Ablauf des 31. Dezember 2017 als veräußert und mit Beginn des 1. Januar 2018 als angeschafft. ²Als Veräußerungserlös und Anschaffungskosten ist der letzte im Kalenderjahr 2017 festgesetzte Rücknahmepreis anzusetzen. ³Wird kein Rücknahmepreis festgesetzt, tritt der Börsen- oder Marktpreis an die Stelle des Rücknahmepreises. ⁴Der nach den Sätzen 2 und 3 ermittelte Wert der Alt-Anteile gilt als Anschaffungskosten im Sinne von § 6 Absatz 1 Nummer 2 Satz 1 des Einkommensteuergesetzes. ⁵Soweit der nach den Sätzen 2 und 3 ermittelte Wert der Alt-Anteile höher ist als der Buchwert der Alt-Anteile am 31. Dezember 2017, sind Wertminderungen im Sinne von § 6 Absatz 1 Nummer 2 Satz 2 des Einkommensteuergesetzes erst zum Zeitpunkt der tatsächlichen Veräußerung der Alt-Anteile zu berücksichtigen. ⁶Wertaufholungen im Sinne des § 6 Absatz 1 Nummer 2 Satz 3 in Verbindung mit Nummer 1 Satz 4 des Einkommensteuergesetzes sind erst

zum Zeitpunkt der tatsächlichen Veräußerung der Alt-Anteile zu berücksichtigen, soweit auf die vorherigen Wertminderungen Satz 5 angewendet wurde und soweit der Buchwert der Alt-Anteile zum 31. Dezember 2017 überschritten wird.⁷Der Buchwert der Alt-Anteile zum 31. Dezember 2017 ist ohne Berücksichtigung der fiktiven Veräußerung nach Satz 1 zu ermitteln.

(3)¹Der nach den am 31. Dezember 2017 geltenden Vorschriften ermittelte Gewinn aus der fiktiven Veräußerung nach Absatz 2 Satz 1 einschließlich außerbilanzieller Hinzurechnungen und Abrechnungen ist zu dem Zeitpunkt zu berücksichtigen, zu dem der Alt-Anteil tatsächlich veräußert wird.²Bei der tatsächlichen Veräußerung von Alt-Anteilen gelten die zuerst angeschafften Anteile als zuerst veräußert.³Der Gewinn aus der fiktiven Veräußerung nach Absatz 2 Satz 1 unterliegt zum Zeitpunkt der tatsächlichen Veräußerung des Alt-Anteils dem Steuerabzug nach § 43 Absatz 1 Satz 1 Nummer 9 des Einkommensteuergesetzes.⁴Kann der Gewinn aus der fiktiven Veräußerung nicht ermittelt werden, so sind 30 Prozent des Rücknahmepreises oder, wenn kein Rücknahmepreis festgesetzt ist, des Börsen- oder Marktpreises als Bemessungsgrundlage für den Steuerabzug anzusetzen (Ersatzbemessungsgrundlage).⁵Bei Ansatz der Ersatzbemessungsgrundlage ist die Abgeltungswirkung nach § 43 Absatz 5 Satz 1 erster Halbsatz des Einkommensteuergesetzes ausgeschlossen und der Entrichtungspflichtige ist verpflichtet, eine Steuerbescheinigung nach § 45a Absatz 2 des Einkommensteuergesetzes auszustellen, in der er den Ansatz der Ersatzbemessungsgrundlage kenntlich zu machen hat.⁶Die als zugeflossen geltenden, aber noch nicht dem Steuerabzug unterworfenen Erträge nach § 7 Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 in der bis zum 31. Dezember 2017 geltenden Fassung und der Zwischengewinn nach § 7 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 in der bis zum 31. Dezember 2017 geltenden Fassung unterliegen zum Zeitpunkt der tatsächlichen Veräußerung des Alt-Anteils dem Steuerabzug nach § 43 Absatz 1 Satz 1 Nummer 5 des Einkommensteuergesetzes.⁷Die vorstehenden Sätze sind nicht auf den Gewinn aus der fiktiven Veräußerung nach Absatz 2 Satz 1 anzuwenden, wenn der Gewinn einem Investmentfonds oder einem Spezial-Investmentfonds zuzurechnen ist.

(3a) Für die Zwecke der Absätze 2 und 3 steht eine fiktive Veräußerung nach § 19 Absatz 2 oder § 52 Absatz 2 einer tatsächlichen Veräußerung gleich.

(4)¹Die inländische Stelle, die die Alt-Anteile verwahrt oder verwaltet, hat bis zum 31. Dezember 2020 Folgendes zu ermitteln und bis zur tatsächlichen Veräußerung vorzuhalten:

1. den Gewinn aus der fiktiven Veräußerung nach Absatz 2 Satz 1 und
2. die Erträge nach § 7 Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 und 4 des Investmentsteuergesetzes in der bis zum 31. Dezember 2017 geltenden Fassung.

²Die inländische Stelle hat dem Steuerpflichtigen auf Antrag die Angaben nach Satz 1 Nummer 1 mitzuteilen.³Überträgt der Anleger die Alt-Anteile auf ein anderes Depot, so hat die abgebende inländische Stelle der übernehmenden inländischen Stelle die Angaben nach Satz 1 mitzuteilen.

(5)¹Der Gewinn nach Absatz 3 Satz 1 ist gesondert festzustellen, wenn die Alt-Anteile zum Betriebsvermögen des Anlegers gehören.²Für die Zwecke des Satzes 1 gilt eine Mitunternehmerschaft als Anleger.³Bei einer Gesamthand, die keine Mitunternehmerschaft ist, gelten für die Zwecke des Satzes 1 deren Beteiligte als Anleger.⁴Der Anleger hat eine Erklärung zur gesonderten Feststellung

des Gewinns nach Absatz 3 Satz 1 frühestens nach dem 31. Dezember 2019 und spätestens bis zum 31. Dezember 2022 nach amtlich vorgeschriebenem Datensatz durch Datenfernübertragung zu übermitteln.⁵ Der Anleger hat in der Feststellungserklärung den Gewinn nach Absatz 3 Satz 1 selbst zu ermitteln.⁶ Die Feststellungserklärung steht einer gesonderten Feststellung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gleich; eine berichtigte Feststellungserklärung gilt als Antrag auf Änderung.⁷ Die für Steueranmeldungen geltenden Vorschriften der Abgabenordnung gelten entsprechend.⁸ Auf Antrag kann die Finanzbehörde zur Vermeidung unbilliger Härten auf eine elektronische Übermittlung verzichten; in diesem Fall ist die Erklärung zur gesonderten Feststellung nach amtlich vorgeschriebenem Vordruck abzugeben und vom Anleger eigenhändig zu unterschreiben.⁹ Zuständig für die gesonderte Feststellung des Gewinns nach Absatz 3 Satz 1 ist das Finanzamt, das für die Besteuerung des Anlegers nach dem Einkommen zuständig ist.¹⁰ In den Fällen des § 180 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 der Abgabenordnung ist für die gesonderte Feststellung des Gewinns nach Absatz 3 Satz 1 das Finanzamt zuständig, das für die gesonderte Feststellung nach § 18 der Abgabenordnung zuständig ist.¹¹ Für Alt-Anteile, die vor dem 1. Januar 2023 und vor der Abgabe der Feststellungserklärung veräußert wurden, ist keine Erklärung abzugeben und keine Feststellung vorzunehmen.¹² § 180 Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 sowie Satz 2 und 3 der Abgabenordnung ist entsprechend anzuwenden.

(6)¹ Bei Alt-Anteilen, die vor dem 1. Januar 2009 erworben wurden und seit der Anschaffung nicht im Betriebsvermögen gehalten wurden (bestandsgeschützte Alt-Anteile), sind

1. Wertveränderungen, die zwischen dem Anschaffungszeitpunkt und dem 31. Dezember 2017 eingetreten sind, steuerfrei und
2. Wertveränderungen, die ab dem 1. Januar 2018 eingetreten sind, steuerpflichtig, soweit der Gewinn aus der Veräußerung von bestandsgeschützten Alt-Anteilen 100 000 Euro übersteigt.

² Der am Schluss des Veranlagungszeitraums verbleibende Freibetrag nach Satz 1 Nummer 2 ist bis zu seinem vollständigen Verbrauch jährlich gesondert festzustellen.³ Verbleibender Freibetrag ist im Jahr der erstmaligen Inanspruchnahme der Betrag von 100 000 Euro vermindert um den bei der Ermittlung der Einkünfte berücksichtigten Freibetrag nach Satz 1 Nummer 2; verbleibender Freibetrag ist in den Folgejahren der zum Schluss des vorangegangenen Veranlagungszeitraums festgestellte verbleibende Freibetrag vermindert um den bei der Ermittlung der Einkünfte berücksichtigten Freibetrag nach Satz 1 Nummer 2.⁴ Zuständig für die gesonderte Feststellung des verbleibenden Freibetrags ist das Finanzamt, das für die Besteuerung des Anlegers nach dem Einkommen zuständig ist.⁵ § 10d Absatz 4 Satz 4 bis 6 des Einkommensteuergesetzes ist entsprechend anzuwenden.⁶ Anteile im Sinne des § 21 Absatz 2a und 2b des Investmentsteuergesetzes in der bis zum 31. Dezember 2017 geltenden Fassung sind keine bestandsgeschützten Alt-Anteile im Sinne der Sätze 1 bis 5.

(7)¹ Ordentliche Alterträge gelten mit Ablauf des Geschäftsjahres, in dem sie vereinnahmt wurden, als den Anlegern zugeflossene ausschüttungsgleiche Erträge, wenn sie nicht ausgeschüttet werden und den Anlegern vor dem 1. Januar 2018 zufließen.² Soweit ein Anleger einen Anteil an einem Spezial-Investmentfonds von dem Tag, an dem das Geschäftsjahr des Spezial-Investmentfonds nach dem 30. Juni 2017 geendet hat, bis zum 2. Januar 2018 ununterbrochen

hält, gelten die darauf entfallenden ausschüttungsgleichen Erträge nach Satz 1, die in einem nach dem 30. Juni 2017 endenden Geschäftsjahr vereinnahmt wurden, als am 1. Januar 2018 zugeflossen. ³Die ausschüttungsgleichen Erträge nach den Sätzen 1 und 2 unterliegen der Besteuerung nach dem Investmentsteuergesetz in der am 31. Dezember 2017 geltenden Fassung und nach dem Einkommensteuergesetz in der am 26. Juli 2016 geltenden Fassung. ⁴Die ausschüttungsgleichen Erträge nach Satz 2 können als ausschüttungsgleiche Erträge der Vorjahre im Sinne des § 35 Absatz 5 ausgeschüttet werden. ⁵Ordentliche Alterträge sind Erträge der in § 1 Absatz 3 Satz 3 Nummer 1 und 2 sowie Satz 4 des Investmentsteuergesetzes in der am 31. Dezember 2017 geltenden Fassung bezeichneten Art, die der Investmentfonds oder der Spezial-Investmentfonds vor dem 1. Januar 2018 vereinnahmt.

(8) ¹Außerordentliche Alterträge, ausschüttungsgleiche Erträge, die vor dem 1. Januar 2018 als zugeflossen gelten, Absetzungsbeträge, die auf Zeiträume vor dem 1. Januar 2018 entfallen, nicht ausgeglichene negative Erträge nach § 3 Absatz 4 Satz 2 des Investmentsteuergesetzes in der am 31. Dezember 2017 geltenden Fassung und sonstige für die Zeiträume vor dem 1. Januar 2018 ermittelte Werte sind für die Anwendung dieses Gesetzes in der am 1. Januar 2018 geltenden Fassung nicht zu berücksichtigen. ²Außerordentliche Alterträge sind Erträge, deren Art nicht unter § 1 Absatz 3 Satz 3 Nummer 1 und 2 sowie Satz 4 des Investmentsteuergesetzes in der am 31. Dezember 2017 geltenden Fassung fällt und von dem Investmentfonds oder dem Spezial-Investmentfonds vor dem 1. Januar 2018 vereinnahmt wurden. ³Bei der Ermittlung des Fonds-Aktiengewinns, des Fonds-Abkommensgewinns und des Fonds-Teilfreistellungsgewinns sind die vor dem 1. Januar 2018 vereinnahmten Gewinne, eingetretenen Wertveränderungen und die vereinnahmten Erträge nicht zu berücksichtigen.

(9) ¹Substanzbeträge gelten als Spezial-Investmenterträge nach § 34 Absatz 1 Nummer 1, soweit bei dem Anleger ein positiver Gewinn nach Absatz 3 Satz 1 vorhanden ist. ²Sie unterliegen nicht dem Steuerabzug nach § 50.

