

**Anhang zu § 20 EStG –
Kommentierung des Investmentsteuergesetzes**

Einführung zum InvStG

Schrifttumsverzeichnis 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 Investmenterträge
- § 17 Erträge bei Abwicklung eines Investmentfonds
- § 18 Vorabpauschale
- § 19 Gewinne aus der Veräußerung von Investmentanteilen
- § 20 Teilstellung
- § 21 Anteilige Abzüge aufgrund einer Teilstellung

- § 22 Änderung des anwendbaren Teilstellungssatzes
- § 23 Verschmelzung von Investmentfonds
- § 24 Kein Wechsel zu den Besteuerungsregelungen für 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
- § 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 Teilstellung
- § 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-Teilstellungs-gewinn
- § 49 Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen, Teilwertansatz
- § 50 Kapitalertragsteuer
- § 51 Feststellung der Besteuerungsgrundlagen

§ 52 Wegfall der Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds

§ 53 Altersvorsorgevermögenfonds

§ 54 Verschmelzung von Spezial-Investmentfonds und Altersvorsorgevermögenfonds

§ 55 Bußgeldvorschriften

§ 56 Anwendungs- und Übergangsvorschriften

Schrifttumsverzeichnis zum InvStG

Schrifttum aus 2017: 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 mitaufsichtsrechtlichen Neuerungen 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, Teilstreifstellung 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 künftigem 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/KEMPF/NAGLER in PATZNER/DÖSER/KEMPF, Investmentrecht, Kommentierung zum Investmentsteuergesetz 2018, Handkommentar, Nomos, 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 steuerstrafrechtliche 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.

Schrifttum aus 2016: 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 An-

lagen 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. 01/2016, 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; KUBMAUL/KLOSTER, Historisch bedingte Gegenwart der Pauschalbesteuerung von Erträgen aus intransparenten Investmentfonds nach dem InvStRefG, Ubg 2016, 527; KUBMAUL/KLOSTER, Konzeptionelle Zukunft ausschüttungsgleicher Erträge sowie der Pauschalbesteuerung bei Publikums-Investmentfonds nach dem 31.12.2017, Ubg 2016, 672; KUBMAUL/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, IStR 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; v. 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; WASSERMAYER, Investmentsteuerreform, EuZW 2016, 841.

außerdem: Deutscher Bundestag, Investmentbesteuerung wird neu geregelt, Heute im Bundestag (hib) Nr. 198 vom 11.4.2016; Monatsbericht des BMF, Reform der Investmentbesteuerung, März 2016, 32.

Schrifttum aus 2015: 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.

Schrifttum aus 2014: 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; TRENCSEK, Was von einer Idee übrig blieb – Analyse systematischer Defizite der Investmentbesteuerung vor dem Hintergrund aktueller Reformüberlegungen, StuW 2014, 286.

Schrifttum aus 2013: ELSER/STADLER, Entschärfter Kabinettsentwurf zur Anpassung des Investmentsteuergesetzes an das AIFM-Umsetzungsgesetz verabschiedet, DStR 2013, 225.

Schrifttum aus 2012: 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.

Schrifttum aus 2011: KIRCHMAYR, Seminar G: Collective Investment Vehicles, IStR 2011, 673.

Schrifttum aus 2007: GEURTS/JACOB, Französische SICAV: Ansässigkeit nur bei Steuerpflicht – und was ist mit dem deutschen REIT?; KIRCHMAYR, Besteuerung von kollektiven Vermögensanlagen, in: DSTJG 30 (2007) 235 ff.; ZINKEISEN/WALTER, Seminar F: Abkommensberechtigung von Investmentfonds, IStR 2007, 583.

Schrifttum aus 2001: WASSERMAYER, Ausländische Investmentfonds im Internationalen Steuerrecht, IStR 2001, 193.

Einführung zum InvStG

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

Inhaltsübersicht

A. Begriffsbestimmungen	1
B. Bedeutung des Investmentsteuerrechts	2
C. Eingeschränkte Transparenz als bisheriges Grundkonzept der Investmentbesteuerung	3
D. Entstehungsgeschichte des InvStG idF des Investmentsteuerreformgesetzes ..	4
E. Ersatz des transparenten durch intransparentes Besteuerungsregime ..	5
F. Innere Systematik	6
G. Verhältnis zur Hinzurechnungsbesteuerung	7
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 InvStG Anm. 6 ff.) die Investmentvermögen nach dem KAGB (§ 1 Abs. 2 Satz 1,

s. dazu § 1 InvStG 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 Vertragsform 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 Anteilscheinen 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 InvStG 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.

B. Bedeutung des Investmentsteuerrechts

Die Bedeutung des Investmentsteuerrechts erschließt sich, wenn man es nicht nur als steuerrechtliche, estl. und kstl., Regelungszusammenhänge ergänzende Spezialmaterie begreift, sondern es auch wirtschaftspolitisch als Bestandteil der europarechtlich 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 Da-sein 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 (BTDruks. 18/8045, 49 f.), wobei allerdings viele als missliebig erkannten Gestaltungen idR auch im Falle der Direktanlage auftreten konnten, ihre Ursache also gerade nicht im Invest-mentsteuerrecht hatten (vgl. auch REHM/NAGLER, BB 2015, 1248 [1250 f.]).

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. semi-transparente 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 AuslInvG; 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, nrkr., 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 ein-behaltene KapErtrSt erstattet bzw. es durfte von deren Einbehalt gleich abge-sehen 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 weit-gehend 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).

4

D. Entstehungsgeschichte des InvStG idF des Investmentsteuerreformgesetzes

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 (AusInvestmG) enthaltenen strechl. 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 AusInvestmG 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. WASSERMAYER, 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 Begründung 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 Dividende 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.copenhageneconomics.com/dyn/resources/Publication/publicationPDF/9/279/1428656705/volkswirtschaftlicheauswirkungeneinerreformderinvestmentbesteuerungaufdenkapitalmarkt_denfinanzstandortunddiealtersvorsorgeindeutschland-2.pdf) veröffentlichte daher das BMF am 21.7.2015 zunächst einen Diskussionsentwurf (www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/Steuerarten/Investmentssteuer/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.

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 ein-

geschränkt 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.

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 und deren Anlegern.

► *Abschnitt 1* regelt dabei den Kern der Reform des InvStG, die neue, auf dem für Körperschaften geltenden Trennungsprinzip basierende StPflicht von Investmentfonds. Danach unterliegen in- und ausländ. Investmentfonds in Deutschland unterschiedslos der KSt mit den (inländ.) Einkünften, für die Deutschland nach völkerrechtl. Grundsätzen, dh. seinen DBA, ein Besteuerungsrecht zusteht. Andere Einkünfte unterliegen nicht der KSt. Soweit in einem 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).

► *Abschnitt 2* regelt die Besteuerung der (inländ.) Anleger eines Investmentfonds im Hinblick auf Erträge aus dem Investmentfonds, die sog. Investmenterträge. Die Anleger müssen danach Ausschüttungen des Investmentfonds und Gewinne aus der Rückgabe, Veräußerung oder Entnahme von Investmentanteilen 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 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 Investmenterträgen durch deren Thesaurierung zeitlich unbeschränkt aufgeschoben werden kann. Damit zielt der Gesetzgeber auf die Verhinderung von Gestaltungen sowie eine Verstetigung des StAufkommens (BTDrucks. 18/8045, 55). Die Regelungen zur Anlegerbesteuerung im zweiten Abschnitt werden komplettiert durch Teilstufen

stellungen bestimmter Einkünfte, die pauschaliert kompensieren sollen, dass diese Einkünfte auf vorangegangen Stufen mit Ertragsteuer vorbelastet wurden. Investmenterträge 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 ihnen aus in- und ausländ. Einkünften in- und ausländ. Investmentfonds gespeisten Investmenterträgen 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 der gestalt 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 natürlichen Personen zuzulassen und damit ein Investmentfonds zu bleiben.

Kapitel 3 regelt in drei Abschnitten in §§ 25 bis 52 die Besteuerung von Spezial-Investmentfonds 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.

► *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 beispielsweise 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.

G. Verhältnis Hinzurechnungsbesteuerung Anm. 7 **Anhang zu § 20**

- *Vorrang des InvStG (§ 7 Abs. 7 AStG):* Die drohende Konkurrenz der Hinzurechnungsbesteuerung nach dem AStG und der Besteuerung nach dem InvStG löst § 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.
- *Frihere 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 Schachtelpatent 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 Begründung des Entwurfs des StVergAbG der BReg. v. 8.9. 2003, BTDrucks. 15/1518, 16; vgl. auch BMF v. 18.8.2009 – IV B 4-S 1300-111/99 IV C 1 - S 1980-1/08/10019:001 – DOK 2011/0590110, BStBl. I 2009, 931 Rz. 42).
- *Frihere 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 ausländ. 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 Halbsatz 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 InvStG 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.]; WASSERMAYER, 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 (BGBI. 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 Fonds begriff des § 1 KAGB und damit unter das InvStG fallen (s. HAUG, IStR 2016, 597 [606]). Andererseits entfällt für frühere Kapital-Investitions gesellschaften, für die § 19 Abs. 4 Satz 1 InvStG idF des AIFM-StAnpG v. 18.12.2013 (BGBI. 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 ausländ. Aktienfonds oder Immobilienfonds, die Kapital-Investitions gesellschaften 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. KUBMAUL/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 InvStG Anm. 1). Schließlich ist fraglich, ob die Neuregelung EU-rechtskonform ist, weil sich EU-/EWR-Auslandsfonds in Gestalt der früheren Kapital-Investitions gesellschaften 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.]; WASSERMAYER, EuZW 2016, 841), um eine unmittelbare Besteuerung ihrer (passiven) Einkünfte bei ihren Anlegern zu vermeiden. Dies mag in der Tat faktisch in bestimmten Fällen ausländ. 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 (BGBI. 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

8

Entsprechend dem weiten Anwendungsbereich des InvStG, das die StPflicht 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, Art. 1 OECD-MA Rz. 81 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-MA Rz. 54b; KIRCHMAYR, IStR 2011, 673 [674]). Allerdings bestimmt sich die StPflicht 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 StPflicht der Person (s. DREMEL in SCHÖNFELD/DITZ, DBA, Art. 1 OECD-MA Rz. 81; 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, ist dies seit der Investmentsteuerreform fraglich, weil deutsche Investmentfonds und Spezial-Investmentfonds nunmehr zwar stpfl. sind, allerdings nur mit ihren inländ. Einkünften der KSt unterliegen. Fraglich ist, ob dies als partielle StBefreiung aller ausländ. Einkünfte bei grds. bestehender unbeschränkter StPflicht oder als nur beschränkte StPflicht zu beurteilen ist (so wohl HELIOS/MANN, DB 2016, Sonderausgabe 1/2016, 11), 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 StPflicht 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. Es käme dann verstärkt darauf an, dass DBA Sonderregelungen im Hinblick auf Investmentfonds enthalten. Dieses Verständnis der StPflicht von Investmentfonds als nur beschränkte StPflicht mit der Folge fehlender DBA-Berechtigung ist uE nicht zwingend. Nach § 6 Abs. 1 gelten inländ. Investmentfonds als Zweckvermögen iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG. Die FinVerw. versteht § 6 Abs. 1 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, Tz. 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 auf den ersten Blick 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. Schließlich müssen 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 ausführlich 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 Investmenterträge und Spezial-Investmenterträge in Deutschland grds. dem KapErtrStAbzug (§ 43 Abs. 1 Nr. 5 EStG bzw. § 50). Da allerdings Investmenterträge 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 InvStG 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 InvStG Anm. 20 und § 34).

**Kapitel 1
Allgemeine Regelungen**

§ 1

Anwendungsbereich

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

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

(2) ¹Investmentfonds sind Investmentvermögen nach § 1 Absatz 1 des Kapitalanlagegesetzbuchs. ²Als 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.

(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

Inhaltsübersicht

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	6
D. Erläuterungen zu Abs. 3: Ausnahmen vom Begriff des Investmentfonds	10
E. Erläuterungen zu Abs. 4: Fiktion der steuerlichen Eigenständigkeit von Teilen eines Investmentfonds ...	11

1

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 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 OGAW und 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 Investment-

C. Abs. 2: Definition d. Investmentfonds Anm. 1–6 **Anhang zu § 20**

kommanditgesellschaften) 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.

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).

Einstweilen frei.

2–4

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

5

Anwendungsbereich (Abs. 1): 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

6

Definition des Investmentfonds: Als Investmentfonds gelten 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 per Fiktion aus dem Begriff des Investmentfonds ausgenommen werden sollen (Abs. 3, s. Anm. 10).

Investmentvermögen nach § 1 Abs. 1 KAGB (Abs. 2 Satz 1): 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. GOTTSCHLING/SCHATZ in MORITZ/JESCH, 2015, § 1 InvStG Rz. 19 ff.; WENZEL in BLÜMICH, EStG, § 1 InvStG 2004 Rz. 13 ff. [3/2014]).

► *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 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 besteht somit fort. Die FinVerw. will dieses Dilemma dadurch lösen, dass zwar einerseits für das StRecht keine Bindung an aufsichtsrechtl. Entscheidungen 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 (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001 Rz. 1.2). Als Faustformel ist daher davon auszugehen, dass ein Vehikel, das aufsichtsrechtl. als Organismus für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) oder als Alternativer Investmentfonds (AIF) qualifiziert, auch als Investmentfonds iSv. § 1 Abs. 2 InvStG gilt (es sei denn, es greifen die in § 1 Abs. 2 bis 4 genannten Ausnahmen). 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) verselbständigte 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 gewerbl. bei einem oder mehreren Anlegern Kapital zu beschaffen.

- *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.
- *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*, denn dort fehlt es regelmäßig (noch) an der für das Vorliegen eines Organismus notwendigen Poolung von Geldern in einem Vehikel (vgl. BaFin v. 14.6.2013 – Q 31 - Wp 2137 - 2013/006).
 - ▷ *Managed Accounts* und andere Vermögensverwaltungsmandate, denn dort sind die Vermögensgegenstände den Anlegern weiterhin rechtl. im Sinne einer Eigentumsposition zuzurechnen, so dass es an einer verselbständigte Vermögensmasse im Sinne eines Organismus fehlt (so Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001 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 selbst erstellten 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. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001 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 (AbI. EU 2011 Nr. L 174, 1) begeben werden (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001 Rz. 1.4).
- ▷ *Interne Fonds nach § 124 Abs. 2 Nr. 1 VAG* stellen nach uE zutreffender Auffassung der FinVerw. ebenfalls keinen rechtl. verselbständigt Organismus dar (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001 Rz. 1.5).

Fiktive Investmentfonds (Abs. 2 Satz 2): Abs. 2 Satz 2 erklärt darüber hinaus bestimmte Organisationen/Anlagevehikel, die aufsichtsrechtl. nicht unter den Begriff des Investmentvermögens fallen, zu Investmentfonds im stl. Sinne.

Fiktion 1: Ein-Personen-Fonds (Abs. 2 Satz 2 Nr. 1): Dies sind Organisationen 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).

Fiktion 2: 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. 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 (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001 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 (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001 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 Begründung ausnehmen, dass diese durchaus im Rahmen ihres wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs operativ unternehmerisch tätig werden können, wenn auch mit der Folge der partiellen StPflicht nach §§ 64 ff. AO (BTDrucks. 18/8045, 67; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:001 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, uE zutr., 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 (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001 Rz. 1.11). Anders formuliert: Die bloße (sachliche) StBefreiung bestimmter Einkünfte, die faktisch zu einer Ertragsteuerbelastung von null führt, reicht für die Fiktion des Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 nicht aus.

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

Fiktion 3: Konzerneigene Investmentvermögen (Abs. 2 Satz 2 Nr. 3): Ferner gelten (fiktiv) als Investmentfonds im stl. Sinne von AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaften verwaltete Investmentvermögen, die unter die Konzernausnahme des § 2 Abs. 3 KAGB fallen. Es handelt sich dabei um konzerneigene Investmentvermögen, bei denen aufsichtsrechtl. kein Anlegerschutz geboten ist und die deshalb aus dem Anwendungsbereich des KAGB ausgenommen werden (vgl. dazu BOXBERGER/RÖDER in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, 2. Aufl. 2017, § 2 KAGB Rz. 16 ff.). Wie bereits unter dem InvStG aF folgt das StRecht hier

nicht dem Aufsichtsrecht. Die Fiktion betrifft insbes. VU (vgl. HELIOS/MANN, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 1 [6f.]).

7–9 Einstweilen frei.

10

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

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“.

Ausnahme 1: Gesellschaften, Einrichtungen und Organisationen nach § 2 Abs. 1 und 2 KAGB (Abs. 3 Satz 1 Nr. 1): Diese Ausnahme, die bereits im InvStG aF enthalten war, ist uE rein deklaratorisch, da die von § 2 Abs. 1 und 2 KAGB erfassten Vehikel bereits nach dem KAGB nicht als regulierte Investmentvermögen iSv. § 1 Abs. 1 KAGB gelten. Zu den von § 2 Abs. 1 und 2 KAGB erfassten Anlagevehikeln zählen insbes.:

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

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

► *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, 2. Aufl. 2017, § 2 KAGB Rz. 7).

Ausnahme 2: Personengesellschaften (Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und Satz 2): Ebenfalls keine Investmentfonds sind Investmentvermögen in der Rechtsform einer PersGes. oder einer vergleichbaren ausländ. Rechtsform, es sei denn, es handelt sich um Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) nach § 1 Abs. 2 KAGB oder um Altersvorsorgevermögenfonds nach

§ 53 InvStG. Sondervermögen und vergleichbare ausländ. Rechtsformen sollen dabei nicht als PersGes. iSv. Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 gelten (Abs. 3 Satz 2). Hintergrund der so nicht im InvStG aF enthaltenen Regelung ist nach der Gesetzesbegründung, dass PersGes. international vielfach nicht als eigenständige Besteuerungssubjekte behandelt würden, sondern die Besteuerung auf die jeweiligen Anteilseigner verlagert werde. Dieser transparente Ansatz widerspreche dem zukünftigen Besteuerungssystem für Investmentfonds, das eine Besteuerung sowohl auf Ebene des Investmentfonds (§§ 6 ff.) als auch auf Ebene der Anleger (§§ 16 ff.) vorsehe (vgl. BTDrucks. 18/8045, 67 f.). So sehr diese Begründung auf den ersten Blick einleuchten mag, so unverständlich erscheint es dann, gleichwohl PersGes., die OGAW sind, wieder in den Anwendungsbereich des InvStG aufzunehmen.

► *Personengesellschaft/vergleichbare ausländische Rechtsform:* 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 (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001 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), Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001 Rz. 1.13.

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

► *Gegenausnahme 1: OGAW iSv. § 1 Abs. 2 KAGB:* Gemeint sind inländ. OGAW (dh. Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren, §§ 192 ff. KAGB) sowie EU-OGAW (§ 1 Abs. 2 KAGB iVm. Art. 1 Abs. 1 RL 2009/65/EG). Wie die FinVerw. zutr. feststellt (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001 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) geregelt ist und folglich vom Anwendungsbereich des InvStG erfasst sein muss.

► *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 derzeitigen Rechtslage, da diese PersGes. regelmäßig als ebenfalls stl. transparente Personen-Investitionsgesellschaften nach § 18 InvStG aF qualifizierten (s. ausführl. HELIOS/MANN, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 1 [7 f.]).

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, 2015, § 1 InvStG Rz. 58 f.

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. 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, 2015, § 1 InvStG Rz. 60 ff.

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

11

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

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

► *Haftungs- und vermögensrechtlich voneinander getrennte Teile eines Investmentfonds:* Nach Auffassung der FinVerw. (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001 Rz. 1.16 f.) 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 verbrieften (so auch HELIOS/MANN, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 1 [5], s. auch Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001 Rz. 7.18, 6.2 sowie 23.2).
- *Rechtsfolge:* Die Fiktion gilt nur für Zwecke des InvStG. 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 Teilsteuern qualifizieren. (vgl. § 20)

Anhang zu § 20

§ 2

Begriffsbestimmungen

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

- (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) Aktienfonds sind Investmentfonds, die gemäß den Anlagebedingungen fortlaufend mindestens 51 Prozent ihres Wertes in Kapitalbeteiligungen anlegen.
- (7) Mischfonds sind Investmentfonds, die gemäß den Anlagebedingungen fortlaufend mindestens 25 Prozent ihres Wertes in Kapitalbeteiligungen anlegen.
- (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.

²Mit Ausnahme der Fälle des Satzes 1 Nummer 3 oder 4 gelten Investmentanteile nicht als Kapitalbeteiligungen.

(9) ¹Immobilienfonds sind Investmentfonds, die gemäß den Anlagebedingungen fortlaufend mindestens 51 Prozent ihres Wertes in Immobilien und Immobilien-Gesellschaften anlegen. ²Investmentanteile an Immobilienfonds gelten in Höhe von 51 Prozent des Wertes des Investmentanteils als Immobilien.

(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.

(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 Amtshilferechtlinie 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.

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

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 2 ..	1
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Verweis auf Begriffsbestimmungen des KAGB	5
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	8

F. Erläuterungen zu Abs. 5: Definition von Dach-Investmentfonds/ Ziel-Investmentfonds sowie Dach-Spezial-Investmentfonds/ Ziel-Spezial-Investmentfonds	10
G. Erläuterungen zu Abs. 6: Definition von Aktienfonds	12
H. Erläuterungen zu Abs. 7: Definition von Mischfonds	13
I. Erläuterungen zu Abs. 8: Definition von Kapitalbeteiligungen ..	14
J. Erläuterungen zu Abs. 9: Definition von Immobilienfonds	20
K. Erläuterungen zu Abs. 10: Definition des Anlegers	21
L. Erläuterungen zu Abs. 11: Definition von Ausschüttungen	22
M. Erläuterungen zu Abs. 12: Definition von Anlagebedingungen ..	23
N. Erläuterungen zu Abs. 13: Definition von Veräußerung	24
O. Erläuterungen zu Abs. 14: Definition von Gewinn	25
P. Erläuterungen zu Abs. 15: Definition des Amts- und Betreibungs- hilfe leistenden ausländischen Staats ..	26

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 2

1

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: Die Norm wurde durch das Investmentsteuerreformgesetz (InvStRefG) v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731) neu gefasst. § 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. 5 ff.) sowie die geänderten Begrifflichkeiten.

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 Verschmelzungsvorschriften (§ 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-Teilfreistellungsgewinns (§ 48) relevant. Die Definitionen für „Aktienfonds“ (Abs. 6), „Mischfonds“ (Abs. 7), „Kapitalbeteiligungen“ (Abs. 8) sowie „Immobilienfonds“ (Abs. 9) spielen eine zentrale Rolle für die Teilstellungen 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.

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).

2–4 Einstweilen frei.

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

5

Grundnorm (Abs. 1): 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 (Entwurf BMF v. 11.8. 2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.1). Nach der Gesetzesbegründung soll auch eine konkordante 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.

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

6

Inländischer Investmentfonds (Abs. 2): Ein inländ. Investmentfonds ist ein Investmentfonds, der dem inländ. Recht unterliegt.

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

► *Der inländischen 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 (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, 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, 2015, § 1 InvStG Rz. 224 f.) – ist

nicht länger relevant. Entscheidend für den Begriff des „inländischen“ Investmentfonds ist vielmehr ausschließlich, dass er deutschem Recht unterliegt.

7

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

Ausländischer Investmentfonds (Abs. 3): Ein ausländ. Investmentfonds ist ein Investmentfonds, der ausländ. Recht unterliegt.

- *Investmentfonds:* Siehe die Definition in § 1, § 1 Anm. 6.
- *Der ausländischen 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.

8

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

Investmentanteil (Abs. 4 Satz 1): 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 (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, 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 §§ 16 ff. führt (vgl. Abs. 10, s. dazu Anm. 21). Dabei ist die rechtl. Ausgestaltung der Anteile unbedeutlich, 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 InvStG Rz. 205 ff.).

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 §§ 34 ff. führt (vgl. Abs. 10, s. Anm. 21). Auch hier ist die rechtl. Ausgestaltung der Anteile unbeachtlich.

Einstweilen frei.

9

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

10

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/RÖDER in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, 2. Aufl. 2017, § 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 Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.5).

Dach-Spezial-Investmentfonds/Ziel-Spezial-Investmentfonds (Abs. 5 Satz 2): 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. weiter oben in dieser Anm.

► *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. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.5). Diese Unterscheidung kann für die Besteuerung der Anleger bei Ausübung der sog. Transparenzoption (§ 30 Abs. 4) sowie bei Ermittlung des Fonds-Aktiengewinns, des Fonds-Abkomensgewinns sowie des Fonds-Teilfreistellungsgewinns (§ 48) relevant werden.

11 Einstweilen frei.

12

G. Erläuterungen zu Abs. 6: Definition von Aktienfonds

Aktienfonds (Abs. 6): Aktienfonds sind Investmentfonds, die gemäß den Anlagebedingungen fortlaufend mindestens 51 % ihres Werts in Kapitalbeteiligungen anlegen (sog. Aktienquote). Die Definition orientiert sich an Art. 2 der Fonds-kategorien-Richtlinie v. 22.7.2013 (abgedruckt bei BOXBERGER/RÖDER in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, 2. Aufl. 2017, § 4 KAGB Rz. 10). Die Qualifikation als Aktienfonds ist Voraussetzung für die 30 %-ige, 60 %-ige oder 80 %-ige Teilfreistellung auf Anlegerebene 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 vorgesehnen 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 ist es nach Auffassung der FinVerw. nicht zu beanstanden, wenn sich das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Aktienfonds-Teilfreistellung nicht aus den Anlagebedingungen ergibt. Stattdessen dürften Finanzinformationsdienstleister und die Entrichtungsverpflichteten auf eine Eigenerklärung des Investmentfonds vertrauen, dass der Investmentfonds während des gesamten Kj. 2018 fortlaufend mindestens 51 % seines Werts in Kapitalbeteiligungen investiert und damit in tatsächlicher Hinsicht die Voraussetzungen eines Aktienfonds erfüllen wird (Selbstdeklaration, BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010, Abschn. 2; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.15).

► *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 zivilrechtlicher als auch wirtschaftlicher Eigentümer iSv. § 39 Abs. 2 Nr. 1AO ist (BMF v. 21.12.2017 – IV C 1 - S 1980-1/16/10010 :016, Abschn. 1). Dies hätte zur Folge, dass bereits die Übertragung des zivilrechtlichen Eigentums zB im Rahmen einer Wertpapierleihe bzw. eines Wertpapier-pensionsgeschäfts stets zu einer Nicht-Berücksichtigung der entsprechenden Kapitalbeteiligung für Zwecke der Aktienquote führen müsste (so ausdrücklich,

jedenfalls im Grundsatz, BMF v. 21.12.2017 – IV C 1 - S 1980-1/16/10010 :016, Abschn. 1). Umgekehrt sollen Kapitalbeteiligungen, die im Rahmen einer WP-Leihe oder einem WP-Pensionsgeschäft an einen Investmentfonds übertragen werden, bei diesem für Zwecke der Aktienquote zuzurechnen sein, wenn neben dem zivilrechtlichen auch das wirtschaftliche Eigentum übertragen wird (BMF v. 21.12.2017, IV C 1 - S 1980-1/16/10010 :016, Abschn. 1). UE kann dies 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 rechtlicher 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 diesem Geschäft (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 zuzurechnen.

► *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. Diesem unbestimmten und damit streitanfälligen Rechtsbegriff wird in der Praxis wesentliche Bedeutung zukommen. Die FinVerw. will dabei folgende Leitlinien anwenden (BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010, Abschn. 1; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:001, Rz. 2.7): Nur ein wesentlicher Verstoß gegen die Anlagevorgaben soll zum Verlust des Status als Aktienfonds führen. Demgegenüber sei ein kurzfristiges Unterschreiten der Grenzen aufgrund von Wertveränderungen der gehaltenen Vermögensgegenstände oder einer unbeabsichtigten oder unverschuldeten fehlerhaften Einstufung eines Vermögensgegenstands als Kapitalbeteiligung unbeachtlich. Eine solche sog. passive Grenzverletzung führe daher nicht zum Verlust des Status als Aktienfonds, wenn der Investmentfonds unverzüglich nach Kenntnisserlangung ihm mögliche und zumutbare Maßnahmen unternehme, um die erforderliche Aktienquote wieder herzustellen (BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010, Abschn. 1; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.7). Bei Neuauflage oder Liquidation eines Investmentfonds soll ferner nicht beanstandet werden, wenn die Aktienquote von 51 % innerhalb einer Frist von sechs Monaten tatsächlich noch nicht bzw. nicht mehr erfüllt werde (BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010, Abschn. 1; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.10).

► *Folgen des Verstoßes gegen die fortlaufende Anlage:* Aus Sicht der FinVerw. ist ein wesentlicher Verstoß gegen die Vorgaben der (fortlaufenden) Vermögenszusammensetzung gravierend: Zum einen sei ein wesentlicher Verstoß nach § 153 Abs. 2 AO der zuständigen Finanzbehörde anzugezeigen. Zum anderen habe der Investmentfonds den Anlegern in öffentlich zugänglicher Weise mitzuteilen, wenn sich der Teilstellungssatz iSd. § 20 ändert (zB durch einen Hinweis auf der Internetseite des Investmentfonds). Darüber hinaus sei der Investmentfonds verpflichtet, unverzüglich seine früheren und nun nicht mehr zutreffenden Angaben gegenüber Entrichtungspflichtigen oder Finanzinformationsdienstleistern (zB WM-Datenservice) zum anwendbaren Teilstellungssatz zu korrigieren

(BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010, Abschn. 1; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.8). Diese Erfordernisse finden uE keine Stütze im Gesetz.

► *Mindestens 51 % ibres Werts:* Die 51 %-Grenze stammt aus Art. 2 Fonds-Kategorie-Richtlinie v. 22.7.2013 (abgedruckt bei BOXBERGER/RÖDER in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, 2. Aufl. 2017, § 4 KAGB Rz. 10). Die FinVerw. will es jedoch bei ausländ. Investmentfonds (Abs. 3) nicht beanstanden, wenn die Anlagebedingungen lediglich eine „überwiegende“ (dh. mehr als 50 %ige) Anlage in Kapitalbeteiligungen vorsehen (BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010, Abschn. 1; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.9). Unklar ist, wie die 51 %-Quote rechnerisch zu ermitteln ist, dh. welchem Wert des Investmentfonds der Wert der Kapitalbeteiligungen gegenüber zu stellen ist. Dieser „Wert“ des Investmentfonds müsste eigentlich der Nettoinventarwert (dh. Saldo des Werts aus Aktiva und Passiva) sein. Die FinVerw. will jedoch zulasten des StpfL. (und uE gegen den Gesetzeswortlaut) grds. ausschließlich auf das Aktivvermögen des Investmentfonds (dh. ohne Berücksichtigung von Verbindlichkeiten und Rückstellungen) abstellen, wobei für die Ermittlung der Höhe des Aktivvermögens Ziel-Investmentanteile (nur) mit ihrem Nettoinventarwert in das Aktivvermögen des Dach-Investmentfonds eingehen sollen (BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010, Abschn. 1; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:001, Rz. 2.11). Nur in den folgenden Fällen sei (ebenfalls ohne gesetzliche Grundlage) ein Abstellen auf den Nettoinventarwert möglich: (i) 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 und (ii) bei anderen Investmentfonds, 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 (BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010, Abschn. 1; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.12). Darüber hinaus soll es für die Besteuerung von Investmenterträgen, die dem Anleger bis zum 31.12.2018 zufließen, auch bei den übrigen Investmentfonds nicht beanstandet werden, dass in den Anlagebedingungen auf den Nettoinventarwert abgestellt wird, wenn der Investmentfonds tatsächlich die anhand des Aktivvermögens ermittelte Kapitalbeteiligungsquote fortlaufend einhält und dies gegenüber den Anlegern oder in öffentlich zugänglicher Weise (zB auf der Internetseite) oder gegenüber einem Finanzinformationsdienstleister (zB WM-Datenservice) versichert (BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010, Abschn. 1; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:001, Rz. 2.13). Zu Besonderheiten bei Dach-/Ziel-Investmentfonds-Konstellationen s. Anm. 14 „Alternative 4: In Höhe von 51 % des Werts des Investmentanteils“ bzw. „Alternative 5: In Höhe von 25 % des Werts des Investmentanteils“.

► *Kapitalbeteiligungen:* Siehe die Definition in Abs. 8, Anm. 14. Nach Auffassung der FinVerw. soll es unschädlich sein, wenn die Anlagebedingungen den Kreis der erwerbbaren WG auf einen Teil der in Abs. 8 genannten Kapitalbeteiligungen (zB börsengehandelte KapGes-Anteile) beschränken. Auch sei es unbedeutlich, ob der Investmentfonds das Wertänderungsrisiko aus den gehaltenen Kapitalbeteiligungen besichere (BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010, Abschn. 1; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001,

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 51 % unmittelbar in Kapitalbeteiligungen vor (BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010, Abschn. 1; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.6). Wünschenswert (und vom Gesetzeswortlaut gedeckt) 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 v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010, Abschn. 2; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:001, Rz. 2.20): Kapitalbeteiligungen, die nur mittelbar über PersGes. (inländ. KG, aber auch Luxemburger SCS) gehalten werden, sollen für Zwecke des § 2 Abs. 8 gänzlich unberücksichtigt bleiben. 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 v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010, Abschn. 2; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:001, Rz. 2.16). Zur Behandlung von Kapitalbeteiligungen, die Gegenstand einer WP-Leihe/eines WP-Pensionsgeschäfts sind siehe oben unter „Anlage“.

H. Erläuterungen zu Abs. 7: Definition von Mischfonds

13

Mischfonds (Abs. 7): Mischfonds sind Investmentfonds, die gemäß den Anlagebedingungen fortlaufend mindestens 25 % ihres Werts in Kapitalbeteiligungen anlegen. 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 Werts:* Die Ausführungen zur 51 %-Grenze in Anm. 12 gelten entsprechend.
- ▶ *Kapitalbeteiligungen:* Die Ausführungen in Anm. 12 gelten entsprechend.

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

Kapitalbeteiligungen (Abs. 8): Die für Aktienfonds (Abs. 6; s. Anm. 12) oder Mischfonds (Abs. 7; s. Anm. 13) relevante Definition der Kapitalbeteiligungen ist teilweise (im Hinblick auf das Halten von Investmentanteilen an Aktien- und Mischfonds, Satz 1 Nr. 3 und 4) missglückt (s. dazu nachstehend unter „Alternative 4“ und „Alternative 5“). 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). Mit Ausnahme der Fälle des Satzes 1 Nr. 3 oder 4 gelten Investmentanteile dabei nicht als Kapitalbeteiligungen (Satz 2).

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

► *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, Genusscheine 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. nachstehend unter „Alternative 4“ und „Alternative 5“). Anders als in Alt. 2 (s. nachstehend unter „Alternative 2“) 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 Hinterlegungsscheine auf Aktien (sog. *Depository Receipts*, zB *American Depository Receipts [ADR]*, *Global Depository Receipts [GDR]* und *European Depository Receipts [EDR]*) keine Kapitalbeteiligungen dar (vgl. BMF v. 8.11.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :010, Abschn. 3).

► *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).

► *Auf einem organisierten Markt notiert:* Gemeint ist uE die Notierung auf einem organisierten Markt iSv. § 2 Abs. 5 WpHG. Die breite Formulierung soll uE sicherstellen, dass sämtliche fungiblen Anteile an KapGes. (idR Aktien) unter Satz 1 Nr. 1 fallen.

Alternative 2: Anteile an einer KapGes., die keine Immobilien-Gesellschaft ist und die 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 be-

freit ist (Abs. 8 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a). Die 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 oben unter „Alternative 1“.
- *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 Einkunftssteile (und zwar uE selbst dann, wenn dies faktisch zu einer Ertragsteuerbelastung von null führt) sollte einer Einstufung als Kapitalbeteiligung nicht entgegenstehen. Die Haltung der FinVerw. zu diesem Punkt ist unklar. Wie hier las sich zunächst der Entwurf BMF v. 29.3.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010, Rz. 31. Im danach erschienenen Schreiben des BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010, Abschn. 2 sowie im Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.18 wurde die betreffende Passage jedoch ersatzlos gestrichen.

Alternative 3: Anteile an einer KapGes., die keine Immobilien-Gesellschaft ist und die in einem Drittstaat ansässig ist und dort einer Ertragsbesteuerung für KapGes. iHv. mindestens 15 % unterliegt und nicht von ihr befreit ist (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 oben unter „Alternative 1“.
- *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 Einkunftssteile (und zwar uE selbst dann, wenn dies faktisch zu einer Ertragsteuerbelastung von unter 15 % führt) sollte einer Einstufung als Kapitalbeteiligung nicht entgegenstehen. Die Haltung der FinVerw. zu diesem Punkt ist unklar. Wie hier las sich zunächst der Entwurf BMF v. 29.3.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010, Rz. 31. Im danach erschienenen Schreiben des BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010, Abschn. 2 sowie im Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.18 wurde die betreffende Passage jedoch ersatzlos gestrichen.

Alternative 4: Investmentanteile an Aktienfonds iHv. 51 % des Werts des Investmentanteils (Abs. 8 Satz 1 Nr. 3). Wie gleich näher dargestellt, ist diese Formulierung missglückt. Auch wenn die FinVerw. dies pragmatisch handhaben möchte, wäre uE eine gesetzliche Änderung notwendig.

- *Investmentanteile:* Siehe Abs. 4 (s. Anm. 8).
- *Aktienfonds:* Siehe Abs. 6 (s. Anm. 12). Es kommt nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht darauf an, ob der Ziel-Aktienfonds körperschaftlich strukturiert ist oder nicht. Die FinVerw. lässt dagegen (möglicherweise) nur Anteile an körperschaftlich strukturierten Ziel-(Spezial-)Investmentfonds (zB InvAG oder Luxemburger SICAV-SA) als taugliche (Ziel-)Aktienfonds zu (vgl. BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010, Abschn. 2; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.19).
- *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 % Quo- te 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]). Anstelle einer insoweit dringend gebotenen Gesetzesänderung will die FinVerw. dieses Dilemma mit einer nicht vom Gesetzeswortlaut gedeckten pragmatischen Herangehensweise lösen: Grundsätzlich sei bei Dach-Investmentfonds für die Ermittlung der Beteiligungsquote auf die in den Anlagebedingungen der Ziel-Investmentfonds vorgeschene Aktien- oder Kapitalbeteiligungs-Mindestquote abzustellen. Damit genüge es für die Aktienfonds-Kapitalbeteiligungsquote des Dach-Investmentfonds, wenn dieser nach seinen Anlagebedingungen verpflichtet ist, derart in Ziel-Investmentfonds zu investieren, dass fortlaufend die Aktienfonds-Kapitalbeteiligungsquote erreicht wird. Bei der fortlaufenden Überwachung dieser Voraussetzungen dürfe der Dach-Investmentfonds abweichend von Abs. 8 Satz 1 Nr. 3 bei Ziel-Aktienfonds mit einer höheren Kapitalbeteiligungs-Mindestquote als 51 % auf die in den Anlagebedingungen der Ziel-Investmentfonds geregelten höheren Mindestquoten abstehen (vgl. BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010, Abschn. 2; BMF v. 8.11.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :010, Abschn. 2; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.14). Ebenfalls nicht beanstandet werde es, wenn der Dach-Investmentfonds zur Ermittlung seiner Kapitalbeteiligungsquote auf die bewertungstäglich von den Ziel-Investmentfonds veröffentlichten tatsächlichen Kapitalbeteiligungsquoten abstellt und darauf aufbauend eine fortlaufende Einhaltung der in den Anleihebedingungen des Dach-Investmentfonds vorgesehenen Aktien- oder Kapitalbeteiligungsquote sicherstellt (vgl. BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010, Abschn. 2; BMF v. 8.11.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:010, Abschn. 2; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:001, Rz. 2.14). Die FinVerw. will es ferner nicht beanstanden, wenn ein Dach-Investmentfonds zur Ermittlung seiner Kapitalbeteiligungsquote (als Aktienfonds) bis einschließlich 30.6.2018 auf eine Erklärung eines Ziel-Investmentfonds vertraut, dass dieser eine konkret benannte höhere Kapitalbeteiligungs-Mindestquote als 51 % während des Kj. 2018 fortlaufend einhalten wird und diese höhere Kapitalbeteiligungs-Mindestquote bis einschließlich 30.6.2018 in den Anlagebedingungen des Ziel-Investmentfonds festgelegt wird (vgl. BMF v. 8.11.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:010, Abschn. 2).

Alternative 5: Investmentanteile an Mischfonds iHv. 25 % des Werts des Investmentanteils (Abs. 8 Satz 1 Nr. 4). Wie gleich näher dargestellt, ist diese For-

mulierung missglückt. Auch wenn die FinVerw. dies pragmatisch handhaben möchte, wäre uE eine gesetzliche Änderung notwendig.

► *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. Die FinVerw. lässt dagegen (möglicherweise) nur Anteile an körperschaftlich strukturierten Ziel-(Spezial-)Investmentfonds als taugliche (Ziel-)Mischfonds zu (vgl. dazu die parallelen Ausführungen zu Aktienfonds vorstehend unter „Alternative 4“).

► *In Höhe von 25 % des Werts des Investmentanteils*: Siehe zur problematischen Gesetzesformulierung und zur nicht vom Gesetzeswortlaut gedeckten vorgeschlagenen pragmatischen Herangehensweise der FinVerw. die parallelen Ausführungen zur 51 %-Grenze bei Anlagen in Aktienfonds oben unter „Alternative 4“.

Einstweilen frei.

15–19

J. Erläuterungen zu Abs. 9: Definition von Immobilienfonds

20

Immobilienfonds (Abs. 9): Immobilienfonds sind Investmentfonds, die gemäß den Anlagebedingungen fortlaufend mindestens 51 % ihres Werts in Immobilien und Immobilien-Gesellschaften anlegen (sog. Immobilienquote). Investmentanteile an Immobilienfonds gelten iHv. 51 % des Werts des Investmentanteils als Immobilien. Die Definition des Immobilienfonds orientiert sich an Art. 2 der Fondskategorien-Richtlinie v. 22.7.2013 (abgedruckt bei BOXBERGER/RÖDER in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, 2. Aufl. 2017, § 4 KAGB Rz. 10). Die Qualifikation als Immobilienfonds ist Voraussetzung für die 60 %- oder 80 %-ige Teilstellung 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.