Autor und Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 56	1	F. Erläuterungen zu Abs. 3a: Gleichstellung fiktiver Veräußerungen mit tatsächlicher Veräußerung	19
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Übergangszeitpunkt, Rumpfgeschäftsjahr	5	G. Erläuterungen zu Abs. 4: Verpflichtung zur zeitnahen Ermittlung von Gewinn und Erträgen	20
C. Erläuterungen zu Abs. 1a: Übergangsregelung für Anlagebedingungen	8	H. Erläuterungen zu Abs. 5: Gesonderte Feststellung	25
D. Erläuterungen zu Abs. 2: Veräußerungs- und Anschaffungsfiktion	10	I. Erläuterungen zu Abs. 6: Kapung des Bestandsschutzes für (vormals) bestandsgeschützte Altanteile	30
E. Erläuterungen zu Abs. 3: Besteuerung des Veräußerungsgewinns	16		

	Anm.	Anm.
J. Erläuterungen zu Abs. 7: Erfassung ordentlicher Alterträge	35	L. Erläuterungen zu Abs. 9: Umwand- lung von Substanzbeträgen in Er- tragsausschüttung, kein Steuerab- zug
K. Erläuterungen zu Abs. 8: Außeror- dentliche Alterträge	40	45

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 56

1

Grundinformation: Die Anwendungs- und Übergangsvorschriften in § 56 regeln die Zäsur zwischen den bis einschließlich 2017 geltenden investmentsteuerrechtl. Regelungen und den ab dem 1.1.2018 geltenden Besteuerungsregelungen für Investmentfonds und Anleger. Ein Nebeneinander der Besteuerungsregime hält der Gesetzgeber für praktisch nicht administrierbar (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses zum StUmgBG, BTDrucks. 18/12127, 67). Deshalb gilt zwar seit dem 1.1.2018 das InvStG in der durch das StUmgBG v. 23.6.2017 (BGBl. I 2017, 1682) ergänzten Fassung des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730), das InvStG in der am 31.12.2017 geltenden Fassung sowie die dazu ergangenen Verwaltungsanweisungen aber für die Zeit vor 2018 weiter (Abs. 1 Satz 2). Um den Übergang zu den neuen Regelungen zu ermöglichen, gelten nach § 56 Abs. 2 Satz 1 Anteile an Investmentfonds, an Kapital-Investitionsgesellschaften und an sonstigen Investmentvehikeln grds. (s. aber Abs. 2 Satz 7) als mit Ablauf des 31.12.2017 veräußert. Der aus dieser fiktiven Veräußerung entstehende Gewinn oder Verlust ist nach § 56 Abs. 3 Satz 1 erst in dem Zeitpunkt zu berücksichtigen, in dem der Anteil tatsächlich veräußert wird. Abs. 4 und 5 regeln Verfahrensfragen, die der Übergang vom alten auf das neue Regime aufwirft. Danach enthält, verborgen in den Übergangsvorschriften, Abs. 6 eine gravierende materielle Regelung: Die Vorschrift beendet den Bestandsschutz, der vor dem 1.1.2009 erworbenen Altanteilen bei der Einf. der Abgeltungssteuer gewährt worden war (s. Anm. 30). Die erst nachträglich mit dem StUmgBG v. 23.6.2017 (BGBl. I 2017, 1682) angefügten Abs. 7 bis 9 sollen schließlich erreichen, dass Erträge, die vor 2018 entstanden sind, noch nach den davor geltenden Besteuerungsregelungen erfasst werden, während alle Ausschüttungen nach 2017 dem neuen Recht unterliegen. Abs. 7 dient zudem dazu, Besteuerungslücken bei früher mit Erträgen aus inländ. Investmentfonds beschränkt stpfl. Anlegern zu vermeiden, die entstünden, wenn sie vor 2018 erzielte und auf der Ebene des Fonds nach altem Recht unversteuerte Erträge in 2018 oder später in Deutschland unversteuert vereinnahmen könnten, weil sie nunmehr mit Erträgen aus Investmentfonds nicht mehr der beschränkten StPflcht unterliegen (s. den bewusst unterlassenen Verweis in § 49 Abs. 1 EStG auf § 20 Abs. 1 Nr. 3 EStG; vgl. auch BTDrucks. 18/12127, 68).

Rechtswentwicklung: Mit dem Investmentsteuerreformgesetz (InvStRefG) v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731) wurde die Investmentbesteuerung für Investmentfonds neu konzipiert und mit § 56 Übergangs- und Anwendungsvorschriften eingeführt.

- ▶ *StUmgBG v. 23.6.2017* (BGBl. I 2017, 1682): § 56 wurde noch vor seinem Inkrafttreten geändert. Abs. 1 Satz 4 wurde neu gefasst und mit dieser Neufassung des Satzes 4 wurde dessen bisherige Nr. 2 gestrichen und die bisherige Nr. 1 unverändert fortgeführt. In Abs. 3 wurden in Satz 1 nach den Wörtern „Der nach den am 31. Dezember 2017 geltenden Vorschriften ermittelte Gewinn aus der

fiktiven Veräußerung nach Absatz 2 Satz 1“ die Wörter „einschließlich außerbilanzieller Hinzurechnungen und Abrechnungen“ eingefügt und es wurde der letzte Satz (Satz 7) angefügt. Außerdem wurden die Abs. 7 bis 9 angefügt, um zu regeln, dass die Erträge, die unter dem alten Recht entstanden sind, noch zwingend nach den Besteuerungsregelungen des alten Rechts erfasst werden, und umgekehrt alle Ausschüttungen, die ab dem 1.1.2018 vorgenommen werden, ausschließlich dem neuen Recht unterliegen.

- ▶ „JStG 2018“ v. 11.12.2018 (BGBl. I 2018, 2338; BStBl. I 2018, 1377): In Abs. 1 wurde Satz 5 angefügt, um zu regeln, dass die Änderungen durch das JStG 2018 nicht erst ab dessen Inkrafttreten, sondern bereits mit der Zuleitung des Gesetzentwurfs durch die BReg. an den BRat am 10.8.2018 gelten (s. dazu Begr. des Gesetzentwurfs, BTDrucks. 19/4455, 66). Hierin liegt eine verfassungsrechtl. zulässige sog. unechte Rückwirkung (so BTDrucks. 19/4455, 68f.; s. auch § 26 Anm. 1). Hinter Abs. 1 wurde Abs. 1a eingefügt, um klarzustellen, dass die Investmentfonds, die bereits ihre Anlagebedingungen an die Voraussetzungen des ab dem 1.1.2018 geltenden § 2 Abs. 6 bis 9 InvStG angepasst hatten, diese Anlagebedingungen nicht aufgrund der Änderung des § 2 Abs. 6 bis 9a InvStG erneut anpassen mussten (s. § 26 Anm. 1). Die Regelung in Abs. 1a Satz 1 betrifft Aktienfonds und nach Abs. 1a Satz 2 gilt sie gleichermaßen für Misch- und Immobilienfonds (BTDrucks. 19/5595, 89). In Abs. 2 wurden in den Sätzen 4 bis 7 Regelungen zur steuerbilanziellen Abbildung der fiktiven Veräußerung von Alt-Anteilen sowie zur Berücksichtigung von Wertminderungen und -erhöhungen, die nach dem 31.12.2017 eintreten, aufgenommen. Abs. 5 wurde neu gefasst, um die Fälle zu reduzieren, in denen ein darin geregeltes Feststellungsverfahren erforderlich ist und es dazu auf betriebliche Anleger zu beschränken (BTDrucks. 19/5595, 89). Abs. 6 Sätze 4 und 5 wurden aufgehoben, weil das in ihnen geregelte Wiederaufleben des Freibetrags nach § 56 Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 angesichts der grds. bestehenden Möglichkeit, Verluste aus der Veräußerung von bestandsgeschützten Alt-Anteilen mit positiven anderen Kapitaleinkünften zu verrechnen, als unnötige Verkomplizierung empfunden wurde (BTDrucks. 19/4455, 115). Die Änderungen traten am 15.12.2018 in Kraft (Art. 20 Abs. 1 „JStG 2018“), sind aber auf Investmenterträge anzuwenden, die nach dem 10.8.2018 zuflossen oder als zugeflossen gelten sowie auf Bewertungen nach § 6 EStG, die nach diesem Zeitpunkt vorzunehmen waren (s. Abs. 1 Satz 5).
- ▶ *WElektroMobFördG* („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17): In der Überschrift des § 56 wurden die Wörter „zum Investmentsteuerreformgesetz“ angefügt. Hinter Abs. 3 wurde Abs. 3a eingefügt, mit dem eine fiktive Veräußerung nach § 19 Abs. 2 oder § 52 Abs. 2 einer tatsächlichen Veräußerung gleichgestellt wird. Dies war vorher unklar (s. *Mann in Blümich*, § 56 InvStG 2018, Rz. 112 [5/2020]). Die Änderungen sind seit dem 1.1.2020 anzuwenden (§ 57 Satz 1 Nr. 14).
- ▶ *JStG 2020* v. 21.12.2020 (BGBl. I 2020, 3096, BStBl. I 2021, 6): In dem in Abs. 6 neu eingefügten Satz 3 wird der bisher unbestimmte Rechtsbegriff „verbleibender Freibetrag“ legaldefiniert, um die Systematik der Fortentwicklung des Freibetrags für Gewinne aus der Veräußerung bestandsgeschützter Altanteile (Abs. 6 Satz 1) zu regeln (BRDrucks. 503/20, 123, „klarzustellen“). Hintergrund ist, dass sich die Inanspruchnahme des Freibetrags über mehrere Jahre erstrecken und dann die jeweiligen StFestsetzungen nachträglichen Änderungen unterliegen können. Nach Abs. 6 Satz 3 ist der Freibetrag bei erstmaliger Inan-

spruchnahme der Betrag von 100 000 €, vermindert um den bei der Ermittlung der Einkünfte berücksichtigten Freibetrag. In den darauffolgenden Jahren ist der Freibetrag der zum Schluss des vorangegangenen VZ festgestellte verbleibende Freibetrag, vermindert um den bei der Ermittlung der Einkünfte berücksichtigten Freibetrag. Die Feststellung des Freibetrags nach Abs. 6 Satz 2 ist Grundlagenbescheid iSd. § 182 Abs. 1 AO für nachfolgende ESt- oder KStBescheide sowie für die Feststellung des verbleibenden Freibetrags. Durch den in Abs. 6 neu eingefügten Satz 5 wird zudem die verfahrensrechtl. Systematik der Feststellung des verbleibenden Verlustvortrags nach § 10d Abs. 4 Sätze 4 bis 6 EStG auf die Feststellung des verbleibenden Freibetrags nach § 56 Abs. 6 Satz 2 übertragen. Bislang bestand keine Bindungswirkung der ESt- bzw. KStBescheide für die Feststellung nach Abs. 6 Satz 2, so dass Änderungen ersterer nicht notwendig zu Anpassungen letzterer führten. Nach Satz 5 iVm. § 10d Abs. 4 Sätze 4 bis 6 EStG entfaltet nun der ESt- bzw. KStBescheid – obwohl er verfahrensrechtl. kein Grundlagenbescheid ist – durch entsprechende Anwendung der Regelungen in § 171 Abs. 10, § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und § 351 Abs. 2 AO sowie § 42 FGO eine gleichartige Wirkung (BRDrucks. 503/20, 124).

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher Geltungsbereich:* § 56 regelt umfassend die Anwendung des InvStG in der durch das StUmgBG v. 23.6.2017 (BGBl. I 2017, 1682) ergänzten Fassung des InvStRefG vom 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730).
- ▶ *Persönlicher Geltungsbereich:* § 56 gilt für in- und ausländ. Anleger in- und ausländ. Investmentfonds und Spezial-Investmentfonds.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* § 56 gilt ab dem 1.1.2018, s. § 56 Abs. 1.

Einstweilen frei.

2–4

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Übergangszeitpunkt, Rumpfgeschäftsjahr

5

Anwendbarkeit des InvStG nF ab dem 1.1.2018 (Abs. 1 Sätze 1 und 2): Das (neue) InvStG in der am 1.1.2018 geltenden Fassung ist ab dem 1.1.2018 anzuwenden (Abs. 1 Satz 1). Für die Zeit davor ist das InvStG in der am 31.12.2017 geltenden Fassung sowie die dazu ergangenen Verwaltungsanweisungen anzuwenden (Abs. 1 Satz 2; s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 56.2). Das gilt auch sowohl für Unterschiedsbeträge nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 InvStG aF, also Beträge, die aufgrund berichteter Angaben für frühere Jahre in der Bekanntmachung ausländ. Fonds für das laufende Geschäftsjahr zu berücksichtigen sind (§ 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Satz 3 InvStG aF; s. dazu *Lübbehüsen* in *Berger/Steck/Lübbehüsen*, 2010, § 5 Rz. 154ff.), als auch für nach § 13 Abs. 4 InvStG aF, dem Pendant zu § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 InvStG aF für inländ. Fonds, gesondert festzustellende Besteuerungsgrundlagen (s. dazu *Lübbehüsen* in *Berger/Steck/Lübbehüsen*, 2010, § 5 Rz. 154ff.). Zu Details s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 56.2 ff.

Fiktion eines Rumpfgeschäftsjahres bis zum 31.12.2017 (Abs. 1 Sätze 3 und 4): Um einen möglichst einheitlichen Übergang zum neuen Recht zu erreichen, gilt bei Investmentfonds und Kapital-Investitionsgesellschaften mit einem vom KJ. abweichenden Geschäftsjahr für stl. Zwecke ein Rumpfgeschäftsjahr als zum 31.12.2017 beendet (Abs. 1 Satz 3). Das ist sprachlich insoweit ungenau, als, um einen einheit-

lichen Übergang zu dem ab dem 1.1.2018 geltenden Recht zu schaffen, das Rumpfwj. nicht „zum 31.12.2017“ (also mit Ablauf des 30.12.2017), sondern am 31.12.2017 und zwar zum 1.1.2018, dh. mit Ablauf des 31.12.2017 enden muss. Die ungenaue Formulierung dürfte ein Redaktionsversehen sein (s. auch Abs. 2, Veräußerung mit Ablauf des 31.12.2017 und BMF, Anwendungsfragen, Rz. 56.6 „einschließlich 31. Dezember 2017“). Für solche (fingierten) Rumpfwj. nach Abs. 1 Satz 3 verlängert sich nach Abs. 1 Satz 4 die Frist für die Veröffentlichung der Besteuerungsgrundlagen nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 1 InvStG aF bis zum 31.12.2018. Abs. 1 Satz 4 wurde noch vor dem 1.1.2018 durch das StUmgBG v. 23.6.2017 (BGBl. I 2017, 1682) neu gefasst. Mit der Neufassung wurde die bisherige Nr. 2 gestrichen und die bisherige Nr. 1 unverändert fortgeführt. Die Nr. 2 enthielt eine Verlängerung der Fristen zur Fassung eines Ausschüttungsbeschlusses. Aufgrund des neuen § 56 Abs. 7 wäre eine derartige Verlängerung widersprüchlich, weil die Vorschrift eine Zuflussfiktion bestimmter Erträge beim Anleger regelt, so dass diese Erträge im Jahr 2017 versteuert werden müssen und es nicht mehr auf die Fassung eines Ausschüttungsbeschlusses und den Ausschüttungszeitpunkt ankommt (vgl. BTDrucks. 18/12127, 67). Die aufgehobene Nr. 2 hätte die Möglichkeit eröffnet, im Jahr 2017 erwirtschaftete Erträge der Besteuerung nach dem InvStG nF (2018) zuzuführen, womit ausländ. Anleger nicht mehr hätten besteuert werden können (vgl. auch *Stadler/Bindl*, DStR 2017, 1409). Für ein vereinfachtes Verfahren zur Ermittlung der zum 31.12.2017 zuzurechnenden ausschüttungsgleichen Erträge sowie der anderen stl. Werte nach § 5 Abs. 1 InvStG aF (2004) s. BMF v. 8.11.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:010, DStR 2017, 2736; *Schlund*, DStR 2017, 2710 (2711).

Änderungen in § 56 durch das „JStG 2018“: Abs. 1 Satz 5 regelt, dass die Änderungen des § 56 durch das JStG 2018 (s. dazu Anm. 1 „Rechtsentwicklungen“) nicht erst ab dessen Inkrafttreten gelten, sondern bereits für Investorenerträge, die nach dem 10.8.2018, dem Datum der Zuleitung des Gesetzentwurfs durch die BReg. an den BRat zuflossen oder als zugeflossen galten sowie für Bewertungen nach § 6 EStG, die nach diesem Zeitpunkt vorzunehmen waren. Der Gesetzgeber hält diese Rückwirkung für eine zulässige, nur unechte Rückwirkung (s. BTDrucks. 19/4455, 66).

6–7 Einstweilen frei.

8 C. Erläuterungen zu Abs. 1a: Übergangsregelung für Anlagebedingungen

Fiktion qualifizierender Anlagebedingungen: Nach Abs. 1a gelten (Fiktion) Anlagebedingungen eines Investmentfonds, die die Voraussetzungen des § 2 Abs. 6 idF des Art. 1 des Gesetzes v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730) erfüllen, als Anlagebedingungen, die die Voraussetzungen des § 2 Abs. 6 idF des Art. 15 des Gesetzes v. 11.12.2018 (BGBl. I 2018, 2338) erfüllen. Damit wird geregelt, dass Investmentfonds ihre zuvor an die ab dem 1.1.2018 geltenden § 2 Abs. 6 bis 9 angepassten Anlagebedingungen nicht aufgrund der Änderung des § 2 Abs. 6 bis 9a durch das „JStG 2018“ (s. dazu § 2 Anm. 1, 12) erneut anpassen müssen (s. *Mann in Blümich*, § 56 InvStG 2018 Rz. 112 [5/2020]). Dies gilt für Aktienfonds (Satz 1) und entsprechend für Misch- und Immobilienfonds (Satz 2). Siehe dazu auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 56.26a und 56.26b.

9 Einstweilen frei.

D. Erläuterungen zu Abs. 2: Veräußerungs- und Anschaffungsfiktion

Veräußerungs- und Anschaffungsfiktion (Abs. 2 Satz 1): Anteile an Investmentfonds, an Kapital-Investitionsgesellschaften nach dem InvStG in der am 31.12.2017 geltenden Fassung oder an Organismen, die zum 1.1.2018 erstmals in den Anwendungsbereich des InvStG fallen, die Abs. 2 Satz 1 mit Hilfe einer Klammerdefinition als „Alt-Anteile“ definiert, gelten mit Ablauf des 31.12.2017 als veräußert und mit Beginn des 1.1.2018 als angeschafft.

Veräußerungsfiktion: Die Veräußerungs- und Anschaffungsfiktion soll auf Anlegerebene für einen einheitlichen Übergang auf das neue Recht, das InvStG in der ab dem 1.1.2018 geltenden Fassung, sorgen (vgl. BTDrucks. 18/8045, 124), führt aber nicht zu einer sofortigen Besteuerung von Veräußerungsgewinnen oder -verlusten (s. Abs. 3), sondern sorgt dafür, dass die von der tatsächlichen Anschaffung der Anteile bis zum Übergangszeitpunkt angefallene stl. Bemessungsgrundlage einheitlich für alle Anleger nach den zum 31.12.2017 geltenden Regelungen zu ermitteln ist (vgl. BTDrucks. 18/8045, 124).

InvStG oder InvStG in der am 1.1.2018 geltenden Fassung: Anders als Abs. 1 Satz 1 regelt Abs. 2 Satz 1 für den dritten Fall der Altanteile, nämlich die Organismen, die zum 1.1.2018 erstmals in den Anwendungsbereich des InvStG („dieses Gesetzes“) fallen, nicht ausdrücklich, ob damit das InvStG an sich oder das InvStG in der am 1.1.2018 geltenden Fassung gemeint ist. Die besseren Gründe sprechen dafür, dass Letzteres gemeint ist (s. *Stadler/Bindl*, DStR 2017, 1409), so dass auch Anteile an OGAW-PersGes. iSd. § 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2, nicht aber Anteile an Personen-Investitionsgesellschaften, die grds. nicht als Investmentfonds nach dem InvStG aF qualifizieren (§ 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3, s. § 1 Anm. 10), von der Veräußerungsfiktion erfasst sind (s. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 56.28; *Mann in Blümich*, § 56 InvStG 2018 Rz. 41 [5/2020]).

Sog. Personen-Investmentvermögen: Fraglich ist in diesem Zusammenhang, wie mit Anteilen an PersGes. umzugehen ist, die aufgrund des Bestandsschutzes gem. § 22 Abs. 2 Satz 1 InvStG 2004 bis einschließlich 2017 noch als Investmentfonds gem. § 1 Abs. 1b InvStG 2004 galten, danach aber aus dem Anwendungsbereich des InvStG 2004 herausfielen (zB PersGes., die ein Rückgaberecht iSv. § 2 Abs. 9 InvG aF vorsahen und/oder einer Investimentaufsicht unterlagen und im Übrigen auch Investmentvermögen iSv. § 2 Abs. 4 InvG aF waren). Diese wurden aufgrund der Bestandsschutzregel in § 22 Abs. 2 Satz 1 InvStG aF auch nach dem Inkrafttreten des AIFM-StAnpG bis zum Inkrafttreten des InvStRefG noch als Investmentfonds iSv. § 1 Abs. 1b InvStG aF behandelt, fielen dann aber in aller Regel wegen § 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 InvStG 2018 aus dem Anwendungsbereich des InvStG 2018 heraus. Da es sich um Investmentfonds gem. § 1 Abs. 1b InvStG aF handelt, zählen Anteile an solchen „sog. Personen-Investmentvermögen“ grds. zu den Alt-Anteilen (s. BMF v. 15.12.2017 – IV C 1 - S 2401/08/10001:018, 2017/1044120, BStBl. I 2018, 13, Rz. 13; s. auch *Bujotzek/Blischke* in *Pöllath/Rodin/Wewel*, Private Equity und Venture Capital Fonds, 2018, § 25 Rz. 201). Nach BMF (BMF v. 15.12.2017 – IV C 1 - S 2401/08/10001:018, 2017/1044120, BStBl. I 2018, 13) ist bei einer Veräußerung eines Anteils an einem solchen Personen-Investmentvermögen ein StAbzug nach § 56 Abs. 3 Satz 3 auf den Gewinn aus der fiktiven Veräußerung zum 31.12.2017 sowie ein StAbzug nach § 56 Abs. 3 Satz 6 auf die Beträge nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 InvStG 2004 vorzunehmen, auch wenn ansonsten die Aus-

schüttungen und die Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Personen-Investmentvermögen seit dem 1.1.2018 keinem StAbzug mehr unterliegen.

Zeitpunkt der Veräußerungsfiktion: Mit Ablauf des 31.12.2017 (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 56.27).

Folgen der Veräußerungsfiktion auf Ebene des Investmentfonds (Gleichsetzen von stl. Buchwerten mit Verkehrswerten zum 1.1.2018) und der Anleger beschreibt das BMF im Detail in (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 56.30 ff.).

Veräußerungserlös und Anschaffungskosten (Abs. 2 Sätze 2 und 3): Als Veräußerungserlös und AK ist nach Abs. 2 Satz 2 der letzte im Kj. 2017 festgesetzte Rücknahmepreis anzusetzen. Wird kein Rücknahmepreis festgesetzt, tritt nach Abs. 2 Satz 3 der Börsen- oder Marktpreis an die Stelle des Rücknahmepreises. Sofern kein Börsen- oder Marktpreis ermittelbar ist, soll nach Auffassung der Fin-Verw. zur Wertermittlung auf den Netto-Inventarwert abgestellt werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 56.47).

Steuerbilanzielle Abbildung der fiktiven Veräußerung von Alt-Anteilen sowie Berücksichtigung von nach dem 31.12.2017 eintretenden Wertminderungen und -erhöhungen (Abs. 2 Sätze 4 bis 7): Die Sätze 4 bis 7 enthalten Regelungen für betriebliche Anleger und regeln die stl. Folgen der fiktiven Veräußerung und Wiederbeschaffung ihrer Anteile. Danach bildet der nach den Sätzen 2 und 3 ermittelte Wert der Alt-Anteile als fiktive AK iSv. § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 EStG die Obergrenze der Bewertung (s. *Mann in Blümich*, § 56 InvStG 2018 Rz. 84 [5/2020]). Die damit einhergehende Abweichung von der HBil. führt gleichwohl nicht zum Ausweis latenter Steuern iSd. § 274 HGB, weil der aufgedeckte, aber vor einer tatsächlichen Veräußerung eines Alt-Anteils noch nicht zu versteuernde Gewinn sowohl handels- als auch strechtl. durch Einstellung in eine Rücklage neutralisiert wird (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 56.50; s. auch BTDrucks. 18/8045, 124). Über die fiktiven AK hinaus gibt es damit nach Satz 4 keine Teilwertzuschreibungen. Sind die fiktiven AK höher als der Buchwert am 31.1.2017, wirken sich nach den Sätzen 5 und 6 Wertminderungen und bis zu deren Höhe auch spätere Werterhöhungen erst bei der tatsächlichen Veräußerung aus. Zu detaillierten Beispielen s. BTDrucks. 19/4455, 67 ff.; *Hartmann in Bödecker/Ernst/Hartmann*, Beck-OK, § 56 Rz. 161.1 ff. [9/2020]). Satz 7 regelt, dass die fiktive Veräußerung den Buchwert am 31.12.2017 nicht beeinflusst (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 56.61).

11–15 Einstweilen frei.