► *Fortlaufende Anlage*: Die Ausführungen in Anm. 12 gelten entsprechend. Dies gilt insbes. für die Nichtbeanstandungsregelung der FinVerw. bei kurzfristigem Unterschreiten der Vermögensgrenzen sowie bei „passiven Grenzverletzungen“ (vgl. BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010, Abschn. 3; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.26) sowie die Regelungen zum wesentlichen Verstoß gegen die Vorgaben zur Vermögenszusammensetzung (vgl. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.27). Bei Neuauflage eines Immobilien-Investmentfonds sei es darüber hinaus idR ausreichend, wenn der Investmentfonds innerhalb der vierjährigen Frist nach § 244 KAGB die fortlaufende Anlage seines Vermögens in Immobilien und Immobiliengesellschaften erfülle. Er müsse jedoch bereits innerhalb von zwölf Monaten nach Auflage eine erste Immobilie oder eine erste Beteiligung an einer Immobilien-Gesellschaften sachenrechtl. erworben oder zumindest einen schuldrechtl. Vertrag zum Erwerb abgeschlossen haben. Wenn die Voraussetzungen dann nicht erfüllt werden, seien die für Immobilienfonds geltenden Teilstellungssätze von Anfang an nicht anwendbar (BMF v. 14.6.

2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010, Abschn. 3; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.26).

► *Mindestens 51 % ihres Werts:* Die Ausführungen zur 51 %-Grenze in Anm. 12 gelten entsprechend (vgl. BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010, Abschn. 3; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.26). 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 zuzüglich 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 v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010, Abschn. 3; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.22 f., jeweils 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 v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010, Abschn. 3; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.24).

► *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.

► *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. ausführl. zu den bereits im InvStG aF relevanten Begriff der Immobilien-Gesellschaft GOTTSCHLING/SCHATZ in MORITZ/JESCH, 2015, § 1 InvStG Rz. 140 f.). Nach uE zutreffender Auffassung der FinVerw. können Immobilien-Gesellschaften rechtsformunabhängig sowohl als KapGes. wie auch als PersGes. ausgestaltet sein (BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010, Abschn. 3; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.21). Unklar ist weiterhin, ob zum begünstigten Begriff der Immobilien-Gesellschaft auch solche zählen, die nach ihrem Gesellschaftszweck ihrerseits (auch) Beteiligungen an anderen Immobilien-Gesellschaften erwerben dürfen. Hier wäre eine klare Positionierung der FinVerw. wünschenswert.

► *Dach-Investmentfonds/Ziel-Investmentfonds:* Ziel der Regelung in Abs. 9 Satz 2 (wonach Investmentanteile an Investmentfonds iHv. 51 % des Werts des Investmentanteils als Immobilien gelten) ist, dass auch ein Dach-Investmentfonds (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 denklogisch die 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]). Anstelle einer insoweit dringend gebotenen Gesetzesänderung will die FinVerw. dieses Dilemma – wie bereits bei den Aktien- und Mischfonds (s. Anm. 14) – mit einer nicht vom Gesetzeswortlaut gedeckten pragmatischen Herangehensweise lösen: Aus Billigkeitsgründen wurde es bei Dach-Investmentfonds nicht beanstandet, wenn der Dach-Investmentfonds für die Ermittlung seiner Immobilienquote auf die in den Anlagebedingungen des Ziel-Investmentfonds vorgesehene Immobilien-Mindestquote abstellt (BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010, Abschn. 3; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.25).

K. Erläuterungen zu Abs. 10: Definition des Anlegers

21

Anleger (Abs. 10): 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 anderen 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]). S. ausführl. zur Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums an Investmentanteilen, insbes. bei Leerverkäufen rund um den Ausschüttungsstichtag, BÖDECKER in BÖDECKER/ERNST/HARTMANN, 2016, § 2 InvStG Rz. 74 ff.

**L. Erläuterungen zu Abs. 11:
Definition von Ausschüttungen**

Ausschüttungen (Abs. 11): 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 InvStG 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 (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.28). 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 InvStG 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.

► *Einschließlich des Steuerabzugs auf den Kapitalertrag:* Ziel der Regelung ist, dass Steuern, die auf dem Weg vom Investmentfonds zum Anleger (Fondsausgangsseite) 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 (zuzüglich SolZ und ggf. KiSt), sondern auch eine etwaige ausländ. Abzugssteuer, die auf die Ausschüttung erhoben wird (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.29). Durch die leicht geänderte Formulierung („Steuerabzug auf Kapitalertrag“ vs. „Kapitalertragsteuer“) sollte sich der zum InvStG aF ausgetragene Streit, ob auch ausländ. Abzugssteuern erfasst sind (vgl. BÖDECKER in BÖDECKER/ERNST/HARTMANN, 2016, § 1 InvStG 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 (so auch Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.29).

► **Zuflusszeitpunkt:** Nach uE zutreffender 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 (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.30). Bei anderen betrieblichen sowie privaten Anlegern gilt § 11 EStG, dh., es ist auf den Zeitpunkt des tatsächlichen Zuflusses abzustellen (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.31).

M. Erläuterungen zu Abs. 12: Definition von Anlagebedingungen

23

Anlagebedingungen (Abs. 12): 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. GOTTSCHLING/SCHATZ in MORITZ/JESCH, 2015, § 1 InvStG 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 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, Rz. 2.32). Wenn die FinVerw. an dieser Auffassung festhalten sollte, werden zukünftig mit einem einzelnen Anleger geschlossene *Side Letter* (auch wenn der Inhalt faktisch auch für die übrigen Anleger gelten würde) möglicherweise nicht länger 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 (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:001, Rz. 2.33).

**N. Erläuterungen zu Abs. 13:
Definition von Veräußerung**

Veräußerung (Abs. 13): Als Veräußerung von Investmentanteilen und Spezial-Investmentanteilen gilt auch deren Rückgabe, Abtretung, Entnahme oder verdeckte Einlage in eine KapGes. 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 Rückgabe, Abtretung, Entnahme oder verdeckte Einlage in eine Kapitalgesellschaft:* 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 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. NEUMANN in MORITZ/JESCH, 2015, § 8 InvStG Rz. 167) zu Lasten des Stpfl. entschieden worden.
- ▷ *Auch:* 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 (i) einer einseitig von Investmentfonds herbeigeführten Rücknahme der Investmentanteile ohne vorheriges Rückgabeverlangen der Anleger und (ii) einer beendeten Abwicklung eines Investmentfonds; als Ende der Abwicklung sei aus Vereinfachungsgründen dabei der Zeitpunkt der Auszahlung der letzten Rate zu betrachten (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.34). Es hätte uE für diese Punkte einer gesetzlichen Regelung bedurft.

**O. Erläuterungen zu Abs. 14:
Definition von Gewinn**

25

Gewinnbegriff (Abs. 14): 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 InvStG Rz. 63). Dies ist jetzt gesetzlich zugunsten der Anleger geregelt worden.

**P. Erläuterungen zu Abs. 15:
Definition des Amts- und Beitreibungshilfe leistenden
ausländischen Staats**

26

Amts- und Beitreibungshilfe leistender ausländischer Staat (Abs. 15): Ein Amts- und Beitreibungshilfe leistender ausländ. 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. Ver-

einbarungen 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 im TIPKE/KRUSE, § 117 AO Rz. 90, 69 ff. [7/2016]).

► *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. [6/2012]).

► *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.

§ 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

Inhaltsübersicht

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

1

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 3

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 3 f. InvStG aF) enthielt eine weitgehend inhaltsgleiche, wenn auch deutliche knappere Regelung.

Bedeutung und Verhältnis zu anderen Vorschriften: § 3 ist von praktischer Relevanz, da durch die Definition des „gesetzlichen Vertreters“ eines Investmentfonds zum einen geregelt wird, wer für einen Investmentfonds berechtigt ist, Anträge gegenüber der Finanzbehörde zu stellen, aber auch verpflichtet ist, die entsprechenden StErklärungen abzugeben. Ohne entsprechende gesetzliche Regelung würde insbes. bei nicht rechtsfähigen Sondervermögen erhebliche Unsicherheit bestehen (vgl. BÖDECKER in BÖDECKER/ERNST/HARTMANN, 2016, § 1 InvStG Rz. 216). Zum anderen bestimmt 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. 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 § 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 Investmentfonds 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 StErklärungen (zB bei inländ. Immobilienerträgen nach § 6 Abs. 4).

- *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 uE zutreffender Auffassung der FinVerw. für eine sorgfältige Auswahl, Kontrolle und Überwachung des Dritten Sorge zu tragen. Er hat sich zudem nach Auffassung der FinVerw. ein Verschulden des Dritten zurechnen zu lassen (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 3.3).

Gesetzlicher Vertreter als Empfangender (Abs. 1 Satz 2): Die Rechte und Pflichten gegenüber einem Investmentfonds nach dem InvStG sind gegenüber dem gesetzlichen 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. Nach uE zutreffender 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. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, 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, 2014, § 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. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, 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. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, 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. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, 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 ausführlich KLUSAK in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, 2014, § 68 KAGB Rz. 1 ff. bzw. BOXBERGER in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, 2014, § 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 Verfügungsrrecht über das Sondervermögen auf die Verwahrstelle übergeht (wenn das Sondervermögen im Miteigentum der Anleger steht). Siehe ausführl. dazu GOTTSCHLING/SCHATZ in MORITZ/JESCH, 2015, § 1 InvStG 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. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 3.6). Nach Auffassung der FinVerw. ist dieser Übergang der zuständigen Finanzbehörde anzugeben (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, 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). Gleichermaßen 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. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 3.7). Nach Auffas-

sung der FinVerw. ist auch dieser Abschluss der Abwicklung der zuständigen Finanzbehörde anzugeben (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 3.7).

Einstweilen frei.

8–9

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

10

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 uE zutreffender Auffassung der FinVerw. der Investmentfonds selbst die Verwaltungsgesellschaft (zB bei selbstverwalter Luxemburger SICAV-SA), s. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:001, 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.

Anhang zu § 20

§ 4

Zuständige Finanzbehörden, Verordnungsermächtigung

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBI. 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

Inhaltsübersicht

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

1

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 4

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).

Rechtsentwicklung: 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 (Abs. 1): 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. allgemein zu § 10 AO DRÜEN in TIPKE/KRUSE, § 10 AO Rz. 1 ff. (1/2016); ausführlicher zum insoweit vergleichbaren alten Recht PLETSCHACHER in MORITZ/JESCH, 2015, § 13 InvStG 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 (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, 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 Geschäftsführung bestehen können, wenn mehrere Personen gleichwertige Geschäftsführungsaufgaben von unterschiedlichen Orten aus wahrnehmen (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 4.1). Der entstehende Zuständigkeitskonflikt ist uE über § 25 AO zu lösen.

► *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 Geschäftsführung der ausländ. Verwaltungsgesellschaft einheitlich für deren gesamtes Unternehmen bestimmen (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 4.1). Dies dürfte idR dazu führen, dass der Ort der Geschäftsführung 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 abstelle müsste, die im Zweifel über einen inländ. Ort der Geschäftsführung verfügt. Anders formuliert: Ausländische Verwaltungsgesellschaften mit inländ. BS/Zweigniederlassung hätten somit den Ort der Geschäftsführung des gesetzlichen Vertreters im Ausland, während ausländ. Verwaltungsgesellschaften ohne inländ. BS/Zweigniederlassung den Ort der Geschäftsführung des gesetzlichen Vertreters im Inland hätten. Dies kann nicht richtig sein.

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

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

6

Auslandsfall (Abs. 2): Befindet sich die Geschäftsführung 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 Geschäftsführung:* Abs. 2 regelt den Fall, dass der Ort der Geschäftsführung 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 unter-

liegen 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 ist eine gravierende Neuerung gegenüber dem alten Recht. 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. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:001, 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 Investmentfonds nach § 4 InvStG iVm. § 26 Satz 1 AO eine andere Finanzbehörde örtlich zuständig werden. Nach uE sachgerechter Auffassung der FinVerw. soll dabei Folgendes gelten: Bei Investmentfonds des Gesellschaftstyps schließt § 26 Satz 3 Nr. 3 AO einen Übergang der örtlichen Zuständigkeit aus. Wird demgegenüber bei einem Investmentfonds des Vertragstyps oder einem Teilgesellschaftsvermögen infolge der Abwicklung der bisherige gesetzliche Vertreter beauftragt, hat die bisher zuständige Finanzbehörde aus Praktikabilitätsgründen möglichst eine Beibehaltung der örtlichen Zuständigkeit mittels Zuständigkeitsvereinbarung nach § 27 AO herbeizuführen (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 4.5).

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Verordnungsermächtigung

Möglichkeit der Zuständigkeitsübertragung (Abs. 3): 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

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 5 1

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

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

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 (Abs. 1): 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. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 5.1.
- *Überprüfung der steuerlichen Verhältnisse:* Wie in § 194 AO sind Prüfungsgegenstand die tatsächlichen und rechl. Verhältnisse, die für den Stpf. 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 uE zutreffender Auffassung der FinVerw. (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 5.1) fallen darunter insbes. (i) die Ermittlung der Einkünfte des (Spezial-)Investmentfonds nach § 6 Abs. 2, (ii) die Prüfung der (teilweisen) Er-

stattung 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. 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. Daneben können uE Themen bei der Umsatz- und der Grunderwerbsteuer Gegenstand einer Prüfung nach § 5 sein. Da 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), liegen uE insoweit stl. Verhältnisse „des Investmentfonds“ nicht vor.

► *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. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, 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. SCHÄFER in MORITZ/JESCH, 2015, § 11 InvStG Rz. 113) zukünftig 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. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, 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 zum (weitgehend parallelen) Prüfungsverfahren nach § 11 Abs. 3 InvStG aF ausführl. SCHÄFER in MORITZ/JESCH, 2015, § 11 InvStG Rz. 120ff.; MANN in BLÜMICH, EStG, § 11 InvStG Rz. 21 (3/2016). 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 uE zutr. (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 5.3), dass Ap. grds. im Geltungsbereich der AO, also im Inland durchzuführen sind. Anlaufstelle wird daher (sowohl bei in- als auch ausländ. Investmentfonds) regelmäßig der gesetzliche Vertreter (§ 3) sein. Eine Prüfung auf ausländ. Hoheitsgebiet ist ausschließlich im Rahmen einer gleichzeitigen Prüfung nach § 12 EUAHiG möglich (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 5.3). Die Prüfung an Amtsstelle bleibt davon natürlich unberührt (vgl. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, 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. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, 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 uE zutreffender Auffassung der FinVerw. (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, 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

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 5a 1

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

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

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 5a

1

Grundinformation: Der erst auf Betreiben 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).

Rechtsentwicklung: 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 ertragsteu-

erneutral 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. 6 f.), 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 Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 5a.5).
- *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 anzusetzen würde, wobei davon auszugehen ist, dass der Erwerber den Betrieb fortführt (s. ausführl. zum Begriff § 6 EStG Anm. 420 ff.). Nach uE zutreffender 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 (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 5a.2). Ist das Entgelt für die Übertragung des WG (zB in Form erhaltener Investmentanteile) fremdüblich, will es die FinVerw. nicht beanstanden, wenn dieses als Teilwert für Zwecke der Norm angesetzt wird (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 kommt es dann zu einer Aufdeckung der stillen Reserven, die auf Anlegerebene der Besteuerung unterliegt. Nach uE zutreffender Auffassung der FinVerw. sind 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 kommt (vgl. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 5a.3). Bei teilentgeltlicher Übertragung ist zur Ermittlung des stpfl. Veräußerungsgewinns das tatsächlich erzielte Entgelt bis auf die Höhe des Teilwerts der übertragenen WG „aufzustocken“ (vgl. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 5a.5).

► *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. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 5a.6).

► *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 uE zutreffender Auffassung der FinVerw. in Höhe der Differenz nachträgliche AK bei den vorhandenen Investmentanteilen (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 5a.7 ff., mit einem Rechenbeispiel).

C. Erläuterungen zu Satz 2 iVm. Satz 3: Übertragung 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:* S. 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. Ist das Entgelt für die Übertragung des WG (zB in Form erhaltenener Investmentanteil) fremdüblich, will es die FinVerw. nicht beanstanden, wenn dieses als gemeiner Wert für Zwecke der Norm angesetzt wird (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 5a.3). In Höhe der Differenz zwischen dem gemeinen Wert und den AK des Anlegers kann es dann nach allgemeinen Grundsätzen zu einer Besteuerung nach § 17 Abs. 1, § 20 Abs. 2 oder § 22 Nr. 2 iVm. § 23 Abs. 1 EStG kommen. 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. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 5a.5).

► *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**

**Abschnitt 1
Besteuerung des Investmentfonds**

§ 6

Körperschaftsteuerpflicht eines Investmentfonds

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

(1) ¹Inländische Investmentfonds gelten als Zweckvermögen nach § 1 Absatz 1 Nummer 5 des Körperschaftsteuergesetzes. ²Ausländische Investmentfonds gelten als Vermögensmassen nach § 2 Nummer 1 des Körperschaftsteuergesetzes.

(2) ¹Investmentfonds unterliegen mit ihren inländischen Beteiligungseinnahmen, inländischen Immobilienerträgen und sonstigen inländischen Einkünften der Körperschaftsteuer. ²Einkünfte nach Satz 1 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) Sonstige 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 Investment-

- betriebsvermögens nach § 112 Absatz 2 Satz 1 des Kapitalanlagegesetzbuchs erzielt.
- (6) § 8b des Körperschaftsteuergesetzes ist nicht anzuwenden.
- (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.
- (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

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 6 ..	1
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Fiktion von Zweckvermögen und Vermögensmassen	5
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Körperschaftsteuerpflicht	15
D. Erläuterungen zu Abs. 3: Inländische Beteiligungseinnahmen ..	20
E. Erläuterungen zu Abs. 4: Inländische Immobilienerträge.....	25
F. Erläuterungen zu Abs. 5: Sonstige inländische Einkünfte.....	30
G. Erläuterungen zu Abs. 6: Nichtanwendung von § 8b KStG	31
H. Erläuterungen zu Abs. 7: Einkünfteermittlung	35
I. Erläuterungen zu Abs. 8: Nicht ausgeglichene negative Einkünfte	45

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 6

1

Grundinformation: § 6 regelt die KStPflicht inländ. und ausländ. Investmentfonds mit bestimmten 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).

Rechtsentwicklung: 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 KStPflicht von Investmentfonds eingeführt; s. dazu Einf. Anm. 5.

Geltungsbereich:

- ▶ *Sachlicher Geltungsbereich:* § 6 regelt die KStPflicht in- und ausländ. Fonds im Hinblick auf bestimmte inländ. Einkünfte, nicht die Besteuerung der Anleger im Hinblick auf ihre Einkünfte aus Investmentfonds.
- ▶ *Persönlicher Geltungsbereich:* § 6 gilt für inländ. 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 GewStPflicht bzw. -Befreiung eines Investmentfonds.
- ▶ *Verhältnis zu § 31 KStG iVm. § 25 Abs. 3 Satz 1 EStG (Körperschaftsteuererklärung):* Ein Investmentfonds hat eine KSt-Erklärung 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 Steuerabzug unterliegen, oder wenn er Einkünfte nach § 6 Abs. 2 erzielt, die keinem Steuerabzug unterliegen, für die aber zu Unrecht kein Steuerabzug oder ein zu niedriger Steuerabzug vorgenommen wurde oder ein Steuerabzug zu Unrecht erstattet wurde (s. Entwurf des BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Tz. 6.30). Entsprechendes – also die Möglichkeit der Abgabe einer KSt-Erklärung mit anschließender Veranlagung – gilt nicht, wenn Steuerabzugsbeträge anderweitig in unzutreffender (also auch in zu hoher) Höhe eingehalten wurden (s. Entwurf des BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Tz. 6.7.9 letzter Satz, unklar allerdings ebenda Tz. 6.27 „zutreffende Höhe“ und 7.8 „nicht verpflichtet“).
- ▶ *Verhältnis zu DBA:* Zu Folgen der in § 6 geregelten StPflicht für die Berechtigung eines Investmentfonds, Steuerermäßigungen aufgrund eines DBA in Anspruch zu nehmen, s. 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: 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 gelgenden Dividendendefinition – fraglich. 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). Es verbleiben damit in derartigen Konstellationen für eine Besteuerung in Deutschland Fälle von Überlassenden 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. Sie sind damit unbeschränkt kstpfll. (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG) und damit grds. abkommensberechtigt (s. Anm. 3 und Einf. Anm. 8). Aufgrund der Fiktion als Zweckvermögen muss damit für Sondervermögen nicht entschieden werden, ob sie nicht ohnehin Zweckvermögen iSv. § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG sind (vgl. dazu SCHÄFER in MORITZ/JESCH, 2015, § 11 InvStG 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, 2015, § 11 InvStG Rz. 38). Zudem gelten sie nun als Zweckvermögen (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG, s. auch Entwurf des BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Tz. 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.

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.

D. Abs. 3: Inländ. Beteiligungseinnahmen Anm. 5–20 **Anhang zu § 20**

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. Sie sind damit bei Vorliegen inländ. Einkünfte iSv. Abs. 2 in Deutschland beschränkt kstpf. nach § 2 Nr. 1 KStG.

Einstweilen frei.

6–14

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Körperschaftsteuerpflicht

15

Körperschaftsteuerpflicht von Investmentfonds hinsichtlich bestimmter Einkünfte (Abs. 2 Satz 1): Abs. 2 Satz 1 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 der deutschen KSt unterliegen. 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 des Anlegers § 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 2 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 KStPflicht unterliegen.

Einstweilen frei.

16–19

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Inländische Beteiligungseinnahmen

20

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.

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 KStPflicht 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 Rechtsfolgenverweis (vgl. BTDrucks. 18/8045, 73) in Abs. 3 Satz 1 Nr. 2, wonach über den Katalog inländ. Einkünfte iSv. § 49 EStG, mit dem

beschr. StPfl. in Deutschland der ESt oder der KSt unterliegen, hinaus insbes. Dividendenkompensationszahlungen bei Wertpapierleihgeschäften sowohl bei inländ. als auch ausländ. Investmentfonds der KStPflicht und dem StAbzug unterworfen werden (s. Abs. 3 Satz 2 mit Verweis auf § 32 Abs. 3 KStG). Für inländ. und ausländ. Investmentfonds gibt es damit als weitere Kategorie inländ. stpfl. Einkünfte, mit denen – außer den Investmentfonds – kein anderer Steuerausländer im Inland der ESt oder KSt unterliegt.

► *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 StPflicht 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]). Ohnehin droht 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, 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 StPflicht entfällt, wenn der Investmentfonds zur Transparenz optiert, § 30 Abs. 1 Satz 1) und (2) Gegenstand der Überlassung/Übertragung von Anteilen an einer Kap-Ges. mit Sitz oder Geschäftsleitung im Inland (oder nach Auffassung der Fin-Verw. darauf bezogene *Depositary Receipts* wie ADR, GDR oder EDR, BMF v. 8.11.2017, IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :010, Abschnitt 3) sind. Da Letzteres nach dem Wortlaut der Normen der für die StPflicht in Deutschland einzig erforderliche Inlandsbezug ist (krit. dazu HAHNE, DStR 2017, 2310 [2316]), besteht eine inländ. beschränkte StPflicht 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 lehnt.

► *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.

Steuerabzug nach § 32 Abs. 3 KStG (Abs. 3 Satz 2): 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 StAb-

zug 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; SIEGERS in DPM, § 2 KStG Rz. 226 [10/2009]) – sich zB gegen Zahlung einer Wertpapierleihgebühr von einem Investmentfonds Aktien lehnt, ist 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. InvStG ist, weil nur dann eine inländ. beschr. StPflicht und die haftungs- und im Zweifel auch strafbewehrte Verpflichtung besteht, KapErtrSt einzubehalten und abzuführen.

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 KStPflicht 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, insbesondere 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 Begründung 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 KStPflicht 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.

► **Ermittlung des Veräußerungsgewinns (Abs. 4 Satz 2):** Die Veräußerungsgewinne werden entsprechend § 23 Abs. 3 Sätze 1 bis 4 EStG 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. Entwurf des BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Tz. 6.9).

► *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. Nach der aufgrund der Beschlussempfehlung des Finanzausschusses (BTDdrucks. 18/8739, 18, 101) gegenüber dem Gesetzesentwurf der BReg. (BTDdrucks. 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. Entwurf des BMF v. 11.8. 2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Tz. 6.11–6.13).

26–29 Einstweilen frei.

30

F. Erläuterungen zu Abs. 5: Sonstige inländische Einkünfte

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. Immobilienerträgen der beschränkten KStPflicht 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. Immobilienerträge sind. Der KSt unterliegen damit zB Einkünfte aus 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 StPflicht nach innerstaatlichem Recht regelmäßig aufgrund von DBA in Deutschland nicht der Steuer unterliegen (vgl. BTDdrucks. 18/8045, 73).

► *Ausnahme Beteiligungseinnahmen und Immobilienerträge:* Mit der Formulierung „soweit sie nicht“ werden inländ. Beteiligungseinnahmen und inländ. Immobilienerträge 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“).

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) fremdverwalten und ihre Einkünfte daraus versteuern muss. Zu Einzelheiten vgl. SCHÄFER in MORITZ/JESCH, 2015, § 11 InvStG 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, 2015, § 11 InvStG Rz. 51.

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

31

§ 8b KStG wird nach Abs. 6 nicht auf die stpfl. 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 stpfl. Einkünften von Investmentfonds gehören.

Einstweilen frei.

32–34

H. Erläuterungen zu Abs. 7: Einkünfteermittlung

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).

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). 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 Fin-Verw. dabei nur Abschreibungssätze für WG des PV anwenden (vgl. Entwurf des BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 – S 1980 – 1/16/10010 :001, Tz. 6.24).
- *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 Begründung des Gesetzentwurfs der BReg., die dazu das Urteil 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 Entwurf des BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 – S 1980 – 1/16/10010 :001, Tz. 6.23). 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 das Urteil 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 zuordnen 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 (s. Entwurf des BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Tz. 6.26).

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. Nur innerhalb der nicht dem StAbzug unterliegenden Einkünfte können Verluste verrechnet werden (vgl. Entwurf des BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Tz. 6.19). 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 (stpf.) Veräußerungsgewinn mindern. 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, zur Abgabe einer KSt-Erklärung nur dann nicht verpflichtet ist, wenn die Steuerabzugsbeträge in zutreffender Höhe einbehalten wurden (s. Entwurf des BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Tz. 6.27 „in zutreffender Höhe einbehalten“, Tz. 7.8 „tatsächlich abgeltend besteuert“). Wurde das versäumt und gibt der Investmentfonds daraufhin eine KSt-Erklärung ab (s. Anm. 1), sind der WK-Abzug und die Verrechnung mit negativen Einkünften uE nicht mehr ausgeschlossen.

Einstweilen frei.

36–44

I. 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 (s. Entwurf des BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Tz. 6.29). Die Verfahrensregelungen des § 10d Abs. 4 EStG (gesonderte Feststellung des Verlustvortrags, s. dazu § 10d EStG Anm. 120 ff.) sind sinngemäß anzuwenden.

Anhang zu § 20

§ 7

Erhebung der Kapitalertragsteuer gegenüber Investmentfonds

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

(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. ³Die Statusbescheinigung kann rückwirkend für einen Zeitraum von sechs Monaten vor der Antragstellung erteilt werden. ⁴Die zuständige Finanzbehörde kann die Statusbescheinigung jederzeit zurückfordern. ⁵Fordert 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 der 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

Inhaltsübersicht

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

1

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 7

Grundinformation: § 7 regelt – begrifflich unsauber abwechselnd von „Kapitalertragsteuer“ und „Steuerabzug“ sprechend – die Erhebung von KapErtrSt von bestimmten Erträgen eines Investmentfonds. 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.

Geltungsbereich:

- *Sachlicher Geltungsbereich:* § 7 regelt die Erhebung von KSt (in Gestalt von KapErtrSt) gegenüber einem Investmentfonds
- *Persönlicher Geltungsbereich:* § 7 gilt für in- und ausländ. Investmentfonds.
- *Zeitlicher Geltungsbereich:* § 7 gilt ab dem 1.1.2018, s. § 56 Abs. 1.

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 KSt-Erklärung abzugeben, sowie zur Veranlagung zur KSt s. § 6 Anm. 1.

**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 (stpzl.) 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 – ebenfalls unpräzise – 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 unterlegen haben müssen – die inländ. Beteiligungseinnahmen, die inländ. Immobilienerträge und die sonstigen inländ. Einkünfte.

Steuerabzug: Abs. 1 Satz 1 spricht zu weit von Einkünften nach § 6 Abs. 2, die „einem Steuerabzug unterliegen“. 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]). Zwar könnten auch inländ. Immobilienerträge nach § 50a Abs. 7 EStG einem StAbzug unterliegen. Aus dem Zusammenhang mit dem Regelungsgehalt von § 7 (Modifikation der KapErtrStErhebung) ergibt sich allerdings, dass mit der Formulierung „einem Steuerabzug“ in Satz 1 (nur) der KapErtrStAbzug gemeint ist (s. auch Anm. 15 zu Abs. 2).

Steuersatz (Abs. 1 Satz 1) ggf. inklusive Solidaritätszuschlag (Abs. 1 Satz 3): Der StSatz beträgt 15 %, ggf. inklusive SolZ, dh., es fallen 14,218 % KapErtrSt und 0,782 % SolZ an (Satz 3; s. auch Entwurf des BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, 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). Andernfalls 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 StSatz 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 StSatz 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, Rz. 6 und Entwurf des BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 7.5).

6–14 Einstweilen frei.

15

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Abgeltungswirkung des Steuerabzugs

Soweit Einkünfte eines Investmentfonds nach § 6 Abs. 2 einem StAbzug unterliegen, sind die KSt und der SolZ 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 [KSt-Erklärung]). Dabei spricht auch Abs. 2 (s. auch Anm. 5) zu weit von „einem Steuerabzug“, da § 7 insgesamt Modifikationen nur der KapErtrStErhebung regelt. Die Abgeltungswirkung nach Abs. 2 erstreckt sich daher 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.

16–19 Einstweilen frei.

20

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Vorlage der Statusbescheinigung

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 In-

vestmentfonds (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 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 (Entwurf des BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Tz. 7.12). 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. Entwurf des BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 7.13). 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 v. 8.11.2017 (IV C 1 - S 1980-1/16/10010 :010) 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 vornimmt.

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 aufzubewahren 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**

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 sollen nicht antragsberechtigt sein (s. Entwurf des BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 7.18). 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.

Rückwirkung (Abs. 4 Satz 3): 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 Entwurf des BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 7.15 letzter Satz).

Rückforderbarkeit (Abs. 4 Satz 4): Nach Satz 4 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.

► **Widerrufsvorbehalt:** Unklar ist, warum das Gesetz von „zurückfordern“ spricht, wo § 131 Abs. 2 Nr. 1 AO die (jederzeitige) Widerrufbarkeit der Statusbescheinigung als begünstigenden sonstigen Verwaltungsakt daran knüpft, dass der Widerruf (und nicht die Rückforderung) durch Rechtsvorschrift zugelassen (oder im Verwaltungsakt vorbehalten) ist. 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 („zurückzufordern“); s. dazu LOOSE in TIPKE/KRUSE, § 131 AO Rz. 34 (1/2014).

► *Wirksamwerden*: Der Widerruf (die Rückforderung) 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*: Die Rückforderung kann als Widerruf mit dem Einspruch (§ 347 AO) angefochten werden, vgl. Loose in TIPKE/KRUSE, § 131 AO Rz. 37 (1/2014).

Rückgabeverpflichtung (Abs. 4 Satz 5): 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

35

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

Nachträgliche Vorlage der Statusbescheinigung (Abs. 5 Satz 1): Abs. 5 Satz 1 regelt den Fall, dass ein Investmentfonds einem Entrichtungspflichtigen eine (gültige) Statusbescheinigung erst vorlegt, nachdem – und zwar innerhalb von 18 Monaten nachdem – dem Investmentfonds ein Kapitalertrag zugeflossen ist. Der Entrichtungspflichtige ist dann 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 % zuzüglich 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 „erstatte“ 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 (s. Entwurf des BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 7.22).

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, 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 Steuerbefreiungen dabei berücksichtigt werden (s. Entwurf des BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 7.24).

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 (Entwurf des BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 7.25, 7.26).

§ 8

Steuerbefreiung aufgrund steuerbegünstigter Anleger

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

(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 Betreibungshilfe 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 Betreibungshilfe 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) Die Steuerbefreiung nach Absatz 1 Nummer 1 oder Absatz 2 setzt voraus, dass

1. der Anleger seit mindestens drei Monaten zivilrechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer der Investmentanteile ist, ohne dass eine Verpflichtung zur Übertragung der Anteile auf eine andere Person besteht, und
2. der Investmentfonds die Voraussetzungen für eine Anrechenbarkeit von Kapitalertragsteuer nach § 36a des Einkommensteuergesetzes erfüllt.

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

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 8 ..	1
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Steuerbefreiung von Einkünften nach § 6 Abs. 2	5
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Steuerbefreiung von inländischen Immobilienerträgen	15
D. Erläuterungen zu Abs. 3: Umfang der Steuerbefreiung	20
E. Erläuterungen zu Abs. 4: Ausschluss 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 stbefreite 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 stbefreite 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 stbefreit (Abs. 1); bei anderen stbefreiten Anlegern werden nach dem Wortlaut des Gesetzes nur die inländ. Immobilienerträge stbefreit (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.

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 stbegünstigte 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) 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: 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 und Entwurf des BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 8.12 iVm. 8.5).

► *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 (Entwurf des BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 8.6).

► *Frist:* Da die StBefreiung auch noch nach Ablauf der in § 7 Abs. 5 vorgesehnen 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 stbegünstigter Anleger oder nur geringer stpf. 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.

► *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:* 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).

▷ *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. Eine Abstandnahme vom StAbzug ist in den Fällen des § 8 dennoch zulässig: Sie wird in § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und § 12 Abs. 1 vorausgesetzt und § 7 Abs. 5 Satz 2 erlaubt die Erstattung bei nachträglichem Nachweis der StBefreiung nach § 8, so dass der Entrichtungspflichtige vom StAbzug auch absehen dürfen muss, wenn die StBefreiung schon beim Zufluss der Kapitalerträge nachgewiesen ist.

**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 stbegünstigte 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. Beteiligererträge besteuern zu wollen (BTDdrucks. 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. STADTLER/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 stpf. sind (Entwurf des BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Tz. 8.9). Das ist systematisch richtig und zu begrüßen, sollte aber in Anbetracht der Rspr. des BFH zur Beachtung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (BFH-Beschl. v. 28.11.2016 – GrS 1/15, BStBl. II 2017, 393; BFH-Urt. v. 23.8.2017 – I R 52/14, DStR 2017, 2322 und 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 bestimmt von der KSt befreite in- oder ausländ. Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen.

► *Inländische juristische Personen des öffentlichen Rechts (Abs. 2 Nr. 1):* Siehe § 1 KStG Anm. 65. Die Anteile am Investmentfonds dürfen allerdings keinem nicht von der KSt befreiten BgA der jPöR zuzuordnen sein.

► *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 Nimmer 1 fallen“ ausgenommen werden. Die hier in Abs. 2 Nr. 2 erfassten KStSubjekte sind also nur im Hinblick auf inländ. Immobilienerträge stbegünstigte Anleger (BTDdrucks. 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 Rn. 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 die als Nachweis für die StBefreiung erforderlichen Unterlagen vorgelegt werden (s. BTDrucks. 18/8045, 77 und Entwurf des BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 8.12 iVm. 8.5).

► *Adressat:* Der Antrag kann im Veranlagungsverfahren gestellt werden, in dem die StBefreiung auch gewährt wird (Entwurf des BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 8.12 iVm. 8.5).

► *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).

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.

16–19 Einstweilen frei.

20

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Umfang der Steuerbefreiung

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). Modifiziert wird dies aber dadurch, dass nach Abs. 4 Nr. 1 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 Nr. 1 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 Durchschnittswerte 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.

Einstweilen frei.

21–24

E. Erläuterungen zu Abs. 4: Ausschluss von Steuerumgehungen

25

Weitere Tatbestandsmerkmale für Steuerbefreiungen nach Abs. 1 und Abs. 2: Abs. 4 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 Nr. 1): Ein stbegünstigter Anleger muss nach dem Wortlaut des Gesetzes seit mindestens drei Monaten zivilrechtl. und wirtschaftlicher Eigentümer der Investmentanteile sein, ohne verpflichtet sein zu dürfen, 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.

► *Mäßigkeit des wirtschaftlichen Eigentums:* Dass das Gesetz auch auf das zivilrechtliche Eigentum abstellt, scheint ein Redaktionsverssehen 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 zivilrechtliches 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 Mindesthaltdauer 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.

► **Beschränkung auf Steuerabzugsfälle:** Auch dann lässt sich die Regelung entgegen ihrem weiten, nicht auf bestimmte Einkünfte begrenzten Wortlaut allerdings praktisch nur bei dem StAbzug unterliegenden Einkünften und damit idR nicht bei den hier im 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 Nr. 1 ist uE insoweit teleologisch zu reduzieren.

Anrechenbarkeit von Kapitalertragsteuer nach § 36a EStG (Abs. 4 Nr. 2): Ein Investmentfonds soll nach Abs. 4 Nr. 2 zudem die Voraussetzungen für eine Anrechenbarkeit von KapErtrSt nach § 36a EStG erfüllen müssen, um die an den Anleger knüpfende StBefreiung nach Abs. 1 Nr. 1 oder Abs. 2 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 Mindesthaltdauer von 45 Tagen ununterbrochen der wirtschaftlichen 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. Die FinVerw. möchte zudem Abs. 4 Nr. 2 über den Wortlaut hinaus auch in Fällen von Altersvorsorge- oder Basisrentenverträgen anwenden (Entwurf des BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 8.18). Dazu bedürfte es wohl einer gesetzlichen Regelung, da nicht erkennbar ist, dass das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält. Zu Details s. § 36a EStG Anm. 6. Der Verweis in Abs. 4 Nr. 2 auf § 36a EStG geht ohnehin ins Leere, so weit mit der StBefreiung nach Abs. 1 Nr. 1 oder Abs. 2 andere als die besagten Kapitalerträge iSd. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a EStG erfasst werden.

§ 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

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 9 1

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

C. Erläuterungen zu Abs. 2:
Befreiungsbescheinigung 10

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

1

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 9

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 u.a. 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 nachwei-

sen muss, um eine StBefreiung nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 beanspruchen zu können. 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. auch Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010: 001 Rz. 9.1). 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 (s. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010: 001 Rz. 9.2).

► *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 (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010: 001 Rz. 9.4).

► *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 Begründung 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 Betreibungshilfe leistenden ausländischen Staat haben (§ 8 Abs. 1 Nr. 1). Die Investmentanteile dürfen schließlich nicht einem stpfl. wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb oder einem nicht von der KSt befreiten Betrieb gewerblicher Art des steuerbegünstigten ausländischen Anlegers zuzurechnen sein (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010: 001 Rz. 9.6).

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 Nachweisanforderungen denen des § 59 AO entsprechen, 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. 9 ff. (7/2016).

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 (BGBI. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731)

- (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 Einkommenstergesetzes erfüllt.
- (2) Inländische Immobilienerträge eines Investmentfonds oder einer Anteilkasse 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 ist kein Steuerabzug vorzunehmen.

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

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 10	1
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Steuerbefreiung von Investmentfonds und Anteilklassen, Steuerbefreiung von Beteiligungseinnahmen	5
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Steuerbefreiung inländischer Immobilienerträge	15

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Nur Rückgabe, keine Übertragung . . .	20
E. Erläuterungen zu Abs. 4: Nachweis der Steuerbefreiung der Anleger	25
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 umfassende StBefreiung von Investmentfonds oder Anteilklassen (einschließlich Teilfonds, also Teilsondervermögen i.S.d. § 96 Abs. 2 Satz 1 KAGB und Teilgesellschaftsvermögen i.S.d. § 117 oder § 132 KAGB und vergleichbarer rechl. getrennter Einheiten ausländ. Investmentvermögen), an denen sich nach den Anlagebedingungen nur stbegünstigte Anleger beteiligen dürfen.

Geltungsbereich:

- *Sachlicher Geltungsbereich:* § 10 gilt für die Befreiung von Investmentfonds von KSt.
- *Persönlicher Geltungsbereich:* § 10 gilt für in- und ausländ. Investmentfonds.
- *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.
- *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**

Ausschließliche Beteiligung steuerbegünstigter Anleger (Abs. 1 Satz 1): Die vollständige StBefreiung eines Investmentfonds oder einer Anteilkasse setzt nach Abs. 1 Satz 1 voraus, dass sich an dem Investmentfonds bzw. der Anteilkasse nur stbegünstigte Anleger nach § 8 Abs. 1 beteiligen dürfen.

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 haftrungs- und vermögensrechtl. voneinander getrennte Teile eines Investmentfonds, sog. Teilfonds (s. dazu § 1 Anm. 11). Dies sind die Teilsondervermögen i.S.d. § 96 Abs. 2 Satz 1 KAGB und Teilgesellschaftsvermögen i.S.d. § 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.

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. Nach BMF v. 21.9.2017 – IV C 1 - S 1980-1/16/10010 :009, DStR 2017, 2123 wird die FinVerw. die Voraussetzungen für eine StBefreiung nach § 10 Abs. 1 Satz 1 oder nach § 10 Abs. 2 aber auch dann als erfüllt betrachten, wenn die Anlagebedingungen erst bis einschließlich dem 30.6.2018 an die Vorgaben des § 10 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 angepasst werden. Finanzdienstleister und Entrichtungspflichtige dürfen bis einschließlich dem 30.6.2018 auf entsprechende schriftliche, von dem gesetzlichen Vertreter eigenhändig unterschriebene Eigenerklärungen von Investment-

fonds (Selbstdeklaration) vertrauen, dass die Voraussetzungen der StBefreiung vorliegen.