16 E. Erläuterungen zu Abs. 3: Versteuerung des Veräußerungsgewinns

Versteuerung des fiktiven Veräußerungsgewinns bei tatsächlicher Veräußerung (Abs. 3 Satz 1): Nach Abs. 3 Satz 1 ist der nach Abs. 2 Satz 1 auf den 31.12.2017 nach den dann geltenden Vorschriften ermittelte Gewinn (oder Verlust) aus der fiktiven Veräußerung einschließlich außerbilanzieller Hinzurechnungen und Abrechnungen (erst) zu dem Zeitpunkt zu berücksichtigen, dh. zu versteuern, zu dem der Alt-Anteil (definiert in Abs. 2 Satz 1) tatsächlich veräußert wird (wobei die fiktive Veräußerung nach § 22 Abs. 1 Satz 1 nicht als tatsächliche Veräußerung anzusehen ist, s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 56.62 f.). Dies gilt sowohl für Anleger, bei denen das Zuflussprinzip anzuwenden ist, als auch für bilanzierende Anleger

(s. BTDrucks. 18/8045, 124; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 56.62; s. auch *Stadler/Bindl*, DStR 2017, 1409 [1411]). Bis zur tatsächlichen Veräußerung wird der Gewinn aus der fiktiven Veräußerung in der StBil. in eine Rücklage eingestellt und erst bei tatsächlicher Veräußerung realisiert (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 56.50). Die Bemessungsgrundlage des fiktiven Veräußerungsgewinns ist nach dem am 31.12.2017 geltenden Regelungen zu ermitteln. Dabei sind auch § 3 Nr. 40 EStG und § 8b KStG in der am 31.12.2017 geltenden Fassung zu berücksichtigen (s. aber § 19 Abs. 3 iVm. Abs. 2 Satz 2 InvStG aF (2004) mit weiteren Voraussetzungen für Beteiligungen an Kapital-Investitionsgesellschaften, s. auch *Stadler/Bindl*, DStR 2017, 1409 [1411]). Auf den zum Stichtag 31.12.2017 ermittelten besitzzeitanteiligen Aktiengewinn finden damit noch die StBefreiungen nach § 3 Nr. 40 EStG und § 8b KStG Anwendung. Entsprechendes gilt für die besitzzeitanteiligen Abkommensgewinne, die nach dem am 31.12.2017 geltenden Recht stfrei zu stellen sind. Wertveränderungen des Investmentanteils oder Ausschüttungen ab dem Jahr 2018 sind für den fiktiven Veräußerungsgewinn (einschließlich der zum Stichtag ermittelten Aktien- und Abkommensgewinne) unbeachtlich. Die Höhe des StSatzes und das Verfahren der StFestsetzung richten sich nach den Regelungen, die zum Zeitpunkt der tatsächlichen Veräußerung gelten. Dasselbe gilt für die Besteuerungsmerkmale des Anlegers, so dass ein Anleger mit Anteilen im PV, der am 31.12.2017 Steuerinländer war, im Zeitpunkt der tatsächlichen Veräußerung aber Steuerausländer ist, mangels beschränkter StPflcht von Veräußerungsgewinnen aus Investmentanteilen den Veräußerungsgewinn – und zwar auch den aus der fiktiven Veräußerung – in Deutschland nicht versteuern muss (so noch Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:001, Rz. 56.42). Die Ergänzung von Abs. 3 Satz 1 um „einschließlich außerbilanzieller Hinzurechnungen und Abrechnungen“ durch das StUmgBG v. 23.6.2017 (BGBl. I 2017, 1682) soll nach der Begr. des Gesetzentwurfs klarstellen, dass für die Ermittlung des Gewinns aus der fiktiven Veräußerung zum 31.12.2017 nicht nur auf den steuerbilanziellen Gewinn abzustellen ist, sondern dass auch außerbilanzielle Korrekturen vorzunehmen sind, die sich aus strechtl. Regelungen ergeben und dabei der steuerbilanzielle Gewinn insbes. um den positiven oder negativen Aktiengewinn (einschließlich des Immobiliengewinns) nach § 8 InvStG 2004 zu bereinigen ist (s. BTDrucks. 18/12127, 67f. mit einem illustrativen Beispiel).

Veräußerungsreihenfolge first in – first out (Abs. 3 Satz 2): Bei der tatsächlichen Veräußerung von Alt-Anteilen gelten die zuerst angeschafften Anteile als zuerst veräußert. Nach der Begr. des Gesetzentwurfs (vgl. BTDrucks. 18/8045, 124) gilt dies für den StAbzug und das Besteuerungsverfahren für Privatanleger, während bilanzierende Anleger die AK der tatsächlich veräußerten Alt-Anteile mit der Durchschnittsmethode ermitteln können sollen.

Steuerabzug (Abs. 3 Satz 3): Der Gewinn aus der fiktiven Veräußerung nach Abs. 2 Satz 1 unterliegt zum Zeitpunkt der tatsächlichen Veräußerung des Alt-Anteils dem StAbzug nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 EStG (s. dazu § 43 EStG Anm. J 16-4). Ausweislich der Begr. des Gesetzentwurfs (s. BTDrucks. 18/8045, 124) soll hier – wie in der gesamten Neufassung des InvStG – der Begriff „Gewinn“ im weiteren Sinne verwendet sein und auch einen „negativen Gewinn“ bzw. Verlust umfassen (s. auch § 2 Abs. 14, § 2 Anm. 25).

Ersatzbemessungsgrundlage (Abs. 3 Satz 4): Abs. 3 Satz 4 regelt die Ersatzbemessungsgrundlage (Klammerdefinition in Satz 4) für den Fall, dass der Gewinn aus der fiktiven Veräußerung nach Abs. 2 Satz 1 nicht ermittelt werden kann. Dann

sind 30 % des Rücknahmepreises oder, wenn kein Rücknahmepreis festgesetzt ist, des Börsen- oder Marktpreises als Bemessungsgrundlage für den StAbzug anzusetzen. Da der StAbzug in diesem Fall keine abgeltende Wirkung hat (s. auch Abs. 3 Satz 5), ist der Stpfl. in diesen Fällen zu einer Erklärung der tatsächlichen Anschaffungsdaten in der Veranlagung verpflichtet, und sofern die tatsächlichen AK nicht zu ermitteln sind, hat das FA den Gewinn zu schätzen (vgl. BTDrucks. 18/8045, 124). Die Ersatzbemessungsgrundlage ist dabei irrelevant und nicht etwa eine Untergrenze, da sie ausdrücklich nur „für den Steuerabzug“ gilt. Die FinVerw. will es aber aus Billigkeitsgründen gestatten, von einer solchen Erklärung abzusehen, wenn die Differenz zwischen der Ersatzbemessungsgrundlage und dem tatsächlichen Gewinn aus der „fiktiven Veräußerung“ zzgl. etwaiger Differenzen aus dem Ansatz der Ersatzbemessungsgrundlage je VZ nicht mehr als 500 € beträgt und keine weiteren Gründe für eine Veranlagung nach § 32d Abs. 3 EStG vorliegen (s. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:001, Rz. 56.47).

Ausschluss der Abgeltungswirkung des Steuerabzugs (Abs. 3 Satz 5): Bei Ansatz der Ersatzbemessungsgrundlage (Abs. 3 Satz 4) ist die Abgeltungswirkung nach § 43 Abs. 5 Satz 1 Halbs. 1 EStG nach Abs. 3 Satz 5 ausgeschlossen. Der Entrichtungspflichtige (§ 43 AO), nach §§ 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9, 44 Abs. 1 Satz 1 EStG die die Kapitalerträge auszahlende Stelle, also nach § 44 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 EStG das inländ. Institut, das die Anteile an dem Investmentfonds verwahrt, verwaltet oder deren Veräußerung durchführt und die Kapitalerträge auszahlt oder gutschreibt, ist verpflichtet, eine StBescheinigung nach § 45a Abs. 2 EStG auszustellen, in der der Ansatz der Ersatzbemessungsgrundlage kenntlich zu machen ist (vgl. BTDrucks. 18/8045, 124). Der Anleger ist verpflichtet, den auf Basis der tatsächlichen AK ermittelten fiktiven Veräußerungsgewinn in der Veranlagung zu erklären; s. aber auch oben unter „Ersatzbemessungsgrundlage (Abs. 3 Satz 4)“. Sofern er dieser Verpflichtung nicht nachkommt, hat das FA zu schätzen (s. auch Abs. 3 Satz 4).

Steuerabzug bei ausschüttungsgleichen Erträgen von ausländischen thesaurierenden Fonds (Abs. 3 Satz 6): Abs. 3 Satz 6 regelt den StAbzug bei Kapitalerträgen iSv. § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 InvStG aF, die aufgrund der Veräußerungsfiktion in Abs. 2 Satz 1 auf den 31.12.2017 zu ermitteln und im Zeitpunkt der tatsächlichen Veräußerung zu versteuern sind. Die als zugeflossen geltenden und noch nicht dem StAbzug unterworfenen Erträge iSd. § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 InvStG aF sind die ausschüttungsgleichen Erträge von ausländ. thesaurierenden Investmentfonds sowie ausweislich der Begr. des Gesetzentwurfs (vgl. BTDrucks. 18/8045, 125) die Mehr- oder Mindestbeträge iSd. § 6 Satz 1 InvStG aF. Sofern der StAbzug auf die akkumulierten ausschüttungsgleichen Erträge und der StAbzug auf die Ersatzbemessungsgrundlage nebeneinander anzuwenden sind, will die FinVerw. nicht beanstanden, wenn nur ein StAbzug auf die höhere der beiden Bemessungsgrundlagen vorgenommen wird (s. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:001, Rz. 56.50).

Keine Versteuerung erst bei tatsächlicher Veräußerung bei Investmentfonds oder Spezial-Investmentfonds als Anleger, Besonderheiten bei Dachfonds (Abs. 3 Satz 7): Der erst durch das StUmgBG v. 23.6.2017 (BGBl. I 2017, 1682) angefügte Abs. 3 Satz 7 schließt die Besteuerung erst bei tatsächlicher Veräußerung (Abs. 3 Satz 1) und die Steuerabzugsregelungen (Abs. 3 Sätze 2 bis 6) für die Fälle aus, in denen es sich bei dem Anleger um einen Investmentfonds oder einen Spezial-Investmentfonds handelt. Dadurch bleibt es für Dach-Investmentfonds und Dach-

Spezial-Investmentfonds bei der Grundregelung in Abs. 2 Satz 1, nach der der Gewinn aus der fiktiven Veräußerung zum 31.12.2017 zu berücksichtigen ist. Ausweislich der Begr. des StUmgBG dient diese Sonderregelung für Dach-Investmentfonds und Dach-Spezial-Investmentfonds der administrativen Vereinfachung, indem sie die Fondsbuchhaltung erleichtert, weil keine separate Gewinnermittlung für die Zeit bis zum 31.12. 2017 und den darauf folgenden Zeitraum erforderlich ist, und darüber hinaus das Feststellungsverfahren für den Gewinn aus der fiktiven Veräußerung entfällt (BTDrucks. 18/12127, 66), während die Besteuerung der Anleger des Dach-Investmentfonds oder des Dach-Spezial-Investmentfonds weitgehend gleich bleibe. Gewinne aus der Veräußerung von Investmentanteilen oder Spezial-Investmentanteilen stellen auf der Ebene der Dach-Investmentfonds oder des Dach-Spezial-Investmentfonds Kapitalerträge dar, die stfrei auf Fondsebene thesauriert werden können (vgl. § 1 Abs. 3 Satz 3 InvStG 2004 und § 36 Abs. 2 Nr. 3 InvStG 2018) und erst bei einer Ausschüttung an die Anleger zu versteuern sind (vgl. auch das instruktive Beispiel in der Begr. des Gesetzentwurfs, BTDrucks. 18/12127, 68f.).

Einstweilen frei.

17–18

F. Erläuterungen zu Abs. 3a: Gleichstellung fiktiver Veräußerungen mit tatsächlicher Veräußerung

19

Gleichstellung mit tatsächlicher Veräußerung: Durch den mit WElektroMob-FördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 eingefügten Abs. 3a (s. dazu Anm. 1 „Rechtsentwicklung“) wird eine fiktive Veräußerung nach § 19 Abs. 2 oder § 52 Abs. 2 einer tatsächlichen Veräußerung gleichgestellt.

Fiktive Veräußerung nach § 19 Abs. 2: Siehe § 19 Anm. 10.

Fiktive Veräußerung nach § 52 Abs. 2: Siehe § 52 Anm. 10.

Gleichstellung für die Zwecke der Absätze 2 und 3: Die fiktiven Veräußerungen nach § 19 Abs. 2 und § 52 Abs. 2 werden mit tatsächlichen Veräußerungen (nur) für die Zwecke der Abs. 2 und 3 gleichgestellt. Damit kommt es auch in den Fällen dieser fiktiven, nach Abs. 3a aber tatsächlichen Veräußerungen gleichgestellten Veräußerungen – neben der Besteuerung der unter der Geltung des neuem Rechts (InvStG 2018) entstandenen Gewinne aus den fiktiven Veräußerungen nach § 19 Abs. 2 und § 52 Abs. 2 – zur Besteuerung des unter der Geltung des alten Rechts (InvStG 2004) entstandenen Gewinns aus der fiktiven Veräußerung nach Abs. 2 und 3 Satz 1. Vor der Gleichstellung der fiktiven Veräußerungen nach § 19 Abs. 2 oder § 52 Abs. 2 mit einer tatsächlichen Veräußerung musste der Gewinn aus ersteren trotz der Bezeichnung von Abs. 3a als „Klarstellung“ (BTDrucks. 19/13436, 182, „inkonsequentes Auseinanderfallen von Gewinnkomponenten“) erst bei der tatsächlichen Veräußerung der Investmentanteile versteuert werden.

G. Erläuterungen zu Abs. 4: Verpflichtung zur zeitnahen Ermittlung von Gewinn und Erträgen

20

Verpflichtung zur zeitnahen Ermittlung von Gewinn und Erträgen (Abs. 4 Satz 1): Abs. 4 Satz 1 verpflichtet die inländ. Stelle, die die Alt-Anteile verwahrt oder verwaltet, bis zum 31.12.2020 den Gewinn aus der fiktiven Veräußerung iSd.

Abs. 2 Satz 1 (Abs. 4 Satz 1 Nr. 1) und die Erträge iSd. § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 InvStG aF (Abs. 4 Satz 1 Nr. 2) zu ermitteln und bis zur tatsächlichen Veräußerung der Alt-Anteile vorzuhalten, um eine zutreffende Ermittlung des Veräußerungsgewinns sicherzustellen. Hintergrund ist ausweislich der Begr. des Gesetzentwurfs die Sorge, dass zwischen dem Übergangsstichtag 1.1.2018 und der tatsächlichen Veräußerung der Anteile relativ lange Zeiträume liegen können und zudem ungewiss ist, ob die für die zutreffende Ermittlung des fiktiven Veräußerungsgewinns zum 31.12.2017 erforderlichen Daten dauerhaft vorliegen. Die FinVerw. beanstandet es allerdings nicht, wenn bei betrieblichen Anlegern und bei Anlegern mit einer NV-Bescheinigung die depotführende Stelle den fiktiven Veräußerungsgewinn nur nach Aufforderung durch den Anleger oder des für die Anlegerbesteuerung zuständigen FA ermittelt und speichert (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 56.80). Die Verpflichtung gilt nur für Fälle, in denen ein vor 2018 angeschaffter Investmentanteil oder Spezial-Investmentanteil nicht bis zum 31.12.2020 veräußert wurde, weil es bei einer vorherigen Veräußerung zu einer Besteuerung des Veräußerungsgewinns unter Anwendung der Regelung in Abs. 3 kommt. Siehe auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 56.82.