► *Nachweis der Steuerbefreiung:* Nach Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010: 001 Rz. 10.2 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 ggü. dem veranlagenen FA (BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010: 001, Rz. 10.4). 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.

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.

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 Antragserfordernis 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.

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

► *Auswirkung bei dem Entrichtungspflichtigen:* Nach Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010: 001 Rz. 10.8 soll der Entrichtungspflichtige aber grundsätzlich darauf vertrauen können, dass der Investmentfonds die Mindesthalteperiode erreichen wird und das Mindestwertveränderungsrisiko trägt. Der Entrichtungspflichtige soll aber nachträglich KapErtrSt erheben müssen, wenn er nach Abstandnahme vom KapErtrSt-Einbehalt feststellt, dass ein Investmentfonds die Aktien vor dem Erreichen der Mindesthalteperiode veräußert (BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010: 001. Rz. 10.9).

► *Auswirkung bei dem Investmentfonds:* Nach Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010: 001 Rz. 10.10 soll ein Investmentfonds, wenn er erkennt, dass er nicht wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien war oder dass der Entrichtungspflichtige zu Unrecht von einem Erreichen der Mindesthaltezeit nach § 36a Abs. 2 EStG ausgeht oder dass er das Mindestwertänderungsrisiko 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.

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 Steuerbefreiung erfordert keinen Antrag, ist aber i.R.d. Steuerveranlagung geltend zu machen, vgl. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010: 001 Rz. 10.12.

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

Sonstige inländ. 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 Steuerbefreiung über ihren Wortlaut hinaus auch bei sonstigen inländischen Einkünften i.S.d. § 6 Abs. 5 anwenden, weil diese Einkünfte bei den Anlegern i.S.d. § 8 Abs. 2 im Falle einer Direktanlage ebenfalls nicht steuerpflichtig sind (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010: 001 Rz. 10.11 i.V.m. Anm. 8.9). Auch das ist systematisch richtig und zu begrüßen, sollte aber wie bei § 8 (s. dazu § 8 Anm. 15) in Anbetracht der Rechtsprechung des BFH zur Beachtung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Beschluss v. 28.11.2016, GrS 1/15, BStBl. II 2017, 393; Urteile v. 23.8.2017, I R 52/14, DStR 2017, 2322 und v. 23.8.2017, X R 38/15, DStR 2017, 2326) dringend auch gesetzlich geregelt werden.

Einstweilen frei.

16–19

20

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

Nur Rückgabe, keine Übertragung (Abs. 3): 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 Anteilkasse 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 (s. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010: 001 Rz. 10.14).

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. Nach Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010: 001 Rz. 10.15 gilt das nur bei erstmaligem Anteilserwerb.

Nachweis der Steuerbefreiung durch Vorlage einer gültigen Bescheinigung (Abs. 4 Satz 2 Nr. 1): Um seine StBefreiung nachzuweisen soll 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“ übermitteln (Abs. 4 Satz 2 Nr. 1). Das ist sprachlich ungenau, da § 9 Abs. 1 in seinen drei Nummern drei Bescheinigungen regelt, nämlich die nach § 44a Abs. 7 Satz 2 EStG für inländ. stbegünstigte Anleger, die Befreiungsbescheinigung für ausländ. stbegünstigte Anleger und den Investmentanteil-Bestandsnachweis. Gemeint sind 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 wohl auch – im Fall ausländ. stbegünstigter Anleger – die Befreiungsbescheinigung. Nach Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010: 001 Rz. 10.16 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 an-

kommt (was wohl nicht gemeint sein kann), zumal für die Bescheinigung nach § 44a Abs. 7 Satz 2 EStG – anders als zB für die Befreiungsbescheinigung i.S.v. § 9 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 9 Abs. 2 Satz 3 und § 7 Abs. 4 – keine Gültigkeit vorgesehen ist, die ablaufen kann. Nach Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010: 001 Rz. 10.17 soll die Art der Übermittlung des Nachweises keinen Formvorgaben unterliegen, also schriftlich, elektronisch oder durch ein automationsgestütztes Datenübermittlungsverfahren erfolgen können.

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

Kein Steuerabzug (Abs. 5): An stbefreite Investmentfonds oder Anteilklassen werden Kapitalerträge ohne Abzug von Steuern ausgezahlt. Wird dennoch 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.

Anhang zu § 20

§ 11

Erstattung von Kapitalertragsteuer an Investmentfonds durch die Finanzbehörden

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

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

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

²Die Erstattung nach Satz 1 Nummer 1 setzt voraus, dass eine Steuerbescheinigung und eine Erklärung des Entrichtungspflichtigen vorgelegt werden, aus der hervorgeht, dass eine Erstattung weder vorgenommen wurde noch vorgenommen wird. ³Die Erstattung nach Satz 1 Nummer 2 setzt voraus, dass die Statusbescheinigungen, die Bescheinigungen und die Mitteilungen nach den §§ 8 und 10 beigelegt werden.

(2) ¹Der Antrag auf Erstattung der Kapitalertragsteuer ist innerhalb von zwei Jahren nach Ablauf des Geschäftsjahres des Investmentfonds für das Geschäftsjahr nach amtlich vorgeschrivenem 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 2 oder 3 nicht innerhalb der Antragsfrist eingereicht werden.

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

Inhaltsübersicht

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

1

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 11

Grundinformation: Investmentfonds unterliegen nur mit bestimmten Einkünften der KSt i.H.v. 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) zuzüglich 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) oder zum Teil (s. § 8 Anm. 20) vom StAbzug Abstand genommen werden. § 11 regelt, dass einem Investmentfonds KapErtrSt zu erstatten ist, die über die Beträge hinaus einbehalten wurde, mit denen ein Investmentfonds nach §§ 6 ff. belastet werden soll.

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.

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 Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001 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 Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:001 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 gilt § 50d Abs. 3 EStG nicht (§ 50d Abs. 3 Satz 5 EStG).
- *Verhältnis zu § 7 Abs. 5:* s. § 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.

2–4 Einstweilen frei.

**B. Erläuterungen zu Abs. 1:
Erstattung von Kapitalertragsteuer**

5

Erstattung von Kapitalertragsteuer und Solidaritätszuschlag (Abs. 1): Abs. 1 regelt, dass das BSFA eines Entrichtungspflichtigen einem Investmentfonds unter bestimmten Voraussetzungen auf Antrag KapErtrSt nebst SolZ in bestimmter Höhe zu erstatten hat. Dabei spricht der Einleitungssatz von „einbehaltener Kapitalertragsteuer“, Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 aber, ohne dass damit uE eine Differenzierung bezweckt ist, von „Kapitalertragsteuer und Solidaritätszuschlag“, die „einbehalten und abgeführt wurde“.

► *Kapitalertragsteuererstattung aufgrund von Investmentfondsstatus (Abs. 1 Satz 1 Nr. 1):* Nr. 1 regelt zwei Fälle der Erstattung von KapErtrSt nebst SolZ an einen Investmentfonds aufgrund dessen Status als Fonds:

► *Kapitalertragsteuer auf nicht nach § 6 Abs. 2 steuerpflichtige Kapitalerträge (Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Alt. 1):* Erstattet wird 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.

► *Kapitalertragsteuer in über § 7 hinausgehender Höhe auf steuerpflichtige Erträge (Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Alt. 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 % zuzüglich SolZ auf 15 % inklusive SolZ, s. § 7 Anm. 5).

► *Keine Erstattung durch den Entrichtungspflichtigen (Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Teilsatz 2):* 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).

► *Vorlage von Steuerbescheinigung und Erklärung des Entrichtungspflichtigen (Abs. 1 Satz 2):* Die Erstattung nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 setzt schließlich voraus, dass eine StBescheinigung (§ 45a Abs. 2 bzw. 3 EStG) sowie eine Erklärung des Entrichtungspflichtigen vorgelegt wird, aus der hervorgeht, dass eine Erstattung wieder 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 Begründung des Gesetzentwurfs ausgeführt (vgl. BTDrucks. 18/8045, 81) setzt die Erstattung nach Nr. 1 nicht voraus, dass die Statusbescheinigung vorgelegt wird (geregelt in Abs. 1 Satz 3 nur für die Erstattung nach Satz 1 Nr. 2).

► *Weitere Ermäßigung aufgrund von Steuerbefreiungen (Abs. 1 Satz 1 Nr. 2):* Nr. 2 regelt die Erstattung von KapErtrSt durch das BSFA des Entrichtungspflichtigen in Fällen, in denen der Investmentfonds aufgrund stbegünstigter Anleger eine teilweise (§ 8) oder vollständige (§ 10) StBefreiung geltend machen kann, von Einnahmen des Investmentfonds aber dennoch Steuern abgezogen wurden.

► *Fälle der §§ 8 und 10:* Dies sind die Fälle der partiellen bzw. vollständigen StBefreiung von Investmentfonds nach §§ 8 und 10.

► *Keine Abstandnahme vom Steuerabzug:* 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 auszuzahlenden Kapitalerträgen keine KapErtrSt abzuziehen ist. Für aufgrund der Beteiligung von stbegünstigten und nicht stbegünstigten Anlegern nur zT stbefreiten Investmentfonds ist die Abstandnahme vom StAbzug nicht ausdrücklich geregelt; sie wird aber vom Gesetz ua. hier in der Nr. 2 vorausgesetzt (s. auch § 8 Anm. 5). Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 greift nur ein, wenn entgegen diesen Möglichkeiten, vom StAbzug abzusehen, Steuern einbehalten wurden. Anders als Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 setzt Nr. 2 nur voraus, dass die Steuer abgezogen wurde (keine Abstandnahme vom StAbzug), nicht aber auch, dass sie abgeführt wurde. Angeichts 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. 2 zu verlangen, dass die Steuer auch abgeführt wurde. Nach Entwurf BMF v. 11.8. 2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001 Rz. 11.7 soll von der Erstattungsmöglichkeit nur Gebrauch gemacht werden, wenn die Abstandnahme vom StAbzug zB mangels rechtzeitiger Ausstellung einer Statusbescheinigung fehlgeschlagen ist; das Gesetz gibt für eine solche Subsidiarität nichts her.

► *Statusbescheinigungen, Bescheinigungen und Mitteilungen nach §§ 8 und 10 (Abs. 1 Satz 3)* müssen dem Erstattungsantrag beigelegt werden. Zur Statusbescheinigung s. § 7 Abs. 3 und § 7 Anm. 20. Mit „Bescheinigungen und Mitteilungen nach den §§ 8 und 10“ sind (wohl) die nicht in §§ 8 und 10, sondern in § 9 geregelten Nachweise der StBefreiung genannte Bescheinigung nach § 44a Abs. 7 Satz 2 EStG (§ 9 Abs. 1 Nr. 1) und die Befreiungsbescheinigung (§ 9 Abs. 1 Nr. 2) gemeint (vgl. BTDrucks. 18/8045, 81); Mitteilung ist die Mitteilung des Anbieters eines Altersvorsorge- oder Basisrentenvertrags nach § 9 Abs. 3. Den Investmentanteil-Bestandsnachweis (§ 9 Abs. 1 Nr. 3) nennt das Gesetz weder Bescheinigung noch Mitteilung, aber auch er dürfte nach der Begründung des Gesetzentwurfs beizufügen sein. Die Unterlagen können schriftlich oder in elektronischer Form übermittelt werden (vgl. BTDrucks. 18/8045, 81).

Wenn, nicht soweit: Das Gesetz verpflichtet das BSFA zur KapErtrStErstattung, „wenn“ – und nicht nur soweit – die Erstattungsvoraussetzungen vorliegen. Nach der Entscheidung 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: 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).

**C. Erläuterungen zu Abs. 2:
Verfahrensvorschriften zur Erstattung von Kapital-
ertragsteuer**

10

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 sind wohl die der Nr. 1 und 2 in § 9 Abs. 1) beantragt und soweit („entsprechend“) der Zeitraum zwischen dem Zugang eines solchen Antrags (bei der zuständigen Finanzbehörde oder dem BZSt.) und der Bestandskraft einer Entscheidung 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 an das BSFA des Entrichtungspflichtigen 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 2 oder Satz 3 (s. dazu Anm. 5) eingereicht werden. Nach dem Wortlaut von Abs. 2 Satz 4 ist die Erstattung anderenfalls ausgeschlossen.

Für das Geschäftsjahr ist der Antrag zu stellen. Damit ist gemeint, dass keine Einzelanträge für einzelne stbelastete Einnahmen gestellt werden können und das BSFA die KapErtrSt vielmehr im Rahmen eines einheitlichen Bescheides für das gesamte Geschäftsjahr erstattet.

Anhang zu § 20

§ 12

Leistungspflicht gegenüber steuerbegünstigten Anlegern

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBI. 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) auszuzahlen.

(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 Gesamtufluss.

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

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 12 1

B. Erläuterungen zu Abs. 1:
Anspruch auf Auszahlung des
Befreiungsbetrags 5

C. Erläuterungen zu Abs. 2:
Anspruch auf Wiederanlage des
Befreiungsbetrags 15

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 12

1

Grundinformation: § 12 Abs. 1 regelt die Verpflichtung, StBeträge, die einem Investmentfonds aufgrund der Beteiligung stbegünstigter Anleger erstattet oder die aufgrund von deren Beteiligung nicht erhoben werden, an stbegünstigte Anleger auszuzahlen. 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 insbes. an ihm neben stbegünstigten Anlegern auch solche beteiligt sei 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 stbe-

günstigste 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 stbefreite Anleger beteiligt sind, im Einvernehmen mit den Anlegern auf die Auszahlung des Befreiungsbetrags verzichtet und ihn stattdessen dem Fondsvermögen zuführt. 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 strechl. 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 auszuzahlen (Abs. 1): Abs. 1 verpflichtet den Investmentfonds, stbegünstigten Anlegern den Befreiungsbetrag auszuzahlen.

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 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). Zum anderen betrifft dies den Fall einer aufgrund der Beteiligung

B. Abs. 1: Auszahlung Befreiungsbetrag Anm. 5–14 **Anhang zu § 20**

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, beide Sätze des § 7 Abs. 5 erfassenden Wortlaut des § 12 Abs. 1 und wohl auch der Auffassung des BMF (vgl. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001 Rz. 12.5 mit Bezugnahme auf § 7 Abs. 5 Satz 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 unstimig, als die Steuer, die einem Investmentfonds erstattet wird, nur weil er Investmentfonds 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 stpf. zu halten (s. aber Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001 Rz. 12.1). Das spricht dafür, § 12 Abs. 1 einschränkend dahingehend zu verstehen, dass ein Investmentfonds ggü. stbegünstigten Anlegern nur verpflichtet ist, nach § 7 Abs. 5 Satz 1 erstattete Steuern auszuzahlen, soweit die zugrunde liegenden Einkünfte des Investmentfonds auf diese stbegünstigten Anleger entfallen.

► *Nach § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 erstattete Steuer:* Siehe § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 11 Anm. 5.

Steuerbegünstigte Anleger: Abs. 1 definiert nicht ausdrücklich, wer stbegünstigte Anleger sind. Anders als § 10 Abs. 1 wird noch nicht einmal auf „steuerbegünstigte Anleger i.S.v. § 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 i.S.v. § 8 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 (s. aber unifferenziert Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001 Rz. 12.1) gemeint sind, nicht aber die von § 8 Abs. 1 Nr. 2 betroffenen und hier in § 12 Abs. 2 gesondert angesprochenen Berechtigten aus Altersvorsorge- oder Basisrentenverträgen.

Steuerfreiheit der Auszahlung: Der ausgezahlte Befreiungsbetrag ist nach Auffassung des BMF (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001 Rz. 12.1) beim Anleger nicht stbar.

Rechtsfolge: Der auf den Befreiungsbetrag gerichtete zivilrechtl. Auszahlungsanspruch 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).

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 Begründung des Gesetzentwurfs spricht davon, die Befreiungsbeträge würden nach dem Bestand an Investmentanteilen am Stichtag verteilt (vgl. BTDrucks. 18/8045, 81 f.). Die Formulierung „im Verhältnis zum Gesamtzufluss“ ist u.E. so verstehen, dass der für einen Berechtigten wieder anzulegenden Befreiungsbetrag nach dem Verhältnis der auf diesen Berechtigten entfallenden Investmentanteile zum Gesamtbetrag der Investmentanteile, für die dem Anbieter der Altersvorsorge- oder Basisverträge für die Berechtigten ein Befreiungsbetrag zufließt, zu bemessen ist (s. auch Entwurf BMF v. 11.8. 2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001 Rz. 12.7).

§ 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 Anteilkasse 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 Anteilkasse nach § 10 auf einen anderen Anleger überträgt.
- (2) Die Steuerbefreiung eines Investmentfonds oder einer Anteilkasse 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

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 13 .. .	1
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Mitteilungsverpflichtung	5
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Umfang des Wegfalls der Steuerbefreiung des Investmentfonds	10
D. Erläuterungen zu Abs. 3: Rückzahlung zu Unrecht gewährter Befreiungsbeträge durch den Anleger .. .	15
E. Erläuterungen zu Abs. 4: Zahlung der Befreiungsbeträge durch den Investmentfonds	20

1

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 13

Grundinformation: § 13 regelt Folgen des Wegfalls der StBefreiung eines Anlegers eines Investmentfonds oder der Anteilkasse eines Investmentfonds, der bzw. dessen Anteilkasse 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 stbegünstigte 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) 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: 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 Anteilkasse:

- *Wegfall der Voraussetzungen für eine Steuerbefreiung eines Anlegers (Abs. 1 Satz 1):* Mitteilen muss der Anleger den Wegfall der Voraussetzungen seiner StBefreiung.
- *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 steuerbegünstigter Anleger nach § 8 Abs. 1 verweist, dass damit die Merkmale gemeint sind, die einen Anleger zum stbegünstigten Anleger i.S.d. § 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 diese 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 Voraussetzungen für eine Stbefreiung eines Anlegers eines Investmentfonds oder einer Anteilklasse nach § 10 fallen weg, wenn ein Anleger nicht mehr stbegünstigter Anleger nach § 8 Abs. 1 ist.

► *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.

10

**C. Erläuterungen zu Abs. 2:
Umfang des Wegfalls der Steuerbefreiung des Investmentfonds**

Anteiliger Wegfall der Steuerbefreiung des Investmentfonds oder einer Anteilkasse: Der Wegfall der Voraussetzungen einer StBefreiung eines Anlegers und die Übertragung von Anteilen an einem solchen Fonds bzw. einer solchen Anteilkasse führen zum anteiligen Wegfall der StBefreiung des Investmentfonds bzw. der Anteilkasse.

► *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 übertragen 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 Anteilkasse entfällt. Abs. 2 ist 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 Anteilkasse: Das Gesetz regelt nicht ausdrücklich, ab wann die StBefreiung des Investmentfonds oder der Anteilkasse anteilig wegfällt. Abs. 2 lässt aber die Auslegung zu, dass das unabhängig vom Erhalt einer Mitteilung nach Abs. 1 der Fall ist, sobald bei Anlegern des Investmentfonds die Voraussetzungen für eine StBefreiung wegfallen 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 in dem Umfang, in dem bei den Anlegern des Investmentfonds die Voraussetzungen für eine StBefreiung wegfallen oder die Investmentanteile auf einen anderen (nicht stbegünstigten) Anleger übertragen werden.

11–14 Einstweilen frei.

**D. Erläuterungen zu Abs. 3:
Rückzahlung zu Unrecht gewährter Befreiungsbeträge durch den Anleger**

15

Rückzahlungsverpflichtung: Folge des Wegfalls der StBefreiung des Investmentfonds ist, dass der Anleger zu Unrecht gewährte Befreiungsbeträge (§ 12 Abs. 1) an den Investmentfonds zurückzahlen muss.

Zu Unrecht gewährte Befreiungsbeträge sind die Befreiungsbeträge i.S.v. § 12 Abs. 1, die dem Anleger gewährt, dh. ausgezahlt (§ 12 Abs. 1) wurden, nachdem wegen des Wegfalls der Voraussetzungen seiner StBefreiung bzw. der Übertragung seiner Anteile auf einen anderen (nicht stbegünstigten) Anleger die StBefreiung des Investmentfonds bzw. der Anteilkasse 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 Begründung 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 Anteilkasse entfallen ist („Fälle des Absatzes 2“), muss der Investmentfonds an die Finanzbehörde zahlen (Abs. 4 Satz 1).

► *Zurückgezahlte Befreiungsbeträge:* Siehe Abs. 3.

► *Noch nicht ausgezählten 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 Begründung 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 auszuzahlen 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 (BGBI. 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 Anteilkasse zu Unrecht erstattet wurde oder bei dem Investmentfonds oder der Anteilkasse 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 Anteilkasse 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 Anteilkasse zu Unrecht erstattet wurde oder bei dem Investmentfonds oder der Anteilkasse 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 Anteilkasse zu Unrecht erstattet wurde oder bei einem Investmentfonds oder einer Anteilkasse 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 Anteilkasse zu Unrecht erstattet wurde oder bei einem Investmentfonds oder einer Anteilkasse 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 vor lagen, 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 zustän-

dige Finanzbehörde kann die Steuerschuld oder Haftungsschuld nach pflichtgemäßem Ermessen gegenüber jedem Gesamtschuldner geltend machen.³ Vorrangig in Anspruch zu nehmen sind die Haftungsschuldner nach den Absätzen 1 bis 5. Sind 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

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 14 ...	1
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Haftung des Anlegers bei Nichterfüllen der Voraussetzungen für eine Steuerbefreiung	5
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Haftung des Anlegers bei Anteilsüber- tragung an nicht qualifizierten Erwerber	10
D. Erläuterungen zu Abs. 3: Haftung eines Anbieters eines Alters- vorsorge- oder Basisrentenvertrags ...	15
E. Erläuterungen zu Abs. 4: Haftung der depotführenden Stelle ...	20
F. Erläuterungen zu Abs. 5: Haftung des gesetzlichen Vertreters des Investmentfonds	25
G. Erläuterungen zu Abs. 6: Gesamtschuldner; Reihenfolge der Inanspruchnahme	30

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 14

1

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 Haftungsschuldern 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 Einstehen müssen für eine fremde StSchuld, 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 [7/2016]).

- ▶ *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) sowie, 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.

5

**B. Erläuterungen zu Abs. 1:
Haftung des Anlegers bei Nichterfüllen der Voraus-
setzungen für eine Steuerbefreiung**

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 einen 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 Anteilkasse nach § 10:* Übertragen werden muss ein Investmentanteil am Investmentfonds oder an einer Anteilkasse nach § 10, also ein Anteil an einem Investmentfonds bzw. einer Anteilkasse, 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 Anteilkasse* 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 zurückzahlen muss.

15

**D. Erläuterungen zu Abs. 3:
Haftung eines Anbieters eines Altersvorsorge- oder
Basisrentenvertrags**

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 Anteilkasse zu Unrecht erstattet wurde oder bei einem Investmentfonds oder einer Anteilkasse zu Unrecht nicht erhoben wurde.

► *Anbieter eines Altersvorsorge- oder Basisrentenvertrags* können die in § 1 Abs. 2 Alt-ZertG 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 Anteilkasse* 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 werden 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.

**E. Erläuterungen zu Abs. 4:
Haftung der depotführenden Stelle**

20

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-Bestandsnachweise*: 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 be-

rücksichtigt und deshalb Steuern zu Unrecht an den Investmentfonds bzw. eine Anteilkasse 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 u.E. 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 Begründung 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. Der gesetzliche Vertreter des Investmentfonds haftet in zwei Fällen für die Steuer:

- *Wissen oder vorverbares 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, vorverbar 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 Handels eines Vertreters eines Investmentfonds im Zusammenhang mit der Geltendmachung der StBefreiung nach § 8 geregelte Verschuldenmaßstab nur, wenn man berücksichtigt, dass Anleger einem Investmentfonds zum Nachweis ihrer StBegünstigung größtenteils amtliche Nachweise vorlegen müssen. 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 gehaltenen 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, d.h. nach Geltendmachung der StBefreiung erkennt, dass die Voraussetzungen für eine StBefreiung nicht vorlagen, die zuständige Finanzbehörde aber daraufhin nicht unverzüglich, d.h. ohne schulhaftes 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 – aus-

drücklich 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 i.S.v. § 153 AO sein und sich folglich daraus die Berichtigungspflicht ergeben.

Einstweilen frei.

26–29

G. Erläuterungen zu Abs. 6: Gesamtschuldner; Reihenfolge der Inanspruchnahme

30

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.

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. [10/2016]).

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 die grundsätzliche Subsidiarität der Haftung gegenüber dem StSchuldner ausnahmsweise durchbrochen ist (s. dazu generell LOOSE in TIPKE/KRUSE, Vor § 69 AO Rz. 20 [7/2017]). Nach Satz 5 ist die Inanspruchnahme des Investmentfonds (als StSchuldner) im Hinblick auf einen Befreiungsbetrag (§ 12 Abs. 1) 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 Begründung des Gesetzentwurfs z.B. bei Verjährung, BTDrucks. 18/8045, 83) oder uneinbringlich ist (laut Begründung des Gesetzentwurfs z.B. bei Insolvenz des Anlegers, BTDrucks. 18/8045, 83).

§ 15

Gewerbesteuer

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

(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 Anteils- oder Aktieninhaber 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 gewerbliche 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

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 15 ..	1
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Gewerbesteuerpflicht	5
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Gewerbesteuerbefreiung	10
D. Erläuterungen zu Abs. 3: Bagatellgrenze	15
E. Erläuterungen zu Abs. 4: Gewerbesteuerpflichtiger Investmentfonds	20

1

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 15

Grundinformation: § 15 regelt die grundsätzliche GewStBefreiung von Investmentfonds. Diese gelten als juristische Personen des privaten Rechts (Abs. 1). Sie sind grds. von der GewSt befreit, können aber, wenn sie Vermögen in wesentlichem Umfang aktiv unternehmerisch bewirtschaften, persönlich gewstpflichtig werden (Abs. 2), wobei sich die GewStPflicht dann sachlich auf das Erg. des durch ihre gewerblichen Tätigkeit (d.h. richtigerweise: ihre nicht unwesentliche aktive unternehmerische Bewirtschaftung von Vermögen) gebildeten wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs beschränkt (Abs. 4). Die Anforderungen an die GewSt-Befreiung entsprechen im Wesentlichen denen des § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 3 InvStG aF.

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. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001 Rz. 15.1; vgl. auch KEB in LENSKI/STEINBERG, § 2 GewStG Rz. 4050 ff. [11/2017]).

Umfang der Gewerbesteuerpflicht: Ist ein Investmentfonds gewstpflichtig, 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 GewStPflicht unterliegen. Zur Vermeidung von Standortnachteilen für inländ. Fonds soll die GewStPflicht eines Investmentfonds auf seine inländ. Einkünfte beschränkt sein (BTDrucks. 18/8045, 84, s. auch HELIOS/MANN, DB, Sonderausgabe 1/2016, 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 GewSt-Befreiung 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 (BTDrucks. 18/8045, 84) 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 (s. aber Abs. 4 mit der – verfehlten, s. BINDL/MAGER, BB 2016, 2711 [2714] – Anknüpfung an die gewerbliche Tätigkeit zur Bestimmung des Umfangs der sachlichen GewStPflicht), 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.

► *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/JESCH, 2015, § 1 InvStG Rz. 90), sondern dass auch die tatsächlich durchgeführten Geschäfte maßgebend sein sollen (s. auch s. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001 Rz. 15.3). Es müssen damit sowohl subjektive als auch objektive Merkmale für eine Vermögensverwaltung, dh. für die Beschränkung auf das Ziehen von Nutzungen aus den angeschafften Vermögensgegenständen sprechen (BTDdrucks. 18/8045, 84; s. auch s. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001 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. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001 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 (BTDdrucks. 18/8045, 84). Derartige Eingriffe sollen als unternehmerisches Handeln eine Gewerbllichkeit indizieren (s. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001 Rz. 15.5), wobei nach der Begründung des Gesetzentwurfs zu Abs. 3 „die Besonderheiten der Investmentanlage“ zu berücksichtigen sind, also zB dass es sich bei der kollektiven Anlage von Vermögen zwangsläufig um ein größeres Vermögen handelt, das schon aus investmentrechtl. Gründen eine professionelle Betreuung (mit allen Begleiterscheinungen wie zB Einsatz von *Asset Managers*) verlangt. Bei Beteiligungen an Immobiliengesellschaften führt einen aktive unternehmerische Bewirtschaftung nicht zur GewStPflicht (Abs. 2 Satz 2), weil es aufsichtsrechtl. zulässig ist, dass Immobilienfonds „ihre“ Immobilien mittelbar über Immobilien-Gesellschaften halten; s. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001 Rz. 15.7. Zur Beteiligung an originär gewerblichen oder nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG gewerblich infizierten PersGes. s. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV - C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 15.12.
- ▷ *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 Begründung 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 GewStBefreiung 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 (BTDdrucks. 18/8045, 94). Das spricht dafür, auch bei Investmentfonds, die nicht Spezial-Investmentfonds sind, eine zur GewStPflicht führende aktive wesentliche unter-

nehmerische Bewirtschaftung von Vermögen nicht nur quantitativ zu beurteilen, sondern nur ganz ausnahmsweise anzunehmen, wenn ein Fonds missbräuchlich für die unternehmerische Bewirtschaftung von Vermögen eingeschaltet wird.

- ▷ *Ausnahme Beteiligung an Immobilien-Gesellschaften:* 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 GewStPflicht 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.

► *5 % der gesamten Einnahmen:* Es ist auf alle weltweit erzielten Einnahmen, nicht nur auf die inländ. abzustellen (s. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001 Rz. 15.8). Einnahmen sind alle zugeflossenen Güter in Geld oder Geldeswert ohne Berücksichtigung von WK (s. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001 Rz. 15.8).

► *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; a.A. – 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 Bewirtschaft-

tung 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 Anlagebedingungen etc., sondern die tatsächlich durchgeföhrten 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 GewStPflicht eines Investmentfonds ist sachlich beschränkt auf seine gewerbliche (besser: aktive unternehmerische, s. unten) 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 Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001 Rz. 15.10 mit dem Beispiel gewstfreier Grundstücksvermietung trotz gewstpfl. Nebentätigkeit in Gestalt des Betriebs einer Photovoltaik-Anlage).

► *Gewerbliche versus aktive unternehmerische Tätigkeit:* Dass das Gesetz in Abs. 4 auf die gewerbliche Tätigkeit abstellt, während es in Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 die persönliche GewStPflicht daran knüpft, dass Vermögensgegenstände in wesentlichem Umfang aktiv unternehmerisch bewirtschaftet werden, ist nicht sachgerecht (s. BINDL/MAGER, BB 2016, 2711 [2714]). Sachgerechter und folgerichtiger wäre es gewesen, auch in Abs. 4 auf den enger zu verstehenden Begriff der unternehmerischen Bewirtschaftung der Vermögensgegenstände (und das Erg. aus einer solchen) abzustellen. Andernfalls würden nämlich das Erg. gewerblicher Tätigkeiten, die selbst noch nicht dazu führten, dass eine unternehmerische Bewirtschaftung und damit eine persönliche GewStPflicht des Investmentfonds angenommen würde, sachlich dann doch der GewSt unterliegen (vgl. BINDL/MAGER, BB 2016, 2711 [2714] mit dem Beispiel eines aus anderen Gründen persönlich

E. Abs. 4: GeStpflichtiger Investmentfonds Anm. 20 **Anhang zu § 20**

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 GewStPflicht 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, vermögensverwalten Tätigkeiten gewstfrei zu belassen und deshalb bei der Bestimmung des Umfangs der GewStPflicht die „Besonderheiten der Investmentanlage“ zu berücksichtigen (BTDucks. 18/8045, 85), sollte de lege ferenda entweder Abs. 4 angepasst (aktive unternehmerische Bewirtschaftung statt gewerblicher Tätigkeit) oder die persönliche StPflicht eingeschränkt („soweit“ statt „wenn“, s. BINDL/MAGER, BB 2016, 2711 [2714]) und bis dahin Abs. 4 Satz 1 teleologisch dahingehend reduziert werden, dass nur die auch zur persönlichen StPflicht führende aktive unternehmerische Bewirtschaftung den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb bildet und nur ihr Erg. der GewSt unterliegt (so jetzt auch Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001 Rz. 15.11).

► *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, vgl. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001 Rz. 15.12. Die Beteiligung an einer gewerblich geprägten PersGes. i.Sd. § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG ist kein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb, s. BFH v. 25.5.2011 – I R 60/10, BStBl. II 858; s. auch Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001 Rz. 15.14.

► *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. Geschäftsleitungsstätte (§ 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 Begründung des Gesetzentwurfs ist damit die Einnahmenüberschussrechnung i.S.d. § 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 (BTDucks. 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 i.S.d. § 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

Investmenterträge

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBI. 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/Main

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 16 ..	1
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Investmenterträge	5
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Kein Ansatz von Investmenterträgen oder Vorabpauschalen	10
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 eines 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 Anleger. Abs. 4 regelt ein *Treaty Override* für Ausschüttungen eines ausländ. Investmentfonds für 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 ausländ. Investmentfonds.
- *Persönlicher Geltungsbereich:* § 16 gilt für in- und ausländ. 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 ausländ. Anleger wird keine beschränkte StPflicht gemäß § 49 EStG begründet (s. Anm. 5 „Ausländische Anleger“). Ein Sonderfall besteht für ausländ. 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. Das InvStG 2018 sieht anders als bei Einführung der Abgeltungsteuer keine komplexen Übergangsregelungen vor. Erträge aus Investmentanteilen, die den Anlegern ab dem 1.1.2018 zufließen bzw. zugerechnet werden, sind gemäß § 16 steuerpflichtig, denn die 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:* § 6 Abs. 2 normiert, dass ein Investmentfonds selbst mit bestimmten Einkünften der KSt und unter besonderen Voraussetzungen des § 15 der GewSt unterliegt (intransparentes Besteuerungsregime, s. Einf. InvStG 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 Anteileigner 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 zufließenden Erträge des § 16 Abs. 1 unterliegen dem Teilstellungssatz 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]).
- *Verhältnis zu § 20 Abs. 1 Nr. 3 EStG:* Bei den Investmenterträgen 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 29.9.2017 – IV C1 - S 2252/15/10008: 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; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 16.3). 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 (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 16.5). Zur Abstandnahme vom StAbzug auf Investmenterträge aufgrund von NV-Bescheinigungen s. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 16.4.

► *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 Teilstellung anzuwenden ist. Da gem. § 43a Abs. 2 Satz 3 EStG die § 20 Abs. 1 Satz 2 bis 4 nicht gelten, sind beim StAbzug die Teilstellungssätze für den Privatanleger iHv. 30 % für alle strechl. Anlegergruppen, die dem KapErtrStAbzug unterliegen, anzuwenden. Bei betrieblichen Anlegern wird der höhere Teilstellungssatz 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 Investmentfonds iSd. § 16 Abs. 1 Nr. 3 iVm. § 2 Abs. 13 nach § 19 (ausführl. § 43a EStG Anm. J 16-4).

► *Verhältnis zu § 45a Abs. 2 und 3 EStG:* s. 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. Das neu veröffentlichte BMF-Schreiben erläutert die Ausstellung der Steuerbescheinigungen (auch) im Rahmen des InvStG 2018.

► *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/KESSLER, 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 Detail s. § 16 Anm. 20.

Einstweilen frei.

2–4

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Investmenterträge

5

Regelungsinhalt: Abs. 1 definiert (Legaldefinition) in drei Nummern als Erträge aus Investmentfonds 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) (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 16.1). Diese werden gem. § 20 Abs. 1 Nr. 3 EStG den Einkünften aus Kapitalvermögen zugeordnet, wenn nicht die Anteile an dem Investmentfonds zu einem BV gehören und die Investmenterträge dann im Rahmen anderer Einkunftsarten zu erfassen sind (§ 20 Abs. 8 EStG; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 16.2).

Ausschüttungen gem. § 2 Abs. 11 (Abs. 1 Nr. 1): Ausschüttungen sind die dem Anleger gezahlten oder gutgeschriebenen Beträge einschließlich des StAbzugs (zu den von § 2 Abs. 11 umfassten StAbzügen: Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.29) auf den Kapitalertrag. Als Ausschüttungen kommen insbes. Barausschüttungen, die Wiederanlage der Erträge unter Ausgabe neuer Anteile und ggf. auch Sachausschüttungen in Betracht (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 228). 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. Ertägen.

Auch wenn ein Anteil an einem Investmentfonds erst kurz vor der Ausschüttung erworben wird, ist die volle Ausschüttung stpfl. Sofern der Investmentfonds von Ausschüttung in einem Kj. absieht, tritt eine StPflicht 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 (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.31); WENZEL in BLÜMICHT, InvStG 2018, § 16 Anm. 10 [2017]). Bei bilanzierenden Anlegern gelten die allgemeinen steuerbilanzrechtl. Grundsätze. Somit sind die Ausschüttungen mit Anspruchsentstehung zu bilanzieren (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.30 mit Besonderheiten). Es ist auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem der Ausschüttungsbeschluss gefasst wird (WARNKE, EStB 2016, 305 [307]).

► *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 Teilstellung). Die vom Investmentfonds gezahlte KSt (§ 6) auf bestimmte inländ. Erträge ist nicht auf Ebene des Anlegers anrechenbar, da es sich aufgrund des Trennungs-

prinzips beim intransparenten Besteuerungssystem (s. Einf. InvStG 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 ausländischen Dividendenzahlung wird auf Ausschüttungen von Investmentfonds eine Fondsausgangsquellensteuer z.B. in den USA, in Belgien und in der Schweiz erhoben (EBNER, RdF 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]). Im Rahmen der Abgeltungsteuer wird diese grundsätzlich, sofern die entsprechenden Werte vorliegen, von der depotführenden Stelle berücksichtigt.

► *Kapitalrückzahlungen* sind Auszahlungen von in einen Investmentfonds geleisteten Einlagen. Auch Kapitalrückzahlungen zählen zu den stpfl. Investmenterträgen, 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 MANN mit weiterer Begründung in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, Anhang 1, 2. Aufl. 2017, InvStG 2018, § 16 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 bestehen bei alternativen Investments:

► *Alternative Investments*, die als KapGes. ausgestaltet sind und während der Laufzeit Substanz ausschütten, sind besonders von der Neuregelung der StPflicht 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, 2. Aufl. 2017, Anhang 1, InvStG 2018, § 16 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 Handbuch Besteuerung privater Kapitalanlagen, 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 Investmentaktiengesellschaft. 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, 2. Aufl. 2017; Anh. 1 zu § 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. (Entwurf des BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.34) vertritt neuerdings die Auffassung, dass von einer Veräußerung auch bei einer beendeten Abwicklung eines Investmentfonds auszugehen ist. Dies sollte auch in § 2 Abs. 13 ergänzt werden. Jedenfalls ist dann jedoch auch erforderlich, dass der Abgeltungsteuerpflichtige 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 Anwendungen 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 erübrigkt 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 Spezial-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 Personalgesellschaften (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, 2017, § 19 InvStG 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.).

Vorabpauschalen gem. § 18 (Abs. 1 Nr. 2): Siehe § 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 Investmentfondanteils 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.

Gewinne aus der Veräußerung eines Investmentfonds gem. § 19 (Abs. 1 Nr. 3): Siehe § 19 Anm. 1.

Investmenterträge gem. § 16 Abs. 1 – Besteuerung der Investmenterträge bei den jeweiligen steuerlichen Anlegergruppen: Die Ausschüttungen, Vor-

abpauschalen 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 stbefreite Anleger handelt, oder, falls die StPflicht gegeben ist, das Teilstellungssystem (§ 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. Soli und ggf. KiSt). Die Regelungen zur Teilstellung (§ 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. Im InvStG muss dies nicht speziell geregelt werden (BTDucks. 18/8045, 85). Die Regelungen zur Teilstellung (§ 20) werden angewendet, nicht jedoch das Teileinkünfteverfahren (s. Anm. 15).

► *Bei regelbesteuerten Körperschaften* sind die Erträge kstpfl. und gewstpfl. Die Regelungen zur Teilstellung (§ 20) finden Anwendung, nicht jedoch § 8b KStG (s. Anm. 15). Das InvStG hat auch Auswirkung auf die StAbgrenzung 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 investmentstrechtl. 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]).

► *Investmentfonds*: Sofern ein Investmentfonds an einem anderen Investmentfonds beteiligt ist, sind die Erträge gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 3 EStG auf Ebene des Dach- bzw. Master-Investmentfonds selbst nicht steuerpflichtig, da diese nicht zu den steuerpflichtigen Erträgen gemäß § 6 Abs. 2 zählen. Beim Ziel-Investmentfonds sind die inländischen Erträge jedoch gemäß § 6 Abs. 2 steuerpflichtig und damit ist die einmalige Besteuerung der inländischen Erträge sichergestellt. Bei inländischen steuerpflichtigen 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 Teilstellungssätze, steuerpflichtig. Ausländische Anleger sind, da Erträge gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 3a) nicht zu den beschränkt steuerpflichtigen Erträgen zählen (s. Anm. 1 u. Anm. 5), mit diesen nicht steuerpflichtig. 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]). Die Steuer wird erhoben durch KapErtSt gemäß §§ 50, 33 Abs. 2 S. 2. Die KapErtSt ist gemäß § 7 Abs. 2 definitiv. Damit ist sichergestellt, dass auch die von einem ausländischen Anleger erzielten Immobilienerträge einmalig in Deutschland der Steu-

erpflicht unterliegen, auch wenn dieser sich über einen Investmentfonds an einem Spezial-Investmentfonds beteiligt, der inl. Immobilienerträge erzielt (ausführlich BINDL/STADLER, BB 2017, 1943 ff.; BEHRENS, RdF 2017, 297 [300 ff.]). Steuerbegünstigte Anleger können unter den Voraussetzungen der §§ 8–10 eine Befreiung von der KSt auf die fiktiven inländischen 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 kstpf. 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 Teilstellung (§ 20) finden Anwendung (zur Höhe HAISCH, RdF 2016, 329 [331]; § 20 Anm. 5).