Mitteilung an den Steuerpflichtigen (Abs. 4 Satz 2): Die inländ. Stelle, die die Alt-Anteile verwahrt oder verwaltet und den Gewinn bzw. die Erträge nach Abs. 4 Satz 1 zu ermitteln und vorzuhalten hat, hat dem Stpfl. nach Abs. 2 Satz 2 auf Antrag die Angaben nach Satz 1 Nr. 1 mitzuteilen. Die Mitteilungsverpflichtung ist nach dem Wortlaut des Gesetzes auf den Gewinn aus der fiktiven Veräußerung beschränkt (Abs. 4 Satz 1 Nr. 1, nicht auch Nr. 2). Dies ist insbes. für betriebliche Anleger erforderlich, bei denen nach Abs. 5 eine gesonderte Feststellung dieser Besteuerungsgrundlagen vorgesehen ist (vgl. BTDrucks. 18/8045, 125).

Depotübertragung (Abs. 4 Satz 3): Überträgt der Anleger die Alt-Anteile auf ein anderes Depot, so hat die abgebende inländ. Stelle der übernehmenden inländ. Stelle die Angaben nach Satz 1, also die Daten zum Veräußerungsgewinn und zu den Erträgen iSd. § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 InvStG aF mitzuteilen. Ausweislich der Begr. des Gesetzentwurfs (vgl. BTDrucks. 18/8045, 124) ist bei einem Depotübertrag aus dem Ausland die Übermittlung dieser Daten nicht vorgesehen, weil es sich bei den zu übermittelnden Daten nicht um auch für ausländ. Kreditinstitute zugängliche Daten handelt, sondern um das Erg. der stl. Gewinnermittlungsvorschriften des bisherigen § 8 Abs. 5 InvStG aF. Wenn allerdings das ausländ. depotführende Kreditinstitut die AK mitteilt, kann das übernehmende inländ. depotführende Kreditinstitut von der Anwendung der Ersatzbemessungsgrundlage absehen und stattdessen den Gewinn aus der fiktiven Veräußerung auf der Basis dieser mitgeteilten AK ermitteln (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 56.85).

21–24 Einstweilen frei.

25 H. Erläuterungen zu Abs. 5: Gesonderte Feststellung

Gesonderte Feststellung des Gewinns aus der fiktiven Veräußerung der Alt-Anteile (nur) für betriebliche Anleger (Abs. 5 Satz 1): Nach Abs. 5 Satz 1 ist der Gewinn nach Abs. 3 Satz 1, also der Gewinn aus der fiktiven Veräußerung nach Abs. 2 Satz 1 gesondert festzustellen (§§ 179 ff. AO), wenn die Alt-Anteile zum BV des Anlegers gehören. Dass das Feststellungsverfahren im Wesentlichen die Anleger betrifft, die ihre Investmentanteile oder Spezial-Investmentanteile im BV hal-

ten, war schon die Erwartung des Gesetzgebers (BTDrucks. 18/8045, 125) unter Abs. 5 aF (vor der Neufassung durch das JStG 2018, s. dazu Anm. 1 „Rechtsentwicklung“). Mit der Neufassung wird das Feststellungsverfahren nun ausdrücklich auf solche Anleger begrenzt. Die Feststellung des Gewinns aus der fiktiven Veräußerung nach Abs. 2 Satz 1 ist allerdings keine Voraussetzung für dessen spätere Besteuerung, dh., er ist danach auch zu versteuern, wenn eine Feststellung unterblieben ist (s. BTDrucks. 19/4455, 72; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 56.89).

Mitunternehmerschaft (Abs. 5 Satz 2) und nicht-mitunternehmerische Gesamthand (Abs. 5 Satz 3) als Inhaber der Alt-Anteile: Werden die Alt-Anteile von einer Gesamthand (zB einer PersGes.) gehalten, wird der Gewinn aus der fiktiven Veräußerung der Anteile auf deren Ebene nur festgestellt, wenn es sich um eine Mitunternehmerschaft handelt. Diese gilt dann als Anleger (Satz 1). Gehören die Investmentanteile zum Vermögen einer Gesamthand, die keine Mitunternehmerschaft ist, gelten deren Beteiligte als Anleger, und nur wenn diese ihre Beteiligung an der Gesamthand im BV halten (sog. Zebra-Gesellschaft, s. § 15 Anm. 1460 ff.), wird der Gewinn aus der fiktiven Veräußerung der Alt-Anteile auf deren Ebene festgestellt und der Anleger (dh. der Beteiligte) hat eine Feststellungserklärung abzugeben.

Feststellungserklärung (Abs. 5 Sätze 4 bis 8 und Sätze 11 und 12): Der Anleger hat eine Erklärung zur gesonderten Feststellung des Gewinns nach Abs. 3 Satz 1 frühestens nach dem 31.12.2019 und spätestens bis zum 31.12.2022 nach amtlich vorgeschriebenem Datensatz durch Datenfernübertragung zu übermitteln (Abs. 5 Satz 4) und darin den Gewinn aus der fiktiven Veräußerung der Alt-Anteile selbst zu ermitteln (Abs. 5 Satz 5). Die frühestmögliche Abgabe der Erklärung in 2020 soll dem Anleger Zeit geben, die erforderlichen IT-Voraussetzungen für die Abgabe der Erklärung in elektronischer Form zu schaffen (BTDrucks. 19/4455, 72). Allerdings kann die Finanzbehörde nach Abs. 5 Satz 8 zur Vermeidung unbilliger Härten auf Antrag auch auf eine elektronische Übermittlung verzichten; in diesem Fall ist die Erklärung zur gesonderten Feststellung nach amtlich vorgeschriebenem Vordruck abzugeben und vom Anleger eigenhändig zu unterschreiben (Abs. 5 Satz 8). Die Voraussetzungen für einen solchen Härtefall konkretisiert § 150 Abs. 8 AO (s. dazu *Seer in Tipke/Kruse*, AO/FGO, § 150 AO Rz. 32 ff. [4/2017]). Der Anleger hat damit drei Jahre Zeit für die Abgabe der Erklärung. Soweit indes Investmentanteile bereits vor dem 1.1.2023 und vor der Abgabe der Feststellungserklärung veräußert wurden, ist keine solche Erklärung mehr abzugeben (s Abs. 5 Satz 11; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 56.92). In Fällen von geringer Bedeutung kann zudem das FA durch Bescheid feststellen, dass eine gesonderte Feststellung nicht durchzuführen ist (Abs. 5 Satz 12 iVm. § 180 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 sowie Sätze 2 und 3 AO). Um das Feststellungsverfahren zu beschleunigen (s. BTDrucks. 19/4455, 73) steht die Feststellungserklärung einer gesonderten Feststellung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gleich (Abs. 5 Satz 6). Damit hat bereits die Feststellungserklärung die Wirkung einer StFestsetzung und das FA muss keinen Feststellungsbescheid erlassen, kann dies jedoch tun. Solange der Vorbehalt besteht (also bis zur Aufhebung des Nachprüfungsvorbehalts, § 164 Abs. 3 Satz 1 AO, oder bis zum Ablauf der Festsetzungsfrist, § 164 Abs. 4 AO), kann das FA zudem den Feststellungsbescheid jederzeit aufheben oder ändern (§ 164 Abs. 2 AO). Eine berichtigte Feststellungserklärung gilt als Antrag auf Änderung (Abs. 5 Satz 6). Die für StAnmeldungen geltenden Vorschriften der AO gelten entsprechend (Abs. 5 Satz 7).

Zuständigkeit (Abs. 5 Sätze 9 und 10): Zuständig für die gesonderte Feststellung des Gewinns aus der fiktiven Veräußerung der Alt-Anteile ist nach Abs. 5 Satz 9 grds. das FA, das für die Besteuerung des Anlegers nach dem Einkommen, also für die Festsetzung der ESt oder KSt des Anlegers zuständig ist. Nur wenn die Einkünfte des Anlegers nach § 180 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO festgestellt werden, ist nach Satz 10 für die Feststellung des fiktiven Veräußerungsgewinns das nach § 18 AO für diese Feststellung zuständige FA zuständig (s. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 56.91).

26–29 Einstweilen frei.

30 I. Erläuterungen zu Abs. 6: Kappung des Bestandsschutzes für (vormals) bestandsgeschützte Altanteile

Wertveränderungen bei bestandsgeschützten Altanteilen (Abs. 6 Sätze 1 bis 6): Abs. 6 regelt in seinen Sätzen 1 bis 6, welche Wertveränderungen bei sog. bestandsgeschützten Altanteilen stbefreit und welche unter Berücksichtigung eines Freibetrags stpfl. sind. Die Vorschrift regelt auch, wie der Freibetrag verwaltet wird, wenn er nicht sofort verbraucht wird. Der erst aufgrund einer Empfehlung des Finanzausschusses des BTag (BTDrucks. 18/8739, 66) eingefügte Satz 6 (zwischenzeitlich Satz 4 nach Aufhebung der früheren Sätze 4 und 5 aF, nach Einfügung von Satz 3 und Satz 5 durch das JStG 2020 nunmehr aber wiederum Satz 6, s. Anm. 1 „Rechtsentwicklung“) regelt, welche Anteile keine bestandsgeschützten Altanteile sind.

Bestandsgeschützte Alt-Anteile (Abs. 6 Satz 1): Altanteile (zur Definition s. Abs. 2 Satz 1), die vor dem 1.1.2009 erworben wurden und seit der Anschaffung nicht im BV gehalten wurden, sind nach der Klammerdefinition des Abs. 6 Satz 1 bestandsgeschützte Altanteile.

Keine bestandsgeschützten Altanteile (Abs. 6 Satz 4): Anteile iSd. § 21 Abs. 2a und 2b InvStG in der bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung sind keine bestandsgeschützten Alt-Anteile iSd. Sätze 1 bis 3. Es handelt sich dabei um Anteile an sog. Millionärsfonds und sog. steueroptimierte Geldmarktfonds, die schon vor Inkrafttreten des InvStRefG steuerverhaftet waren und deshalb keine bestandsgeschützten Alt-Anteile werden sollen (s. die tendenziöse, aber ausführliche Begr. des Gesetzentwurfs, BTDrucks. 18/8045, 126, und die Begr. der Empfehlung des Finanzausschusses des BTag, BTDrucks. 18/8739, 110).

Steuerfreie Wertveränderungen (Abs. 6 Satz 1 Nr. 1): Bei bestandsgeschützten Altanteilen sind Wertveränderungen, die zwischen dem Anschaffungszeitpunkt und dem 31.12.2017 eingetreten sind, stfrei. Diese Regelung ist deklaratorisch, da sich diese Rechtsfolge bereits aus Abs. 2 unter Anwendung der am 31.12.2017 geltenden Rechtslage ergibt (s. BTDrucks. 18/8045, 126).

Kappung des Bestandsschutzes, steuerpflichtige Wertveränderungen und Freibetrag (Abs. 6 Satz 1 Nr. 2): Wertveränderungen, die ab dem 1.1.2018 eingetreten sind, sind bei bestandsgeschützten Altanteilen stpfl., soweit der Gewinn aus der Veräußerung von bestandsgeschützten Alt-Anteilen den Freibetrag iHv. 100 000 € (s. dazu auch Schäfer, StB 2021, 85) übersteigt. Diese Regelung hebt den Bestandsschutz auf, der seinerzeit bei Einf. der Abgeltungssteuer durch das Unternehmenssteuerreformgesetz v. 14.8.2007 (BGBl. I 2007, 1912) eingeräumt worden war. Danach sollten Veräußerungsgewinne aus vor 2009 angeschafften Wertpapieren (und

auch Fondsanteilen, vgl. § 18 Abs. 2 Satz 2 InvStG idF des Unternehmensteuerreformgesetzes) dauerhaft stfrei bleiben. Nach der Begr. des Gesetzentwurfs (s. BTDrucks. 18/8045, 126) wird dieser Bestandsschutz nun für nach 2017 eintretende Wertsteigerungen eingeschränkt („gekappt“), da die seinerzeitige Ausnahme für Millionärsfonds (ursprünglich § 18 Abs. 2a InvStG idF des JStG 2008, später § 21 Abs. 2a InvStG idF des AIFM-StAnpG) nicht ausgereicht habe, um Umgehungsmöglichkeiten auszuschließen, die sich wohl daraus ergeben haben sollen, dass innerhalb eines vor 2009 angeschafften Fonds Kapitalanlagen auch nach 2008 getätigt wurden, die Fondsanteile aber auch nach 2008 stfrei veräußert werden konnten. Auch wenn man die systemgerechte Inanspruchnahme der seinerzeit vom Gesetzgeber für angemessen gehaltenen Regelung für Fondsanteile wohl kaum als Umgehung ansehen kann, ist die gesetzgeberische Entsch., diesen Bestandsschutz mW für die Zukunft aufzuheben, unter Rückwirkungs Gesichtspunkten rechtl. uE nicht zu beanstanden, s. auch *Schäfer*, DB 2021, 85). Der Gesetzgeber ist zudem der Auffassung, die Einschränkung des Bestandsschutzes sei keine (gemeint ist wohl „eine“) verfassungsrechtl. zu rechtfertigende Ungleichbehandlung der Fondsanlage gegenüber der Direktanlage iSv. Art. 3 Abs. 1 GG, s. BTDrucks. 18/8045, 126; krit. *Boxberger* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 56 InvStG Rz. 73 („massive verfassungsrechtliche Bedenken“) und *Stadler/Bindl* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, Handbuch für das gesamte Investmentwesen, Stand: April 2020, § 56 InvStG, Rz. 44 („Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen auf dem Kapitalanlagemarkt“). Rechtspolitisch soll der Freibetrag iHv. 100 000 € dazu dienen, das Vertrauen von Kleinanlegern, für die die Bestandsschutzregelung in § 18 Abs. 2 Satz 2 InvStG idF des UnternehmensteuerreformG v. 14.8.2007 (BGBl. I 2007, 1912) bei Einf. der Abgeltungsteuer gedacht sein sollte (wovon allerdings in der seinerzeitigen Begr. des Gesetzentwurfs nicht die Rede war, vgl. BRDrucks. 220/07, 149), nicht zu enttäuschen. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass sich mit dem Freibetrag für die weit überwiegende Zahl aller Stpfl. faktisch weiterhin ein Bestandsschutz hinsichtlich der vor 2009 erworbenen Investmentanteile ergibt (s. BTDrucks. 18/8045, 126).

Definition des verbleibenden Freibetrages (Abs. 6 Satz 3 idF des JStG 2020): Der mit dem JStG 2020 eingeführte Satz 3 definiert den Begriff „verbleibender Freibetrag“. Hintergrund ist, dass der Freibetrag für Gewinne aus der Veräußerung bestandsgeschützter Alt-Anteile (Abs. 6 Satz 1) nicht notwendig in einem VZ, sondern immer dann in Anspruch genommen wird, wenn solche Anteile mit Gewinn veräußert werden. Hinzu kommt, dass die Inanspruchnahme des Freibetrags oder eines Teils des Freibetrags Änderungen unterliegen kann, wenn StFestsetzungen, in denen er in Anspruch genommen wurde, geändert werden. Damit ist es notwendig, die Entwicklung des Freibetrags nachzuverfolgen, und zur „Klarstellung der Systematik bei der Fortentwicklung des Freibetrags“ (BRDrucks. 503/20, 124) regelt Satz 3, dass der verbleibende Freibetrag im Jahr der erstmaligen Inanspruchnahme der Betrag von 100 000 € vermindert um den bei der Ermittlung der Einkünfte berücksichtigten Freibetrag (nach Satz 1 Nr. 2) und in den Folgejahren der zum Schluss des vorangegangenen VZ festgestellte verbleibende Freibetrag vermindert um den bei der Ermittlung der Einkünfte berücksichtigten Freibetrag (nach Satz 1 Nr. 2) ist.

Administration des Freibetrags (Abs. 6 Sätze 2, 4 und 5): Abs. 6 Sätze 2, 4 und 5 regelt, wie der in Satz 1 Nr. 2 gewährte Freibetrag verwaltet wird (s. dazu auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 97 ff.; *Kral/Watzlaw*, BB 2019, 471).

Gesonderte Feststellung (Abs. 6 Satz 2): Der jeweils am Schluss eines VZ verbleibende Freibetrag nach Satz 1 Nr. 2 ist bis zu seinem vollständigen Verbrauch jährlich gesondert festzustellen. Ausweislich der Begr. des Gesetzentwurfs kann die Feststellung mit dem ESt- oder KStBescheid verbunden werden. Die Feststellung des verbleibenden Freibetrags ist danach auch erstmals für den VZ vorzunehmen, in dem vor 2009 angeschaffte Alt-Anteile veräußert werden. Die Feststellung nach Abs. 6 Satz 2 InvStG ist Grundlagenbescheid iSd. § 182 Abs. 1 AO für nachfolgende ESt- oder KStBescheide sowie für die Feststellung des nunmehr in Abs. 6 Satz 3 idF des JStG 2020 definierten verbleibenden Freibetrags.

Zuständigkeit (Abs. 6 Satz 4): Zuständig für die gesonderte Feststellung des verbleibenden Freibetrags ist das FA, das für die Besteuerung des Anlegers nach dem Einkommen, das also für die Festsetzung der ESt oder KSt des Anlegers zuständig ist.

Übertragung der verfahrensrechtlichen Systematik der Feststellung des verbleibenden Verlustvortrags nach § 10d Abs. 4 Sätze 4 bis 6 EStG auf die Feststellung des verbleibenden Freibetrags nach Abs. 6 Satz 2 (Abs. 6 Satz 5 idF des JStG 2020): Hintergrund des Verweises in Satz 5 auf § 10d Abs. 4 Satz 4 bis 6 EStG ist, dass vor dessen Einführung durch das JStG 2020 (s. Anm. 1 „Rechtsentwicklung“) zuvor die StFestsetzung eines Kj. und die Höhe des bei der Einkünfteermittlung im Veranlagungsverfahren in Anspruch genommenen Freibetrags nur unselbständige Besteuerungsgrundlage (§ 157 Abs. 2 AO), nicht aber Grundlagenbescheid iSd. § 182 Abs. 1 AO für den Feststellungsbescheid über den verbleibenden Freibetrag nach Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 des gleichen VZ war. Das konnte bislang dazu führen, dass, wenn nicht zB beide Bescheide parallel angefochten wurden oder unter dem Vorbehalt der Nachprüfung (§ 164 AO) standen, Änderungen in dem einen nicht zwangsläufig in dem im anderen nachvollzogen werden konnten (s. das illustrative Beispiel in BRDrucks. 503/20, 124). Mit dem durch das JStG 2020 eingefügten Satz 5 wurde nunmehr die verfahrensrechtl. Systematik der Feststellung des verbleibenden Verlustvortrags nach § 10d Abs. 4 Sätze 4 bis 6 EStG (s. dazu § 10d EStG Anm. 127 ff.) auf die Feststellung des verbleibenden Freibetrags nach Abs. 6 Satz 2 InvStG übertragen. Demnach ist der ESt- oder KStBescheid verfahrensrechtl. noch immer kein Grundlagenbescheid für die Feststellung des verbleibenden Freibetrags nach Abs. 6 Satz 1 Nr. 2, entfaltet aber durch entsprechende Anwendung der Regelungen in § 171 Abs. 10, § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und § 351 Abs. 2 AO sowie § 42 FGO eine gleichartige Wirkung (s. dazu § 10d EStG Anm. 128).

Verluste aus der Veräußerung bestandsgeschützter Alt-Anteile, Aufhebung der Regelung zum Wiederaufleben (Abs. 6 Satz 4 aF): Nach Abs. 6 Satz 4 aF lebte ein zunächst verbrauchter Freibetrag insoweit wieder auf, als in einem Folgejahr Verluste aus der Veräußerung von bestandsgeschützten Alt-Anteilen eintraten. Der (zunächst) verbrauchte Freibetrag steht dann insoweit in den auf den Verlustentstehungszeitraum folgenden Jahren wieder zur Verfügung. Abs. 6 Sätze 4 und 5 wurden mit dem „JStG 2018“ (s. Anm. 1 „Rechtsentwicklung“) aufgehoben, weil das in ihnen geregelte Wiederaufleben des Freibetrags nach § 56 Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 als unnötige Verkomplizierung empfunden wurde (BTDrucks. 19/4455, 115). Verluste aus der Veräußerung von bestandsgeschützten Alt-Anteilen werden mit positiven anderen Kapitaleinkünften verrechnet und erhöhen im Falle eines Überhangs den vorzutragenden Verlust aus Kapitalvermögen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 103).

Berücksichtigung von Verlusten bei Feststellung (Abs. 6 Satz 5 aF): Das Wiederaufleben des zunächst verbrauchten Freibetrags wurde insofern in die Feststellung des verbliebenen Freibetrags nach Satz 2 einbezogen, als die Verluste nach Satz 4 in der Feststellung nach Satz 2 auf den Schluss des Verlustentstehungsjahres zu berücksichtigen waren. Die Regelung wurde zusammen mit Abs. 6 Satz 4 aF aufgehoben, s. Anm. 1 „Rechtsentwicklung“.

Berücksichtigung des Freibetrags nur im Rahmen der Veranlagung zur Steuer: Der Freibetrag iHv. 100.000 € nach Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 wird nur in der Veranlagung zur Steuer, nicht aber bei der Erhebung der KapErtrSt berücksichtigt (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 97, 99 ff.; *Kral/Watzlaw*, BB 2019, 471).

Einstweilen frei.

31–34

J. Erläuterungen zu Abs. 7: Erfassung ordentlicher Alterträge

35

Fiktion des Zuflusses ordentlicher Alterträge (Abs. 7 Satz 1): Um sicherzustellen, dass vor 2018 erzielte ordentliche Alterträge (s. die Definition in Satz 5) noch nach dem vor 2018 geltenden Recht versteuert werden, gelten sie als mit Ablauf des Geschäftsjahres, in dem sie vereinnahmt wurden, als den Anlegern zugeflossene ausschüttungsgleiche Erträge, wenn sie nicht tatsächlich ausgeschüttet werden und den Anlegern vor dem 1.1.2018 zufließen.

Ordentliche Alterträge: Dies sind nach Abs. 7 Satz 5 Erträge der in § 1 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 und 2 sowie Satz 4 InvStG in der am 31.12.2017 geltenden Fassung bezeichneten Art, die der Investmentfonds oder der Spezial-Investmentfonds vor dem 1.1.2018 vereinnahmt. Dies sind die ausschüttungsgleichen Erträge nach altem Recht und als solche im Wesentlichen Dividenden, Zinsen und inländ. Immobilienerträge.

Geschäftsjahr: Auch das Rumpfgeschäftsjahr nach Abs. 1 Satz 3 ist ein Geschäftsjahr, so dass die in diesem Rumpfgeschäftsjahr erzielten Erträge des Fonds bei den Anlegern am 31.12.2017 als zugeflossen gelten.

Zuflussfiktion bei Zufluss in 2018: Die Zuflussfiktion ist auch dann anwendbar, wenn der Investmentfonds im Jahr 2017 einen Ausschüttungsbeschluss fasst, aber die tatsächliche Auszahlung dem Anleger erst im Jahr 2018 zufließt (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 109).

(Keine) mehrfache steuerliche Belastung des Anlegers: Aufgrund der Zuflussfiktion unterliegen die ordentlichen Alterträge der Steuer für den VZ 2017, mindern aber zugleich den Gewinn aus der fiktiven Veräußerung nach Abs. 3 Satz 1. Bei ihrer Ausschüttung nach 2017 unterliegen sie als Investorserträge erneut der Besteuerung; in Höhe der Ausschüttung entsteht indes eine Wertminderung gegenüber den fiktiven AK zum 1.1.2018, die zu einem steuerwirksamen Verlust bei der Veräußerung des Investmentanteils führt. Insgesamt wird der Anleger damit wirtschaftlich – theoretisch – nur einmal stl. belastet (s. dazu auch die Erläuterung und das Beispiel in BTDrucks. 18/12127, 70, das allerdings eine Ausschüttung und eine Veräußerung mit Verlust in einem VZ unterstellt; fallen diese auseinander, kann es zu zumindest temporären Mehrbelastungen kommen, die der Gesetzgeber aber für praktisch unvermeidbar hält). Kritisch zur mit der Fiktion als ausschüttungsgleiche Erträge in künftigen Jahren einhergehenden Gefahr der Doppelbesteuerung *Mandler*, FR 2020, 977 (979 ff.).

Besondere Zuflussfiktion für Spezial-Investmentfonds (Abs. 7 Satz 2): Bei Spezial-Investmentfonds gelten die ordentlichen Alterträge, die bei Anlegern von Investmentfonds nach Satz 1 als vor 2018 zugeflossen gelten, unter bestimmten Voraussetzungen abweichend davon erst als am 1.1.2018 zugeflossen. Hintergrund ist, dass bei Spezial-Investmentfonds angenommen wird, dass bei ihnen sowohl eine Besteuerung der ordentlichen Alterträge auf Basis des alten Rechts als auch die Steuerneutralität einer späteren Ausschüttung dieser Erträge unter der Geltung des neuen Rechts erreicht werden kann (BTDrucks. 18/12127, 69). Damit sollen bei den Anlegern von Spezial-Investmentfonds die bei der Zuflussfiktion nach Satz 2 zugegebenermaßen drohenden temporären Mehrbelastungen vermieden werden.

Ununterbrochenes Halten bis zum 2.1.2018: Um zu verhindern, dass sich Anleger der Zuflussfiktion durch eine zwischenzeitliche Veräußerung entziehen können, setzt die besondere Zuflussregelung nach Satz 2 voraus, dass die Anleger ihre Spezial-Investmentanteile nicht vor dem 2.1.2018 veräußern. Bei einer Veräußerung vor dem 2.1.2018 bleibt es bei der Zuflussfiktion nach Satz 1 und damit einem fingierten Zufluss in 2017.