► Bei steuerbegünstigten Anlegern ist zwischen auf Investmentfondsebene stpf. Erträgen und nicht auf Investmentfondsebene stpf. 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 Geschäftsführung in einem Amts- und Betreibungshilfe 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 stbefreite 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 stbefreite 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 % stpf. 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. Beteiligungseinnahmen 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 (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 8.9). 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 der stbegünstigte Anleger seit mindestens drei Monaten zivilrechtl. und wirtschaftlicher Eigentümer der Investmentanteile ist und der Investmentfonds die Voraussetzungen für die Anrechenbarkeit der KapErtrSt gem. § 36a EStG erfüllt (im Detail s. § 8 Anm. 25). Gleichermaßen 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). Die FinVerw. ist der Auffassung, § 8 Abs. 4 Nr. 2 InvStG sei über den Wortlaut hinaus auch bei Anlegern anzuwenden, die die Investmentanteile im Rahmen von zertifizierten Altersvorsorge- oder Basisrentenverträgen halten (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 8.18).

► *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 (HELIOS/MANN, DB 2016, Sonderausgabe Nr. 1, 15; MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, Anhang 1 InvStG 2018, § 16 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; § 49 EStG Anm. J 16-4; ELSER/STIEGLER, IStR 2017, 567 [568]). Aufgrund der StPflicht 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 StPflicht (§ 49 EStG Anm. J 16-4). Zu einem Sonderfall s. § 16 Anm. 1.

Einstweilen frei.

6–9

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Kein Ansatz von Investmenterträgen oder Vorabpauschalen

10

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: Die Investmenterträge 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 (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 16.16).

Kein Ansatz (nur) der Vorabpauschalen bei Anbietern der betrieblichen oder privaten Altersvorsorge (Abs. 2 Satz 2): Abs. 2 Satz 2 regelt, dass in drei Fällen Vorabpauschalen nicht anzusetzen sind (vgl. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 16.7).

► *Vorabpauschalen:* Im Gegensatz zu Abs. 2 Satz 1, der auf alle Investmenterträge gem. § 16 Abs. 1 Abs. 1 ohne Einschränkungen abstellt, sieht Satz 2 „nur“ den Nichtansatz der Vorabpauschale vor.

► *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.

► *Halten im Rahmen der betrieblichen Altersvorsorge nach dem Betriebsrentengesetz (Abs. 2 Satz 1 Nr. 1):* 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 (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 16.10), oder diese von einer Pensionskasse, Unterstützungskasse oder einem Pensionsfonds gehalten werden (vgl. BTDrucks. 18/8045, 85; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 16.19). Es wird 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 (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 16.9). Dem ist zuzustimmen (ebenso ERNST, BB 2017, 2723 [2726]). Auch ist bei Pensionssicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit (PSVaG) iSd. § 5 Nr. 15 KStG keine Vorabpauschale anzusetzen (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 16.9).

- ▷ *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, 17. Aufl. 2017, § 1 BetrAVG Rz. 2; ROLFS in BLOMEYER/ROLFS/OTTO, 6. Aufl. 2015, § 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 (Direktusage; § 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 Versicherungsnnehmer 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, 6. Aufl. 2015, § 1 BetrAVG Rz. 201, dort auch im Detail zu den fünf Durchführungs wegen, Rz. 202 bis 267).
- ▷ *Halten von Versicherungsunternehmen im Rahmen von Versicherungsverträgen nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 1 und 4 EStG (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2).*
- Von Versicherungsunternehmen: Siehe § 1 VAG.
- Im Rahmen von Versicherungsverträgen gem. § 20 Abs. 1 Nr. 6 Sätze 1 und 4 EStG (vgl. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 16.9): § 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 [2017]). 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, Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 16.11 iVm. Rz. 8.6). 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 ange-

sammelten und verzinsten Sparanteile zuzüglich 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.

- ▷ *Halten von Kranken- und Pflegeversicherungsunternehmen zur Sicherung von Altersrückstellungen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 3)* (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 16.12): 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 2016, § 203 VAG Rz. 332). 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 Alterungsrückstellung 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 (NJW-RR 2006, 1403 mwN; vgl. auch BOETIUS in MüKo VVG 2016, § 203 VAG Rz. 332).
- ▶ *Rechtsfolge Nichtansatz*: Rechtsfolge des Abs. 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, 2. Aufl. 2017, Anhang 1, § 16 InvStG 2018 Rz. 6; ERNST in Handbuch Besteuerung privater Kapitalanlagen, 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 strechl. Regelungen stpfl.

**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, 2. Aufl. 2017, § 16 InvStG 2018 Rz. 7). Da der Gewerbeertrag auf dem nach dem EStG und KStG zu ermittelnden Gewinn beruht (§ 7 Satz 1 GewStG), reduziert sich durch die Nichtanwendung von § 3 Nr. 40 EStG und § 8b KStG auch der Gewerbeertrag nicht. Auf Investmenterträge ist daher ausschließlich das Teilstreitungsverfahren anwendbar (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 16.13). Investmenterträge 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, InvStG 2018, § 16 Rz. 22 [2017]).

Einstweilen frei.

16–19

**E. Erläuterungen zu Abs. 4:
Subject to tax-Klausel**

20

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. 1 Satz 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 Meinungstand 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 InvStG Rz. 55 f.). 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, 2. Aufl. 2017, § 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.

► *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 einbehaltenden 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, InvStG, 2016, Einl. Rz. 29; LÜBBEHÜSEN in BERGER/STECK/LÜBBEHÜSEN, 2010, Vor §§ 11 ff. InvStG Rz. 96). Das abkommensrechtl. Schachtelprivileg ermäßigt den Quellensteuersatz nach dem OECD-MA auf 5 % (BÖDECKER in BÖDECKER/ERNST/HARTMANN, InvStG, 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, 2013, 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, 2013, 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. InvStG 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) als KapGes. qualifiziert, greifen die abkommensrechtl. Vorschriften für KapGes. (SCHMIDT in BÖDECKER/ERNST/HARTMANN, InvStG, 2016, § 19 InvStG Rz. 9a.1). In einer Vielzahl von deutschen

DBA (auch der deutschen Verhandlungsgrundlage zum OECD-MA) sind Ausschüttungen auf Anteilscheine 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 Investorerträge 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, InvStG, 2016, Einl. Rz. 31.1).

► *Relevanz des DBA-Schachtelpivillegs aufgrund § 16 Abs. 3:* Grundsätzlich war die Bedeutung des abkommensrechtl. Schachtelpivillegs 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 (SCHÖNFIELD/HÄCK in SCHÖNFIELD/DITZ, DBA, 2013, Art. 23A/B OECD-MA Rz. 70). § 8b Abs. 1 differenziert 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 dadurch das abkommensrechtl. Schachtelpivilleg 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 LAUERMANN/BIRKER, RdF 2013, 51

[56]). Ausländ. Investmentfonds sind vielfach von der Steuer befreit oder steuerlich transparent (vgl. WENZEL in BLÜMICH, InvStG 2018, § 16 Rz. 25 [2017]; 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 (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 16.16).
- ▶ *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 (BTDucks. 18/8045, 86) und der Auffassung der FinVerw. (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 16.17) 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 2016, Sonderausgabe Nr. 1, 14). Nach der Gesetzesbegründung (BTDucks. 18/8045, 86) und der Auffassung der FinVerw. (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 16.17) 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 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 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 steuerbefreiten Einkünften beruhen. Der Nachweis wird in der Praxis nicht immer leicht zu erbringen sein (vgl. ausführlich 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 stpf. sein. Die stpf. 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 eingriffen 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. InvStG 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, S. 58). Das Schachtelpreivilieg 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 Düsseldorf v. 17.10.2017 – 6 K 1141/14 K,G,F, nrkr., Az. BFH I R 74/17; FG Sachsen-Anhalt v. 22.03. 2017 – 3 K 383/16, nrkr., Az. BFH I R 61/17) haben unter dem DBA Luxemburg, in der bis 2013 geltenden Fassung, bestätigt, dass Ausschüttungen aus einer steuerbefreiten 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 abkommensrechtliche *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 (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 16.18; WENZEL in BLÜMICHL, InvStG 2018, § 16 Rz. 28 [2017]).

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 Rz. 48 [9/2015], § 16 InvStG 2018 Rz. 55 [9/2017]). Eine nominelle (abstrakte) StBelastung ist ausreichend (BTDrucks. 18/8045, 86; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 16.19; HELIOS/MANN, DB 2016, Sonderausgabe Nr. 1, 14; EBNER, NWB 2017, 479 [486]; MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 16 InvStG 2018 Rz. 9; WENZEL in BLÜMICHL, InvStG 2018, § 16 Rz. 26 [2017]; 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 Rz. 10 [5/2016]; ELSE in BECKMANN/SCHOLTZ/VOLLMER, Investment, vor 420 Rz. 90 [12/2015] und § 19 InvStG Rz. 51 [9/2015]; SCHMIDT in BÖDECKER/ERNST/HARTMANN, 2016, § 19 InvStG 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 2016, Sonderausgabe Nr. 1, 14; EBNER, NWB 2017, 479 [487]; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 16.19; ELSE 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 19 Rz. 10 [5/2016]; ELSE in BECKMANN/SCHOLTZ/VOLLMER, Investment, vor 420 Rz. 90 [5/2015]; SCHMIDT in BÖDECKER/ERNST/HARTMANN, 2016, § 19 InvStG 19 Rz. 13, jeweils mwN). Eine sachliche StBefreiung von einzelnen Einkunftsarten (zB von Beteiligungseinkünften) ist auch nach Auffassung der FinVerw. grds. unschädlich (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 16.19, auch MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 16 InvStG 2018 Rz. 9; WENZEL in BLÜMICH, InvStG 2018, § 16 Rz. 26 [2017]). Eine allgemeine Ertragsbesteuerung liegt nach Auffassung der FinVerw. (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 16.19) 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 führen. Hierfür sollte beispielsweise 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 Rz. 10 [5/2016]; WATRIN/EBERHARDT, DB 2014, 795 [796]; HELIOS/KRÖGER in MORITZ/JESCH, 2017, § 19 InvStG Rz. 38; DEMLEITER in HAASE, 2. Aufl. 2015, § 19 InvStG Rz. 73 ff. [zum Zeitpunkt], Rz. 75 [zur Regelmäßigkeit des Nachweises]).

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.

Die Regelungen des Abs. 4 sind nur im Veranlagungsverfahren und nicht im StAbzugsverfahren anzuwenden (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 16.14).

§ 17

Erträge bei Abwicklung eines Investmentfonds

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

(1) ¹Während der Abwicklung eines Investmentfonds gelten Ausschüttungen nur insoweit als Ertrag, wie in ihnen der Wertzuwachs eines Kalenderjahres enthalten ist. ²Zur Ermittlung dieses Wertzuwachses ist die Summe der Ausschüttungen für ein Kalenderjahr zu ermitteln und mit dem letzten in dem Kalenderjahr festgesetzten Rücknahmepreis zusammenzurechnen. ³Übersteigt die sich daraus ergebende Summe den ersten im Kalenderjahr festgesetzten Rücknahmepreis, so ist die Differenz der Wertzuwachs. 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 **Remmel**, LL.M., EMBA, Rechtsanwalt, Bad Nauheim
Mitherausgeber: Dr. Martin **Klein**, Rechtsanwalt/Steuerberater/Fachanwalt für
Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt/M.

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 17	1
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Steuerfreie Kapitalrückzahlungen	5
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. 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.

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. Sollte die Abwicklung eines Investmentfonds bereits vor dem 1.1.2018 begonnen haben, findet § 17 ebenfalls ab 2018 Anwendung (WENZEL in BLÜMICH, InvStG 2018, § 17 Rz. 10 [2017]).

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 [2017]; 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 Teilstellung 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 § 44b Abs. 1 EStG:* § 44b Abs. 1 EStG regelt die Erstattung von KapErtrSt eines in der Liquidationsphase befindlichen Investmentfonds auf stfreie Kapitalrückzahlungen des § 17 (vgl. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 17.2). 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 Kapitalrückzahlung

gen 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 KapErtrStAnmeldung vom BSFA zurück (BTDrucks. 18/8045, 138; BMF v. 3.5.2017 – GZ IV C1 - S 2252/08/10004:020 DOK 2017/0376548, BStBl. I 2017, 739 Rz. 308a; § 44b EStG Anm. J 16-4).

Einstweilen frei.

2–4

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Steuerfreie Kapitalrückzahlungen

5

Begrenzung des steuerpflichtigen Ertrags der Ausschüttungen auf den Wertzuwachs im Kalenderjahr (Abs. 1 Satz 1):

- *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, InvStG 2018, § 17 Rz. 10 [2017]). Der dann stpfl. Teil der Ausschüttungen gem. § 17 unterliegt, sofern die Voraussetzungen des § 20 vorliegen, ebenfalls der jeweiligen Teilstellung, 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. Die Ermittlung des Wertzuwachses wird in Abs. 1 Sätze 2 und 3 geregelt.
- *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, 2. Aufl. 2017, Anh. 1 zu § 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. (Entwurf des BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.34) vertritt allerdings die Auffassung, dass von einer Veräußerung auch bei einer beendeten Abwicklung eines Investmentfonds auszugehen ist. Dies sollte auch in § 2 Abs. 13 ergänzt werden (s. jeweils auch § 19 Anm. 5 u. § 16 Anm. 5).

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.

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 (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 17.7).

Ermittlung des Wertzuwachses für den steuerpflichtigen Ertragsanteil der Ausschüttung (Abs. 1 Sätze 2–3): 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. 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 quotal auf die Kapitalrückzahlung und den verbleibenden Ertrag aufzuteilen ist (BMF v. 3.5.2017 – GZ IV C1 - S 2252/08/10004:020 DOK 2017/0376548, BStBl. I 2017, 739 Rz. 308a; BINDL, RdF 2017, 267).

► *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: SCHULTHEIS 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. 1 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 unerheblich ist, wann dieser im Laufe des Kj. festgesetzt wurde. § 17 regelt nicht den Fall, dass ein Rücknahmepreis nicht festgesetzt worden ist. In diesen Fällen sollte an seine Stelle der Börsen- oder Marktpreis treten; so auch WENZEL in BLÜMICH, InvStG 2018, § 17 Rz. 12 [2017]. Der Gesetzgeber hat im Rahmen von § 18 Abs. 1 Satz 4 und § 22 Abs. 2 Satz 2 ebenfalls diese Regelung vorgesehen. Auch die FinVerw. vertritt in vergleichbaren Fällen diese Auffassung (BMF-Schreiben betr. Einzelfragen zur Abgeltungssteuer; 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. Insofern ist bei diesen auf den Börsenpreis abzustellen. Bei geschlossenen Fonds besteht die Besonderheit, dass ein Börsen- oder Marktpreis grds. nicht vorliegen wird, so dass für die Berechnung auf den *net asset value/NAV* = Nettoinventarwert abzustellen sein wird.

► **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

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 – DOK 2017/0376548, BStBl. I 2017, 739 Rz. 308a). Ist der Wert null oder negativ, sind für das entsprechende Jahr keine stpfl. Ausschüttungen anzusetzen. 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 – DOK 2017/0376548, 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 – DOK 2017/0376548, BStBl. I 2017, 739 Rz. 308a; BTDrucks. 18/8045, 87.

Begrenzung der steuerfreien Kapitalrückzahlung auf einen Zeitraum von fünf Jahren (Abs. 1 Satz 4):

► **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 Zeitraum von fünf Kj. begrenzt (vgl. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 17.3). 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 „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 Sätze 1 bis 4 ist auf den Zeitraum von fünf Kj. begrenzt.

6–9 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 beispielsweise der Zeitpunkt gem. § 100 KAGB (vgl. BTDrucks. 18/8045, 87; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 17.4). Dies ist 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; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 17.4). Nach Auffassung der FinVerw. (vgl. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 17.4) ist der Nachweis eines früheren Abwicklungsbeginnes als der Zeitpunkt des Erlöschens des Verwaltungsrechts ausgeschlossen. § 100 KAGB gilt für alle offenen inländ. Sondervermögen, mithin sowohl für Publikumssondervermögen als auch für Spezialsondervermögen (MÜNCHEN in BAUR/TAPPEN, Investmentgesetze, 3. Aufl. 2016, § 100 KAGB Rz. 3). 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. 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 nachweisen 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.
- *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; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 17.4). 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.

- *Nach Abs. 1 steuerfreie Ausschüttungen:* Siehe Anm. 5.
- *Minderung:* Die AK des Investmentanteils sind um die nach Abs. 1 Satz 1 steuerneutralen Kapitalrückzahlungen, dh. stfrenen Ausschüttungen, zu mindern (vgl. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 17.4; vgl. BTDrucks. 18/8045, 87; vgl. MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, Anhang 1 InvStG, § 17 Rz. 4). Auswirkungen 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 werden die (ursprünglichen) AK um die gem. Abs. 1 ermittelten stfrenen Kapitalrückzahlungen reduziert. Zu einem Berechnungsbeispiel s. BMF v. 3.5.2017 – GZ IV C1 - S 2252/08/10004:020 – DOK 2017/0376548, BStBl. I 2017, 739 Rz. 308a.

§ 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 **Remmel**, LL.M., EMBA, Rechtsanwalt, Bad Nauheim

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

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 18	1
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Ermittlung der Vorabpauschale	10
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Zeitanteilige Ermäßigung der Vorabpauschale im Anschaffungsjahr	15
D. Erläuterungen zu Abs. 3: Zuflussfiktion	20
E. Erläuterungen zu Abs. 4: Basiszins	25

1

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 18

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 Spezialfonds: s. § 34) das bisherige Konzept der ausschüttungsgleichen 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 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 strechl. Intransparenz – mit der prinzipiellen Folge einer wirksamen und dauerhaften Abschirmung der Fondserträge vom Anleger – relativiert (vgl. KAMMETER, ISR 2016, 99 [104]). Die Vorabpauschale kommt grds. dann zur Anwendung, 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 unterliegen.

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 KAMMETER, ISR 2016, 99 [105]; aA MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, Anhang 1 InvStG 2018, § 18 Rz. 4).

Vereinbarkeit mit Europarecht: In der Literatur (WASSERMAYER, 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. InvStG 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 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 gehalte- ne 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).
- *Verhältnis zu § 20:* Die Regelungen der Teilstellung finden Anwendung auf die Vorabpauschale, s. § 20 Anm. 5.
- *Verhältnis zu § 23:* Bei der Verschmelzung von Investmentfonds sollten die Vorabpauschalen der jeweiligen Fonds entsprechend zu ermitteln und anzusetzen sein (§ 23).
- *Verhältnis zu § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5, § 43a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG:* Siehe § 16 Anm. 1.
- *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 (BTDruks. 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 (BTDruks. 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. BTDruks. 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 Nicht-

erhebung der KapErtrSt ihrem BSFA anzugeben. 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).

Im Rahmen des InvStG 2004 hatte der inländ. Fonds der inländ. Depotbank Liquidität zur Verfügung stellen müssen, damit diese auf die stpfl. Thesaurierungs-erträge KapErtrSt für die Anleger einbehalten konnte. Da die inländ. Depotban-ken 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 „nachgeholten“ StAbzug der akku-mulierten thesaurierten Erträge, die der Stpfl. im Jahr der Veräußerung im Rah-men der Veranlagung mit den bereits erklärt stpfl. Thesaurierungsbeträgen seiner Haltedauer des Fonds verrechnen lassen konnte (vgl. im Detail RONIG in BÖDECKER/ERNST/HARTMANN, 2016, § 7 InvStG Rz. 197 ff.). Indem die Liquidität für die Vorabpauschale, unabhängig davon, ob diese für einen in- oder ausländ. Investmentfonds erhoben wird, nun vom Anleger zur Verfügung gestellt werden muss, besteht für Anleger, die mit ihren Einkünften der Abgeltungsteuer 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 Depoführung für einen Anleger im Ausland erfolgt, erfolgt kein KapErtrStAbzug 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 zu § 7 Abs. 7 AStG:* § 7 Abs. 7 AStG regelt, dass die Vorschriften des InvStG in der jeweils geltenden Fassung anzuwenden sind und damit Vor-rang vor dem AStG haben. Die Erträge des Investmentfonds sind aufgrund die-
ser Sonderregelung auf Ebene des Anlegers nicht der Hinzurechnungsbesteue-
rung zu unterwerfen (STADLER/MAGER, DStR 2016, 697 [701]; STADLER/BINDL,
DStR 2016, 1953 [1961]; HELIOS/MANN, DB 2016, Sonderausgabe Nr. 1, 16;
WASSERMAYER, EuZW 2016, 841; HAUG, ISR 2016, 597 [608]; BEDNARCYK/MAM-
MEN/MEIER, WPg 2017, 1468 [1475]; MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS,
KAGB, 2. Aufl. 2017, § 18 InvStG 2018 Rz. 9; HAISCH/SCHIEFER, RdF 2017,
235 [235, 242] auch unabhängig davon, ob und wie die Besteuerung der Invest-
menterträge beim Anleger erfolgt, d.h. die Vorabpauschale im Einzelfall keine
Anwendung findet [§ 16 Abs. 2 S. 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. InvStG Anm. 7). Zum Teil wird hierzu in der Literatur die Auffassung ver-
treten, dass dies folgerichtig sei, da die Vorabpauschale bereits eine stl. Trans-
parenz 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 2016, Sonder-
ausgabe Nr. 1, 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 Vorabpau-
schale 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]). 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).

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 (vgl. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, 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. vor genommen hat, entspricht die Vorabpauschale dem Basisertrag.
- *Kalenderjahr:* Es sind alle Ausschüttungen des gesamten Kj. zu berücksichtigen. Ein abweichendes Wj. bzw. Geschäftsjahr des Investmentfonds hat auf die Berechnung der Vorabpauschale keinen Einfluss.

► *Unterschreitet:* Die Ausschüttungen eines Investmentfonds mindern den Basis ertrag und damit im Ergebnis die Vorabpauschale. Die Ausschüttungen können die Vorabpauschale bis auf null mindern (WENZEL in BLÜMICH, InvStG 2018, § 18 Rz. 11 [2017]; MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 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 des Zeitpunktes des Erwerbs der Investmentfondsanteile durch den Anleger (vgl. MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 18 InvStG 2018 Rz. 4; ERNST in Handbuch Besteuerung privater Kapitalanlagen; 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/KEMPF, 3. Aufl. 2017, § 18 InvStG 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, 2. Aufl. 2017, § 18 InvStG 2018 Rz. 4; ERNST in Handbuch Besteuerung privater Kapitalanlagen; 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 (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, 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 (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 18.7). 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 (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 18.6; WENZEL in BLÜMICH, InvStG 2018, § 18 Rz. 13 [2017]; MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 18 InvStG 2018 Rz. 2).

► *70 % des Basiszinses nach Abs. 4:* Siehe Abs. 4 (Anm. 25).

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 zuzüglich der Ausschüttungen innerhalb des Kj. ergibt (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, 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 Investmentfonds 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 2016, Sonderausgabe Nr. 1, 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, 2. Aufl. 2017, Anhang 1 InvStG 2018, § 18 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:

(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: Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 18.3. Zur Umrechnung bei in fremden Währungen notierten Investmentanteilen s. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 18.4.

Einstweilen frei.

11–14

**C. Erläuterungen zu Abs. 2:
Zeitanteilige Ermäßigung der Vorabpauschale im
Anschaffungsjahr**

15

Jahr des Erwerbs der Investmentanteile: Im Jahr des Erwerbs 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. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 18.6.

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 Begründung wurde im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens nicht angepasst) von der „Verminderung des Basisertrages“ (BTDdrucks. 18/8045, 90; MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, Anhang 1 InvStG 2018, § 18 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 (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 18.10).

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 un-

erheblich, ob die Ausschüttungen vor oder nach dem Erwerbszeitpunkt des Anlegers zufließen.

Berechnungsschema der Vorabpauschale bei unterjährigem Erwerb:

Vorabpauschale Fondsebene

– 1/12 der Vorabpauschale pro vollem Monat vor Erwerb

× Teilfreistellungssatz (s. § 20)

= Vorabpauschale Anlegerebene (Besitzzeitanteilig)

Beispielrechnung: Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 18.10 iVm. 18.3.

16–19 Einstweilen frei.

20

**D. Erläuterungen zu Abs. 3:
Zuflussfiktion**

Die Vorabpauschale gilt als am ersten Werktag des folgenden Kj. zugeflossen: Der Zufluss wird auf den ersten Werktag des folgenden Kj. fingiert („gilt als“), für das die Vorabpauschale gem. Abs. 1 berechnet wird (vgl. HELIOS/MANN, DB 2016, Sonderausgabe Nr. 1, 15 Fn. 236). Das Geschäftsjahresende des Fonds ist für den Zufluss der Vorabpauschale unerheblich (vgl. MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 18 InvStG 2018 Rz. 6; ERNST in Handbuch Besteuerung privater Kapitalanlagen, Kap. C, Rz. 495). Erstmals wird die Vorabpauschale für das Kj. 2018 berechnet. Der erste Zufluss einer Vorabpauschale findet 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, InvStG 2018, § 18 Rz. 22 [2017]; s. § 19 Anm. 5).

Betriebliche 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/BINDEL, DStR 2016, 1953 [1958]; HELIOS/MANN, DB 2016, Sonderausgabe Nr. 1, 16; ZINOWSKY/GRABOWSKI, IRZ 2017, 201 [205]). Entsprechendes gilt für Einnahmenüberschussrechner durch den Ansatz eines Merkpostens (BTDrucks. 18/8045, 89; STADLER/BINDEL, DStR 2016, 1953 [1958]; HELIOS/MANN, DB 2016, Sonderausgabe Nr. 1, 16). Der Ausgleichsposten und der Merkposten sind keine abschreibungsfähigen WG (BTDrucks. 18/8045, 89; MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, Anhang 1 InvStG 2018, § 19 Rz. 2; s. auch § 19 Anm. 5 zu „vermindern“).

Sofern ein Dach-Investmentfonds Anleger eines Investmentfonds ist, ist die Vorabpauschale nicht bei ihm zu erfassen, sondern ist beim Anleger des Dach-Investmentfonds als Ertrag stpfl.

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 Vorabpau-

schale 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. vorgenommenen Ausschüttungen entsprechend bei Zufluss der (jeweiligen) Ausschüttungen im Kj. und der Vorabpauschale gemäß dem fiktiven Zufluss des Abs. 3 im Folgejahr. Ein Investmentfonds hat die Möglichkeit, im Rahmen seiner Ausschüttungspolitik die Vorabpauschale zu vermeiden, sofern investmentaufsichtsrechtliche Vorgaben und die jeweiligen Fondsdocumente dies zulassen (WENZEL in BLÜMICH, InvStG 2018, § 18 Rz. 11 [8/2017]).

Die fiktive Verlagerung des Zuflusses auf den Beginn des Folgejahres hat den Hintergrund, 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. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 18.2).

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 (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 18.12). 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.

Veröffentlichung im Bundessteuerblatt (Abs. 4 Satz 3): Der Basiszins wird vom Bundesfinanzministerium jährlich im Bundessteuerblatt – und für einen vorübergehenden Zeitraum – auch auf der Internetseite des BMF veröffentlicht (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 18.13). Das BMF hat mit Schreiben 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 % bekannt gegeben.

§ 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 Besitzzeit 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 **Remmel**, LL.M., EMBA, Rechtsanwalt, Bad Nauheim
Mitherausgeber: Dr. Martin **Klein**, Rechtsanwalt/Steuerberater/Fachanwalt für
Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 19 1

B. Erläuterungen zu Abs. 1:
Veräußerungsgewinnermittlung 5

C. Erläuterungen zu Abs. 2:
Veräußerungsfiktion bei Verlust der
Eigenschaft als Investmentfonds 10

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 19

1

Grundinformation: Beim Gewinn aus der Veräußerung von Investmentanteilen handelt es sich um einen Investmentertrag 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 Einkünfteermittlung 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, 2. Aufl. 2017, § 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, InvStG 2018, § 19 Rz. 16 [2017]).

► *Verfassungsrechtlich* bedenklich ist, dass die Liquidation nicht vom Veräußerungstatbestand erfasst ist (§ 20 EStG Anm. J 16-6).

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 § 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 Veräußerungsgewinnermittlung in voller Höhe zu berücksichtigen. Die Teilstellung gem. § 20 findet hierbei keine Anwendung. Auf den um die Vorabpauschalen gekürzten (Veräußerungs-)Gewinn des Investmentfonds findet die Teilstellung Anwendung (vgl. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 19.6; § 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, wenn sich der Teilstellungssatz ändert oder wegfällt, s. § 22 Anm. 1.

► *Verhältnis zu § 43 Abs. 1 Nr. 9, § 43a Abs. 1 Satz 1 Nr. EStG:* Der Veräußerungsgewinn unterliegt der KapErtrSt (PATZNER/NAGLER in PATZNER/DÖSER/KEMPF, 3. Aufl. 2017, § 19 InvStG Rz. 1; 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 (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 19.7 iVm. Rz. 19.1).

**B. Erläuterungen zu Abs. 1:
Veräußerungsgewinnermittlung**

5

Ermittlung des Gewinns aus der Veräußerung von Investmentanteilen (Abs. 1 Satz 1): 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.

► *Veräußerung von Investmentanteilen:* Neben der Veräußerung sind dies auch die Rückgabe, Abtretung, Entnahme oder verdeckte Einlage von Investmentanteilen (BTDrucks. 18/8045, 89; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, 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 ist vom Wortlaut des Veräußerungsbegriffes gemäß § 2 Abs. 13 nicht gedeckt. Dies ist 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 2016, Sonderausgabe Nr. 1, 13). Das BMF (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.34) vertritt nun 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). Der Einbeziehung der Liquidation in den Veräußerungsbegriff ist zuzustimmen. 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 Erträge sind dann gem. § 16 Abs. 1 Nr. 1 voll stpfl. Die temporäre „Zuviel“-Besteuerung wird wohl durch die Regelung des § 17 nicht beseitigt (vgl. im Erg. auch MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, 2. Aufl. 2017, Anh. 1 zu § 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 Entscheidung 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. 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 (BTDucks. 18/8045, 89; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 19.2).

► *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, 2. Aufl. 2017, Anhang 1 InvStG 2018, § 19 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 (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 19.8, 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 Teilstellung, so findet diese auf den um die Vorabpauschale gekürzten Gewinn (Sätze 3 und 4) Anwendung (BTDucks. 18/8045, 89).

Keine Anwendung von § 20 Abs. 4a EStG (Abs. 1 Satz 2): Satz 2 regelt die Nichtanwendung der besonderen Regelungen für Kapitalmaßnahmen gem. § 20 Abs. 4a EStG (vgl. BTDucks. 18/8045, 89; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 19.3). Ein steuerneutraler Anteiltausch ist daher nicht nach § 20 Abs. 4a EStG, sondern nur unter den Voraussetzungen des § 23 möglich (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, 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 Kapitalver-

mögen 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).

Minderung des Gewinns um die besitzzeitanteiligen Vorabpauschalen (Abs. 1 Satz 3): 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 Einnahmenüberschussrechnern wurde ein jährlicher Merkposten gebildet.

► **Vermindern:** Die während der Besitzzeit der Investmentanteile angesetzten Vorabpauschalen werden vom Gewinn abgezogen, um eine Überbesteuerung zu vermeiden (BTDrucks. 18/8045, 89; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 19.4; DEXP, DB 2017, 447 [449: systemgerecht]). Der Veräußerungserlös wird durch eine Vorabpauschale auch – über den Wortlaut hinaus (WENZEL in BLÜMICH, InvStG 2018, § 19 Rz. 11 [8/2017]) – dann gemindert, wenn diese zwar angesetzt wurde, aber beispielsweise aufgrund des Sparer-Pauschbetrags (BTDrucks. 18/8045, 89; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 19.5), einer Nichtveranlagungsbescheinigung oder einer Verlustverrechnung auf Bankebene (DEXP, DB 2017, 447 [449]; MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, Anhang 1 InvStG 2018, § 19 Rz. 2) (teilweise) nicht besteuert wurde. Durch diese Korrektur soll eine Doppelbesteuerung vermieden werden (DEXP, 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; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 19.5). 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; Entwurf Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 19.4; STADLER/BINDL, DStR 2016, 1953 [1958]; HELIOS/MANN, DB 2016, Sonderausgabe Nr. 1, 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).

Berücksichtigung der Vorabpauschalen ohne Anwendung der Teilstellung in voller Höhe (Abs. 1 Satz 4): Satz 4 regelt die Berücksichtigung der angesetzten Vorabpauschale ungeachtet etwaiger Teilstellung.

► *Angesetzte Vorabpauschalen:* Siehe Erläuterungen zu Abs. 1 Satz 3.

► *Ungeachtet einer möglichen Teilstellung nach § 20 in voller Höhe zu berücksichtigen:* Die Teilstellungssätze, 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 Teilstellungssätze mindern die (kumulierten) Vorabpauschalen ohne Abzüge stfreier Teilstellungen in voller Höhe den Veräußerungsgewinn.

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 InvStG 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 Teilstellung)
 = Gewinn/Verlust aus der Veräußerung des Investmentanteils
 – Teilstellungssatz
 = stpfl. Gewinn/Verlust aus der Veräußerung des Investmentanteils

6–9 Einstweilen frei.

10

**C. Erläuterungen zu Abs. 2:
Veräußerungsfiktion bei Verlust der Eigenschaft als
Investmentfonds**

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:* „Fällt“ 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). Sollte 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; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 19.10). Maßgeblicher Zeitpunkt soll nach Auffassung der FinVerw. (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 18.10) der Tag sein, an dem die Vo-

raussetzungen erstmalig nicht mehr erfüllt werde. Dies kann beispielsweise 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, 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.

► *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 (BTDucks. 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 (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010: 001, Rz. 19.12).

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. (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 19.11) in dem Veranlagungsjahr zu versteuern, in dem die Fiktion eingetreten ist, da das Gesetz für diesen Fall keine Stundung der auf den Veräußerungsgewinn entfallenden Steuer vorgesehen hat, wie dies § 52 Abs. 2 Satz 4 regelt. Die FinVerw. verweist auf die Regelung des Wegfalls der Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds, 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.

Als Veräußerungserlös „gilt“ (Abs. 2 Satz 2): Satz 2 regelt mittels einer Fiktion den Veräußerungserlös. Auch der Wert der Veräußerung wird mittels einer Fiktion („gilt“) bestimmt.

► *Gemeiner Wert:* Für die Bemessung des Erlös aus der fiktiven Veräußerung gem. Satz 1 wird auf den allgemeinen Wert der Investmentanteile abgestellt (BTDucks. 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).

► *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.

Anhang zu § 20

§ 20

Teilfreistellung

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

(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 Nr. 40 Satz 3 oder 4 des Einkommensteuergesetzes oder § 8b Abs. 7 des Körperschaftsteuergesetzes ist und der Investmentanteil dem Handelsbuch zuzurechnen ist oder mit dem Ziel der kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolges erworben wurde.

(2) Bei Mischfonds ist die Hälfte der für Aktienfonds geltenden Aktienteilfreistellung anzusetzen.

(3) ¹Steuerfrei sind bei Immobilienfonds (Immobilienteilfreistellung)

1. 60 Prozent der Erträge, wenn gemäß den Anlagebedingungen fortlaufend mindestens 51 Prozent des Wertes des Investmentfonds in Immobilien und Immobilien-Gesellschaften angelegt werden, oder
2. 80 Prozent der Erträge, wenn gemäß den Anlagebedingungen fortlaufend mindestens 51 Prozent des Wertes des Investmentfonds in ausländischen Immobilien und Auslandsimmobiliengesellschaften angelegt werden. ²Auslands-Immobiliengesellschaften sind Immobiliengesellschaften, die ausschließlich in ausländische Immobilien investieren.

²Die Anwendung der Immobilienteilfreistellung schließt die Anwendung der Aktienteilfreistellung aus.

(4) Weist der Anleger nach, dass der Investmentfonds die Anlagegrenzen 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/M.

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 20	1
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Teilfreistellung bei Aktienfonds	5
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Teilfreistellung bei Mischfonds	10
D. Erläuterungen zu Abs. 3: Teilfreistellung bei Immobilienfonds	15
E. Erläuterungen zu Abs. 4: Teilfreistellung auf Antrag des Anlegers	20
F. Erläuterungen zu Abs. 5: Berücksichtigung der Teilfreistellungssätze bei der Gewerbesteuer	30

1

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 20

Grundinformation: Abs. 1 regelt 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 (60 % bzw. 80 %) und dass die Anwendung der Immobilienteilfreistellung die gleichzeitige Anwendung der Aktienteilfreistellung für einen Investmentfonds ausschließt. 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.

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 (BTDdrucks. 119/16, 58; STADLER/BINDL, DStR 2016, 1953 [1959]; HELIOS/MANN, DB 2016, Sonderausgabe Nr. 1, 16). 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 (BRDdrucks. 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 Teilstellungungen 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 Teilstellung ist auf alle Ertragsarten (§ 16 Abs. 1) eines Investmentfonds anzuwenden. Sofern ein Investmentfonds nicht in einer dieser drei Kategorien fällt, hat der Anleger die Erträge voll zu versteuern.

Geltungsbereich:

- *Sachlicher Geltungsbereich:* § 20 regelt die Voraussetzungen, für welche Investmentfonds die Teilstellung zur Anwendung kommt, und die Höhe der Teilstellungssätze, 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.

Verhältnis zu anderen Vorschriften:

- *Verhältnis zum Europarecht:* Die Nachweismöglichkeit des Anlegers im Veranlagungsverfahren gem. Abs. 4, dass der Investmentfonds die Voraussetzung der Teilstellung 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 Teilstellung auf inländ. Anleger eines inländ. und ausländ. Investmentfonds werden Zweifel an der EU-Rechts-Konformität geäußert (zum Meinungstand MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 20 InvStG 2018 Rz. 4 und MANN in BLÜMICH, InvStG 2018, § 20 Rz. 6 [8/2017]).
- *Verhältnis zum Verfassungsrecht:* In der Literatur (MANN in BLÜMICH, § 20 InvStG 2018 Rz. 7 (mit ausführlicher Begründung) [8/2017]) wird die Vereinbarkeit mit dem Verfassungsrecht bejaht, da insbes. gegen die typisierende Freistellung bei den Anlegern, d.h. unabhängig von der tatsächlichen Vorbelastung auf Fondsebene, keine Bedenken bestehen.
- *Verhältnis zu § 6:* § 6 Abs. 2 normiert, dass ein Investmentfonds selbst mit bestimmten Einkünften der KSt und unter besonderen Voraussetzungen des § 15 der GewSt unterliegt (intransparentes Besteuerungsregime; s. Einf. InvStG 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 Teilstellung findet auf alle Ertragsarten des § 16 Abs. 1 Anwendung (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 20.1).
- *Verhältnis zu § 17:* Die Teilstellung findet auf den stpfl. Teil des Ertrags Anwendung.

► *Verhältnis zu § 22:* Keine Teilstellung 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 Teilstellung nach § 20 entsprechend anzuwenden.

► *Verhältnis zu § 43a Abs. 2 Satz 1 EStG:* § 43a Abs. 2 Satz 1 EStG regelt die Berücksichtigung der Teilstellungssätze im KapErtrStAbzugsverfahren. Im Rahmen des KapErtrStAbzugs werden nur die geringeren Teilstellungssätze für Privatanleger berücksichtigt. Die höheren Teilstellungssätze für die betrieblichen Anlegergruppen bei Aktien- und Mischfonds sind im Rahmen der Veranlagung geltend zu machen (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 20.5; BÖCKER, NWB 2016, 2789 [2793]). Die Berücksichtigung der Teilstellungssätze 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 (BTDdrucks. 18/8739, 119; STADLER/BINDL, DStR 2016, 1953 [1960]). § 43a Abs. 2 EStG verweist bezüglich der Nichtanwendung der stl. anlegergruppenbezogenen Teilstellungssätze 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 Teilstellungssätze für Mischfonds regelt. Hierzu wird die Auffassung vertreten, dass es sich insoweit um ein redaktionelles Versehen des Gesetzgebers handele (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 (BTDdrucks. 18/8739, 119). Daher würde der gesetzgeberische Wille nicht erreicht werden, wenn diese Vereinfachungsregelungen bei Mischfonds nicht gelten würden. Durch die Zugrundeliegung der für den Privatanleger geltenden Teilstellungssätze im StAbzugsverfahren soll jedoch erreicht werden, dass diese nicht zur Steuer veranlagt werden müssen, um in den Genuss der Teilstellungen zu gelangen und der KapErtrStAbzug damit abgelöste Wirkung entfalten kann (BTDdrucks. 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 Teilstellungssätze 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 Teilstellung 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 „Teilstellung“ von 15 % für fondsgebundene Lebensversiche-

rungen (DELP, DB 2017, 447 [455]). Eine Teilfreistellung bei der Auszahlung von Leistungen aus fondsgebundenen Lebensversicherungen hat der Gesetzgeber jedoch nicht berücksichtigt für den Fall, dass der Versicherungsnehmer sich die Versicherungsleistung als Rente auszahlen lässt, da § 22 EStG im Rahmen der Investmentsteuerreform nicht geändert wurde.

Einstweilen frei.

2–4

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Teilfreistellung bei Aktienfonds

5

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 (BTDdrucks. 18/8045, 90; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 20.1). Entsprechendes gilt für die weiteren, der Veräußerung gleichgestellten Realisationsstatbestände gem. des BMF-Entwurfsschreibens v. 11.8.2017 (IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.34). Die Teilfreistellung findet gleichermaßen Anwendung, wenn negative Erträge erzielt werden (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 20.2) und 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 (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, 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 Investmentfonds wie Zinserträge und Gewinne aus Derivaten. Das heißt, sofern zB die Voraussetzungen des Aktienfonds erfüllt sind, also der Investmentfonds neben den weiteren Voraussetzungen mindestens 51 % seines Werts in Kapitalbeteiligungen anlegt, ist es unerheblich, in welche weiteren Anlagegegenstände der Investmentfonds investiert. Auch wenn die weiteren Anlagen zu 49 % in Rentenpapiere erfolgen, die auf Ebene des Investmentfonds nicht kstpfl. sind (§ 6 Anm. 15) und meist bei ausländ. Rentenpapieren auch keiner (Quellen-)Steuer im Ausland unterliegen, werden 30 % aller Erträge im PV freigestellt (vgl. BTDdrucks. 18/8045, 54). Im Gesetzgebungsverfahren (BTDdrucks. 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 kritisiert, 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 (BTDdrucks. 18/8739, 97).

► *Stellungnahme:* Ob das Teilsteuersystem im Vergleich zur Besteuerung unter dem InvStG 2004 zu einer Besser- oder Schlechterstellung des Anlegers im stl. Sinne führt, kann 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 InvStG 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 Handbuch Besteuerung privater Kapitalanlagen, Kap. C, Rz. 524 ff.

Zu beachten ist, dass die Festlegung der Investmentfondsanlage zu 25 % bzw. 51 % in Kapitalbeteiligungen bzw. zu 51 % 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 Nicheinhaltung kann jedoch andererseits einen entscheidenden Einfluss auf die Nachsteuerrendite des Anlegers haben. Die Entscheidung, 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 strecht. Besonderheiten ohnehin oft keine Berücksichtigung finden.

Aktienteilsteuersatz 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. Erträge, so dass die Aktienteilsteuersatz auf in- und ausländ. Erträge gleichermaßen Anwendung findet. Die Teilsteuersatz iHv. 30 % stellt den Grundsatz bei Aktienfonds dar und ist insoweit anwendbar, als keine spezielleren Regelungen in § 20 Abs. 1 Sätze 2ff., Abs. 2 oder 3 getroffen werden. Dieser Teilsteuersatz 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. Dividenden ertrag aus Aktien werden auf Ebene des Investmentfonds nicht besteuert (BTDucks. 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 (BTDucks. 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 Teilsteuersatz kein entsprechender Ausgleich gefunden worden wäre (BTDucks. 18/8045, 90). Den im Gesetz vorgesehenen Freistellungssätzen liegen wissenschaftliche Studien zugrunde (BTDucks. 18/8045, 90), aufgrund der durchschnittlichen Dividendenerträge berechnet und die darauf entfallende Vorbelastung zugrunde gelegt wurden. Es erfolgte damit eine typisierende Berechnung. Es wurden daher nicht die jeweiligen tatsächlichen Dividendenerträge dem jeweiligen Anteil der Anleger zugeordnet und die tatsächliche Vorbelastung

berücksichtigt. Diese typisierende Berechnung ergab eine 30 %ige Aktienteilstellung 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 Tatbestandmerkmals Aktienfonds. Aktienfonds sind in § 2 Abs. 6 definiert. Danach sind Aktienfonds Investmentfonds, die gemäß den Anlagebedingungen fortlaufend mindestens 51 % ihres Werts in Kapitalbeteiligungen anlegen (§ 2 Anm. 12). 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). (§ 2 Abs. 8 Nr. 2; s. ausführl. und krit. § 2 Anm. 14; BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010: 001, BeckVerw. 342885, Nr. 1 und 2; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.18). 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). Gemäß § 2 Abs. 8 Satz 2 gelten mit Ausnahme der Fälle des Satzes 1 Nr. 3 oder 4 Investmentanteile nicht als Kapitalbeteiligungen. Im Rahmen der Definition, wann ein Investmentfonds als Aktienfonds qualifiziert bzw. eine Kapitalbeteiligung vorliegt, haben sich in der Praxis eine Reihe von sehr spezifischen Fragestellungen herausgebildet (s. dazu im Detail und mit entsprechenden Stellungnahmen § 2 Anm. 14), zB: keine Abbildung der Wertentwicklung synthetisch mittels Finanzderivaten möglich (BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010: 001, BeckVerw. 342885, Nr. 1; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.16); Investmentfonds kann das Wertänderungsrisiko aus den gehaltenen Kapitalbeteiligungen absichern (BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010: 001, BeckVerw. 342885, Nr. 1; bei der Ermittlung des anteilig auf Kapitalbeteiligungen entfallenden Vermögens eines Investmentfonds ist auf den Wert der vom Investmentfonds gehaltenen Vermögensgegenstände (Aktiva) abzustellen (Aktivvermögen, BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010: 001, BeckVerw. 342885, Nr. 1, mit Besonderheiten in bestimmten Fällen; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.11; MANN in BLÜMICHT, InvStG 2018, § 20 Rz. 17 [8/2017]; aa BINDEL/MAGER, BB 2016, 2711 [2716]; ERNST in Handbuch Besteuerung privater Kapitalanlagen, Kap. C, Rz. 50). Für OGAW und auch AIF ist, wenn jeweils die besonderen Voraussetzungen erfüllt sind, nicht zu beanstanden, wenn auf den Nettoinventarwert abgestellt wird (BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010: 001, BeckVerw. 342885, Nr. 1; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.12). Zuordnung von Kapitalbeteiligungen bei Wertpapieranleihe und Wertpapierpensionsgeschäft (s. BMF v. 21.12.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :016, Rz. 1). Bei Dach-Investmentfonds (zur Definition und Besonderheiten bei Dach-(Spezial)-Investmentfonds s. EBNER, RdF 2017, 305 [308]) ist nicht zu beanstanden, wenn auf die in den Anlagebedingungen des Ziel-Investmentfonds vorgesehene Kapitalbeteiligungs-Mindestquote abgestellt wird (BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010: 001, BeckVerw. 342885, Nr. 1; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.14; BMF v. 8.11.

2017 – IV C 1 - S 1980-1/16/10010 :010, Tz. 2, mit weiteren Erleichterungen für Dach-Investmentfonds; BMF v. 21.12.2017 – IV C 1 - S 1980-1/16/10010 :016, Rz. 1 zu Unterschreitung der Kapitalbeteiligungsquote in 2018 bei Dach-Investmentfonds). Kapitalbeteiligungen, die nur mittelbar über PersGes. gehalten werden, sollen bei der Ermittlung der Kapitalbeteiligungsquote unberücksichtigt bleiben (BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010: 001, BeckVerw. 342885, Nr. 1; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.20; krit § 2 Anm. 12; aA MANN in BLÜMICH, InvStG 2018, § 20 Rz. 18 [8/2017]). Dies betrifft den Fall, wenn 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 Teilstellungssätze s. § 22.

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 Aktienfonds qualifiziert ist, hängt die Höhe der Teilstellung 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, s. zum Halten der Anteile über eine Mitunternehmerschaft die Anm. zu Abs. 1 Satz 3).
- *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 Teilstellungssatz soll in pauschaler Form die Stbefreiung von Veräußerungsgewinnen aus Aktien gem. § 3 Nr. 40 EStG ausgeglichen werden (BTDrucks. 18/8045, 90).

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]). Sofern sich Anleger mittelbar über Personengesellschaften an einem Investmentfonds beteiligen, ist fraglich, ob die Teilstellungssätze 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) Teilstellungssätze gelten.

► *Mitunternehmerschaften (gewerbliche PersGes.):* In der Literatur wird bezüglich Mitunternehmerschaften 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 Mitunternehmerschaften sind für die im Gesamthandsvermögen gehaltenen Investmentfondsanteile selbst die Anleger

und nicht die Mitunternehmer. Die erhöhte Aktienteilstellung steht dem Anleger aufgrund der Definition in § 2 Abs. 10 jedoch zu, welchem die Investmentanteile nach § 39 AO zuzurechnen sind. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG sperrt jedoch die Zurechnung zu den Mitunternehmern gem. § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO. Da die Mitunternehmerschaften weder natürliche Anleger (Satz 2) noch kstpfl. (Satz 3) sind, kommt für diese die erhöhte Teilstellung nicht zur Anwendung (ausführl. NEUMANN, DB 2016, 1779; s. auch HELIOS/MANN, DB 2016, Sonderausgabe Nr. 1, 16 Fn. 254). Aus systematischen Gründen sollte der Gesetzgeber regeln, dass auf die Mitunternehmer für die Anwendung der Teilstellungssätze zB entsprechend § 8b Abs. 6 KStG durchgeschaut wird (NEUMANN, DB 2016, 1779; im Erg. auch JANZEN/GREGER, DStR 2018, 282 [283], auch zur Auswirkung auf die [gewerbestpfl.] Gesellschafter der PersGes.).

► *Vermögensverwaltende Personengesellschaft:* Sofern ein Anleger über eine vermögensverwaltende PersGes. an einem Investmentfonds beteiligt ist, sollte hinsichtlich der Höhe der Teilstellungssätze aufgrund der steuerlichen Transparenz auf die Anleger der Personengesellschaft 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 [gewerbestpfl.] Gesellschafter der PersGes.). Eine entsprechende Bestätigung der FV wäre wünschenswert.

Die FinVerw. weist bei PersGes. darauf hin, dass die Teilstellung nicht im Rahmen der gesonderten und einheitlichen Feststellungen der Besteuerungsgrundlagen zu berücksichtigen ist, sondern erst anschließend im Rahmen der Veranlagung des jeweiligen Gesellschafters anzuwenden ist (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 20.7).

► *Dem KStG unterliegen:* Es gelten hier die allgemeinen Regelungen zur StPflicht des ersten Teils des KStG (§§ 1 bis 6a KStG). Im Rahmen der betrieblichen Altersvorsorge bestehen keine Besonderheiten hinsichtlich der Anwendung der Teilstellungsregelungen, wenn ein Unternehmen die Investmentanteile zur Absicherung von Direktzusagen hält (JANSEN/GREGER, RdF 2017, 138 [142]). Gleichermaßen gilt für nicht-versicherungsförmige Pensionsfonds iSd. § 236 Abs. 2 VAG, jedoch ist hierbei auf das Zusammenspiel aus steuerbilanzieller Methodik und der Anwendung der Teilstellungsregelungen hinzuweisen (s. ausführl. JANSEN/GREGER, RdF 2017, 138 [144]). Da Pensions- und Unterstützungskassen 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]).

► *Aktienteilstellung 80 %:* Für diese Anlegergruppe gilt eine Ausnahme von dem in Satz 1 festgelegten Grundsatz und es kommt die erhöhte Aktienteilstellung von 80 % der Erträge zur Anwendung. Mit diesem erhöhten Teilstellungssatz soll in pauschaler Form die StBefreiung von Veräußerungsgewinnen aus Aktien gem. § 8b KStG ausgeglichen werden (BTDrucks. 18/8045, 90).

Ausnahmen bei bestimmten betrieblichen Anlegergruppen (Abs. 1 Satz 4): Satz 4 regelt die Rückausnahme für bestimmte betriebliche Anlegergruppen durch Nichtanwendung der in Abs. 1 Sätze 2 und 3 geregelten erhöhten Teilstellungssätze.

► *Die Nichtanwendung der Sätze 2 und 3* regelt die Rückausnahme für die Ausnahmen der erhöhten Teilstellungssätze 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 ein Lebens- oder Krankenversicherungsunternehmen und Investmentanteil ist den Kapitalanlagen zuzurechnen (Abs. 1 Satz 4 Nr. 1):*
- ▷ *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 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 [11/2017]). Hierbei handelt es sich ebenfalls um Anleger, die dem KStG unterliegen, daher war es gesetzestechisch 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 Versicherungsunternehmen 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 Beteiligungen als auch sonstige Kapitalanlagen in Aktien (DÖRSCH/PUNG, DB 2004, 151 [155]). Werden die Investmentanteile nicht den Kapitalanlagen zugerechnet, liegen die Voraussetzungen der Rückausnahme des Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 nicht vor und damit gelten die Teilstellungsregeln 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, 2. Aufl. 2017, Anhang 1 InvStG 2018, § 20 Rz. 7; MANN in BLÜMICH, InvStG 2018, § 20 Rz. 22 [8/2017]), da § 20 Abs. 1 Satz 4 nicht auf Satz 1 des § 20 Abs. 1 verweist (HAISCH, RdF 2016, 329 [331]). Die Nichtanwendung eines höheren Teilstellungssatzes aus Abs. 1 Sätze 2 und 3 ergibt sich aus folgender Überlegung: Der Gesetzgeber wollte verhindern, dass bei Lebens- oder Krankenversicherungsunternehmen der höhere Teilstellungssatz anzuwenden ist, wenn der Investmentanteil den Kapitalanlagen zuzurechnen ist, da die Stbefreiung des § 8b Abs. 2 KStG im Rahmen der Direktanlage nicht für Lebens- oder Krankenversicherungsunternehmen unter den Voraussetzungen des § 8b Abs. 8 KStG gilt (BTDrucks. 18/8739, 103; vgl. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, 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 Beteiligererträge auch die stl. wirksame Rückstellung für Beitragsrückerstattungen 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 zugrundeliegende

den Wertung für den Fall der Direktanlage gilt der erhöhte Teilstellungssatz bei der Zurechnung des Investmentanteils zu den Kapitalanlagen nicht (BTDucks. 18/8739, 103). Der erhöhte Teilstellungssatz des Abs. 1 Satz 2 soll für Anleger, die dem KStG unterfallen, in pauschaler Form die Stbefreiung von Veräußerungsgewinnen aus Aktien gem. § 8b KStG kompensieren, so dass es folgerichtig ist, die Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen von der erhöhten Teilstellung 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 Teilstellung 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 (BTDucks. 18/8739, 115; HELIOS/MANN, DB 2016, Sonderausgabe Nr. 1, 16 Fn. 250).
- ▷ *Anleger ist ein Institut oder Unternehmen nach § 3 Nr. 40 Satz 3 oder 4 EStG oder § 8b Abs. 7 KStG; Investmentanteil ist dem HGB zuzurechnen oder wurde mit dem Ziel der kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolges erworben (Abs. 1 Satz 4 Nr. 2):*
- ▷ *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 oder Satz 4 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).
- ▷ *§ 3 Nr. 40 Satz 3 oder Satz 4 EStG oder § 8b Abs. 7 KStG:* Der Verweis im InvStG beruht noch auf den §§ 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. Es ist zu erwarten, dass der Gesetzgeber den Verweis im InvStG den geänderten Normen des § 8b KStG und § 3 Nr. 40 EStG anpassen wird. Im Einzelnen: In § 8b Abs. 7 Satz 1 KStG wird die aufsichtsrechtl. Regelung zum HGB durch eine handelsrechtl. ersetzt. § 8b Abs. 7 Satz 2 KStG wird grundlegend geändert, auf Mehrheitsgesellschaften der Finanzwirtschaft beschränkt und die betroffenen Anteile neu geregelt. § 8b Abs. 7 Satz 3 KStG

ist gestrichen worden (§ 8b KStG Anm. J 16-2, 16-3 zum zeitlichen Anwendungsbereich). Durch die Streichung wurde die Norm auf Kreditinstitute, Finanzinstitute und Finanzunternehmen erweitert, die einen Sitz in einem Mitgliedstaat der EU oder in einem anderen Vertragsstaat des EWR-Abkommens haben. Aufgrund der parallelen Regelungen wurde entsprechend auch § 3 Nr. 40 Satz 3 EStG grundlegend geändert und Satz 4 ersetztlos gestrichen mit der Folge, dass Satz 5 zu Satz 4 wird (vgl. § 3 Nr. 40 EStG Anm. J 16-2). § 3 Nr. 40 Satz 5 (alte Fassung), Satz 4 (neue Fassung), regelt Unterstützungskassen. Unterstützungskassen wurden von der Regelung des § 20 Abs. 1 Satz 4 Nr. 2 aufgrund des Verweises auf § 3 Nr. 40 alte Fassung nicht erfasst. Aufgrund einer redaktionellen Änderung in § 3 Nr. 40 – Satz 5 wird zu Satz 4 – ist kein gesetzgeberischer Wille zu erkennen, die Unterstützungskassen in die Rückausnahme des Satzes des § 20 Abs. 1 Satz 4 Nr. 2 einzubeziehen. Die Änderungen in § 3 Nr. 40 standen auch in keinem Zusammenhang mit der InvStReform (im Grundsatz auch MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 20 InvStG 2018 Rz. 7; MANN in BLÜMICH, InvStG 2018, § 20 Rz. 23 [8/2017] mit der Begründung, dass Unterstützungskassen keine „Institute oder Unternehmen“ seien). Grundsätzlich wird jedoch weiterhin auf Kreditinstitute, Finanzinstitute und Finanzunternehmen Bezug genommen. Neu ist, dass nur noch Finanzunternehmen von § 3 Nr. 40 Satz 3 Halbs. 2 EStG/§ 8b Abs. 7 Satz 2 KStG erfasst werden, an denen Kreditinstitute oder Finanzdienstleistungsinstitute unmittelbar oder mittelbar zu mehr als 50 % beteiligt sind, und dass 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). Es ist zu erwarten, dass der Gesetzgeber den Verweis im InvStG den geänderten Normen des § 8b KStG und § 3 Nr. 40 EStG anpassen wird.

- ▷ *Investmentanteil ist dem Handelsbuch zuzurechnen oder wurde mit dem Ziel der kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolgs erworben:* Dadurch, dass § 3 Nr. 40 Satz 3 EStG/§ 8b Abs. 7 KStG geändert wurde, richtet sich die Zuordnung nun allein nach den Regelungen des HGB und damit zum Handelsbestand und nicht mehr nach dem Aufsichtsrecht, das aufgrund von § 1a KWG iVm. Art. 103–106 der EU-VO 575/2013 (ABl. EU 2013 Nr. L 176, 1) auf das Handelsbuch abstelltte (vgl. § 8b KStG Anm. J 16-4). Es werden die Anteile vom Teileinkünfteverfahren/§ 8b KStG ausgenommen, die dem Handelsbestand gem. § 340e Abs. 3 HGB zuzuordnen sind. Das Bankenaufsichtsrecht ist zukünftig ohne Bedeutung (§ 8b KStG Anm. J 16-5). Die wesentliche Änderung ist, dass § 340e Abs. 3 HGB eine Umwidmung von Anteilen in den und aus dem Handelsbestand nicht zulässt. 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, 16. Aufl. 2017, § 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 maß-

D. Abs. 3: Teilfreistell. Immobilienfonds Anm. 5–15 **Anhang zu § 20**

gebend sind (vgl. § 8b KStG Anm. J 16-5; s. MANN in BLÜMICH, § 30 InvStG 2018 Rz. 34 [11/2017], zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals des kurzfristigen Eigenhandelserfolgs aus Sicht der FinVerw.).

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, 2. Aufl. 2017, Anhang 1 InvStG 2018, § 20 Rz. 7; MANN in BLÜMICH, InvStG 2018, § 20 Rz. 23 [8/2017]).

Einstweilen frei.

6–9

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 Werts in Kapitalbeteiligungen anlegen (§ 2 Anm. 13). Der Begriff „Kapitalbeteiligung“ wird in § 2 Abs. 8 definiert (§ 2 Anm. 14). 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 Anm. 5 bei Aktienfonds und im Detail; BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010: 001, BeckVerw. 342885, Nr. 1 und 2).

► *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.

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 Höhe der StFreiheit, dh. die Teilfreistellung der Erträge gem. Abs. 3 Nr. 1, hängt davon ab, dass mindestens 51 % des Werts des Investmentfonds in inländ. und/oder ausländ. Immobilien bzw. (Auslands-) Immobiliengesellschaften investiert werden (Teilfreistellung der Erträge iHv. 60 %). Soweit mindestens 51 % des Werts des Investmentfonds in ausländ. Immobilien bzw. Auslands-Immobiliengesellschaften investiert werden, werden 80 % freigestellt (Abs. 3 Nr. 2). 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 die Nr. 1 bzw. die Nr. 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.

► *Immobilienfonds* sind gem. § 2 Abs. 9 Investmentfonds, die gemäß den Anlagebedingungen fortlaufend mindestens 51 % ihres Werts in Immobilien und Immobiliengesellschaften anlegen (§ 2 Anm. 20). Immobiliengesellschaften können rechtsformunabhängig sowohl als KapGes. als auch als PersGes. ausgestaltet sein (BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010: 001, BeckVerw. 342885, Nr. 3). Abs. 3 Nr. 1 und 2 wiederholen die Tatbestandsmerkmale aus § 2 Abs. 9 Satz 1 und ordnen je nach Investition im In- oder Ausland den entsprechenden Teilstellungssatz zu. Ergänzt werden 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 des Investmentanteils als Immobilien fingiert, wird hingegen nicht übernommen, mithin ist dieser – da keine speziellere Regelung in § 20 vorhanden ist, ebenfalls für § 20 Abs. 3 anwendbar. § 20 Abs. 3 enthält keine eigenständige Definition des Immobilienfonds, sondern wiederholt lediglich die für die Definition eines Immobilienfonds notwendigen Tatbestandsmerkmale des § 2 Abs. 9 Satz 1 (vgl. MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, 2. Aufl. 2017, Anhang 1 InvStG 2018, § 20 Rz. 9; MANN in BLÜMICH, InvStG 2018, § 20 Rz. 33 [8/2017]; dazu § 2 Anm. 20). Abs. 3 Satz 2 definiert hingegen zusätzlich das Tatbestandsmerkmal der Auslands-Immobiliengesellschaft. Eine entsprechende Definition ist in den Begriffsbestimmungen des § 2 hierfür nicht enthalten. 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), insbes.: Zur Qualifikation, ob ein Immobilienfonds vorliegt, soll nach Auffassung der FinVerw. (BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010: 001, BeckVerw. 342885, Nr. 3) grds. auf das Aktivvermögen abzustellen sein. Sofern der Immobilienfonds jedoch die Immobilien über Immobiliengesellschaften hält, kann unter Berücksichtigung der Beteiligungsquote bei der Ermittlung der Immobilienquote auf den Verkehrswert (Berücksichtigung der Fremdfinanzierung) der Immobilie zuzüglich der Bewirtschaftungsgegenstände abgestellt werden, wenn sich die Werte aus dauerhaft öffentlich zugänglichen Informationen des Investmentfonds ergeben. Fehlt es an der Veröffentlichung, ist auf den Beteiligungswert abzustellen (im Einzelnen BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010: 001, BeckVerw. 342885, Nr. 3 mit Beispiel; siehe auch KELTERBORN/KÜPPER, BB 2017, 2263 [2266]); aA MANN in BLÜMICH, InvStG 2018, § 20 Rz. 33 [8/2017], der grundsätzlich auf den Beteiligungswert – dh. insb. nach Abzug der Gesellschafterdarlehen – abstellt).

► *60 % der Erträge/Immobilienteilfreistellung (Abs. 3 Nr. 1):* Die Höhe des Freistellungssatzes ist davon abhängig, dass mindestens 51 % des Werts des Investmentfonds in inländ. und/oder ausländ. Immobilien bzw. (Auslands-)Immobiliengesellschaften investiert werden. Hier liegt der Teilstellungssatz 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).

▷ *Anlagebedingungen:* Siehe § 2 Anm. 20.

▷ *Fortlaufend mindestens 51 % des Werts des Investmentfonds:* Siehe § 2 Anm. 20.

- ▷ *Immobilien* (s. § 2 Anm. 20): § 1 Abs. 19 Nr. 21 KAGB definiert den Begriff „Immobilien“ folgendermaßen: Immobilien sind Grundstücke, grundstücks-gleiche Rechte und vergleichbare Rechte nach dem Recht anderer Staaten. Als grundstücks-gleiche Rechte iSv. Satz 1 gelten auch Nießbrauchrechte iSd. § 231 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 KAGB. Das InvStG enthält keine eigenständige Definition des Begriffs, daher gelten gem. § 2 Abs. 1 die Begriffsbestimmungen des KAGB entsprechend (aA MANN in BLÜMICH, InvStG 2018, § 20 Rz. 36 [8/2017], der für die Begriffe Grundstücke und grundstücks-gleiche Rechte eine eigenständige (stl.) Auslegung durch die Finanzverwaltung für geboten hält). Es wird bezüglich der Immobilien in § 20 Abs. 3 Nr. 1 nicht zwischen inländ. und ausländ. Immobilien unterschieden. Da § 1 Abs. 19 Nr. 21 KAGB den Begriff „Immobilie“ auch als vergleichbare Rechte nach dem Recht anderer Staaten definiert, ist es unerheblich, ob eine Investition in in- und/oder in ausländ. Immobilien erfolgt. Es ist auch nicht erforderlich, dass der Anteil an inländ. Immobilien (inklusive inländ. Immobiliengesellschaften) mindestens 51 % betragen muss, um die Immobilienteilstellung gem. § 20 Abs. 3 Nr. 1 zu erreichen. Ebenso ist es ausreichend, dass die Immobilienquote von mindestens 51% insgesamt auch dadurch erreicht wird, dass der Investmentfonds (auch) in ausl. Immobilien (inklusive Ausland-Immobiliengesellschaften) investiert (s. „Immobiliengesellschaft“).
- ▷ *Immobilien und Immobilien-Gesellschaften* ist nicht als kumulative Voraussetzung zu verstehen, sondern vielmehr als „und/oder“.
- ▷ *Immobiliengesellschaften* (s. § 2 Anm. 20): Es wird bezüglich der Immobiliengesellschaften in § 20 Abs. 3 Nr. 1 nicht zwischen inländ. und ausländ. Immobiliengesellschaften unterschieden, daher ist es unerheblich, ob eine Investition in in- und/oder in ausländ. Immobiliengesellschaften erfolgt. Es ist auch nicht erforderlich, dass der Anteil an Immobiliengesellschaften (inklusive inländ. Immobilien) mindestens 51 % beträgt, um die Immobilienteilstellung gem. § 20 Abs. 3 Nr. 1 zu erreichen. Ebenso ist es ausreichend, dass die Immobilienquote von mindestens 51 % insgesamt auch dadurch erreicht wird, dass der Investmentfonds (auch) in Auslands-Immobiliengesellschaften (inklusive ausl. Immobilien) investiert. Ausreichend ist für die 60 % Teilstellung daher, dass insgesamt mindestens 51 % in inländ. und/oder Auslands-Immobiliengesellschaften (inklusive Immobilien) investiert wird. Dafür spricht auch § 20 Abs. 3 S. 1, 1. Teilsatz „Steuerfrei sind bei Immobilienfonds“, der hinsichtlich der Steuerfreiheit nur auf das Vorliegen eines Immobilienfonds als solches abstellt. Diese Steuerfreiheit beträgt dann mindestens nach Abs. 1 60 % und erst sofern die (weitere) Voraussetzung vorliegt, dass die Investition zu mindestens 51 % in Auslands-Immobiliengesellschaften (inkl. ausl. Immobilien) erfolgt, 80 %. Die Investition auch in Auslands-Immobiliengesellschaften (inkl. ausl. Immobilien) hat keinen (positiven) Einfluss auf die (niedrigere) 60%ige Teilstellung, sofern die Voraussetzungen der Nr. 2 nicht erfüllt sind.
- ▷ *Anlegen:* Siehe § 2 Anm. 20.

Rechtsfolge von § 20 Abs. 3 Nr. 1 ist, dass die Erträge aus im Inland oder im Ausland aufgelegten Investmentfonds zu 60 % freigestellt werden, soweit diese mindestens 51 % des Werts in inländ. und/oder ausländ. Immobilien bzw. (Auslands-)Immobiliengesellschaften investieren.

- *80 % der Erträge/Immobilienteilstellung (Abs. 3 Nr. 2 Satz 1):* Die Höhe des Freistellungssatzes ist davon abhängig, ob die Investition des Investmentfonds

zu mindestens 51 % in ausländ. Immobilien bzw. Auslands-Immobiliengesellschaften erfolgt. Bei ausländ. Immobilien erfolgt grds. die Besteuerung des Investmentfonds im Belegenheitsstaat der ausländ. Immobilie. Bei einer überwiegenden Investition in ausländ. Immobilien (inklusive Auslands-Immobiliengesellschaften) ist, um eine Doppelbesteuerung hinsichtlich ausländ. Einkünfte zu neutralisieren (DBA-Privilegien werden nicht mehr durch den Fonds gespielt), eine höhere Freistellung angemessen als bei einer überwiegenden Investition in inländ. Immobilien erforderlich (vgl. BTDRucks. 18/8045, 54).

- *Anlagebedingungen:* Siehe § 2 Anm. 20.
- *Fortlaufend mindestens 51 % des Werts des Investmentfonds:* Siehe § 2 Anm. 20.
- *Ausländische Immobilien und Auslands-Immobiliengesellschaften* ist nicht als kumulative Voraussetzung zu verstehen, sondern vielmehr als „und/oder“ (so auch MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, Anhang 1 InvStG 2018, § 20 Rz. 10 und MANN in BLÜMICH, InvStG 2018, § 20 Rz. 35 [8/2017]).
- *Ausländische Immobilien* sind gem. § 1 Abs. 19 Nr. 21 KAGB vergleichbare Rechte nach dem Recht anderer Staaten, die nach inländ. Recht als Immobilie qualifizieren (s. auch § 2 Anm. 20 sowie Anm. zu „Immobilien“ bei Satz 1 Nr. 1). Es ist unerheblich, ob der Investmentfonds über die mindestens 51 % der Investition in ausländ. Immobilien/Auslands-Immobiliengesellschaften hinaus noch in inländ. Immobilien bzw. Immobiliengesellschaften investiert oder in andere Anlagegegenstände.
- *Auslands-Immobiliengesellschaften* werden in Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 definiert (s. unten).

- *Anlegen:* Siehe § 2 Anm. 20.

Rechtsfolge von Abs. 3 Nr. 2 ist, dass die Erträge aus im Inland oder Ausland aufgelegten Investmentfonds zu 80 % freigestellt werden, soweit diese mindestens 51 % des Werts in ausländ. Immobilien bzw. Auslands-Immobiliengesellschaften investieren.

Auslands-Immobiliengesellschaften (Abs. 3 Nr. 2 Satz 2): Satz 2 enthält – entgegen der sonstigen Systematik des Gesetzes, Begriffe grds. in § 2 zu definieren – die Definition der Auslands-Immobiliengesellschaft. Auslands-Immobiliengesellschaften sind danach Immobiliengesellschaften, die ausschließlich in ausländ. Immobilien investieren. Unerheblich ist, ob es sich um eine im In- oder Ausland errichtete oder ansässige Gesellschaft handelt. Der Gesetzeswortlaut nimmt dahingehend keine Einschränkungen vor. Das BMF-Schreiben zur Teilfreistellung (BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010: 001, BeckVerw. 342885, Nr. 3; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.18) verweist auf § 1 Abs. 19 Nr. 22 KAGB, ohne jedoch eine Differenzierung zwischen Inlands- und Auslands-Immobiliengesellschaften vorzunehmen. Insbesondere im Ausland errichtete Auslands-Immobiliengesellschaften werden ihren Gesellschaftsvertrag bzw. ihre Satzung idR nicht an die Vorschriften des deutschen KAGB anpassen, daher ist der Verweis auf § 1 Abs. 19 Nr. 22 KAGB nicht sachgerecht, um die Immobilien-Teilfreistellung erreichen zu können (BINDL/MAGER, BB 2016, 2711 [2716]; aA MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 20 InvStG 2018 Rz. 10; MANN in BLÜMICH, InvStG 2018, § 20 Rz. 37 [8/2017]: Immobiliengesellschaften iSd. § 1 Abs. 19 Nr. 22 KAGB). Statt der formalen Anforderungen an das Satzungserfordernis sollte bei Auslands-Immobiliengesellschaften darauf abgestellt werden, dass eine Gesellschaft tatsächlich nur Immobilien bzw. Anteile an anderen Immobilien-

gesellschaften sowie die zu Bewirtschaftung der Immobilien erforderlichen Gegenstände erwirbt. Dem Sinn und Zweck der Teilfreistellung, die Kompensation der stl. Vorbelastung auf Investmentfondsebene, würde damit ausreichend Rechnung getragen (BINDL/MAGER, BB 2016, 2711 [2716]; aA MANN in BLÜMICH, InvStG 2018, § 20 Rz. 37 [8/2017], der für den Fall, dass die Gesellschaft nur oder auch Anteile an (anderen) Immobiliengesellschaften hält, keine Auslands-Immobiliengesellschaft annimmt und § 1 Abs. 19 Nr. 22 KAGB für erforderlich hält). Eine Klärung durch die Finanzverwaltung wäre wünschenswert. Der Anteil an ausländ. Immobiliengesellschaften (inklusive ausländ. Immobilien) muss mindestens 51 % betragen, um die Immobilienteilfreistellung gem. Abs. 3 Nr. 2 zu erreichen.

Ausschluss der Aktienteilfreistellung bei Anwendung der Immobilienteilfreistellung (Abs. 3 Nr. 2 Satz 3): Die Anwendung der Immobilienteilfreistellung schließt die Anwendung der Aktienteilfreistellung aus. Der Gesetzgeber schließt die zusätzliche Anwendung der Aktienteilfreistellung für die Anwendung der Immobilienteilfreistellung explizit aus (BTDdrucks. 18/8045, 91).

Einstweilen frei.

16–19

**E. 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 (BTDdrucks. 18/8045, 91) und der FinVerw. (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 20.13) 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, InvStG 2018, § 20 Rz. 41 [8/2017], MANN in WEITNAUER/BOXXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 20 InvStG 2018 Rz. 14). Nicht ausreichend sind die Angaben zum Aktien- oder Immobilienbestand in Halbjahres- oder Jahresberichten des Investmentfonds, da diese nur zwei Zeitpunkte im Jahr wiedergeben (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 20.13). 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. Nach Auffassung von MANN (MANN in BLÜMICH, InvStG 2018, § 20 Rz. 42 [8/2017]; MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 20 InvStG 2018 Rz. 14) sollten insgesamt an den Nachweis keine zu hohen Anforderungen gestellt werden.

► **Anlagegrenzen:** Die maßgebliche Anlagegrenze bei Aktienfonds beläuft sich auf mindestens 51 % (§ 2 Abs. 6) und bei Mischfonds auf mindestens 25 % (§ 2 Abs. 7) in Kapitalbeteiligungen. Immobilienfonds müssen mindestens 51 % ihres Werts in Immobilien und Immobiliengesellschaften anlegen (§ 2 Abs. 9, s. § 2 Anm. 12 bis 20).

► **Während des Geschäftsjahrs:** Die Einhaltung der Anlagegrenzen bezieht sich auf ein Geschäftsjahr eines Investmentfonds. 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.

► **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. 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 Anteilkategorie anlegt. HELIOS/MANN (DB 2016, Sonderausgabe Nr. 1, 16) scheinen die durchschnittliche Anlage ausreichen zu lassen. Nach der Begründung des Gesetzesentwurfs (BTDrucks. 18/8045, 69) soll dazu im Fall der Aktienteilfreistellung ein dauerhaftes Erreichen oder Überschreiten von 51 % 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; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, 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).

► **Fiktion („so ist die Teilstellung“):** Der jeweilige Teilstellungssatz für einen Aktien-, Misch- bzw. Immobilienfonds gem. Abs. 1 bis 3 ist anzuwenden.

► **Antrag des Anlegers:** Der Anleger hat in der Veranlagung einen entsprechenden Antrag zu stellen und diesem die entsprechenden Nachweise (s. oben „Nachweis

F. Abs. 5: Teilstellungssätze GewSt Anm. 20–30 **Anhang zu § 20**

durch den Anleger“) beizufügen. Für den Antrag und die Anwendung des nachgewiesenen Teilstellungssatzes 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. 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. (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 20.12; s. insbes. auch Rz. 22.6 „kein Wahlrecht“; so auch ERNST in Handbuch Besteuerung privater Kapitalanlagen, Kap. C Rz. 506 „für den Fall“; KELTERBORN/KÜPPER, BB 2017, 2263 [2267]; nicht eindeutig: MANN in BLÜMICH, InvStG 2018, § 20 Rz. 40 [8/2017]; MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 20 InvStG 2018 Rz. 13: „insbesondere“; siehe hingegen jedoch MANN zu § 22 in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 22 InvStG 2018 Rz. 5 und MANN in BLÜMICH, InvStG 2018, § 22 Rz. [6/2017]; zur Nichtanwendung der Veräußerungsfiktion, s. § 22 Anm. 5 und 1). Sofern der Teilstellungssatz sich jedoch anlegerbezogen (s. § 22 Anm. 5) ändert, ist dies gemäß den allgemeinen strechl. Regelungen anzuseigen.

► *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; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 20.12).

Rechtsfolge: Der tatsächlich durch den Anleger nachgewiesene Teilstellungssatz ist für diesen Anleger in der Veranlagung auf seine Erträge aus dem Investmentfonds anzuwenden.

Einstweilen frei.

21–29

F. Erläuterungen zu Abs. 5: Berücksichtigung der Teilstellungssätze bei der Gewerbesteuer

30

Hälftige Reduzierung der Teilstellungssätze für Zwecke der Gewerbesteuer: Abs. 5 erlaubt die hälftige Berücksichtigung der Teilstellung 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.

► *Voraussetzungsfiktion („sind“):* Die Teilstellung von der GewSt fordert keine über Abs. 1 bis 3 bzw. 4 hinausgehenden Voraussetzungen. Damit die Teilstellung 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 Teilfreistellungssätze 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 (BTDdrucks. 18/8045, 92; vgl. auch HELIOS/MANN, DB 2016, Sonderausgabe Nr. 1, 17; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 20.15). 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. BTDdrucks. 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. BTDdrucks. 18/8045, 92).

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.

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. Sofern gewerbestpfl. Anleger über eine PersGes. in einen Investmentfonds investieren, s. JANZEN/GREGER, DStR 2018, 282 ff.

§ 21

Anteilige Abzüge aufgrund einer Teilstellung

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 Teilstellung 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 **Remmel**, LL.M., EMBA, Rechtsanwalt, Bad Nauheim
Mitherausgeber: Dr. Martin **Klein**, Rechtsanwalt/Steuerberater/Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt/M.

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 21	1
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	10
D. Erläuterungen zu Satz 3: Absicht zur Erzielung von Betriebsvermögensmehrungen oder von Erträgen für die Anwendung der Sätze 1 und 2 ist ausreichend	15

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 21

1

Grundinformation: § 21 regelt die anteilige Kürzung von WK bzw. BA der Anleger im prozentualen Umfang der jeweiligen Teilstellung (vgl. JANSEN/GREGER, RdF 2017, 138 [140]). § 21 überträgt den Rechtsgedanken des § 3c Abs. 2

EStG auf das Teilstellungsverfahren bei Aktien-, Misch- und Immobilienfonds (BTDucks. 18/8045, 92; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 21.1). Satz 1 regelt die anteilige Kürzung von WK bzw. BA der Anleger im prozentualen Umfang der jeweiligen Teilstellung 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 Minderungen 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. 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 (BTDucks. 18/8045, 92; so auch Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 21.1).
- *Zeitlicher Geltungsbereich:* § 21 gilt ab dem 1.1.2018, s. § 56 Abs. 1.

Verhältnis zu anderen Vorschriften:

- *Verhältnis zu § 44:* § 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 (§ 44).
- *Verhältnis zu § 7 Satz 1 GewStG:* § 21 sollte sich – unter dem Rechtsgedanken des § 3c EStG – bereits bei der Ermittlung des Gewerbeertrags auswirken, so weit 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, InvStG 2018, § 21 Rz. 11 [6/2017]; MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 21 InvStG 2018 Rz. 2).
- *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).

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]). Im Detail zu den nicht abziehbaren Ausgaben: Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 21.3.

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). Diese Erträge müssen aus Investmentfonds stammen, die als Aktien-, Misch- oder Immobilienfonds klassifizieren (§ 20 unter Berücksichtigung der jeweils geänderten bzw. aufgehobenen Teilstellungssätze gem. § 22), da nur für diese die Teilstellungssätze 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]; MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 21 InvStG 2018 Rz. 7 und MANN in BLÜMICH, InvStG 2018, § 21 Rz. 18 [6/2017]; wohl auch STADLER/BINDL, DStR 2016, 1953 [1960]; BINDL/MAGER, BB 2016, 2711 [2716]) 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 [334 f.]). 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. (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 21.4; Entwurf BMF v. 25.1.2018, ua. zum Ausgabenabzug im Zusammenhang mit Investmenterträgen) legt den Begriff des „wirtschaftlichen Zusammenhangs“ 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 (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 21.4).

§ 21 ist grds. auf solche Finanzierungsaufwendungen anzuwenden, die aus Verbindlichkeiten stammen, die unmittelbar der Anschaffung von dem Teilstellungsverfahren unterliegenden Investmentanteilen dienen (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, 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]; im Ergebnis auch MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 21 InvStG 2018 Rz. 8; MANN in BLÜMICH, InvStG 2018, § 21 Rz. 19 [6/2017], 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. 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 (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 21.5).

► *Kreditinstitute:* Bei Kreditinstituten ist regelmäßig nicht von einem wirtschaftlichen Zusammenhang iSd. § 21 zwischen teilfreigestellten Investmenterträgen und den Zinsausgaben für Kundeneinlagen, für Interbankeneinlagen, für Schuldverschreibungen und für vergleichbare allgemeine Zinsaufwendungen auszugehen (so noch Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 21.6). Mit einem weiteren Entwurf eines BMF-Schreibens ua. zum Ausgabenabzug im Zusammenhang mit Investmentanteilen v. 25.1.2018 vertritt die FinVerw. nun die Auffassung, dass bei Kreditinstituten von einem wirtschaftlichen Zusammenhang iSd. § 21 InvStG zwischen teilfreigestellten Investmenterträgen und Zinsausgaben für Kundeneinlagen, Interbankeneinlagen, Schuldverschreibungen und für vergleichbare allg. Zinsaufwendungen (sog. Poolrefinanzierungskosten) auszugehen ist.

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 angefallen sind (MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, Anhang 1 InvStG 2018, § 21 Rz. 7; MANN in BLÜMICH, InvStG 2018, § 21 Rz. 18 [6/2017]). Dh.: 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 Teilstellung 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 Höhe der Freistellung entsprechende Prozentsatz als Satz, in dessen Höhe die Aufwendungen nicht abgezogen werden dürfen (CARLÉ, ErbStB 2017, 20 [22]; vgl. Entwurf BMF v. 11.8. 2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 21.1). Abzustellen ist auf die Teilstellungssätze auf Anlegerebene (HAISCH, RdF 2016, 329 [331]), so dass diese entsprechend der jeweiligen stl. Anlegergruppe bei Aktien- bzw. Mischfonds (s. § 20 Anm. 5 und 10ff.) zur Anwendung kommen. Bei Immobilienfonds hingegen gibt es keine Unterscheidung nach stl. Anlegergruppen (s. § 20 Anm. 15).

Der Gesetzgeber (BTDdrucks. 18/8045, 92) überträgt mit § 21 den Rechtsgedanken des § 3c Abs. 2 EStG auf das Teilstellungsvorfahren bei Aktien-, Misch- und Immobilienfonds. Im Vergleich zu Anlagen von kstpf. Anlegern in Kap-Ges., 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 Teilstellungsquote für Aktienfonds, die für kstpf. Anleger insbes. – wenn auch typisierend – § 8b KStG kompensieren soll, sollen gem. § 21 spiegelbildlich 80 % der BA nicht abzugsfähig sein. Dies sollte der Gesetzgeber nochmal überdenken.