Nach dem 30.6.2017 endendes Geschäftsjahr: Die besondere Zuflussfiktion nach Satz 2 gilt nur für ordentliche Alterträge eines Spezial-Investmentfonds, die aus einem in der zweiten Jahreshälfte des Jahres 2017 endenden Geschäftsjahr stammen. Dies kann auch hier ein Rumpfgeschäftsjahr iSd. Abs. 1 Satz 3 sein. Beispiele (nach BTDrucks. 18/12127, 71): Ende des Geschäftsjahres 30.9.2017 und Ende des Rumpfgeschäftsjahres nach Abs. 1 Satz 3 am 31.12.2017 – für beide gilt Satz 2; Ende des regulären Geschäftsjahres 31.3.2017, Rumpfgeschäftsjahr nach Abs. 1 Satz 3 31.12.2017 – nur für Letzteres gilt Satz 2, ersteres erfasst Satz 1 (s. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 113). Im zweiten Fall hat der Fonds Zeit, die Anwendung der Zuflussfiktion nach Satz 1 durch eine Ausschüttung zu verhindern.

Anwendbarkeit des bisherigen Investment- und Einkommensteuerrechts (Abs. 7 Satz 3): Satz 3 regelt, dass die nach den Zuflussfiktionen der Sätze 1 und 2 als ausschüttungsgleiche Erträge als zugeflossen geltenden ordentlichen Alterträge noch nach dem früheren Investment- und EStRecht versteuert werden. Die Regelung ist deklaratorisch für nach Satz 1 als zugeflossen geltende Erträge, da sie ohnehin noch für den VZ 2017 erfasst werden, aber konstitutiv für die der besonderen Zuflussfiktion nach Satz 2 unterliegenden Erträge von Spezial-Investmentfonds.

Besteuerung nach dem InvStG in der am 31.12.2017 geltenden Fassung: Da dem Gesetzgeber in erster Linie daran gelegen ist, Besteuerungslücken bei beschränkt stpfl. Anlegern zu verhindern (s. Anm. 1), sind insbes. die Regelungen zur Erhebung von KapErtrSt nach § 15 Abs. 1 Sätze 7 und 8 iVm. § 7 InvStG aF sowie die Sonderregelungen für inländ. Immobilienerträge nach § 15 Abs. 2 InvStG 2004 anzuwenden (s. BTDrucks. 18/12127, 69).

Besteuerung nach dem EStG in der am 26.7.2016 geltenden Fassung: Satz 3 verweist auf die am 26.7.2016 geltende Fassung des EStG, weil der für die Besteuerung beschränkt stpfl. Anleger relevante § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. b EStG durch das am 27.7.2016 in Kraft getretene InvStRefG v. 26.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730) aufgehoben wurde und nur aufgrund einer Anwendungsregelung in § 52 Abs. 45a Satz 2 EStG bis zum 31.12.2017 anwendbar bleibt.

Steuerfreie Ausschüttung als ausschüttungsgleiche Erträge der Vorjahre (Abs. 7 Satz 4): Satz 4 regelt, dass die in 2018 nach altem Recht besteuerten ausschüttungsgleichen Erträge eines Spezial-Investmentfonds im Jahr 2018 oder später

stfrei als ausgeschüttete ausschüttungsgleiche Erträge der Vorjahre iSd. § 35 Abs. 5 an die Anleger des Spezial-Investmentfonds ausgeschüttet werden können; s. BT-Drucks. 18/12127, 70 mit einem instruktiven Beispiel; s. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 121.

Definition der ordentlichen Alterträge (Abs. 7 Satz 5): Siehe Anm. 5 „Anwendbarkeit des InvStG nF ab dem 1.1.2018“. Ordentliche Alterträge sind im Wesentlichen Dividenden, Zinsen und inländ. Immobilienerträge, BMF, Anwendungsfragen, Rz. 122.

Einstweilen frei.

36–39

K. Erläuterungen zu Abs. 8: Außerordentliche Alterträge

40

Unbeachtlichkeit alter für Anlegerbesteuerung ermittelter Werte (Abs. 8 Satz 1): Abs. 8 Satz 1 regelt, dass alle auf der Fondsebene ermittelten, für die Anlegerbesteuerung relevanten Werte, dh. die außerordentlichen Alterträge (s. Abs. 8 Satz 2), vor dem 1.1.2018 als zugeflossen geltende ausschüttungsgleiche Erträge, Absetzungsbeträge, Verlustvorträge und sonstige für die Zeiträume vor 2018 ermittelten Werte für die Anwendung des InvStG nach 2017 unbeachtlich sind. Sie werden nur noch als Bestandteile des Gewinns aus der fiktiven Veräußerung zum 31.12.2017 stl. berücksichtigt. Dies führt allerdings nicht dazu, dass alle Vermögensgegenstände auf der Fondsebene neu zu bewerten wären; die historischen AK werden vielmehr fortgeführt. Ab dem 1.1.2018 beginnt jedoch die anlegerbezogene besitzzeitanteilige Ermittlung der Erträge nach § 35 Abs. 6 und § 36 Abs. 4 Satz 1. Aus Satz 1 folgt allerdings, dass vor 2018 entstandene außerordentliche Alterträge nicht mehr für eine nach neuem Recht vorgenommene Ausschüttung eines Spezial-Investmentfonds als verwendet gelten. Sofern eine Ausschüttung des Jahres 2018 die in 2018 erzielten Erträge übersteigt, liegt grds. eine steuerneutrale Substanzausschüttung vor (s. BTDrucks. 18/12127, 71; s. aber auch Anm. 45 zur Umqualifizierung in Ertrag nach Abs. 9).

Definition der außerordentlichen Alterträge (Abs. 8 Satz 2): Abs. 8 Satz 2 definiert die außerordentlichen Alterträge in Abgrenzung zu den in Abs. 7 Satz 5 definierten ordentlichen Alterträgen als „nicht Erträge der in § 1 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 und 2 sowie Satz 4 InvStG aF bezeichneten Art“. Es handelt sich damit um Erträge, die nach altem Recht steuerneutral auf Ebene des Fonds thesauriert werden konnten, also erst bei ihrer Ausschüttung an den Anleger von diesem zu versteuern waren (zB Aktienveräußerungsgewinne, sonstige Wertpapierveräußerungsgewinne und Erträge aus Termingeschäften, s. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 125). Auch die außerordentlichen Alterträge müssen vom Investmentfonds oder Spezial-Investmentfonds vor dem 1.1.2018 vereinnahmt worden sein.

Beginn des Fonds-Aktiengewinns, des Fonds-Abkommensgewinns und des Fonds-Teilfrestellungsgewinns mit 0 € (Abs. 8 Satz 3): Abs. 8 Satz 3 regelt, dass die realisierten Gewinne, unrealisierte Wertveränderungen sowie Erträge, die auf Zeiträume vor 2018 entfallen, bei der Ermittlung der Fonds-Aktiengewinne, der Fonds-Abkommensgewinne und der Fonds-Teilfrestellungsgewinne nicht zu berücksichtigen sind, so dass diese Werte am 1.1.2018 mit 0 € beginnen.

Einstweilen frei.

41–44

45 **L. Erläuterungen zu Abs. 9: Umwandlung von Substanzbeträgen in Ertragsausschüttung, kein Steuerabzug**

Substanzbeträge (Abs. 9 Satz 1): Nach Abs. 9 Satz 1 wird aus einer Substanzausschüttung auf der Ebene eines Spezial-Investmentfonds im Wege der Fiktion eine stpfl. Ertragsausschüttung beim Anleger, soweit bei ihm ein Gewinn aus der fiktiven Veräußerung nach Abs. 3 Satz 1 zum 31.12.2017 vorhanden ist, was wiederum voraussetzt, dass der Anleger bereits vor 2018 an dem Spezial-Investmentfonds beteiligt war (s. BTDrucks. 18/12127, 71). Es kommt nicht zur Umqualifizierung, wenn der Anleger den Spezial-Investmentanteil erst nach dem 31.12.2017 erworben hat (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 127).

► *Hintergrund:* Der Hintergrund dieser Regelung ist wie folgt: § 35 regelt für stl. Zwecke eine bestimmte Reihenfolge der Quellen, aus denen sich die Ausschüttung eines Spezial-Investmentfonds speist. Danach gelten zunächst alle stpfl. Erträge als zur Ausschüttung verwendet, bevor Substanzbeträge (also insbes. Kapitalrückzahlungen) steuerneutral ausgeschüttet werden können. Kommt es zu einer solchen Substanzausschüttung aus Sicht des Spezial-Investmentfonds, so soll nun beim Anleger berücksichtigt werden, dass in einem etwaigen fiktiven Veräußerungsgewinn stpfl. außerordentliche Alterträge enthalten sind, die nach Abs. 8 Satz 1 ab dem 1.1.2018 nicht mehr für Ausschüttungen berücksichtigt werden. Deshalb wandelt sich nach Satz 1 die Substanzausschüttung in eine stpfl. Ertragsausschüttung um, soweit beim Anleger ein Gewinn aus der fiktiven Veräußerung zum 31.12.2017 vorhanden ist, um, so die Vorstellung des Gesetzgebers, eine administrativ aufwendige Ermittlung und Fortschreibung der außerordentlichen Alterträge und eine entsprechende Kontrolle durch die Fin-Verw. entbehrlich zu machen (s. BTDrucks. 18/12127, 73). Das erklärt auch, warum bei stbefreiten Anlegern (zB Kirchen und gemeinnützige Stiftungen) die Umqualifizierung unterbleiben kann, da bei ihnen sowohl die Gewinne aus der fiktiven Veräußerung als auch die Spezial-Investmenterträge stfrei sind (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 127).

► *Umqualifizierung und Veräußerungsgewinnermittlung:* Die Umqualifizierung ist auf die Höhe des vorhandenen positiven Gewinns aus der fiktiven Veräußerung zum 31.12.2017 beschränkt („soweit ... ein positiver Gewinn ... vorhanden ist“) und mit jedem unqualifizierten Teilbetrag reduziert sich der Betrag, der für eine weitere Umqualifizierung zur Verfügung steht. Bei der Bemessungsgrundlage für die Umqualifizierung handelt es sich aber nur um eine rechnerische Größe, die den Abs. 3 Satz 3 bei einer tatsächlichen Anteilsveräußerung zuzurechnenden Gewinn nicht ändert (s. BTDrucks. 18/12127, 71; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 131 f., mit Berechnungsbeispiel).

Kein Steuerabzug (Abs. 9 Satz 2): Nach Abs. 9 Satz 2 unterliegen die nach Abs. 9 Satz 1 in Spezial-Investmenterträge umqualifizierten Substanzbeträge nicht dem StAbzug nach § 50. Grund dafür ist, dass ein Spezial-Investmentfonds idR mangels ausreichender Informationen hinsichtlich des Gewinns aus der fiktiven Veräußerung zum 31.12.2017 nicht ermitteln kann, in welchem Umfang die Substanzbeträge als stpfl. Spezial-Investmenterträge gelten. Diese stpfl. Erträge sind daher in der Veranlagung des Anlegers zu erfassen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 133).

§ 57 Anwendungsvorschriften

idF des WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17), zuletzt geändert durch KöMoG v. 25.6.2021 (BGBl. I 2021, 2050)

(1) ¹Ab dem 1. Januar 2020 anzuwenden sind:

1. § 2 Absatz 8 Satz 5, Absatz 9 und 13,
2. § 6 Absatz 1, 2, 4 Satz 1, Absatz 5 Satz 2, Absatz 6a und 7 Satz 4,
3. § 8 Absatz 4,
4. § 11 Absatz 1,
5. § 15 Absatz 2 Satz 1 und Absatz 4,
6. § 17 Absatz 1 Satz 1 bis 3,
7. § 20 Absatz 1, 3, 3a und 4,
8. § 30 Absatz 3,
9. § 31 Absatz 1 und 3,
10. § 35,
11. § 36 Absatz 4,
12. § 42 Absatz 1 und 2,
13. § 52 Absatz 2,
14. § 56 Absatz 3a und 6 Satz 4

in der Fassung des Artikels 17 des Gesetzes vom 12. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2451). ²Bis einschließlich 31. Dezember 2019 gewährte Stundungen nach § 52 Absatz 2 Satz 4 in der am 17. Dezember 2019 geltenden Fassung bleiben unberührt.

(2) Ab dem 1. Januar 2021 anzuwenden sind:

1. § 1 Absatz 2 Satz 2,
2. § 10 Absatz 5,
3. § 22 Absatz 2 Satz 3 bis 6 und Absatz 3,
4. § 37 Absatz 2 und 3,
5. § 42 Absatz 1 Satz 2 und Absatz 2 Satz 3,
6. § 49 Absatz 1 Satz 3,
7. § 56 Absatz 6 Satz 3 bis 6

in der Fassung des Artikels 7 des Gesetzes vom 21.12.2020 (BGBl. I S. 3096).

(3) ¹§ 7 Absatz 4 Satz 3 und Absatz 5 Satz 1 sowie § 11 Absatz 1 Satz 3 in der Fassung des Artikels 3 des Gesetzes vom 2. Juni 2021 (BGBl. I S. 1259) sind ab dem 1. Juli 2021 anzuwenden. ²Bei Vorlage einer Statusbescheinigung, die nicht die Angaben nach § 7 Absatz 4 Satz 2 in der Fassung des Artikels 3 des Gesetzes vom 2. Juni 2021 (BGBl. I S. 1259) enthält, ist ab dem 1. Juli 2021 eine Erstattung nach § 7 Absatz 5 ausgeschlossen.

(4) § 26 Nummer 4 Buchstabe j, Nummer 5 Satz 2 und Nummer 7 Satz 2 in der Fassung des Artikels 5 des Gesetzes vom 3. Juni 2021 (BGBl. I S. 1498) ist ab dem 2. August 2021 anzuwenden.

(5) § 43 Absatz 2 in der am 30. Juni 2021 geltenden Fassung ist letztmals für den Veranlagungszeitraum 2021 anzuwenden.

(6) Ab dem 1. Januar 2022 anzuwenden sind:

1. § 1 Absatz 3 Satz 2,

2. § 2 Absatz 16,

3. § 20 Absatz 3a Satz 2

in der Fassung des Artikels 4 des Gesetzes vom 25. Juni 2021 (BGBl. I S. 2050).

Autor und Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 57	1	E. Erläuterungen zu Abs. 4: Ab dem 2.8.2021 anwendbare Vorschriften	21
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Ab dem 1.1.2020 anwendbare Vorschriften	5	F. Erläuterungen zu Abs. 5: Ab dem 1.1.2022 nicht mehr anwendbare Vorschrift	26
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Ab dem 1.1.2021 anzuwendende Vorschriften	11	G. Erläuterungen zu Abs. 6: Ab dem 1.1.2022 anwendbare Vorschriften	31
D. Erläuterungen zu Abs. 3: Ab dem 1.7.2021 anwendbare Vorschriften	16		

1 A. Allgemeine Erläuterungen zu § 57

Grundinformation: § 57 regelt in nunmehr sechs Absätzen die erstmalige Anwendbarkeit von durch verschiedene Gesetze geänderten Vorschriften des InvStG. Mit jedem dieser Gesetze (s. dazu unten „Rechtsentwicklung“) wurde § 57 um einen Absatz ergänzt, um die zeitliche Anwendbarkeit der durch dieses Gesetz neu aufgenommenen oder geänderten Regelungen zu regeln. **Rechtsentwicklung:** Mit dem Investmentsteuerreformgesetz (InvStRefG) v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731) wurde die Investmentbesteuerung für Investmentfonds neu konzipiert und zunächst ohne § 57 eingeführt.

- ▶ *WElektroMobFördG* („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17): § 57 wird in das Gesetz aufgenommen, um die erstmalige Anwendbarkeit der mit dem *WElektroMobFördG* („JStG 2019“) vorgenommenen und in Satz 1 zur erleichterten Übersicht einzeln aufgezählten Änderungen des InvStG ab dem 1.1.2020 zu regeln (Satz 1). Satz 2 der Vorschrift bestimmt, dass vor dem 1.1.2020 erteilte Stundungen nach § 52 Abs. 2 Satz 4 von der Aufhebung der Vorschrift durch das *WElektroMobFördG* („JStG 2019“) unberührt bleiben.
- ▶ *JStG 2020* v. 21.12.2020 (BGBl. I 2020, 3096, BStBl. I 2021, 6): Abs. 2 wird angefügt und infolgedessen wird der frühere Wortlaut des § 57 dessen jetziger Abs. 1. Der angefügte Abs. 2 regelt die erstmalige Anwendung von Änderungen des InvStG durch das *JStG 2020*.

- ▶ *AbzStEntModG v. 2.6.2021* (BGBl. I 2021, 1259): Abs. 3
- ▶ *FoStoG v. 3.6.2021* (BGBl. I 2021, 1498): Abs. 4
- ▶ *ATADUmsG v. 25.6.2021* (BGBl. I 2021, 2035): Abs. 5
- ▶ *KöMoG v. 25.6.2021* (BGBl. I 2021, 2050): Abs. 6

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher Geltungsbereich:* § 57 regelt die zeitliche Anwendbarkeit der in den Absätzen 1 bis 6 genannten Änderungen des InvStG durch die oben genannten Gesetze (s.oben „Rechtsentwicklung“).
- ▶ *Persönlicher Geltungsbereich:* § 57 gilt für in- und ausländ. Anleger in- und ausländ. Investmentfonds und Spezial-Investmentfonds.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* § 57 gilt erstmals seit dem 18.1.2019, dem Tag nach der Verkündung des WElektroMobFördG („JStG 2019“) am 17.12.2019; s. Art. 39 Abs. 1 WElektroMobFördG („JStG 2019“).

Einstweilen frei.

2–4

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Ab dem 1.1.2020 anwendbare Vorschriften

5

Anwendbarkeit ab dem 1.1.2020 (Abs. 1 Satz 1): Satz 1 regelt, dass die darin einzeln aufgeführten Änderungen des InvStG durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) ab dem 1.1.2020 anzuwenden sind. Die Vorschrift erfasst damit nicht alle Änderungen des WElektroMobFördG („JStG 2019“), nämlich nicht den mit Art. 17 Nr. 14 in das InvStG aufgenommenen § 49 Abs. 3 Satz 5 (Minderung des Gewinns aus der Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen um nicht ausgeschüttete Zurechnungsbeträge und Immobilien-Zurechnungsbeträge) und sich selbst, also § 57. Die beiden Vorschriften gelten deshalb seit dem 18.1.2019, dem Tag nach der Verkündung des WElektroMobFördG („JStG 2019“) im BGBl. Vom 17.12.2019; s. Art. 39 Abs. 1 WElektroMobFördG („JStG 2019“). der in seinem Satz 1 aufgeführten Änderungen des InvStG durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17). Satz 2 regelt in Satz 2 den Fortbestand vor dem 1.1.2020 erteilter Stundungen nach § 52 Abs. 2 Satz 4.

Erfasste Vorschriften sind:

- ▶ § 2 Abs. 8 Satz 5, Abs. 9 und 13 (Nr. 1): Siehe § 2 Anm. 17, § 2 Anm. 9 und § 2 Anm. 24.
- ▶ § 6 Abs. 1: Siehe § 6 Anm. 5.
- ▶ § 6 Abs. 2: Siehe § 6 Anm. 15.
- ▶ § 6 Abs. 4 Satz 1: Siehe § 6 Anm. 25.,
- ▶ § 6 Abs. 5 Satz 2: Siehe § 6 Anm. 30.
- ▶ § 6 Abs. 6a: Siehe § 6 Anm. 34.
- ▶ § 6 Abs. 7 Satz 4: Siehe § 6 Anm. 35.
- ▶ § 8 Abs. 4: Siehe § 8 Anm. 25.
- ▶ § 11 Abs. 1: Siehe § 11 Anm. 5.
- ▶ § 15 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 4: Siehe § 15 Anm. 10 und 20.

- ▶ § 17 Abs. 1 Satz 1 bis 3: Siehe § 17 Anm. 5.
- ▶ § 20 Abs. 1, 3, 3a und 4: Siehe § 20 Anm. 5, § 20 Anm. 15, § 20 Anm. 16, § 20 Anm. 20.
- ▶ § 30 Abs. 3: Siehe § 30 Anm. 15.
- ▶ § 31 Abs. 1 und 3: Siehe § 31 Anm. 5 und § 31 Anm. 15.
- ▶ § 35: Siehe § 35 Anm. 1 ff.
- ▶ § 36 Abs. 4: Siehe § 36 Anm. 20.
- ▶ § 42 Abs. 1 und 2: Siehe § 42 Anm. 5 und § 42 Anm. 6.
- ▶ § 52 Abs. 2: Siehe § 52 Anm. 10.
- ▶ § 56 Abs. 3a und 6 Satz 4 : Siehe § 56 Anm. 30.

Aufrechterhalten von Stundungen nach § 52 Abs. 2 Satz 4 aF (Abs. 1 Satz 2): Satz 2 regelt den Fortbestand von Stundungen nach dem mit dem WElektroMobFördG („JStG 2019“) aufgehobenen § 52 Abs. 2 Satz 4 aF.

- ▶ *Stundungen nach § 52 Abs. 2 Satz 4 aF:* Siehe § 52 Abs. 2 Satz 4 und § 52 Anm. 10. Es handelt sich um die *Stundung* der festgesetzten, auf den Gewinn aus einer fiktiven Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen Steuer des Anlegers bis zum Zeitpunkt der tatsächlichen Veräußerung der Spezial-Investmentanteile durch den Anleger. Satz 2 spricht fälschlich von „gewährten Stundungen“ ohne Rücksicht darauf, dass nach § 52 Abs. 2 Satz 4 aF die festgesetzte Steuer als gestundet „galt“, die Stundung also gerade nicht gewährt werden musste.
- ▶ *Aufhebung von § 52 Abs. 2 Satz 4 aF:* Die Vorschrift wurde durch Art. 17 Nr. 15 des WElektroMobFördG („JStG 2019“) aufgehoben.
- ▶ *Rechtsfolge von § 57 Satz 2* ist, dass Stundungen nach § 52 Abs. 2 Satz 4 von der Aufhebung der Vorschrift unberührt bleiben.

6–10 Einstweilen frei.

11 C. Erläuterungen zu Abs. 2: Ab dem 1.1.2021 anzuwendende Vorschriften

Anwendbarkeit ab dem 1.1.2021: Abs. 2 regelt, dass die darin aufgeführten Änderungen des InvStG durch das JStG 2020 ab dem 1.1.2021 anzuwenden sind. Wie Abs. 1 erfasst die Vorschrift nicht alle Änderungen des InvStG durch das JStG 2020, nämlich nicht sich selbst, also § 57 Abs. 2. Abs. 2 gilt deshalb seit dem 29.12.2020 (Art. 50 Abs. 1 JStG 2020).

Erfasste Vorschriften sind:

- ▶ § 1 Abs. 2 Satz 2: Siehe § 1 Anm. 9 und Anm. 9a.
- ▶ § 10 Abs. 5: Siehe § 10 Anm. 30.
- ▶ § 22 Abs. 2 Sätze 3 bis 6 und Abs. 3: Siehe § 22 Anm. 12 und § 22 Anm. 15.
- ▶ § 37 Abs. 2 und 3: Siehe § 37 Anm. 10 und § 37 Anm. 15.
- ▶ § 42 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 3: Siehe § 42 Anm. 5 und § 42 Anm. 6.
- ▶ § 49 Abs. 1 Satz 3: Siehe § 49 Anm. 5.
- ▶ § 56 Abs. 6 Sätze 3 bis 6: Siehe § 56 Anm. 30.

12–15 Einstweilen frei.

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Ab dem 1.7.2021 anwendbare Vorschriften 16

Anwendbarkeit ab dem (Abs. 4 Satz 1): Satz 1 regelt, dass die darin einzeln aufgeführten Änderungen des InvStG durch das AbzStEntlModG 2.6.2021 (BGBl. I 2021, 1259) ab dem 1.7.2021 anzuwenden sind. Die Vorschrift erfasst nicht alle Änderungen des InvStG durch das AbzStEntlModG, nämlich nicht sich selbst, also § 57 Abs. 3 sowie die redaktionelle Anpassung von § 11 Abs. 2 Satz 4; beide gelten damit ab dem 9.6.2021 (Tag nach der Verkündung im BGBl. I vom 8.6.2021, s. Art. 15 AbzStEntlModG v. 2.6.2021, BGBl. I 2021, 1259).

Von Abs. 3 erfasste Vorschriften sind:

- ▶ § 7 Abs. 4 Satz 3: Siehe § 7 Anm. 25.
- ▶ § 7 Abs. 5 Satz 1: Siehe § 7 Anm. 35.
- ▶ § 11 Abs. 1 Satz 3: Siehe § 11 Anm. 5.

Einstweilen frei.

17–20

E. Erläuterungen zu Abs. 4: Ab dem 2.8.2021 anwendbare Vorschriften 21

Anwendbarkeit ab dem (Abs. 4): Satz 1 regelt, dass die darin einzeln aufgeführten Änderungen des InvStG durch das FoStoG v. 3.6.2021 (BGBl. I 2021, 1498) ab dem 2.8.2021 anzuwenden sind.

Erfasste Vorschriften sind:

- ▶ § 26 Nr. 4 Buchstabe j: Siehe § 26 Anm. 25.
- ▶ § 26 Nr. 5 Satz 2: Siehe § 26 Anm. 45.
- ▶ § 26 Nr. 7 Satz 2: Siehe § 26 Anm. 55.

Einstweilen frei.

22–25

F. Erläuterungen zu Abs. 5: Ab dem 1.1.2022 nicht mehr anwendbare Vorschrift 26

Anwendbarkeit ab dem 1.1.2022 (Abs. 5): Abs. 5 regelt, dass § 43 Abs. 2 in der Fassung vor der Geltung des ATAD-Umsetzungsgesetzes letztmals für den VZ 2021 anzuwenden ist. Zu § 43 Abs. 2 s. § 43 Anm. 10.

Einstweilen frei.

27–30

G. Erläuterungen zu Abs. 6: Ab dem 1.1.2022 anwendbare Vorschriften 31

Anwendbarkeit ab dem (Abs. 6): Abs. 6 regelt, dass die darin einzeln aufgeführten Änderungen des InvStG durch das KöMoG v. 25.6.2021 (BGBl. I 2021, 2050) ab dem 1.7.2021 anzuwenden sind.

Erfasste Vorschriften sind:

- ▶ § 1 Abs. 3 Satz 2: Siehe § 1 Anm. 12.
- ▶ § 2 Abs. 16: Siehe § 2 Anm. 27.
- ▶ § 20 Abs. 3a Satz 2: Siehe § 20 Anm. 17.