► *Sparer-Pauschbetrag:* Sofern die Anteile an den Investmentfonds im PV gehalten werden, findet auf diese grds. die Abgeltungssteuer 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 Abgeltungssteuer 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, 2. Aufl. 2017, § 21 InvStG 2018 Rz. 6; MANN in BLÜMICH, InvStG 2018, § 21 Rz. 17 [6/2017]) 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]). 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]).

Rechtsfolge: Aufwendungen dürfen anteilig insoweit nicht abgezogen werden, wie Erträge aufgrund der Teilstellungen freigestellt werden. Dies gilt unabhängig davon, in welchem VZ die Aufwendungen angefallen sind.

10

**C. Erläuterungen zu Satz 2:
Anwendung von Satz 1**

Rechtsfolge von Satz 2 ist, dass Satz 1 entsprechend anzuwenden ist.

Zur Ermittlung der Einkünfte s. 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 tretenen 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 beispielsweise der nach § 6 Abs. 1 Nr. 4 angesetzte Wert (VON BECKERATH in KIRCHHOF, 16. Aufl. 2017, § 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 Immobilien-Teilfreistellung im Veranlagungsverfahren (BTDrucks. 18/8045, 92). Zur Teilwertabschreibung s. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 20.3.

Zu Minderungen: Aufwendungen dürfen entsprechend Satz 1 anteilig insoweit ebenso nicht abgezogen werden, wie Erträge aufgrund der Teilfreistellungen freigestellt werden.

11–14 Einstweilen frei.

15

**D. Erläuterungen zu Satz 3:
Absicht zur Erzielung von Betriebsvermögensmehrungen oder von Erträgen für die Anwendung der
Sätze 1 und 2 ist ausreichend**

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 (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 21.7). Satz 3 verfolgt das Ziel, das Abzugsverbot auch für die Fälle zu regeln, in denen eine einnahmslose 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. 5 f.), ist die Anwendung von § 21 nicht gegeben.

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 Teilveräußerungssatzes

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

(1) ¹Ändert sich der anwendbare Teilveräußerungssatz oder fallen die Voraussetzungen der Teilveräußerung 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 Teilveräußerungssatz 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 Teilveräußerung oder für einen anderen Teilveräußerungssatz nachgewiesen wurde.

²Wird kein Rücknahmepreis festgesetzt, so tritt der Börsen- oder Marktpreis an die Stelle des Rücknahmepreises.

(3) Der Gewinn aus der fiktiven Veräußerung nach den Absatz 1 gilt in dem Zeitpunkt als zugeflossen, in dem der Investmentanteil tatsächlich veräußert wird.

Autor: Dr. Matthias **Remmel**, LL.M., EMBA, Rechtsanwalt, Bad Nauheim

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

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 22 ..	1
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Veräußerungsfiktion bei Änderungen der Teilveräußerung	5
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Ermittlung von Veräußerungserlös und Anschaffungskosten	10
D. Erläuterungen zu Abs. 3: Zuflussfiktion	15

1

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 22

Grundinformation: Ändert sich die Höhe des Teilstellungssatzes oder fallen die Voraussetzungen der Teilstellung 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 Teilstellung gem. § 20 Abs. 4 nicht mehr oder für einen abweichenden Teilstellungssatz erbringt, die fiktive Veräußerung mit Ablauf des entsprechenden VZ. Abs. 2 bestimmt für die beiden Veräußerungsfälle des Abs. 1 den als Veräußerungserlös und als AK anzusetzenden Wert. Der Zufluss des fiktiven Veräußerungsgewinns wird aufgrund des Abs. 3 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 Teilstellungssatz anwenden zu können (BUGE/BUJOTZEK/STEINMÜLLER, DB 1594, 1594 [1597]). Sonst wäre es möglich, übermäßige Ausschüttungen unter Anwendung eines Teilstellungssatzes vorzunehmen, anschließend die Anlagebedingungen so abzuändern, dass keine Teilstellung 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; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 22.1; HELIOS/MANN, DB 2016, Sonderausgabe Nr. 1, 17).

Geltungsbereich:

- *Sachlicher Geltungsbereich:* § 22 regelt die fiktive Veräußerung eines Investmentfondsanteils bei Änderung oder Wegfall der Teilstellungsvoraussetzungen. § 22 ist nicht anzuwenden bei Gestaltungsmisbrauch iSd. § 42 AO (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 22.7, s. Anm. 5) und wenn sich aus dem Anlageverhalten des Investmentfonds ergibt, dass von Anfang an beabsichtigt war, die Anlagebedingungen nicht einzuhalten (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 22.2, 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.

Verhältnis zu anderen Vorschriften:

- *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 Teilstellungssatz bestimmt sich nach § 20.

- *Verhältnis zu § 23:* Steuerneutrale Investmentfondsverschmelzungen können eine fiktive Veräußerung gemäß § 21 auslösen (s. § 21 Anm. 5).

- *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 Finanzverwaltung (BMF v. 8.11.2017 – IV C 1 - S 1980-1/16/10010 : 010, DStR 2017, 2736 Tz. 9) ist der Zeitpunkt, in dem die Veräußerungsfiktion eintritt, auch durch den Entrichtungspflichtigen der KapErtSt zu

berücksichtigen. Bei nachträglichem Bekanntwerden der Veräußerungsfiktion hat der Entrichtungspflichtige gegebenenfalls Korrekturen des StAbzuges vorzunehmen.

Einstweilen frei.

2–4

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Veräußerungsfiktion bei Änderungen der Teilfreistellung

5

Änderung der Teilfreistellung (Abs. 1 Satz 1):

► *Änderung des anwendbaren Teilfreistellungssatzes (Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1):* „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. Nach Auffassung der Finanzverwaltung (BMF v. 8.11.2017 – IV C 1 - S 1980-1/16/10010 :010, DStR 2017, 2736 Tz. 9) kommt es zu einer Änderung des anwendbaren Teilfreistellungssatzes insbesondere, 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. 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 in das 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. (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 22.1 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,

die zB bei Überführung oder Einbringung eines Investmentfondsanteils in das BV gelten (ebenso EBNER, RdF 2017, 305 [309]; aA MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 22 InvStG 2018 Rz. 3; MANN in BLÜMICH, InvStG 2018 § 22 Rz. 7 [6/2017]). Die investmentfondsbezogene Änderung der Teilstellungssätze zieht zwar grds. bei Aktien- und Mischfonds auch eine anlegerbezogene Teilstellungssatzänderung nach sich, da die investmentfondsbezogene Teilstellung die Basis für die anlegerbezogene Teilstellung 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 Teilstellungssatzes, das Tatbestandsmerkmal der Änderung des anwendbaren Teilstellungssatzes aufgrund des weiten Wortlauts, der „nur“ auf die Änderung des Teilstellungssatzes abstellt, erfüllt. Da eine anlegergruppenbezogene Änderung bereits eine tatsächliche Veräußerung/Realisation auslöst, läuft in diesen Fällen § 22 ins Leere (EBNER, RdF 2017, 305 [309]). Bei Immobilienfonds hängt die Höhe des Teilstellungssatzes hingegen nur von den Voraussetzungen ab, die der Investmentfonds selbst zu erfüllen hat und nicht noch zusätzlich von der jeweiligen stl. Anlegergruppe. Änderungen ergeben sich auch gem. § 20 Abs. 4 durch einen entsprechenden Nachweis des Anlegers in der Veranlagung.

- ▷ *Investmentfondsbezogene Änderungen:* Der Aktienteilstellungssatz reduziert sich auf den Mischfondsteilstellungssatz bzw. die Änderung erfolgt in umgekehrter Weise. Der Teilstellungssatz 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 Teilstellungssatz sich von der Aktien- und/oder Mischfonds-Teilstellung 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 Teilstellungen Abs. I und II).
- ▷ *Formelle Änderungen:* Auslösendes Moment der Änderung des Teilstellungssatzes 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]; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, 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 (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 22.2). Sofern die Änderung der Anlagebedingungen von einer Genehmigung durch eine Aufsichtsbehörde abhängig ist, ist frühestens mit dem Tag der Genehmigung von einer wirksamen Änderung auszugehen (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 22.2; BMF v. 8.11.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :010, DStR 2017, 2736 Tz. 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 Teilstellungssquote eines Aktienfonds zulassen, die tatsächliche Anlage aber im Bereich der Mischfondsteilstellung lag und die tatsächliche Anlage nun den Schwellenwert zur Teilstellungssquote für Aktienfonds überschreitet. So sollte es zu einer Änderung des Teilstellungssatzes 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 (Entwurf BMF v. 11.8. 2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 22.3). Bei einem wesentlichen Verstoß ist auf den zusammenhängenden Tag abzustellen (Tag der Veräußerungsfiktion), an dem die Kapitalbeteiligungs- oder Immobilienquote unterschritten wird (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 22.3). 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 Kapitalbeteiligungssquoten wiederherzustellen (im Einzelnen BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010: 001, BeckVerw. 342885).
- ▷ *Änderung aufgrund externer Vorgänge:* Auch externe Vorgänge wie zB eine Gesetzesänderung, die die erhöhten Teilstellungssätze entfallen ließen, lösen eine fiktive Veräußerung aus (MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 22 InvStG 2018 Rz. 3; MANN in BLÜMICH, InvStG 2018, § 22 Rz. 7 [6/2017]; EBNER, RdF 2017, 305 [309]).
- ▷ *Änderung der Teilstellung, soweit sich der Teilstellungssatz nicht ändert:* Nach Auffassung in der Literatur (MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 22 InvStG 2018 Rz. 5; MANN in BLÜMICH, InvStG 2018, § 22 Rz. 9 [6/2017]; 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 i.S.v. § 23:* Sofern der aufnehmende Investmentfonds andere Kapitalbeteiligungs- bzw. Immobilienquoten als der untergegangene Investmentfonds hat, kommt es im Grundsatz zum Wechsel der Investmentfondskategorie (ausführlich EBNER, RdF 2017, 305 [310]).
- *Wegfallen die Voraussetzungen der Teilstellung (Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2):* Die Voraussetzungen der Teilstellung fallen weg, wenn die investmentfondsbezogenen Teilstellungsvoraussetzungen 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, InvStG 2018, § 22 Rz. 9 [6/2017]; s. auch die Beispiele unter Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 entsprechend, wenn die Änderung den Wegfall der Teilstellung nach sich zieht). Von Anfang an ist nach Auffassung der FinVerw. keine Teilstellung 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. (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 22.2) ggf. nach § 173 Abs. 1 Nr. 1 AO zu ändern. Die Voraussetzungen der Teilstellungen fallen nicht weg und auch

nicht der bisherige Teilstellungssatz, wenn ein Fall des Gestaltungsmisbrauchs iSd. § 42 AO vorliegt (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 22.7 mit einer Auflistung von Fällen des Gestaltungsmisbrauchs).

► *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, d.h. 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 Teilstellungen Abs. I, vom Investmentfonds über die Änderungen zu informieren). Gemäß Abs. 3 gilt der Veräußerungsgewinn erst in dem Zeitpunkt als zugeflossen, in dem der Investmentanteil tatsächlich veräußert wird (s. Anm. 15). Sofern sich der Teilstellungssatz 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 Teilstellungssatz zur Anwendung zu bringen. Falls die depotführende Stelle diese jeweiligen Sätze nicht beim KapErtrStAbzugsv erfahren berücksichtigt hat, zB weil diese keine Informationen über die Änderung erhalten hat, sind diese im Veranlagungsverfahren zu berücksichtigen. Für die übrigen stl. Anlegergruppen wird zudem (auch) nicht der anlegerbezogene Teilstellungssatz bei tatsächlicher Veräußerung im KapErtrStAbzug berücksichtigt, so dass diese ihren jeweiligen anlegerbezogenen Teilstellungssatz 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 Teilstellungssatz in der Veranlagung bei tatsächlicher Veräußerung der Investmentfondanteile 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 Teilstellungssatz iSd. § 20 ändert (BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010: 001, BeckVerw. 342885, zu Teilstellungen Abs. 1). Sowohl der Privatanleger, der seine Investmentanteile im PV hält, als auch der betriebliche Anleger sollte Aufzeichnungen über die geänderten Teilstellungssätze führen, um im Falle der tatsächlichen Veräußerung alle notwendigen Daten präsent zu haben.

Nach Auffassung der FinVerw. zur fiktiven Veräußerung im Rahmen von § 56 Abs. 2 (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 56.20) 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.

Rechtsfolge des Abs. 1 Satz 1: Die Änderung oder der Wegfall eines Teilstellungssatzes für einen Investmentfonds fingiert eine Veräußerung und eine Neuanschaffung des Investmentfondanteils am Folgetag. Aufgrund einer weite-

ren Fiktion in Abs. 3 gilt der Veräußerungsgewinn aber erst in dem Zeitpunkt als zugeflossen, in dem der Investmentanteil tatsächlich veräußert wird (s. Anm. 15).

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 Teilstellungssatz bei Zufluss anzuwenden, denn § 20 stellt auf den jeweiligen Status des Investmentfonds als Aktien-, Misch- bzw. Immobilienfonds ab.

Änderung der Teilstellung (Abs. 1 Satz 2) im Rahmen des Anleger-Nachweises des § 20 Abs. 4:

► *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 Teilstellungssatz erbringt, zum Ablauf des jeweiligen VZ.

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 Teilstellungssatz.

Es kommt damit jeweils am 31. Dezember des betreffenden VZ zu einer gesetzlich fingierten Veräußerung (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 22.5). 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, 2. Aufl. 2017, § 22 InvStG 2018 Rz. 5; MANN in Blümich, InvStG 2018, § 22 Rz. 9 [6/2017]), 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 Teilstellungssatz 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 Teilstellung 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 Teilstellungssatz in dem Veranlagungsverfahren bestimmt, in dem er den Nachweis gemäß § 22 Abs. 1 Satz 2 führt, unabhängig davon, ob er den Invest-

mentfonds 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. (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 22.6; s. auch § 20 Anm. 20) ist der Auffassung, dass § 22 Abs. 1 Satz 2 dem Anleger kein Wahlrecht auf eine Änderung des Teilstellungssatzes aufgrund seines Nachweises ermöglicht, wenn sich aus öffentlich zugänglichen Quellen die Voraussetzungen für den bisherigen Teilstellungssatz feststellen lassen (so wohl auch MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 22 InvStG 2018 Rz. 5; MANN in BLÜMICH, InvStG 2018, § 22 Rz. 9 [6/2017]). 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 Teilstellungssatzes eröffnet, da sonst dem Anleger nicht ermöglicht wird, fehlerhafte Angaben eines Investmentfonds in der Veranlagung korrigieren zu können.

Das Vorliegen einer Teilstellung bezieht sich grds. auf den Fall, dass der Investmentfonds die Teilstellungsvoraussetzungen erfüllt (fondsbezogene Teilstellung). Anlegerbezogen könnte die Teilstellung sich jedoch auch ändern, wenn der Wechsel vom Steuerausländer zum Steuerinländer erfolgt oder Investmentfondsanteile vom PV in das BV überführt werden oder umgekehrt (in diesen Fällen läuft § 22 jedoch ins Leere, da ein Realisationstatbestand erfüllt ist (s. § 22 Anm. 5).

► *und in dem 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 Teilstellung im Sinne von § 20 Abs. 4 mehr.

Rechtsfolge des Abs. 1 Satz 2 für den Fall, dass der Anleger in dem VZ den Nachweis nach § 20 Abs. 4 erbringt und im folgenden VZ keinen Nachweis gemäß § 20 Abs. 4 erbringt: Der Investmentanteil gilt als veräußert und es kommt ab diesem Zeitpunkt kein Teilstellungssatz auf die nach der fiktiven Veräußerung zufließenden Erträge zur Anwendung. Der erstmalige Nachweis einer Teilstellung löst keine fiktive Veräußerung aus (MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Auf. 2017, § 22 InvStG 2018 Rz. 5; MANN in BLÜMICH, InvStG 2018, § 22 Rz. 9 [6/2017]). 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 Teilstellungssatz) erbracht wird.

► *Im folgenden Veranlagungszeitraum einen Nachweis für einen anderen Teilstellungssatz erbringt:* Der Anleger weist einen anderen als den ursprünglich erbrachten Teilstellungssatz 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 VZ einen anderen Teilstellungssatz gemäß § 20 Abs. 4 erbringt: Der Investmentanteil gilt als veräußert und es kommt ab diesem Zeitpunkt der neu nachgewiesene Teilstellungssatz auf die nach der fiktiven Veräußerung zufließenden Erträge zur Anwendung.

6–9 Einstweilen frei.

**C. Erläuterungen zu Abs. 2:
Ermittlung von Veräußerungserlös und Anschaffungskosten**

10

Gleichsetzung des Veräußerungserlöses mit den neuen Anschaffungskosten (Abs. 2 Satz 1): 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 Wiederanschaffungsfiktion 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 Fiktion („ist“) erreicht.

► *in den Fällen des Absatzes 1 Satz 1 (Abs. 2 Satz 1 Nr. 1):* Sofern sich der anwendbare Teilstellungssatz geändert hat oder die Voraussetzungen der Teilstellung weggefallen sind, berechnen sich der Veräußerungserlös bzw. die AK des Investmentfondsanteils mittels folgender Faktoren:

- ▷ *Rücknahmepreis des Tages anzusetzen, an dem:* Zur Definition des Rücknahmepreises s. § 17 Anm. 65.
- ▷ *die Änderungen eingetreten sind, oder* (s. § 22 Anm. 5; Berechnungsbeispiel s. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 22.10). 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]). 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 Tz. 9) 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 abhängig 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 Tz. 9). 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 (ausführlich EBNER, RdF 2017, 305 [311]).
- ▷ *Voraussetzungen weggefallen sind* (s. § 22 Anm. 5). Zum Zeitpunkt des Wegfalls der Teilstellung s. zuvor unter „*die Änderungen eingetreten sind*“.

► *in den Fällen des Abs. 1 Satz 2 (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2):* Im Falle des Anlegernachweises gemäß § 20 Abs. 4 berechnen sich der Veräußerungserlös bzw. die Anschaffungskosten des Investmentfondsanteils mittels folgender Faktoren:

- ▷ *der letzte festgesetzte Rücknahmepreis des Veranlagungszeitraumes anzusetzen:* Für Abs. 1 Satz 2 ist der letzte im VZ festgesetzte Rücknahmepreis (§ 17 Anm. 6) anzusetzen. Es ist auf den Rücknahmepreis am 31. Dezember abzustellen (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 22.11).
- ▷ *in dem das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Teilstellung* (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 Alternative 1 ist damit nicht dahingehend zu ver-

stehen, dass das erstmalige Vorliegen der Voraussetzung für eine Teilfreistellung eine Veräußerungsfiktion auslöst („und-Verknüpfung“).

- ▷ *für einen anderen Teilfreistellungssatz:* Wenn bereits ein Teilfreistellungssatz vorhanden ist, ist der entsprechende Wechsel desselben nachzuweisen.
- ▷ *nachgewiesen wurde:* s. § 22 Anm. 5.

Ansatz des Börsen- oder Marktpreises, wenn kein Rücknahmepreis festgesetzt ist (Abs. 2 Satz 2):

► *Kein festgesetzter Rücknahmepreis:* Zu den Voraussetzungen, wenn kein Rücknahmepreis festgesetzt ist s. § 17 Anm. 5. Gemeint sind nach Auffassung der Fin-Verw. 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 (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 22.12).

► *Fiktion: 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, wird für die Berechnung fingiert, den 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).

11–14 Einstweilen frei.

15

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Zuflussfiktion

Fiktion des späteren Zuflusses des Gewinns aus der fiktiven Veräußerung:

► *Gewinn aus der fiktiven Veräußerung nach Abs. 1:* Siehe hinsichtlich der Gewinnermittlung die Erläuterungen zu Abs. 1 (Anm. 5) iVm. Abs. 2 (Anm. 10).

► *Fiktion: Zufluss in dem Zeitpunkt, in dem der Investmentanteil tatsächlich veräußert wird:* 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; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 22.13). 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 Teilfreistellungssätzen gekommen sein. Auch bei der Ermittlung des Gewerbeertrags sind die geänderten Teilfreistellungssätze im Rahmen des § 20 Abs. 5 zu berücksichtigen.

Rechtsfolge: Der Gewinn aus der fiktiven Veräußerung der Investmentanteile gilt erst im Zeitpunkt der tatsächlichen Veräußerung der Investmentanteile als zugeflossen.

§ 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 (Übertragungsstichtag) anzusetzen und
2. der übernehmende Investmentfonds die übernommenen Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten mit den fortgeführten Anschaffungskosten zu Beginn des dem Übertragungsstichtag folgenden Tages anzusetzen.

²Ein nach § 189 Absatz 2 Satz 1 des Kapitalanlagegesetzbuchs bestimmter Übertragungsstichtag 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/M.

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

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 23 1

B. Erläuterungen zu Abs. 1:
Voraussetzungen und Rechtsfolgen
der Verschmelzung inländischer
Investmentfonds 5

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Steuerliche Rechtsnachfolge des übernehmenden Investmentfonds	10
D. Erläuterungen zu Abs. 3: Steuerliche Folgen beim Anleger	15
E. Erläuterungen zu Abs. 4: Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Verschmelzung ausländischer Investmentfonds	20
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 Teilstreitstellung 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 in Drittstaaten 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. HELIOS/BICKERT in MORITZ/JESCH, 2015, § 14 InvStG Rz. 27f.). 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); aA demgegenüber die FinVerw. (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, 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 (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 23.1). Wie in § 14 Abs. 7 InvStG aF ist auch die Verschmelzung von

Teilgesellschaftsvermögen und anderen haftungs- und vermögensrechtl. von einander 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, 2015, § 14 InvStG Rz. 21). An deren stl. Behandlung beim Anleger (steuerneutral, zumindest sofern sie zum Ende des Geschäftsjahrs 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. 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 InvStG Rz. 27 ff., 87 ff. Entsprechend § 14 Abs. 8 InvStG aF sollte die gleichzeitige Übertragung aller Vermögensgegenstände mehrerer Sondervermögen, Teilgesellschaftsvermögen oder Investmentaktiengesellschaften mit veränderlichem Kapital auf das-selbe 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. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 23.11 ff. 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, ausgeschlos-

sen (s. zur vergleichbaren Problematik unter dem InvStG aF KUHN in BÖDECKER/ERNST/HARTMANN, 2016, § 17a InvStG Rz. 38 ff.). Dies kann uE nicht die gesetzgeberische Intention sein; hier wäre ggf. Nachbesserung erforderlich. Die FinVerw. will diese Fälle (möglicherweise) trotzdem als von der Norm erfasst sehen (vgl. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 23.9).

► *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 InvStG 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 (fortgeföhrte AK) zu seinem Geschäftsjahresende (Übertragungsstichtag) anzusetzen (Abs. 1 Satz 1 Nr. 1). Ein nach § 189 Abs. 2 Satz 1 KAGB bestimmter Übertragungsstichtag 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 Verschmelzung übergehen und einheitlich bewertet werden müssen (vgl. WENZEL in BLÜMICH, EStG, § 14 InvStG 2004 Rz. 18 [4/2017]).

► *Ansatz mit den fortgeföhrten 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. KUHN in BÖDECKER/ERNST/HARTMANN, 2016, § 14 InvStG Rz. 38).

► *Zum Geschäftsjahresende (Übertragungsstichtag):* Aufsichtsrechtlich wird eine Verschmelzung grds. zum Geschäftsjahresende des Investmentfonds wirksam (§ 189 Abs. 1 KAGB), es sei denn, es wurde ein anderer Übertragungsstichtag 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 Rumpfgeschäftsjahrs auf diesen Stichtag auszugehen (Abs. 2 Satz 2).

Rechtsfolgen beim übernehmenden Investmentfonds: Der übernehmende Investmentfonds hat die übernommenen Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten mit den fortgeföhrten AK zu Beginn des dem Übertragungsstichtag folgenden Tages anzusetzen (Abs. 1 Satz 1 Nr. 2).

► *Ansatz mit fortgeföhrten Anschaffungskosten:* Auch beim übernehmenden Investmentfonds hat (zwingend) ein Ansatz mit den fortgeföhrten 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. KUHN in BÖDECKER/ERNST/HARTMANN, 2016, § 14 InvStG Rz. 40).

► *Zu Beginn des dem Übertragungsstichtag folgenden Tages:* Durch den Ansatz erst zu Beginn des dem Übertragungsstichtag folgenden Tages soll eine doppelte Erfas-

sung sowohl beim übertragenden als auch beim übernehmenden Investmentfonds ausgeschlossen werden (HELIOS/BICKERT in MORITZ/JESCH, 2015, § 14 InvStG Rz. 33).

6–9 Einstweilen frei.

10

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Steuerliche Rechtsnachfolge des übernehmenden Investmentfonds

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/JESCH, 2015, § 14 InvStG 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) StPflicht 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.

► **Verlustvorräte:** Wie bereits im alten Recht bleibt es – mangels gesetzlicher Regelung – unklar, ob Verlustvorräte 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 (s. zum alten Recht HELIOS/BICKERT in MORITZ/JESCH, 2015, § 14 InvStG Rz. 35; KUHN in BÖDECKER/ERNST/HARTMANN, 2016, § 14 InvStG Rz. 42). Die FinVerw. geht jedenfalls bei (regulären) Investmentfonds von einem Übergang der Verlustvorräte aus (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 23.15).

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 Invest-

mentfonds 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, EStG, § 14 InvStG Rz. 36 [4/2017]).

Erworrene 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/BICKERT in MORITZ/JESCH, 2015, § 14 InvStG Rz. 39). 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 (KUHN in BÖDECKER/ERNST/HARTMANN, 2016, § 14 InvStG Rz. 53 ff.; HELIOS/BICKERT in MORITZ/JESCH, 2015, § 14 InvStG Rz. 42; so auch Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 23.17).

► **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 Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 23.16).

► **Vorabpauschale:** Zum Übergang/zur Ermittlung der Vorabpauschale für die Anteile am übernehmenden Investmentfonds s. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 23.18.

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/BICKERT in MORITZ/JESCH, 2015, § 14 InvStG Rz. 46).

► **Fiktion als Ertrag nach § 16 Abs. 1 Nr. 1:** Wie im alten Recht (vgl. § 14 Abs. 4 Sätze 3 f.; s. dazu KUHN in BÖDECKER/ERNST/HARTMANN, 2016, § 14 InvStG Rz. 59 ff.) 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 Teilstrecke

lung nach § 20 profitieren (so auch Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 23.19 ff., auch mit einem Beispiel für den Fall abweichender Teilstellungssätze der an der Verschmelzung beteiligten Investmentfonds).

16–19 Einstweilen frei.

20

E. Erläuterungen zu Abs. 4: Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Verschmelzung ausländischer Investmentfonds

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 InvStG Rz. 46 f.).

► *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 InvStG Rz. 25, 32 ff.). 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 InvStG 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 (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 23.22). 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 (vgl. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 23.22).

► *Miteinander/die demselben Recht unterliegen:* Mit der Formulierung gemeint ist, dass ausländ. Investmentfonds nur dann steuerneutral miteinander verschmol-

zen werden können, wenn sie demselben (ausländ.) Recht unterliegen (vgl. BTDrucks. 18/8045, 93). Grenzüberschreitende Verschmelzungen sind weiterhin nicht steuerneutral möglich (so ausdrücklich auch Entwurf BMF v. 11.8. 2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 23.23).

- *Amts- und Betreibungshilfe 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 InvStG 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 stpfl. Realisierung von stillen Reserven kommt. Dabei sind uE (ausschließlich) die Positionen relevant, die für die (beschränkte) StPflicht des (ausländ.) Investmentfonds nach § 6 von Bedeutung sind. Die Ausführungen in Anm. 10 gelten entsprechend. Ob nach ausländ. 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 InvStG Rz. 28) soll es auch bei der Verschmelzung von ausländ. Investmentfonds auf Anlegerebene nicht zu einer stl. Gewinnrealisierung kommen. Es gilt auch hier die Fußstapfentheorie (s. Anm. 15). Sicht das ausländ. Recht eine Barzahlung (entsprechend oder vergleichbar § 190 KAGB) vor, gilt auch diese als Ertrag iSv. § 16 Abs. 1 Nr. 1 (vgl. Anm. 15).

Einstweilen frei.

21–24

F. Exkurs: Nicht von der Norm erfasste Verschmelzungen und vergleichbare Vorgänge

25

Keine Verschmelzungen iSv. § 23: Nach uE zutreffender Auffassung der Fin-Verw. fallen die folgenden Fälle (derzeit) nicht unter die Norm (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 23.2 ff.):

► *Zusammenlegung von Anteilsklassen:* Grund ist, dass es insoweit an einem Rechts-trägerwechsel hinsichtlich der gehaltenen Vermögensgegenstände mangelt. Die-se sind weiterhin dem Investmentfonds zuzurechnen, so dass ein Realisationstat-bestand auf Ebene des Investmentfonds ausscheidet.

► Übertragung der Verwaltungsbefugnis von einer Verwaltungsgesellschaft auf eine andere: Kein Realisationstatbestand für den Investmentfonds und den Anleger. Es ändert sich weder etwas an der strechl. 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. 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 Anteilklassen auf Ebene des Investmentfonds; nicht bei der bloßen Übertragung der Verwaltungsbefugnis), gilt nach uE zutreffender Auffassung der FinVerw. Folgendes (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, 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.

§ 24

Kein Wechsel zu den Besteuerungsregelungen für Spezial-Investmentfonds

idF des InvStG v. 19.7.2016 (BGBI. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731),
zuletzt geändert durch StUmgBG v. 23.6.2017 (BGBI. I 2017, 1682;
BStBl. I 2017, 865)

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, P+P Pöllath + Partners, Berlin
Mitherausgeber: Dr. Martin **Klein**, Rechtsanwalt/Steuerberater/Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt/Main

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 24 1

B. Erläuterungen zu § 24:
Kein Wechsel zur Spezial-Investmentfonds-
Besteuerung 4

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. 4). 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. 4). Umgekehrt durchbricht § 24 die Rechtsfolge des § 25, indem er trotz Vorliegens der Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds ausschließlich die Besteuerungsregeln für einfache Investmentfonds für

anwendbar erklärt. Aus diesem Grund ist er uE auch systematisch in Kapitel 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.

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).

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.

Geltendmachung/Wahlrecht?: Die amtl. 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. Umgekehrt soll ein Investmentfonds seinen Status als Spezial-Investmentfonds dadurch geltend machen, dass er die Transparenzoption ausübt. Die amtl. Gesetzesbegründung insinuiert ferner, dass dieses Wahlrecht möglicherweise auch vom Investmentfonds und seinen Anlegern unterschiedlich ausgeübt werden können (vgl. BTDrucks. 18/8045, 94).

► *Unseres Erachtens besteht kein Wahlrecht für die beiden Besteuerungssysteme.* Der Wortlaut von § 25 ist insoweit eindeutig: Sofern die Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds vorliegen, müssen die Besteuerungsregeln in Kapitel 3 angewendet werden (s. § 25 Anm. 4). Es besteht auch keine Alternativität dahin-

gehend, dass der Investmentfonds für sich die Regeln über Spezial-Investmentfonds anwenden kann, der Anleger hingegen Investmenterträge 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. § 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.

► *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.

Rechtsfolge: Die Besteuerungsregeln für Spezial-Investmentfonds sind nicht anwendbar, obwohl der betreffende Investmentfonds die Voraussetzungen für einen Spezial-Investmentfonds erfüllt. § 24 durchbricht damit § 25.

Anhang zu § 20

§ 25

Getrennte Besteuerungsregelungen

idF des InvStG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731),
zuletzt geändert durch StUmgBG v. 23.6.2017 (BGBl. I 2017, 1682;
BStBl. I 2017, 865)

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, P+P Pöllath + Partners, Berlin
Mitherausgeber: Dr. Martin **Klein**, Rechtsanwalt/Steuerberater/Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt/M.

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 25 1

B. Erläuterungen zu § 25:
Grundsätzliche Exklusivität der Spezial-Investmentfonds-Besteuerung 5

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.

Rechtsentwicklung: 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. 2). 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 gegenüberstellt 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 straf. (§ 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. Beteiligungseinnahmen 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* finden sich – anders als bei den einfachen Investmentfonds – nicht in einem Abschnitt des Kapitels 3, sondern 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. 4).

► *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).
- § 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 (§ 44 Anm. 5).

Anhang zu § 20

§ 26

Anlagebestimmungen

idF des InvStG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731),
zuletzt geändert durch StUmgBG v. 23.6.2017 (BGBl. I 2017, 1682;
BStBl. I 2017, 865)

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, wenn der Verkehrswert dieser Beteiligungen ermittelt werden kann,
 - h) Edelmetalle,
 - i) unverbriefte Darlehensforderungen und
 - m) Beteiligungen an Kapitalgesellschaften, wenn der Verkehrswert dieser Beteiligungen ermittelt werden kann.
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 mindestens 51 Prozent ihres Wertes in Immobilien oder Immobilien-Gesellschaften anlegen, dürfen bis zu 100 Prozent ihres Wertes in Immobilien-Gesellschaften investieren. ³Innerhalb der Grenzen des Satzes 1 dürfen auch Unternehmensbeteiligungen gehalten werden, die vor dem 28. November 2013 erworben wurden.
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 50 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, P+P Pöllath + Partners, Berlin
 Mitherausgeber: Dr. Martin **Klein**, Rechtsanwalt/Steuerberater/Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt/M.

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 26 ..	1
B. Erläuterungen zum Einleitungssatz: Merkmale eines Spezial-Investment- fonds	5
C. Erläuterungen zu Nr. 1: Investmentaufsicht	10
D. Erläuterungen zu Nr. 2: Rückgaberecht	15
E. Erläuterungen zu Nr. 3: Risikomischung	20
F. Erläuterungen zu Nr. 4: Zulässige Vermögensgegenstände	25
G. Erläuterungen zu Nr. 5: 20 %-Grenze für Beteiligungen an Kapitalgesellschaften	45
H. Erläuterungen zu Nr. 6: Emittentenbezogene 10 %-Grenze	50
I. Erläuterungen zu Nr. 7: Kreditaufnahme	55
J. Erläuterungen zu Nr. 8: Anlegerbezogene Beschränkungen	60
K. Erläuterungen zu Nr. 9: Sonderkündigungsrecht	65
L. Erläuterungen zu Nr. 10: Anlagebedingungen	70

M. Keine eigenständige Rechtsfolge

des § 26 75

1

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 26

Grundinformation: § 26 regelt die Voraussetzungen für einen Spezial-Investmentfonds.

Rechtsentwicklung: § 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. amtl. 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 (MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 26 InvStG 2018 Rz. 3 mwN). 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.

Bedeutung: § 26 stellt die zentrale Vorschrift für Spezial-Investmentfonds dar und umreißt damit den Anwendungsbereich der Vorschriften über die Spezial-Investmentfondsbesteuerung.

Verhältnis zu anderen Vorschriften:

- **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-Schachtprivilegien 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).

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).

Einstweilen frei.

2–4

B. Erläuterungen zum Einleitungssatz: Merkmale eines Spezial-Investmentfonds

5

Investmentfonds: Spezial-Investmentfonds müssen zunächst Investmentfonds sein, also in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen. Ausländische PersGes. können daher nur Spezial-Investmentfonds sein, wenn sie auch OGAW sind (§ 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2). Teifonds sind auch für Zwecke von § 26 getrennt zu betrachten (§ 1 Abs. 4), dh., es kann zB nur ein Teifonds eines Umbrellafonds als Spezial-Investmentfonds qualifizieren, während andere Teifonds desselben Umbrellafonds einfache Investmentfonds 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).

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).

6–9 Einstweilen frei.

10

C. Erläuterungen zu Nr. 1: Investmentaufsicht

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 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. 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 – Gz. 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; ähnl. 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 Rz. 32 (3/2014).

► *Unseres Erachtens* kann der bisherige Begriff grds. auch für Zwecke der Nr. 1 übernommen werden. Allerdings muss er 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. 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). 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. Eine allgemeine Finanzmarktaufsicht, eine bloße Börsenaufsicht, aber auch eine allgemeine Gewerbeaufsicht reichen hingegen nach wie vor nicht für eine Investmentaufsicht aus.

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.

Unterstelltsein: 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) und können somit trotz Nicht-Beaufsichtigung auch Spezial-Investmentfonds bilden.

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 zurückzugeben oder anderweitig (durch Kündigung) aus dem Investmentfonds auszuscheiden (vgl. BTDrucks. 18/68, 40), wobei auch Sachwertauskehrungen zulässig sind. Markübliche Rücknahme-

abschläge, Abzüge für Transaktionskosten etc. bleiben unberücksichtigt, wenn sie 15 % des Nettoinventarwerts nicht überschreiten. Ebenso sind übliche Regelungen zur Aussetzung der Rücknahme zum Schutze der Anleger unschädlich. Außerdem kann die Rückgabe über Rückkaufgesellschaften abgewickelt werden (vgl. dazu Abschn. I.2 BaFin-Rundschreiben 14/2008 (WA) v. 22.12.2008 – Gz. WA 41 - Wp 2136 - 2008/0001).

► *Recht des Anlegers:* Es muss sich um ein Recht des Anlegers handeln. Ein Recht des Investmentfonds zum zwangswise Rückkauf stellt daher, auch wenn er zum Nettoinventarwert erfolgt, kein Rückgaberecht iSv. Nr. 2 dar. Gleches gilt, wenn der Investmentfonds berechtigt ist, freie Liquidität im Wege des Anteilsrückkaufs an seine Anleger auszuschütten.

► *Teilfonds/Anteilklassen:* Bei Teilfonds ist für das Rückgaberecht auf den jeweiligen Teilfonds abzustellen, Anteilklassen 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 – Gz. 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 – Gz. 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 – Gz. WA 41 - Wp 2136 - 2008/0001 zu § 2 Abs. 9 InvG aF: keine zeitliche Beschränkung). Nach der amt. Begr. zum AIFM-StAnpG sollen allerdings gesetzl. vorgesehene Mindesthaltefristen von über einem Jahr unschädlich sein (BTDrucks. 18/68, 40).

► *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, § 1 InvStG Rz. 35 [5/2015]; ebenso Abschn. I.2 BaFin-Rundschreiben 14/2008 (WA) v. 22.12.2008 – Gz. 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.

► *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. Gleches 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 – DOK 2014/0939400, DStR 2014, 2346 Rz. 1).

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).

Einstweilen frei.

16–19

E. Erläuterungen zu Nr. 3: Risikomischung

20

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).

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 – Gz. 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 – Gz. 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 – Gz. 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 – DOK 2014/0939400, DStR 2014, 2346 Rz. 2).

► **Ausnahmen:** Unschädlich ist es, wenn in der Anfangs- oder Liquidationsphase die Risikomischung nicht eingehalten werden kann. Bei Immobilienfonds soll die Risikomischung in Anlehnung an § 244 KAGB innerhalb von vier Jahren

vorliegen, bei anderen Fonds innerhalb von sechs Monaten. 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 v. 23.10.2014 – IV C 1 - S 1980 - 1/13/10007 :007 – DOK 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.

► *Andere Investmentfonds:* Während § 2 Abs. 8 Satz 2 InvG aF und § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 4 Satz 3 InvStG aF noch von einem „anderen Vermögen“ sprachen, kommt eine mittelbare Risikomischung nach Nr. 3 Satz 3 nur noch bei Beteiligung an anderen Investmentfonds in Betracht. Maßgeblich ist insoweit § 1. Eine mittelbare Risikomischung ist daher namentlich nicht mehr bei Immobilien-Gesellschaften und ÖPP-Projektgesellschaften möglich (s. dazu Abschn. I.1b BaFin-Rundschreiben 14/2008 (WA) v. 22.12.2008 – Gz. 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), ebenso nicht bei Derivaten, auch wenn diese sich auf einen risikogemischten Basiswert beziehen (MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 26 InvStG 2018 Rz. 14). Bei vermögensverwaltenden PersGes. sollte uE aber stets eine Durchschau stattfinden (gLA PATZNER/KEMPF in PATZNER/DÖSER/KEMPF, Investmentrecht, 3. Aufl. 2017, § 1 InvStG aF Rz. 69).

► *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 Investmentfonds kompensiert werden. Das Vermögen des Investmentfonds muss zu mindestens 50 % aus einem oder mehreren anderen risikogemischten Investmentfonds bestehen (BMF v. 23.10.2014 – IV C 1 - S 1980 - 1/13/10007 :007 – DOK 2014/0939400, DStR 2014, 2346 Rz. 2). Allerdings 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, 2. Aufl. 2017, § 26 InvStG 2018 Rz. 14).

21–24 Einstweilen frei.

25

F. Erläuterungen zu Nr. 4: Zulässige Vermögensgegenstände

90 %-Grenze: Die 90 %-Grenze entsprach der Verwaltungsauffassung zum InvG aF (Abschn. I.1c BaFin-Rundschreiben 14/2008 (WA) v. 22.12.2008 – Gz. 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, 2. Aufl. 2017, § 26 InvStG 2018 Rz. 15). 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 unzulässige Vermögensgegenstände erworben werden (BMF v. 23.10.2014 – IV C 1 - S 1980 - 1/13/10007 :007 – DOK 2014/0939400, DStR 2014, 2346 Rz. 4; teilw. anders noch BMF v. 4.6.2014 – IV C 1 - S 1980 - 1/13/10007 :002 – DOK 2014/0500897, FR 2014, 715 Rz. 2.4 betr. Anteile an Pers-Ges.). Zumindest Letzteres findet im Gesetzeswortlaut keine Stütze (glA MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 26 InvStG 2018 Rz. 15).

Unmittelbarkeit?: Nach der Verwaltungsauffassung zum InvG aF (Abschn. I.1c BaFin-Rundschreiben 14/2008 (WA) v. 22.12.2008 – Gz. 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. vertrat bereits in Bezug auf das bisherige Recht, dass bei vermögensverwaltenden PersGes. daher eine „Durchschau“ zu erfolgen habe (BMF v. 4.6.2014 – IV C 1 - S 1980 - 1/13/10007 :002 – DOK 2014/0500897, FR 2014, 715 Rz. 2.4).

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). Der weitere Wertpapierbegriff in § 284 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a KAGB gilt nicht mehr. Die FinVerw. beanstandet es allerdings nicht, wenn ein Spezial-Investmentfonds derartige Wertpapiere, die sich am 31.12.2017 in seinem Bestand befanden, bis zum 30.6.2018 behält (BMF v. 21.12.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :016 – DOK 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; zweifelnd STADLER/MAGER, DStR 2016, 697 [703]). Börsennotierte Anteile an in- oder ausländ. REIT sind Wertpapiere (BMF v. 23.10.2014 – IV C 1 - S 1980 - 1/13/10007 :007 – DOK 2014/0939400, DStR 2014, 2346 Rz. 3). 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, 2. Aufl. 2017, § 26 InvStG 2018 Rz. 16; wohl auch STADLER/BINDL, DStR 206, 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.

Derivate (Nr. 4 Buchst. c): Der Begriff der Derivate ist uE weit iSv. § 2 Abs. 2 WpHG zu verstehen (glA 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 – Gz. WA 41 - Wp 2137 - 2013/0001, FAQ Eligible Assets, Teil 2 Ziff. 1 zu § 284 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c KAGB).

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 erwerbbare Vermögensgegenstände 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).

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 erwerbbaren Immobilien-Gesellschaften iSv. §§ 234f. KAGB erfasst sein, dh. insbes. auch Immobilien-Holdinggesellschaften, die Anteile an anderen Immobilien-Gesellschaften halten (vgl. § 235 Abs. 1 Nr. 2 KAGB; glA PATZNER/KEMPF in PATZNER/DÖSER/KEMPF, Investmentrecht, 3. Aufl. 2017, § 1 InvStG aF Rz. 77 zum bisherigen Recht; wohl auch BMF v. 4.6.2014 – IV C 1 - S 1980 - 1/13/10007 :002 – DOK 2014/0500897, FR 2014, 715 Rz. 2.4 betr. § 235 KAGB). 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 – Gz. 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.

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.

Investmentanteile (Nr. 4 Buchst. h): Anteile an (einfachen) Investmentfonds 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. Hiebt 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, beanstandet es die FinVerw. nicht, wenn diese Anteile bis zum 30.6.2018 behalten werden (BMF v. 21.12.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1 / 16/10010 :016 – DOK 2017/1058518, DStR 2018, 194 Rz. 5).

Spezial-Investmentanteile (Nr. 4 Buchst. i): Anteile an Spezial-Investmentfonds sind ohne Einschränkungen zulässige Vermögensgegenstände.

ÖPP-Projektgesellschaft (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. aml. 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).

► *Abgrenzung:* Gleichwohl stellt nicht jedes Infrastrukturprojekt ein ÖPP dar. Namentlich dürften rein privatwirtschaftlich initiierte Projekte keine ÖPP sein. Gesellschaften, deren Zweck auf die Durchführung derartiger Projekte gerichtet sind, sind 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 erwerbar.

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 (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 – Gz. 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 [7/2017]).

Beteiligungen an Kapitalgesellschaften (Nr. 4 Buchst. m):

► *Der Begriff der Kapitalgesellschaft* ist technisch, dh. iSv. § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG zu verstehen. Er umfasst allerdings auch ausländ. Gesellschaften, die aufgrund eines Rechtstypenvergleichs einer AG, GmbH oder KGaA vergleichbar sind (vgl. MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 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 eingeeinigt und umfasst insbes. nicht mehr Anteile an PersGes. (vgl. amtl. 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 nicht unter Buchst. m. Sie können vielmehr gem. Buchst. h oder i erworben werden.

► *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.

Beteiligungen an Personengesellschaften als solche sind grds. keine erwerbbaren Vermögensgegenstände mehr (BMF v. 23.10.2014 – IV C 1 - S 1980 - 1/13/10007 :007 – DOK 2014/0939400, DStR 2014, 2346 Rz. 4). Zum Bestandschutz für Unternehmensbeteiligungen s. Anm. 45.

► *Bei vermögensverwaltenden Personengesellschaften* (allerdings wohl nicht 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. (BMF v. 4.6.2014 – IV C 1 - S 1980 - 1/13/10007 :002 – DOK 2014/0500897, FR 2014, 715 Rz. 2.4). 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 erwerbarbar.

► *Anteile an gewerblichen Personengesellschaften* (wohl einschließlich gewerblich geprägten PersGes.; vgl. BMF v. 4.6.2014 – IV C 1 - S 1980 - 1/13/10007 :002 – DOK 2014/0500897, FR 2014, 715 Rz. 2.4; BMF v. 23.10.2014 – IV C 1 - S 1980 - 1/13/10007 :007 – DOK 2014/0939400, DStR 2014, 2346 Rz. 4) 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; gIA HAUG, Ubg 2017, 303 [304]), Beteiligungen an Immobilien-Gesellschaften oder ÖPP-Projektgesellschaften qualifizieren (gIA 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 erwerbar sein (gIA PATZNER/KEMPF in PATZNER/DÖSER/KEMPF, Investmentrecht, 3. Aufl. 2017, § 1 InvStG aF Rz. 84; vgl. auch MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 26 InvStG 2018 Rz. 15; aA BMF v. 23.10.2014 – IV C 1 - S 1980 - 1/13/10007 :007 – DOK 2014/0939400,

DStR 2014, 2346 Rz. 4; wohl anders noch BMF v. 4.6.2014 – IV C 1 - S 1980 - 1/13/10007 :002 – DOK 2014/0500897, FR 2014, 715 Rz. 2.4).

Konkurrenzen: Vermögensgegenstände können uE in mehrere Kategorien von Nr. 4 fallen. Für die Erwerbarkeit ist es ausreichend, dass der betreffende Vermögensgegenstand zumindest in eine Kategorie zulässiger Vermögensgegenstände fällt (vgl. MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 26 InvStG 2018 Rz. 16). 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, 2. Aufl. 2017, § 26 InvStG 2018 Rz. 18; s. dazu im Einzelnen Anm. 45, 50).

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. aml. Begr. zum AIFM-StAnpG in BTDrucks. 18/68, 41f.; BMF v. 23.10.2014 – IV C 1 - S 1980 - 1/13/10007 :007 – DOK 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. aml. Begr. zum AIFM-StAnpG in BTDrucks. 18/68, 42; BaFin v. 1.12.2009 – Gz. WA 41 - Wp 2136 - 2008/0053, Fragenkatalog zu § 53 InvG aF, Rz. II.6).

Der Begriff der Beteiligung an Kapitalgesellschaften ist wie in Nr. 4 Buchst. m 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 (gLA WENZEL in BLÜMICH, § 26 InvStG 2018 Rz. 44 [7/2017]).

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. 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, 2. Aufl. 2017, § 26 InvStG 2018 Rz. 18).

Immobilien-Gesellschaften (Nr. 5 Satz 2): Beteiligungen an Immobilien-Gesellschaften (Nr. 4 Buchst. f) sind nicht in die 20 %-Grenze einzubeziehen. Dies soll allerdings – anders als nach § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 6 Satz 2 InvStG aF – nur

für Immobilienfonds iSv. § 2 Abs. 9 Satz 1 gelten. Nr. 5 verweist nicht auf diese Vorschrift, sondern wiederholt lediglich deren Wortlaut, allerdings ohne den Begriff „fortlaufend“. Die FinVerw. legt beide Vorschriften trotzdem gleich aus (BMF v. 21.12.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :016 – DOK 2017/1058518, DStR 2018, 194 Rz. 5). § 2 Abs. 9 Satz 2 ist uE ebenfalls im Rahmen von Nr. 5 Satz 2 zu berücksichtigen. Unabhängig davon beanstandet es die FinVerw. bis zum 31.12.2019 nicht, wenn für die Zulässigkeit von Investitionen in Immobilien-Gesellschaften weiterhin auf die bisherige Regelung in § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 6 Satz 2 InvStG aF abgestellt wird (BMF v. 21.12.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :016 – DOK 2017/1058518, DStR 2018, 194 Rz. 5).

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 PersGes., insbes. geschlossenen Fonds. 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 erwerbar. 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 – DOK 2014/0500897, FR 2014, 715 Rz. 7).

Beteiligungen an ÖPP-Projektgesellschaften und EEG-Gesellschaften iSv. Nr. 6 Satz 2 Buchst. c fallen uneingeschränkt unter die 20 %-Grenze. Eine nennenswerte Finanzierung von ÖPP oder der Erzeugung erneuerbarer Energien durch Spezial-Investmentfonds dürfte daher kaum möglich sein.

Anteile an Personengesellschaften, die im Rahmen der 10 %igen Öffnungsquote (s. Anm. 25) erworben werden dürfen, sollen nach Auffassung der FinVerw. auch auf die 20 %-Grenze der Nr. 5 angerechnet werden (BMF v. 4.6.2014 – IV C 1 - S 1980 - 1/13/10007 :002 – DOK 2014/0500897, FR 2014, 715 Rz. 2.4). Dies ist uE abzulehnen.

46–49 Einstweilen frei.

50

H. Erläuterungen zu Nr. 6: Emittentenbezogene 10 %-Grenze

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. Zweck war vielmehr, die Möglichkeiten zur unternehmerischen Einflussnahme weitgehend auszuschließen und die Nutzung von Schachtelprivilegien nach DBA sowie die Anwendung der Mutter-Tochter-Richtlinie auszuschließen (vgl. amtl. Begr. zum AIFM-StAnpG, BTDrucks. 18/68, 42). Zu den Folgen bei Überschreiten der 10 %-Grenze s. § 29 Anm. 14.

Grundfall (Nr. 6 Satz 1):

- ▶ *Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft:* Ebenso wie bei Nr. 5 ist dieser Begriff wie in Nr. 4 Buchst. a, also technisch iSv. § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG (einschließlich vergleichbarer ausländ. Rechtsformen) zu verstehen. Anteile an (Spezial-)Investmentfonds 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 WENZEL in BLÜMICH, § 26 InvStG 2018 Rz. 47 [7/2017]).
- ▶ *Unmittelbare oder mittelbare Beteiligung:* Auch bei mittelbarer Beteiligung über eine PersGes. muss die 10 %-Grenze beachtet werden (krit. dazu HAISCH, RdF 2015, 294 [297 f.]). Entgegen dem missverständlichen Wortlaut dürfte das wohl auch bei mittelbaren Beteiligungen über mehrere PersGes. gelten. 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]).
- ▶ *Börsennotierte Anteile an Kapitalgesellschaften* werden ebenfalls von Nr. 6 Satz 1 erfasst (BMF v. 4.6.2014 – IV C 1 - S 1980 - 1/13/10007 :002 – DOK 2014/0500897, FR 2014, 715 Rz. 2.6). Die missverständliche Aussage in der amtl. Begr. zum AIFM-StAnpG (BTDrucks. 18/68, 42) hat im Gesetzeswortlaut keinen Niederschlag gefunden (glA MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 26 InvStG 2018 Rz. 22; 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. Dies gilt – anders als bei Nr. 5 – nicht nur für Immobilienfonds iSv. § 2 Abs. 9, sondern für sämtliche Spezial-Investmentfonds, die Beteiligungen an Immobilien-Gesellschaften erwerben dürfen.
- ▶ *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. Gleichwohl dürfte diese Regelung nicht zur verstärkten Beteiligung von Spezial-Investmentfonds an ÖPP-Projektgesellschaften führen, da eine entsprechende Rückausnahme in Nr. 5 fehlt.
- ▶ *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 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.

Einstweilen frei.

51–54

I. Erläuterungen zu Nr. 7: Kreditaufnahme

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 amtl. 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, 2. Aufl. 2017, § 26 InvStG 2018 Rz. 24). Eine *Hedgefonds*-Strategie dürfte daher im Rahmen eines Spezial-Investmentfonds nicht mehr umsetzbar sein.

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 – Gz. WA 41 - Wp 2136 - 2008/0053, Fragenkatalog zu § 53 InvG aF Rz. II.1; aA MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 26 InvStG 2018 Rz. 25). Valutarische Sollsalden bei Wertpapiergeschäften oder sog. *Back-to-Back*-Darlehen beim Erwerb von Fremdwährungen stellen hingegen keine Kreditaufnahme dar (BaFin v. 1.12.2009 – Gz. 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 Hebefinanzierung (zB Leerverkäufe) stellen hingegen keine Kreditaufnahme dar (Arg. § 1 Abs. 19 Nr. 25 Satz 1 KAGB; glA MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 26 InvStG 2018 Rz. 25; PATZNER/KEMPF in PATZNER/DÖSER/KEMPF, Investmentrecht, 3. Aufl. 2017, § 1 InvStG aF Rz. 92; ebenso BaFin v. 1.12.2009 – Gz. 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/SCHOLZ/VOLLMER, § 284 KAGB Rz. 25 [11/2016]).

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 (amtl. Begr. zum AIFM-StAnpG in BTDrucks. 18/68, 42 unter Verweis auf BaFin v. 1.12.2009 – Gz. 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 50 % des Verkehrswerts (Bruttowert, vgl. MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 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 (aA WENZEL in BLÜMICH, § 26 InvStG 2018 Rz. 50 [6/2017]). 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. 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.

Einstweilen frei.

56–59

J. Erläuterungen zu Nr. 8: Anlegerbezogene Beschränkungen

60

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. Einfache Investmentfonds 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 InvStG Rz. 12 f. 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. 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.

Der Wortlaut erfasst auch mehrstufige Personengesellschaftsstrukturen (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), 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 [6/2017]), 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 (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.

► *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 [6/2017]) – und ggf. auch im PV, allerdings unter Beachtung von § 34 Abs. 2 Satz 1, halten. Die amtl. 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 InvStRefG) 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.

► *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 Kap-Ges. oder einfache Investmentfonds ist hingegen nicht von der Bestandschutzregelung erfasst.

► *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 [6/2017]).

- ▷ *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 [6/2017]). 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 (MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 26 InvStG 2018 Rz. 28).
- ▷ *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).
- ▷ *Die Besteuerung der Spezial-Investmenterträge* erfolgt während des Bestandsschutzes zwar im PV. Aufgrund von § 34 Abs. 2 Satz 1 ist allerdings insbes. der Abgeltungsteuertarif (§ 32d EStG) ausgeschlossen.

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 (aA MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 26 InvStG 2018 Rz. 29). Dieses muss sich vielmehr aus den Anlagebedingungen ergeben.

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. 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.

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, 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. 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.

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 werden können (vgl. auch WENZEL in BLÜMICH, § 26 InvStG 2018 Rz. 62 [6/2017]). 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. 14).

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 Letter* zu fassen sein (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 2.32; gIA 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 (aA MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 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 genügt nicht (MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 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 anpasst. Finanzdienstleister und Entrichtungspflichtige dürfen sich bis zu diesem Zeitpunkt auf eine entsprechende Eigenerklärung des Investmentfonds (Selbstdeklaration als Spe-

zial-Investmentfonds) verlassen und den betreffenden Investmentfonds als Spezial-Investmentfonds behandeln. Die Selbstdeklaration bedarf der eigenhändigen Unterschrift des gesetzlichen Vertreters (BMF v. 21.9.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :009 – DOK 2017/0798087, FR 2017, 1027 Rz. 3 f.).

Einstweilen frei.

71–74

M. Keine eigenständige Rechtsfolge des § 26

75

Als bloße Definitionsvorschrift hat § 26 keine eigenständige Rechtsfolge. Liegen die Voraussetzungen von § 26 vor, 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.

Anhang zu § 20

§ 27

Rechtsformen von inländischen Spezial-Investmentfonds

idF des InvStG v. 19.7.2016 (BGBI. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731),
zuletzt geändert durch StUmgBG v. 23.6.2017 (BGBI. I 2017, 1682;
BStBl. I 2017, 865)

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, P+P Pöllath + Partners, Berlin

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

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 27 1

B. Erläuterungen zu § 27:
Rechtsformzwang 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.

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 verstößen 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. 6 f.).

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 §§ 92 ff. KAGB. Anders als nach bisherigem Recht (vgl. § 1 Abs. 1f Nr. 1 Buchst. a–c InvStG aF) bestehen keine Anforderungen mehr an die Verwaltungsgesellschaft. 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.

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 FinVerw. steht insoweit kein materielles Prüfungsrecht zu (WENZEL in BLÜMICH, § 27 InvStG 2018 Rz. 8 [6/2017]). 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 §§ 190 ff. UmwG auf die Investment-AG überhaupt anwendbar sein können. Sofern dies der Fall wäre, sollte uE § 52 analog angewendet werden.

§ 28

Beteiligung von Personengesellschaften

idF des InvStG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731),
zuletzt geändert durch StUmgBG v. 23.6.2017 (BGBl. I 2017, 1682;
BStBl. I 2017, 865)

(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 anzugeben.

(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, Pöllath und Partner, Berlin

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

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 28	1
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Mitteilungspflichten von Personengesellschaften	5
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Anteilsregister	10
D. Erläuterungen zu Abs. 3: Ausübung des Sonderkündigungsrechts	15

1

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 28

Grundinformation: § 28 ergänzt die Vorgaben von § 26 Nr. 8 zur zulässigen Anlegerzahl und von § 26 Nr. 9 zum Sonderkündigungsrecht. Die amt. Überschrift ist missverständlich. Insbesondere Abs. 2 und Abs. 3 betreffen auch und vornehmlich die unmittelbare Beteiligung. 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 § 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. 4).
- ▶ *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.

**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). 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. Das mittelbare Halten von Spezial-Investmentanteilen über eine KapGes. oder eine andere Körperschaft fällt nicht unter Abs. 1. In diesem Fall ist die KapGes. oder andere Körperschaft Anleger (Zählobjekt) iSd. 100-Anleger-Grenze (s. § 26 Anm. 60). 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.

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 auch, entsprechende Regelungen in diese Dokumente aufzunehmen.

Mitteilungspflicht bei Ersterwerb (Abs. 1 Satz 1):

► *Mitteilungspflichtiges Ereignis* ist der Erwerb der Spezial-Investmentanteile. Maßgeblich ist wegen § 2 Abs. 10 uE der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums (aA WENZEL in BLÜMICH, § 28 InvStG 2018 Rz. 10 [8/2017]; schuldrechtl. Geschäft). 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.

► *Inhalt der Mitteilung:* Mitzuteilen sind ausschließlich Name (bei nicht natürlichen Personen die Firma oder sonstige Bezeichnung) und Anschrift (bei nicht natürlichen Personen Geschäftssadresse) 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. Der Begriff des Gesellschafters ist uE zivilrechl. 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.

► *Adressat der Mitteilung:* ist auch bei nur mittelbarer Beteiligung der Spezial-Investmentfonds, dh. dessen gesetzlicher Vertreter (§ 3 Abs. 1 Satz 2).

► *Form der Mitteilung:* Eine Form der Mitteilung ist nicht vorgeschrieben. Mündliche Mitteilungen wären daher zulässig. Empfehlenswert ist – nicht zuletzt aus Nachweisgründen – zumindest Textform (§ 126b BGB; vgl. auch WENZEL in BLÜMICH, § 28 InvStG 2018 Rz. 10 [8/2017]: Schriftform).

► *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. (BTDdrucks. 18/8045, 97). Dies umfasst jeden Ein- oder Austritt von Gesellschaftern sowie jede Übertragung eines Gesellschaftsanteils auf einen bislang nicht beteiligten Gesellschafter, und zwar sowohl im Wege der Einzel- als auch der Gesamtrechtsnachfolge. Maßgeblich ist die Rechtswirksamkeit der Änderung (BTDdrucks. 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. Ebenso lösen Änderungen der nach Satz 1 meldepflichtigen Tatsachen, dh. von Name oder Anschrift eines Gesellschafters keine Anzeigepflicht aus (gJA MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 28 InvStG 2018 Rz. 1).

► *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. Geschäftssadresse) mitgeteilt werden. Ferner sollten die ausscheidenden Gesellschafter mitgeteilt werden. 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. Unzulässig ist 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.
- *Zwangsmäßignahmen*: Die FinVerw. kann die Abgabe der Meldungen im Verwaltungsweg erzwingen (§§ 328 ff. AO). Sie ist dabei allerdings ebenfalls auf den räumlichen Anwendungsbereich der AO beschränkt.

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 amt. 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. Sinnvoll erscheint vor dem Hintergrund des Zwecks der Regelung, den Namen bzw. die Firma oder sonstige Bezeichnung, die Eigenschaft als natürliche oder nicht natürliche Person, der Umstand, ob eine unmittelbare oder mittelbare Beteiligung vorliegt, sowie im Fall der mittelbaren Beteiligung die Bezeichnungen der PersGes., die die Beteiligung vermittelt oder vermitteln, zu verzeichnen. Wegen der Bußgeldbewehrung (§ 55 Abs. 1 Nr. 4) ist eine derartig extensive Auslegung allerdings problematisch.

Verpflichteter: Zur Führung des Anteilsregisters verpflichtet ist der gesetzliche Vertreter (§ 3) des Spezial-Investmentfonds. 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-In-

vestmentanteils handeln. Maßgeblich ist uE wie bei Abs. 1 (s. Anm. 4) wegen § 2 Abs. 10 der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums (aA WENZEL in BLÜMICH, § 28 InvStG 2018 Rz. 16 [8/2017]: obligatorisches Rechtsgeschäft).

► *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, scheitert eine Ahndung wegen nicht rechtzeitiger Eintragung (§ 55 Abs. 1 Nr. 4 Var. 4) an mangelnder Leichtfertigkeit.

► *Mittelbarer Erwerb:* Bei mittelbaren Anteilserwerben, 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. 4) eine extensive Auslegung.

Rechtsfolgen bei Verstößen:

► § 52 ist nicht anwendbar (s. § 52 Anm. 4).

► *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 Ahnung wegen nicht oder nicht rechtzeitig erfolgter Eintragung bei bloß mittelbarem Erwerb (s. „Mittelbarer Erwerb“). Wegen des räumlichen Geltungsbereichs (s. Anm. 4) können effektiv nur Verstöße von Spezial-Investmentfonds mit inländ. Verwaltern geahndet werden.

► *Zwangsmäßignahmen:* Die FinVerw. kann die ordnungsgemäße Führung des Anteilsregisters im Verwaltungswege erzwingen (§§ 328 ff. AO), allerdings ebenfalls nur im räumlichen Anwendungsbereich der AO.

11–14 Einstweilen frei.

15

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Ausübung des Sonderkündigungsrechts

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 [8/2017]). Sofern der Spezial-In-

vestmentfonds noch weitere (Sonder-)Kündigungsgründe festgelegt hat, richtet sich deren Ausübung nicht nach Abs. 3 und ist insbes. auch nicht nach § 55 Abs. 1 Nr. 5 bußgeldbewehrt (aA offenbar WENZEL in BLÜMICH, § 28 InvStG 2018 Rz. 11 [8/2017] betr. Verstöße gegen Abs. 1, uE abzulehnen).

Kenntnis: Der Spezial-Investmentfonds (genauer: sein gesetzlicher Vertreter iSv. § 3, vgl. MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 28 InvStG 2018 Rz. 3) muss positive Kenntnis vom Vorliegen der Kündigungegründe haben. Bloßes Kennenmüssen (§ 122 Abs. 2 BGB), selbst grob fahrlässige Unkenntnis, genügen nicht. Eine Nachforschungspflicht trifft den gesetzlichen Vertreter nur bei offenkundig fehlerhaften Angaben (vgl. WENZEL in BLÜMICH, § 28 InvStG 2018 Rz. 20 [8/2017]).

Rechtsfolgen:

► *Ausübung des Sonderkündigungsrechts:* Das Sonderkündigungsrecht muss ausgeübt werden, dh., der gesetzliche Vertreter des Spezial-Investmentfonds muss die Kündigungserklärung abgeben. 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. 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 [8/2017]; MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 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 ist uE nicht unmittelbar anzuwenden. Ein Verstoß gegen Abs. 3 stellt nicht zugleich einen Verstoß gegen die Anlagebestimmungen des § 26 dar (aA WENZEL in BLÜMICH, § 28 InvStG 2018 Rz. 21 [8/2017]). Dafür kommt es nur darauf an, ob die Überschreitung der zulässigen Anlegerzahl oder die unzulässige Beteiligung von Anlegern einen wesentlichen Verstoß darstellt. Insoweit kann Abs. 3 allerdings eine gewisse Ausstrahlungswirkung zukommen (s. § 52 Anm. 4).

▷ *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 10 000 € geahndet werden (§ 55 Abs. 1 Nr. 5). Wegen des räumlichen Geltungsbereichs (s. Anm. 4) können effektiv nur Verstöße von Spezial-Investmentfonds mit inländ. Verwaltern geahndet werden.

▷ *Zwangsmäßignahmen:* Die FinVerw. kann die Ausübung des Sonderkündigungsrechts im Verwaltungsweg erzwingen (§§ 328 ff. AO), allerdings ebenfalls nur im räumlichen Anwendungsbereich der AO.

Anhang zu § 20

§ 29

Steuerpflicht des Spezial-Investmentfonds

idF des InvStG v. 19.7.2016 (BGBI. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731), zuletzt geändert durch StUmgBG v. 23.6.2017 (BGBI. I 2017, 1682; BStBl. I 2017, 865)

- (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, Pöllath und Partners, Berlin

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

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 29 ..	1
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Entsprechende Anwendung von §§ 6 und 7	4
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Statusbescheinigung	9
D. Erläuterungen zu Abs. 3: Überschreitung der 10 %-Grenze nach § 26 Nr. 6	14
E. Erläuterungen zu Abs. 4: Gewerbesteuerbefreiung.....	20

1

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 29

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. 14). *Abs. 4* regelt die GewStBefreiung 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 bisherigen 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 §§ 34 ff.). 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 begreifen (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.
- *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.

2–3

**B. Erläuterungen zu Abs. 1:
Entsprechende Anwendung von §§ 6 und 7**

4

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. S. 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.

Einstweilen frei.

5–8

**C. Erläuterungen zu Abs. 2:
Statusbescheinigung**

9

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 Vorausset-

zungen eines Spezial-Investmentfonds prüfen. Hierzu muss der Spezial-Investmentfonds Anlagebedingungen und Anteilsregister vorlegen (vgl. BTDrucks. 18/8045, 98).

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 kann der Spezial-Investmentfonds anstelle der besonderen Statusbescheinigung auch eine eigenhändig unterschriebene Selbstdeklaration verwenden (BMF v. 21.9.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :009 – DOK 2017/0798087, FR 2017, 1027 Rz. 3f., 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, 2. Aufl. 2017, § 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).

10–13 Einstweilen frei.

14

**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, 2. Aufl. 2017, § 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. Ferner ist § 26 Nr. 6 nicht auf Anteile an (Spezial-)Investmentfonds anwendbar, auch wenn diese die Rechtsform einer KapGes. haben (s. § 26 Anm. 50).

► *Besteuерungsregeln:* 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 anwendbar 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 „so weit“ 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 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.

▷ § 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. 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-Schachtelpiviligen:* 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 2 hat daher deklaratorische Bedeutung (s. „Abs. 3 Satz 2“). Die Freistellung schachtelpiviligerter 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-Schachtelpivilig (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-Schachtelpiviligen 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 InvStG Rz. 178 ff.; GOTTSCHLING/SCHATZ in MORITZ/JESCH, 2015, § 1 InvStG Rz. 208; BAUDERER/MUNDEL in HAASE, 2. Aufl. 2015, § 1 InvStG Rz. 207; WENZEL in BLÜMICH, § 1 InvStG 2004 Rz. 41 (5/2015).

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. Einführung InvStG Anm. 8).

15–19 Einstweilen frei.

E. Erläuterungen zu Abs. 4: Gewerbesteuerbefreiung

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 deklatorisch (so aber MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 29 InvStG 2018 Rz. 7; WENZEL in BLÜMICH, § 29 Rz. 20 [8/2017]), sondern konstitutiv, denn die StBefreiung in Abs. 4 gilt auch, wenn die Voraussetzungen von § 15 Abs. 2 und 3 nicht erfüllt sind (so wohl auch MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 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.

§ 30

Inländische Beteiligungseinnahmen und sonstige inländische Einkünfte mit Steuerabzug

idF des InvStG v. 19.7.2016 (BGBI. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731),
zuletzt geändert durch StUmgBG v. 23.6.2017 (BGBI. I 2017, 1682;
BStBl. I 2017, 865)

(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) § 3 Nummer 40 des Einkommensteuergesetzes und § 8b des Körperschaftsteuergesetzes sind auf die dem Anleger zugerechneten 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 oder 4 des Einkommensteuergesetzes oder § 8b Absatz 7 des Körperschaftsteuergesetzes ist und der Spezial-Investmentfonds in wesentlichem Umfang Geschäfte tätigt, die
 - a) dem Handelsbuch des Instituts oder Unternehmens zuzurechnen wären oder
 - b) als mit dem Ziel der kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolgs erworben anzusehen wären,wenn sie von dem Institut oder Unternehmen unmittelbar getätigten worden wären.

(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, Pöllath und Partners, Berlin
 Mitherausgeber: Dr. Martin **Klein**, Rechtsanwalt/Steuerberater/Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt/M.

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 30	1
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Transparenzoption	5
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Anwendbarkeit von § 8b KStG	10
D. Erläuterungen zu Abs. 3: Ausschluss von § 3 Nr. 40 EStG und § 8b KStG	15
E. Erläuterungen zu Abs. 4: Mehrstufige Strukturen	20
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 allerdings weitgehend 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.

Rechtsentwicklung 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 bisherige Regelungskonzept des inländ. Dividendenanteils (§ 7 Abs. 3 ff. InvStG aF), der insbes. auch der beschränkten StPflicht unterlag (§ 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. b Doppelbuchst. aa EStG aF).

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 sonstiger 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 Sonderaus-

gabe Nr. 1/2016, 20). § 33 liegt zwar grds. ein anderes Regelungskonzept zu grunde (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, nicht jedoch der sonstigen inländ. Einkünfte mit StAbzug auf Anlegerebene, wenn die Transparenzoption nicht ausgeübt wurde.

► *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. § 35 Abs. 3 handelt, die stfrei ausgeschüttet werden können.

► *Verhältnis zu § 53:* § 30 gilt volumnäßig 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 inländ. 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. §§ 43 ff. 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).

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).

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). Eine besondere Form für die Erklärung ist nicht vorgeschrieben. Aus Beweisgründen empfiehlt sich uE zumindest Textform (§ 126b BGB; vgl. aber MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 30 InvStG 2018 Rz. 5: Schriftform). 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 – DOK 2017/1058518, DStR 2018, 194 Rz. 6; MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 30 InvStG 2018 Rz. 5).

Unwiderruflich: Die Erklärung muss unwiderruflich erfolgen, dh., der Spezial-Investmentfonds muss ausdrücklich erklären, dass ein Widerruf ausgeschlossen ist (MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 30 InvStG 2018 Rz. 5). Die Erklärung ist damit faktisch nur einmal möglich (teilweise aA BEHRENS, RdF 2017, 297 [298]). Die FinVerw. will es aber nicht beanstanden, wenn eine im Jahr 2018 ausgeübte Transparenzoption vor dem Zufluss der ersten inländ. Beteiligungseinnahme im Jahr 2019 mit Wirkung ab dem Jahr 2019 widerrufen wird. Ferner erwägt die FinVerw., dass die Transparenzoption zeitlich befristet ausgeübt werden kann (BMF v. 21.12.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :016 – DOK 2017/1058518, DStR 2018, 194 Rz. 6).

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 ange-

sehen (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 dem Vorstehenden kann es also mehrere Entrichtungspflichtige geben. Dem Gesetz kann uE keine Verpflichtung entnommen werden, die Erklärung gegenüber jedem Entrichtungspflichtigen abzugeben. Gibt es mehrere Entrichtungspflichtige, kann der Spezial-Investmentfonds die Transparenzoption auch nur gegenüber einzelnen Entrichtungspflichtigen ausüben (insoweit glA BEHRENS, Rdf 2017, 297 [298]; aA möglicherweise MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 30 InvStG 2018 Rz. 5; DYCKMANS, Ubg 2015, 531 [539]; HAUG, Ubg 2017, 303 [306]). 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 MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 30 InvStG 2018 Rz. 5; insoweit aA BEHRENS, Rdf 2017, 297 [298]).

► *Wechsel des Entrichtungspflichtigen:* Wechselt der Entrichtungspflichtige, wirkt eine gegenüber dem bisherigen Entrichtungspflichtigen abgegebene Erklärung nicht gegenüber dem neuen Entrichtungspflichtigen fort. Sie muss vielmehr neu abgegeben werden. Für die aA (MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 30 InvStG 2018 Rz. 5) findet sich keine Stütze im Gesetzeswortlaut.

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. Wird sie ausgeübt, kann sie allerdings nur einheitlich für sämtliche Anleger ausgeübt werden.

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; HELIOS/MANN, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 20). Die Einkünfte behalten daher auch ihren ursprünglichen Charakter.

- ▷ *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]; HEILIOS/MANN, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 20 f.; STADLER/BINDL, DStR 2016, 1953 [1962]).
- ▷ *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.
- ▷ *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).
- ▷ *Wertpapierleihe/Pensionsgeschäfte:* Werden inländ. Beteiligungserträge iSv. § 6 Abs. 3 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.

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. 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. 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). 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.

Sachliche Voraussetzungen (Abs. 2 Nr. 1):

- **Gesellschaft iSv. § 26 Nr. 6 Satz 2:** Es handelt sich hierbei um Immobilien-Gesellschaften, OPP-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.

Beteiligungshöhe (Abs. 2 Nr. 2): Abs. 2 Nr. 2 modifiziert die Vorgaben von § 8b Abs. 4 KStG (10 %-Grenze). Maßgeblich ist die durchgerechnete Beteiligungshöhe des Anlegers. 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.

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. 14). Diesem werden aber im Rahmen der Transparenzoption die betreffenden Einkünfte zugerechnet.

**D. Erläuterungen zu Abs. 3:
Ausschluss von § 3 Nr. 40 EStG und § 8b KStG**

Zugerechnete 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), enthält Abs. 3 zwar sinnvolle Klarstellungen im Hinblick auf die Anwendbarkeit von § 3 Nr. 40 Satz 3 EStG und § 8b Abs. 7 und 8 KStG. Kritisch ist aber anzumerken, dass die dortigen Regelungen nur unvollständig übernommen wurden und insbes. die Änderungen an § 3 Nr. 40 Satz 3 EStG und § 8b Abs. 7 KStG durch das sog. BEPS-UmsG v. 20.12.2016 (BGBI. I 2016, 3000; BStBl. I 2017, 5) in Abs. 3 nur teilweise nachvollzogen wurden.

Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen (Abs. 3 Nr. 1): Abs. 3 Nr. 1 ist § 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).

► *Pensionsfonds?:* Gemäß § 8b Abs. 8 Satz 5 KStG gilt der Ausschluss von § 8b Abs. 1–7 KStG entsprechend für Pensionsfonds iSv. § 112 VAG. Eine vergleichbare Regelung ist in Abs. 3 indes nicht vorgesehen (insoweit glA MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 30 InvStG 2018 Rz. 11). Dies ist uE nicht sachgerecht. Der Ausschluss von § 8b Abs. 1–7 KStG für Pensionsfonds erfolgt aus den gleichen Gründen wie bei Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen (Wechselwirkung zwischen steuerwirksamem Aufwand für Beitragsrückerstattungen und ohne § 8b Abs. 8 KStG stfreien Beteiligungserträgen, vgl. § 8b Anm. 235, 247). Abs. 3 Nr. 1 sollte daher entsprechend auf Pensionsfonds ausgedehnt werden.

Unternehmen des Finanzsektors (Abs. 3 Nr. 2): Abs. 3 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.).

► *Institut oder Unternehmen:* Abs. 3 Nr. 2 verweist für die betroffenen Institute und Unternehmen auf § 3 Nr. 40 Sätze 3 und 4 EStG bzw. § 8b Abs. 7 KStG. § 3 Nr. 40 Satz 4 EStG wurde allerdings mit dem BEPS-UmsG aufgehoben. Der Gesetzgeber sah diesen Satz als deklaratorisch an, weil Satz 3 aufgrund der Kapitalverkehrsfreiheit ohnehin entsprechend ausgelegt werden müsse (amtliche Begr. zum BEPS-UmsG, BTDrucks. 18/9536, 56). Dies muss uE in Abs. 3 angepasst werden. Die aus dem gleichen Grund erfolgte Streichung von § 8b Abs. 7 Satz 3 KStG af ist aufgrund der Verweisteknik in Abs. 3 Nr. 2 bereits berücksichtigt.

- ▷ *Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute:* Gemeint sind damit die in § 3 Nr. 40 Satz 3 Halbs. 1 EStG bzw. § 8b Abs. 7 Satz 1 KStG genannten Institute, für deren Bestimmung wiederum auf die Vorschriften des KWG verwiesen wird (dazu im Einzelnen § 3 Nr. 40 EStG Anm. 177, § 8b KStG Anm. 225).
- ▷ *Finanzunternehmen:* Der Begriff des Finanzunternehmens wird ebenfalls durch Verweis auf § 3 Nr. 40 Satz 3 Halbs. 2 EStG bzw. § 8b Abs. 7 Satz 2 KStG und damit letztlich auf § 1 Abs. 3 KWG definiert (dazu im Einzelnen § 3 Nr. 40 EStG Anm. 180, § 8b KStG Anm. 229). Aufgrund der Verweistechnik müssen dabei aber uE bereits Änderungen durch das BEPS-UmsG in § 3 Nr. 40 Satz 3 Halbs. 2 EStG bzw. § 8b Abs. 7 Satz 2 KStG berücksichtigt werden: Erfasst werden somit nur noch Finanzunternehmen, an denen Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitute unmittelbar oder mittelbar zu mehr als 50 % beteiligt sind (s. § 3 Nr. 40 EStG Anm. J 16-4; § 8b KStG Anm. J 16-7).
- *Handelsbuch (Abs. 3 Nr. 2 Buchst. a):* Die Vorschrift in Abs. 3 Nr. 2 Buchst. a betrifft nur Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute und ist § 3 Nr. 40 Satz 3 Halbs. 1 EStG aF bzw. § 8b Abs. 7 Satz 1 KStG aF nachgebildet. Insoweit kann auf die einschlägigen Erläuterungen (§ 3 Nr. 40 EStG Anm. 178; § 8b KStG Anm. 225) verwiesen werden. Durch das BEPS-UmsG wurde das Handelsbuch in § 3 Nr. 40 Satz 3 Halbs. 1 EStG bzw. § 8b Abs. 7 Satz 1 KStG durch den Handelsbestand iSv. § 340e Abs. 3 HGB ersetzt. Wesentliche materielle Änderungen sind damit nicht verbunden (s. dazu § 3 Nr. 40 EStG Anm. J 16-4; § 8b KStG Anm. J 16-5). Gleichwohl sollte Abs. 3 Nr. 2 Buchst. a entsprechend angepasst werden.
- *Kurzfristiger Eigenhandelserfolg (Abs. 3 Nr. 2 Buchst. b):* Die Vorschrift in Abs. 3 Nr. 2 Buchst. b betrifft nur (bankenbeherrschte, s. „Finanzunternehmen“) Finanzunternehmen und ist § 3 Nr. 40 Satz 3 Halbs. 2 EStG aF bzw. § 8b Abs. 7 Satz 2 KStG aF nachgebildet. Insoweit kann auf die einschlägigen Erläuterungen (§ 3 Nr. 40 EStG Anm. 181; § 8b KStG Anm. 230) verwiesen werden. Mit dem BEPS-UmsG wurde in § 3 Nr. 40 Satz 3 Halbs. 2 EStG bzw. § 8b Abs. 7 Satz 2 KStG nicht mehr auf das Ziel der kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolgs, sondern auf den Ausweis im UV im Zeitpunkt des Zugangs zum BV abgestellt (s. dazu § 3 Nr. 40 EStG Anm. J 16-4; § 8b KStG Anm. J 16-8). Abs. 3 Nr. 2 Buchst. b setzt die Änderungen daher nur teilweise im Hinblick auf die erfassten Finanzunternehmen um und muss entsprechend angepasst werden.
- *Als-Ob-Betrachtung:* Die Voraussetzungen von Abs. 3 Nr. 2 Buchst. a und b sind lediglich fiktiv auf Anlegerebene zu prüfen. Nur für diese Zwecke ordnet Abs. 3 Nr. 2 daher an, dass WG und Tätigkeiten des Spezial-Investmentfonds dem Anleger zuzurechnen sind. Ob Anleger iSv. Abs. 3 Nr. 2 Buchst. a ihre Spezial-Investmentanteile dem Handelsbuch zuzurechnen haben oder Anleger iSv. Abs. 3 Nr. 2 Buchst. b ihre Spezial-Investmentanteile mit dem Ziel der kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolgs erworben haben, ist unerheblich.
- *Wesentlicher Umfang:* Die den Anlegern für Zwecke der Prüfung der Voraussetzungen von Abs. 3 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 Gesamtaktivität 10 % oder weniger betragen. Maßgebend sollten dabei Handels-

volumina sein (vgl. auch MANN in BLÜMICH, § 30 InvStG 2018 Rz. 35 [11/2017]: wertende Gesamtbetrachtung der Umstände des Einzelfalls).

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 insoweit 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 [11/2017]). 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. § 50 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.

▷ *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-Investmentfonds 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. Vorbelaistung 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 StPflicht 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, 2. Aufl. 2017, § 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 StPflicht 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 StPflicht 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 StPflicht 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 StPflicht 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 StPflicht 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). 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 nicht § 42 Abs. 4 geltend gemacht werden.

Anhang zu § 20

§ 31

Steuerabzug und Steueranrechnung bei Ausübung der Transparenzoption

idF des InvStG v. 19.7.2016 (BGBI. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731),
zuletzt geändert durch StUmgBG v. 23.6.2017 (BGBI. I 2017, 1682;
BStBl. I 2017, 865)

(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. Zeitpunkt des Zuflusses des Kapitalertrags bei dem Spezial-Investmentfonds,
3. Name und Anschrift der am Spezial-Investmentfonds beteiligten Anleger als Gläubiger der Kapitalerträge,
4. Gesamtzahl der Anteile des Spezial-Investmentfonds zum Zeitpunkt des Zuflusses und Anzahl der Anteile der einzelnen Anleger sowie
5. Anteile der einzelnen Anleger an der Kapitalertragsteuer.

(2) Wird vom Steuerabzug Abstand genommen oder wird die Steuer erstattet, so hat der Spezial-Investmentfonds die Beträge an diejenigen Anleger auszuzahlen, bei denen die Voraussetzungen für eine Abstandnahme oder Erstattung vorliegen.

(3) ¹Die auf inländische Beteiligungseinnahmen und sonstige inländische Einkünfte bei Ausübung der Transparenzoption erhobene Kapitalertragsteuer wird auf die Einkommen- oder Körperschaftsteuer des Anlegers angerechnet, wenn der Spezial-Investmentfonds die Voraussetzungen für eine Anrechenbarkeit nach § 36a Absatz 1 bis 3 des Einkommensteuergesetzes erfüllt. ²Wurde für einen Anleger kein Steuerabzug vorgenommen oder ein Steuerabzug erstattet und erfüllt der Spezial-Investmentfonds nicht die Voraussetzungen nach § 36a Absatz 1 bis 3 des Einkommensteuergesetzes, ist der Anleger verpflichtet, dies gegenüber seinem zuständigen Finanzamt anzuzeigen und eine Zahlung in Höhe des unterbliebenen Steuerabzugs auf Kapitalerträge im Sinne des § 36a Absatz 1 Satz 4 und des § 43 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1a des Einkommensteuergesetzes zu leisten. ³§ 36a Absatz 5 und 7 des Einkommensteuergesetzes bleibt unberührt.

Autor: Ronald **Buge**, Rechtsanwalt, Pöllath und Partners, Berlin

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

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 31	1
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Steuerabzug bei ausgeübter Transparenzoption	5
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Abstandnahme/Erstattung	10
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 KapErtr-StAbzug (§§ 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 regelt die Anwendung von § 36a EStG bei Anrechnung der KapErtrSt, wenn die Transparenzoption ausgeübt wurde.

Rechtsentwicklung des § 31: § 31 ist neu und hat keinen Vorgänger im InvStG a.F.

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 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 volumärfähig für Altersvorsorgevermögensfonds (§ 53 Abs. 3 Satz 1).

B. Abs. 1: StAbzug b. Transparenzoption Anm. 1–5 **Anhang zu § 20**

► *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.

► *Verhältnis zu §§ 43ff.:* 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.

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).

Einstweilen frei.

2–4

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Steuerabzug bei ausgeübter Transparenzoption

5

Ausübung der Transparenzoption: Abs. 1 setzt – wie § 31 insgesamt – voraus, dass die Transparenzoption ausgeübt wurde.

Rechtsfolge von Abs. 1 Satz 1: Rechtfolge 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 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 – DOK 2017/0852865, 4).

- ▷ Bei unbeschränkt steuerpflichtigen Anlegern existiert kein Tatbestand – weder nach §§ 43 ff. EStG noch nach § 32 Abs. 3 KStG – aufgrund dessen KapErtrSt einbehalten und abgeführt werden könnte, und zwar unabhängig davon, ob die betreffenden Einkünfte im BV oder im PV anfallen.
- ▷ Bei beschränkt steuerpflichtigen Anlegern iSv. § 1 Abs. 4 EStG oder § 2 Nr. 1 KStG 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 (WENZEL in BLÜMICH, § 31 InvStG 2018 Rz. 10 [8/2017]). 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. 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:** Trotz der Fiktion in Abs. 1 Satz 1 hat der Entrichtungspflichtige die KapErtrSt zu dem Zeitpunkt einzubehalten und abzuführen, zu dem die inländ. Beteiligungseinnahmen dem Spezial-Investmentfonds iSv. § 44 Abs. 1 Satz 2 EStG zufließen. Auf einen Zufluss beim Anleger kommt es insoweit nicht an. 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 (s. dazu § 35 Anm. 10, 15).
- **Zur Steueranmeldung** s. BMF v. 2.11.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/17/10016 – DOK 2017/0852865, 4.
- **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. Für die Geltendmachung der Rechte aus der StBescheinigung durch die Anleger soll eine vervielfältigte Ausfertigung der Originalbescheinigung ausreichen (so BTDrucks. 18/8045, 100 gegen 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. 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 v. 21.12.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :016 – DOK 2017/1058518, DStR 2018, 194 Rz. 6).

Einstweilen frei.

6–9

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Abstandnahme/Erstattung

10

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. BTDrucks. 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 (s. § 35 Anm. 15). Nach der amtlichen Begr. (BTDrucks. 18/8045, 100) soll es zulässig sein, dass die Auszahlung gegenüber den begünstigten Anlegern auch in Form von neuen Anteilen am Spezial-Investmentfonds erfolgt. Hiergegen ist uE nichts einzuwenden, sofern eine derartige Möglichkeit in den Anlagebedingungen vorgesehen ist. Ferner will es die FinVerw. nicht beanstanden, wenn bei Spezial-Investmentfonds, an denen ausschließlich Anleger beteiligt sind, bei denen 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 v.

21.12.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :016 – DOK 2017/1058518, DStR 2018, 194 Rz. 7).

11–14 Einstweilen frei.

15

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Anrechnung

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. Abs. 3 modifiziert § 36a EStG vor dem Hintergrund der Besonderheiten bei Ausübung der Transparenzoption. Im Übrigen sind aber die Voraussetzungen von § 36a EStG zu beachten.

Anwendbarkeit von § 36a Abs. 1 bis 3 EStG (Abs. 3 Satz 1):

► *Inländische Beteiligungseinnahmen und sonstige Einkünfte mit Steuerabzug:* Abs. 3 scheint sich auf die Anrechnung der KapErtrSt zu beziehen, die von sämtlichen inländ. Beteiligungseinnahmen und sonstigen Einkünften mit StAbzug erhoben wurde. Da § 36a EStG aber ohne besondere Anordnung anwendbar ist und Abs. 3 lediglich dessen Voraussetzungen modifiziert, gilt auch Abs. 3 nur insoweit, als es sich um Kapitalerträge handelt, die in den Anwendungsbereich von § 36a EStG fallen. Dies sind Kapitalerträge iSv. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a EStG (§ 36a Abs. 1 Satz 1 EStG), auch wenn die Anteile oder Genusscheine einer Wertpapiersammelbank im Ausland zur Verwahrung anvertraut sind (§ 36a Abs. 1 Satz 4 EStG; glA HAHNE/VÖLKER, BB 2017, 858 [861], Fn. 18). 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. Für diese Auslegung spricht auch Abs. 3 Satz 2, der die Nacherhebung auf Kapitalerträge iSv. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a EStG und § 36a Abs. 1 Satz 4 EStG beschränkt.

► *Maßgeblichkeit des Spezial-Investmentfonds:* Obwohl die StAnrechnung auf Ebene des Anlegers erfolgt, müssen die Voraussetzungen von § 36a Abs. 1–3 EStG abweichend von dessen originärem Anwendungsbereich auf Ebene des Spezial-Investmentfonds erfüllt sein. Dabei sind Teilfonds jeweils für sich getrennt zu betrachten (§ 1 Abs. 4; vgl. HAHNE/VÖLKER, BB 2017, 858 [861]). Ob die Voraussetzungen von § 36a Abs. 1–3 EStG auf Anlegerebene in Bezug auf den von ihm gehaltenen Spezial-Investmentanteil erfüllt sind, ist irrelevant.

► *Verweis auf § 36a EStG:* Die übrigen Voraussetzungen, insbes. die Mindesthaltezeit, das Mindestwertänderungsrisiko sowie die fehlende Verpflichtung, die Kapitalerträge ganz oder überwiegend unmittelbar oder mittelbar einer anderen Person zu vergüten, bestimmen sich unmittelbar nach § 36a Abs. 1–3 EStG. Insofern enthält Abs. 3 keine Spezialregelungen.

Nacherhebung bei Abstandnahme oder Erstattung (Abs. 3 Satz 2): Abs. 3 Satz 2 greift die Regelung in § 36a Abs. 4 EStG auf. Modifiziert wird – ebenso wie bei Abs. 3 Satz 1 – lediglich, dass die Voraussetzungen von § 36a Abs. 1–3 EStG wiederum auf Ebene des Spezial-Investmentfonds (und nicht auf Ebene des Anlegers) vorgelegen haben müssen. Im Übrigen sind Abs. 3 Satz 2 und § 36a Abs. 4 EStG in Tatbestand und Rechtsfolgen identisch.

Weitergeltung von § 36a Abs. 5 und 7 EStG (Abs. 3 Satz 3): Die Regelung in Abs. 3 Satz 3 ist uE deklatorisch, weil § 36a EStG auch ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung gilt. Namentlich im Hinblick auf § 36a Abs. 5 EStG wäre hingegen eine Regelung, welche Ebene (Anleger oder Spezial-Investmentfonds) maßgeblich ist, wünschenswert gewesen.

► **§ 36a Abs. 5 EStG:** Zwar bestimmt Abs. 2 Satz 3 zum einen, dass § 36a Abs. 5 EStG unberührt bleibt. Es ist jedoch nicht vollkommen klar, was das bedeutet. Die 20 000 €-Grenze in § 36a Abs. 5 Nr. 1 EStG müsste mangels einer entgegenstehenden Regelung in Abs. 3 auf Anlegerebene zu ermitteln sein. Die besondere Mindesthaltezeit in § 36a Abs. 5 Nr. 2 EStG kann der Anleger jedoch nicht erfüllen, weil ihm im Rahmen der Transparenzoption nur die Einkünfte, nicht jedoch die vom Spezial-Investmentfonds gehaltenen WG zugerechnet werden. Nach MANN (in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 31 InvStG 2018 Rz. 7) soll es hingegen auch insoweit auf die Ebene des Spezial-Investmentfonds ankommen. Dies ist uE ohne ausdrückliche Regelung in Abs. 3 problematisch.

► **§ 36a Abs. 7 EStG:** Auch im Rahmen der Transparenzoption kann die Anrechnung gem. § 42 AO versagt werden. Einer besonderen Erwähnung in Abs. 3 Satz 3 hätte es uE nicht bedurft.

Rechtsfolgen?: Die Formulierung in Abs. 3 Satz 1 könnte dahingehend verstanden werden, dass sich die StAnrechnung oder ihre Versagung aus Abs. 3 Satz 1 ergibt. Da § 36a EStG bei Ausübung der Transparenzoption unmittelbar auf Anlegerebene anwendbar ist und durch Abs. 3 lediglich modifiziert wird, erscheint es uE vorzugswürdig, dass sich die Rechtsfolgen auch unmittelbar aus § 36a EStG ergeben. Liegen somit die gem. Abs. 3 modifizierten Voraussetzungen von § 36a Abs. 1–3 EStG nicht vor, sind gem. § 36a Abs. 1 Satz 2 EStG drei Fünftel der KapErtrSt nicht anzurechnen und gem. § 36a Abs. 1 Satz 3 EStG auf Antrag bei der Ermittlung der Einkünfte abzuziehen (vgl. dazu HAHNE/VÖLKER, BB 2017, 858 [861], die eine gesetzliche Klarstellung in § 31 fordern).

Anhang zu § 20

§ 32

Haftung bei ausgeübter Transparenzoption

idF des InvStG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731),
zuletzt geändert durch StUmgBG v. 23.6.2017 (BGBl. I 2017, 1682;
BStBl. I 2017, 865)

- (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, Pöllath und Partners, Berlin

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

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 32	1
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Haftung des Entrichtungspflichtigen	5
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Inanspruchnahme des Anlegers	10
D. Erläuterungen zu Abs. 3: Haftung des gesetzlichen Vertreters	15

1

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 32

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 Haftungsanspruchnahme 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.

Rechtsentwicklung des § 32: § 32 ist neu und 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).
- **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.
- **Verhältnis zu § 191 AO:** Die Haftungsanspruchnahme 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. 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).

Einstweilen frei.

2–4

**B. Erläuterungen zu Abs. 1:
Haftung des Entrichtungspflichtigen**

5

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.

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.

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 Vorausset-

zungen 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.

6–9 Einstweilen frei.

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 Einstehen 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 (gIA MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 33 InvStG 2018 Rz. 6).

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, 2. Aufl. 2017, § 32 InvStG 2018 Rz. 5).

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. 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 [8/2017]). 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.

Rechtsfolge des Abs. 2:

- *Nachforderungsbescheid*: Der Anleger wird durch Nachforderungsbescheid (§ 167 Abs. 1 Satz 1 AO) in Anspruch genommen.
- *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 Auswahermessen ist durch Abs. 2 klar vorgeprägt.
- *Konkurrenzen*: § 44 Abs. 5 Satz 2 EStG regelt für den Bereich des KapErtr-StAbzugs 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]). Die anders lautende Formulierung in der amtlichen Begr. (BTDrucks. 18/8045, 101: „hätte wissen müssen“) hat im Gesetzeswortlaut keinen Niederschlag gefunden. Sie dürfte auf Entwurfsvorschlägen des InvStRefG zurückgehen (s. dazu MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 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. Der gesetzliche Vertreter kann sich

somit nach Kenntnisserlangung durch Mitteilung an den Entrichtungspflichtigen „erthalten“. 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; gJA MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 32 InvStG 2018 Rz. 8).

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.

► *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.

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 Auswahlemessen 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 StUmgBG 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, der der Vereinnahmung durch den Spezial-Investmentfonds zugrunde lag.

Autor: Ronald **Buge**, Rechtsanwalt, Pöllath und Partners, Berlin

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

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 33 1

B. Erläuterungen zu Abs. 1:
Inländische Immobilienerträge 5

C. Erläuterungen zu Abs. 2:
Steuerabzug und Transparenz 10

Anm.

Anm.

I. Besonderer Steuerabzug
gegenüber Investmentfonds
und Semi-Transparenz
(Sätze 1 und 2) 10

II. Immobilien-Transparenz-
option (Sätze 3 bis 7) 15

D. Erläuterungen zu Abs. 3:
Steuerausländer 20

E. Erläuterungen zu Abs. 4:
Sonstige inländische Einkünfte ohne
Steuerabzug 25

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 33

1

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 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.

Rechtsentwicklung 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). Abs. 2, der insbes. die Immobilien-Transparenzoption regelt, wurde mit dem StUmgBG v. 23.6.2017 (BGBl. I 2017, 1682; BStBl. I 2017, 865) noch vor Inkrafttreten des InvStRefG eingefügt. Darüber hinaus gab es durch das StUmgBG 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 von § 30 nicht 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 3 ff.) werden die ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge

ge 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.

► *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). 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, sofern 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 Fonds ausgangsseite erfolgt unabhängig von der Ausübung der Transparenzoption. § 33 liegt zwar grds. ein anderes Regelungskonzept als § 30 zu grunde (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).

B. Abs. 1: Inländische Immobilienerträge Anm. 1–5 **Anhang zu § 20**

- *Verhältnis zu §§ 35, 36 und 49:* Wird die Immobilien-Transparenzoption ausgeübt, fehlt es für die den Anlegern des Dach-Spezial-Investmentfonds zugerechneten ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge des Ziel-Spezial-Investmentfonds an Regelungen, die denjenigen entsprechen, die bei Ausübung der Transparenzoption gem. § 30 gelten und die eine doppelte stl. Erfassung vermeiden sollen (§ 35 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3, § 36 Abs. 1 Satz 2, § 49 Abs. 3 Satz 5). Insoweit ist dringend eine gesetzliche Nachbesserung geboten (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 Anlegerebene, 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.
- *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 §§ 43ff. EStG gelten sowohl beim StAbzug gem. § 50 als auch beim StAbzug im Rahmen der Immobilien-Transparenzoption gem. Abs. 2 Satz 2 oder 7 (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.

Spezial-Investmentfonds: Die Regelung umfasst sowohl inländ. 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:* Entrichtungspflichtig ist der Spezial-Investmentfonds.
- ▷ *Ausländische Spezial-Investmentfonds* sind aufgrund des eindeutigen Wortlauts von § 50 nicht zum StAbzug verpflichtet und können aufgrund völkerrechtl. Beschränkungen auch nicht zum StAbzug verpflichtet werden. Um die StBefreiung gem. Abs. 1 zu erlangen, müssen sie sich dem KapErtrStAbzugsregime gleichsam freiwillig unterwerfen (BTDdrucks. 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). Dem StAbzug unterliegt im originären Anwendungsbereich von § 50 gegenüber unbeschränkt stpfl. Anlegern jedoch nur die nach Anwendung von § 42 Abs. 5 verbleibende Bemessungsgrundlage (BMF v. 8.11. 2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :010 – DOK 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 (BTDdrucks. 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 – DOK 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 – DOK 2017/0934849, DStR 2017, 2736 Rz. 10; aA STADLER/BINDL, DStR 2016, 1953 [1962]; MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 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 ausgeübt wird. 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 – DOK 2017/1058518, DStR 2018, 194 Rz. 8).
- *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 WEITNAU-

ER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 33 InvStG 2018 Rz. 5). 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 (BTDucks. 18/8045, 101). Er kann nicht nur auf Erträge aus bestimmten inländ. Immobilien beschränkt sein. Ferner muss der StAbzug gegenüber sämtlichen Anlegern vorgenommen werden (glA MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 33 InvStG 2018 Rz. 5). Von anderen Einkünften, insbes. auch solchen iSv. Abs. 4, muss kein StAbzug vorgenommen werden, um die StBefreiung für inländ. Immobilienerträge gem. Abs. 1 zu erhalten (s. dazu auch Anm. 25).
- ▷ *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 kstpf. sämtlicher inländ. Immobilienerträge, wenn KapErtrSt. ordnungsgemäß nacherhoben wird (im Ergebnis glA STADLER/BINDL, DStr 2016, 1953 [1962]; BINDL/MAGER, BB 2016, 2711 [2719]; aA MANN in BLÜMICH, § 33 InvStG 2018, Rz. 11 [8/2017]).
- ▷ *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). 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 StPflicht, der dem StAbzug die rechtl. Grundlage gibt (vgl. auch BEHRENS, RdF 2017, 297 [303] zu Abs. 2 Satz 4 Nr. 1). Dies gilt uE allerdings nicht, soweit in den inländ. Immobilienerträgen Gewinne aus der Veräußerung von inländ. Immobilien außerhalb der Zehn-Jahres-Frist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG enthalten sind, beim beschränkt stpf. Anleger hingegen ein Fall des § 49 Abs. 1 Nr. 8 EStG vorliegt. 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 (vgl. Abs. 3 Satz 3, Anm. 20) – einer Korrektur des StAbzugs auf Ebene des Spezial-Investmentfonds vorzuziehen.

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); HEILIOS/MANN, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 21; HAUG, Ubg 2017, 303 (306 f.), der allerdings insoweit unzutreffend von Transparenzoption spricht; aA NEUMANN, DB 2016, 1779 (1781); vgl. auch amtliche Begr. zum StUmgBG (BTDucks. 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 Nicht-ausschüttung am Geschäftsjahresende erfolgen.

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 Aussstellung der StBescheinigungen gem. § 45a EStG ebenso wie der StAbzug selbst freiwillig, für die KStFreiheit allerdings zwingend erforderlich.

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. 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 Feststellungs-erklärung 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-Invest-menterträge iSv. § 34 vor. Bei bestimmten Anlegern werden diese Einkünfte je-doch umqualifiziert (Abs. 2 Satz 1, s. Anm. 10; Abs. 3, s. Anm. 20).

6–9 Einstweilen frei.

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Steuerabzug und Transparenz

10 I. Besonderer Steuerabzug gegenüber Investmentfonds und Semi-Transparenz (Sätze 1 und 2)

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 (BGBI. 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 (s. dazu im Einzelnen BINDL/MA-GER, 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 systematisch falsch verortet. Abs. 2 Satz 1 statuiert einen StAbzug für Erträge, die an sich keinem StAbzug auf der Fondsausgangsseite unterliegen und ist damit systematisch in Abs. 1 zu verorten. Abs. 2 Satz 2 regelt hingegen die Rechtsfolgen dieses StAbzugs und gehört damit systematisch zu Abs. 3, der

seinerseits systematisch falsch verortet ist (s. Anm. 20). Aber auch in sich ist die Regelung nicht vollständig durchdacht. Obwohl Abs. 2 Satz 2 als (weitere) Rechtsfolge zu Abs. 2 Satz 1 formuliert ist, ist er in Wirklichkeit ungeschriebene Voraussetzung von Abs. 2 Satz 1. Andererseits ist die Regelung von Abs. 2 Satz 2 unvollständig. 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 (einfachen) Investmentfonds 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 handelt, der Investmentanteile an einem anderen (einfachen) Investmentfonds (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. 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.
- *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 StPflicht 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, 2. Aufl. 2017, § 33 InvStG 2018 Rz. 7). Ein Dach-Spezial-Investmentfonds kann jedoch zum einen die Immobilien-Transparenzoption (Abs. 2 Sätze 3 ff.) 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]). Ein vereinnahmender (einfacher) Investmentfonds kann bei stbegünstigten Anlegern die umqualifizierten inländ. Immobilienerträge gem. §§ 8–10 stfrei stellen (glA BINDL/STADLER, BB 2017, 1943 [1944]).
- ▷ *Ebene der Anleger des vereinnahmenden Investmentfonds und des Dach-Spezial-Investmentfonds:* Anleger eines (einfachen) Investmentfonds erzielen Investmenterträge iSv. § 16 Abs. 1 iVm. § 20 Abs. 1 Nr. 3 EStG. Anleger eines Spezial-Dach-Investmentfonds erzielen Spezial-Investmenterträge 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. Nimmt der Dach-Spezial-Investmentfonds seinerseits den StAbzug gem. Abs. 1 sowie wiederum Abs. 2 Satz 2 (jeweils Dachfondsausgangsseite) 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 BINDL/STADLER, BB 2017, 1943 [1944]). Nur auf diese Weise lässt sich der in der Literatur genannte StSatz von 15 % zzgl. SolZ (zB MANN in BLÜMICH, § 33 InvStG 2018 Rz. 22 [8/2017]; BEHRENS, RdF 2017, 297 [301]; vgl. auch BTDrucks. 18/12127, 64) rechtfertigen (vgl. § 50 Abs. 1 Satz 1; glA BINDL/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; 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 BINDL/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 – DOK 2017/1058518, DStR 2018, 194 Rz. 9).

- ▷ **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 BINDL/STADLER, BB 2017, 1943 [1944]).

Einstweilen frei.

11–14

II. Immobilien-Transparenzoption (Sätze 3 bis 7)

15

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 (BTDdrucks. 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 ginge in diesem Fall ins Leere.

Immobilien-Transparenzoption (Abs. 2 Satz 3): Die eigentliche Immobilien-Transparenzoption ist in Satz 3 geregelt. Die Sätze 4 ff. regeln Rechtsfolgen der Ausübung der Immobilien-Transparenzoption.

- *Dach-Spezial-Investmentfonds:* Die Immobilien-Transparenzoption gilt nur für Dach-Spezial-Investmentfonds. Einfache Investmentfonds, 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. Immobilienerträge 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.
- ▷ *Einheitlichkeit der Erklärung:* Die Erklärung kann nur einheitlich gegenüber einem Ziel-Spezial-Investmentfonds abgegeben werden, dh., sie gilt für sämtliche ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche inländ. Immobilienerträge (BTDrucks. 18/12127). Dies ist uE zutr. (aA BEHRENS, RdF 2017, 297 [302]). Ebenso wie bei der Transparenzoption gem. § 30 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 (s. zum Ganzen auch § 30 Anm. 5).

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.

► *Materiell-rechtliche Zurechnung?:* Im Rahmen der Immobilien-Transparenzoption fehlt eine § 30 Abs. 1 Satz 2 vergleichbare Zurechnungsvorschrift, die besagt, dass die ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen 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). 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-Investment-

fonds 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)“). 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 EStG nach den persönlichen Merkmalen des jeweiligen Anlegers des Dach-Spezial-Investmentfonds richten (BTDucks. 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 – DOK 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 BTDucks. 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. 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 sprachlich grob „verunglückt“. Das Gesetz kennt keine unbeschränkt und beschränkt stpfl. Investment- und Spezial-Investmentfonds, sondern nur inländ. und ausländ. Investment- und Spezial-Investmentfonds (vgl. § 2 Abs. 2 und 3 sowie § 6 Abs. 1). Die amtliche Begr. legt nahe, dass von Abs. 2 Satz 4 Nr. 2 nur inländ. Investmentfonds und

Dach-Spezial-Investmentfonds (2. Stufe) erfasst sein sollen (vgl. BTDrucks. 18/12127, 64; glA wohl MANN in BLÜMICH, § 33 InvStG 2018 Rz. 28 [8/2017]). Aus dem – ebenfalls sprachlich „verunglückten“ – Abs. 2 Sätze 6 und 7 scheint ferner zu folgen, dass ausländ. Investmentfonds und Dach-Spezial-Investmentfonds (2. Stufe) offenbar unter Abs. 2 Satz 4 Nr. 1 fallen sollen. Dies hätte indes zur Folge, dass die Erträge bei diesen nicht mehr stbar wären, weil sie als Einkünfte iSv. § 49 Abs. 1 EStG allenfalls unter § 6 Abs. 5 iVm. § 29 Abs. 1 fallen können. Dies wäre jedoch ausgeschlossen, 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. 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 (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.
- *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]; vgl. auch Anm. 10 zur einstufigen Struktur). Letzteres muss uE auch für weitere Spezial-Investmentfonds bei mehrstufigen Strukturen gelten. 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. Bei ausländ. Dach-Spezial-Investmentfonds (2. Stufe) kann keine Umqualifikation gem. Abs. 2 Satz 4 Nr. 1 erfolgen. Diese müssen 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. Bei ausländ. Dach-Spezial-Investmentfonds (2. Stufe) kann keine Umqualifikation gem. Abs. 2 Satz 4 Nr. 1 erfolgen. Diese müssen vielmehr 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 (einfachen) Investmentfonds 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. Andernfalls 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. SoIZ gem. § 50 und nicht der StSatz gem. § 7 Abs. 1 Satz 3 zur Anwendung kommen.
- ▶ *Vermeidung der doppelten steuerlichen Erfassung:* Anders als bei der Transparenzoption gem. § 30 existieren für die Immobilien-Transparenzoption keine Regelungen zur Vermeidung einer doppelten stl. Erfassung der dem Anleger des Dach-Spezial-Investmentfonds zugerechneten ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen inländ. Immobilienerträge des Ziel-Spezial-Investmentfonds. Diese Beträge müssen uE aus systematischen Gründen ebenfalls als Zurechnungsbeträge (§ 35 Abs. 3) anzusehen sein und nach Maßgabe von § 35 Abs. 2 Satz 1 vorrangig als ausgeschüttet gelten. Ebenso müssen § 36 Abs. 1 Satz 2 und § 49 Abs. 3 Satz 5 auf diese zugerechneten Einkünfte anwendbar sein (gIA BINDL/ STADLER, BB 2017, 1943 [1946]; BEHRENS, RdF 2017, 297 [303]). Insoweit ist dringend eine gesetzliche Nachbesserung geboten.

Einstweilen frei.

16–19

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Steuerausländer

20

Unzutreffende systematische Stellung: Ebenso wie Abs. 2 Satz 1 für vereinnehmende 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 (gIA MANN in BLÜMICH, § 33 InvStG 2018 Rz. 35 [8/2017]).

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. 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 (gIA MANN in BLÜMICH, § 33 InvStG 2018, § 33 Rz. 37 [8/2017]; 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 StPflicht 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. § 49 Abs. 1 Nr. 6 oder 8 EStG dürfte nur vorliegen, soweit ausnahmsweise beschränkt stpfl. natürliche Personen ihren Spezial-Investmentanteil im PV halten. In diesem Fall kann es 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 Einkünfte vor, weil § 49 Abs. 1 Nr. 8 EStG nur Veräußerungsgewinne innerhalb der Zehn-Jahres-Frist erfasst. Zwar dürfte in diesem Fall steuerunschädlich vom StAbzug gegenüber diesem Anleger Abstand genommen werden (s. Anm. 5). Sofern gleichwohl ein StAbzug erfolgt, ist uE eine Erstattung im Veranlagungsverfahren vorzugswürdig (s. „Keine abgelöste Wirkung/Veranlagung“ [Abs. 3 Satz 3]).

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); gIA MANN in BLÜMICH, § 33 InvStG 2018 Rz. 45 (8/2017).

► *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 – u.E 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 a.F.

► *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.

► *Veranlagung:* Da der StAbzug keine abgeltende Wirkung hat, müssen die steuerausländischen Anleger für die gem. Abs. 3 Satz 1 umqualifizierten Einkünfte eine StErklärung abgeben. Bezieht der steuerausländische Anleger daneben weitere beschränkt stpf. Einkünfte, die einer Veranlagung unterliegen, so sind die gem. Abs. 3 Satz 1 umqualifizierten Einkünfte in die bestehende Veranlagung einzubeziehen. Die Gegenauffassung (MANN in BLÜMICHT, § 33 InvStG 2018 Rz. 48 [8/2017]) hat keine Grundlage im Gesetz (glA LÜBBEHÜSEN in BERGER/STECK/LÜBBEHÜSEN, 2010, § 15 InvStG 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.

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:

► *Einkünfte aus Gewerbebetrieb*, für den im Inland eine BS unterhalten wird (§ 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a EStG). Aufgrund der Einschränkungen für Spezial-Investmentfonds bei gewerblichen Tätigkeiten (s. § 26 Anm. 5) dürfte hier vor allem die Betätigung an einer gewerblichen PersGes. mit BS im Inland von Bedeutung sein.

► *Zinseinkünfte, wenn das Kapitalvermögen durch inländischen Grundbesitz gesichert ist*. Die StPflicht 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 (Fondsausgangsseite) erfolgen. Es gibt allerdings keine Verknüpfung (aA MANN in BLÜMICH, § 33 InvStG 2018 Rz. 11 [8/2017]) zwischen dem StAbzug bei inländ. Immobilenerträgen gem. Abs. 1 und dem StAbzug gem. Abs. 1 iVm. Abs. 5 (Fondsausgangsseite) 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). 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.

§ 34

Spezial-Investmenterträge

idF des InvStG v. 19.7.2016 (BGBI. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731), zuletzt geändert durch StUmgBG v. 23.6.2017 (BGBI. I 2017, 1682; BStBl. I 2017, 865)

(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, Pöllath und Partners, Berlin

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

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 34	1
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Spezial-Investmenterträge	5
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Keine Abgeltungssteuer, Anwendbarkeit von § 3 Nr. 40 EStG und § 8b KStG	10
D. Erläuterungen zu Abs. 3: Anwendbarkeit von DBA	15

1

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 34

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 ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge (Abs. 3 Satz 1) und zum anderen auf Ausschüttungen ausländ. Spezial-Investmentfonds (Abs. 3 Satz 2).

Rechtsentwicklung 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 LÜBBEHÜSEN in BERGER/STECK/LÜBBEHÜSEN, 2010, Vor §§ 1 ff. InvStG 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) – 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-Investment-

fonds soll keine höhere, im Prinzip aber auch keine geringere stl. Belastung gegenüber der Direktanlage eintreten (LÜBBEHÜSEN in BERGER/STECK/LÜBBEHÜSEN, 2010, Vor §§ 1 ff. InvStG 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 Ausl-InvestmG). 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 ausschüttungsgleichen Erträge definiert.
- ▷ §§ 37 bis 41 regeln die Ermittlung der ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen 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 Besteuerung 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 Feststellung der Besteuerungsgrundlagen für die Investmentbesteuerung.

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 Bestimmungen“ iSv. § 25.
- *Verhältnis zu § 35, § 36 Abs. 1 und § 49:* § 35, § 36 Abs. 1 und § 49 konkretisieren die in Abs. 1 verwendeten Begriffe der ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge sowie der Gewinne aus der Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen.
- *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 unmittelbare Rechtsfolge. Die Steuerbarkeit von Spezial-Investmenterträgen ergibt sich aus § 20 Abs. 1 Nr. 3a EStG.
- *Verhältnis zu §§ 43ff. EStG:* Obwohl sich die Steuerbarkeit der Spezial-Investmenterträge 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. Anleger von in- und ausländ. Spezial-Investmentfonds sowie gem. § 53 für Altersvorsor-gevermögensfonds und deren Anleger.
- *Zeitlicher Geltungsbereich:* Wie das gesamte neugefasste InvStG gilt § 34 ab dem 1.1.2018 (Art. 11 Abs. 3 InvStRefG).

2–4 Einstweilen frei.

5

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Spezial-Investmenterträge

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 ausschüttungs-gleichen Erträge bestätigt, denn diesen liegen die nach §§ 37–41 ermittelten Einkünfte des Spezial-Investmentfonds zugrunde (vgl. auch BERGER in BERGER/STECK/LÜBBEHÜSEN, 2010, § 1 InvStG Rz. 267 zum bisherigen Recht). Im Hin-blick auf Veräußerungsgewinne passt dieser Ertragsbegriff allerdings nicht so richtig, denn die Veräußerung ist ein Vorgang, der sich ausschließlich auf Anle-gerebene abspielt.

► *Komponenten:* Die Erträge aus Spezial-Investmentfonds setzen sich aus folgen-den 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 Veräuße- rungsgewinn oder -verlust nach § 49.

Rechtsfolgen des Abs. 1:

► *Legaldefinition:* Die in Abs. 1 Nr. 1–3 genannten Erträge aus Spezial-Invest-mentfonds werden legaliter als Spezial-Investmenterträge definiert. Dieser Be- griff wird im Gesetz allerdings nur recht selten verwendet. Häufiger findet sich das Begriffspaar „ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge“, da sich ins- bes. die laufende Anlegerbesteuerung betreffenden §§ 42–47 nur auf diese Ertragskomponenten beziehen.

► *Steuerbarkeit:* Als bloße Definitionsnorm regelt Abs. 1 keine weiteren Rechts-folgen. Die wichtigste Rechtsfolge ergibt sich aus § 20 Abs. 1 Nr. 3a EStG, der Spezial-Investmenterträge den Einkünften aus Kapitalvermögen zuordnet und damit die Steuerbarkeit auf Anlegerebene begründet. Entsprechend den all-gemeinen Grundsätzen zu § 20 EStG handelt es sich bei der Aufzählung in § 20 Abs. 1 EStG um Einnahmen (§ 20 EStG Anm. 46). Die Spezial-Investment-

erträge 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 (unter Beachtung von § 44).

- ▷ *Unbeschränkt steuerpflichtige Anleger:* Bei diesen sind sowohl inländ. als auch ausländ. Spezial-Investmenterträge stpfl. (Welteinkommensprinzip). Sofern die Anleger einen Gewerbebetrieb unterhalten (ggf. kraft Rechtsform, insbes. gem. § 8 Abs. 2 KStG), gehören die Spezial-Investmenterträge 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-Investmenterträge 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-Investmenterträge 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-Investmenterträge nicht stbar. Für ausländ. Spezial-Investmenterträge ergibt sich das ohne Weiteres aufgrund des fehlenden Anknüpfungspunkts im Inland. Inländische Spezial-Investmenterträge sind hingegen – anders als nach bisherigem Recht (vgl. § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. b EStG aF) – ebenso wie (einfache) Investmenterträge im Katalog des § 49 EStG nicht mehr aufgeführt (glA MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 34 InvStG 2018 Rz. 1). Ein Bedürfnis für eine beschränkte StPflicht inländ. Spezial-Investmenterträge 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 KStPflicht 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) StPflicht begründet (s. § 33 Abs. 3 Satz 1, ggf. iVm. Abs. 4).
- ▷ *Bei beschränkt steuerpflichtigen Anlegern* iSv. § 2 Nr. 2 KStG entfällt eine StPflicht der Spezial-Investmenterträge. Bei ausländ. Spezial-Investmenterträgen ergibt sich dies unmittelbar aus § 2 Nr. 2 KStG, weil es sich insoweit nicht um inländ. Einkünfte handelt. Inländische Spezial-Investmenterträge 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.

6–9 Einstweilen frei.

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:

- § 2 Abs. 5b EStG: Spezial-Investmenterträge gehören 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 im Grundsatz uneingeschränkt mit positiven Einkünften aus anderen Einkunftsarten verrechnet werden. Die allgemeinen Beschränkungen der Verlustverrechnung, insbes. § 10d EStG sind allerdings zu berücksichtigen.
- § 20 Abs. 9 EStG: Spezial-Investmenterträge „verbrauchen“ nicht den zur Verfügung stehenden Sparer-Pauschbetrag. Tatsächlich angefallene WK sind abziehbar, allerdings unter Beachtung der Beschränkungen von § 9 EStG.
- § 32d EStG: Spezial-Investmenterträge unterliegen der tariflichen ESt (§ 32a EStG).
- § 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. Andernfalls 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 BVMehrungen gehören (gLA WENZEL in BLÜMICH, § 34 InvStG 2018 Rz. 14 [8/2017]). Ihre Anwendung auf Spezial-Investmenterträge bedarf daher einer besonderen gesetzlichen Regelung (s. Anm. 1), die sich in § 42 findet. 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): Die Regelung in Abs. 3 Satz 1 ist ebenso wie diejenige in Abs. 2 Satz 2 uE 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.

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.

- ▶ *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).

Anhang zu § 20

§ 35

Ausgeschüttete Erträge und Ausschüttungsreihenfolge

idF des InvStG v. 19.7.2016 (BGBI. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731), zuletzt geändert durch StUmgBG v. 23.6.2017 (BGBI. I 2017, 1682; BStBl. I 2017, 865)

- (1) Ausgeschüttete Erträge sind die nach den §§ 37 bis 41 ermittelten Einkünfte, die von einem Spezial-Investmentfonds zur Ausschüttung verwendet werden.
- (2) Zurechnungsbeträge und Absetzungsbeträge gelten vorrangig als ausgeschüttet. Substanzbeträge gelten erst nach Ausschüttung sämtlicher Erträge des laufenden und aller vorherigen Geschäftsjahre als verwendet.
- (3) Zurechnungsbeträge sind die inländischen Beteiligungseinnahmen und sonstigen inländischen Einkünfte mit Steuerabzug, wenn die Transparenzoption nach § 30 wahrgenommen wurde.
- (4) Absetzungsbeträge sind die ausgeschütteten Einnahmen aus der Vermietung und Verpachtung von Grundstücken oder grundstücksgleichen Rechten, soweit auf diese Einnahmen Absetzungen für Abnutzungen oder Substanzverringerung entfallen.
- (5) Substanzbeträge sind die verbleibenden Beträge einer Ausschüttung nach Abzug der ausgeschütteten Erträge, der ausgeschütteten ausschüttungsgleichen Erträge der Vorjahre, der 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.

Autor: Ronald **Buge**, Rechtsanwalt, Pöllath und Partners, Berlin

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

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 35	1
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Ausgeschüttete Erträge	5
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Verwendungsreihenfolge	10
D. Erläuterungen zu Abs. 3: Zurechnungsbeträge	15
E. Erläuterungen zu Abs. 4: Absetzungsbeträge	20

F. Erläuterungen zu Abs. 5: Substanzbeträge	25
---	----

G. Erläuterungen zu Abs. 6: Fiktive Substanzauskehrung	30
--	----

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 Zurechnungsbeträge. Abs. 4 definiert die Absetzungsbeträge. Abs. 5 definiert als Residualgröße die Substanzbeträge. Abs. 6 fingiert Substanzauskehrungen, wenn einem Anleger Erträge aus Zeiträumen ausgeschüttet werden, in denen er noch nicht an dem Spezial-Investmentfonds beteiligt war.

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 Absetzungsbeträge und Zurechnungsbeträge. Im Hinblick auf Absetzungsbeträge wird jedoch eine bislang anerkannte Verwaltungspraxis kodifiziert (s. Anm. 10). Allerdings ist die Definition der Absetzungsbeträge in Abs. 4 enger (s. Anm. 20). Abs. 5 definiert den zwar in § 3a InvStG aF bereits verwendeten, aber nicht definierten Begriff der Substanzbeträge. Ohne Vorbild im bisherigen Recht ist die Definition der Zurechnungsbeträge in Abs. 3 sowie die fiktive Substanzauskehrung gem. Abs. 6. Letztere ersetzt zT die Besteuerung des Zwischengewinns (§ 51 Abs. 4 InvStG aF) beim Erwerb.

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 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:** § 33 kennt zwar auch die § 30 nachgebildete Immobilien-Transparenzoption. Die im Rahmen der Immobilien-Transparenzoption den Anlegern zugerechneten Erträge werden allerdings nicht von Abs. 3 erfasst. Dies

ist gleichwohl aus systematischen Gründen geboten (s. Anm. 15 und § 33 Anm. 15).

- *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). § 36 Abs. 6 regelt ähnlich wie § 35 Abs. 5 eine besitzzeitanteilige Zurechnung.
- *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 § 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).

Einstweilen frei.

2–4

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Ausgeschüttete Erträge

5

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 iSv. § 2 Abs. 1 Satz 1 EStG erzielt. Gleichwohl handelt es sich dabei um eine virtuelle Einkünfteermittlung, die lediglich dem Zweck dient, die ausgeschütteten (und ausschüttungsgleichen) 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 den §§ 6, 7 iVm. § 29 Abs. 1 sowie §§ 30, 33.

- *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 geschlussfolgert 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 InvStG 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. Eine gesetzgeberische Klarstellung ist 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:* § 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 gleichwohl nicht zu den ausgeschütteten Erträgen gehören. Dies ergibt sich aus der Ausschüttungsreihenfolge in Abs. 2, wonach die Zurechnungsbeträge vorrangig, dh. vor den (ausgeschütteten) Erträgen des laufenden und aller vorherigen Geschäftsjahre als ausgeschüttet gelten. Eine gesetzliche Klarstellung wäre gleichwohl wünschenswert. Dass Zurechnungsbeträge nicht zu den ausgeschütteten Erträgen gehören, kann indes nicht daraus hergeleitet werden, dass die inländ. Beteiligungseinnahmen und sonstigen inländ. Einkünfte mit StAbzug bei ausgeübter Transparenzoption nicht mehr dem Spezial-Investmentfonds, sondern dem Anleger zuzurechnen sind (s. § 36 Anm. 5; möglicherweise aA WENZEL in BLÜMICH, § 35 InvStG 2018 Rz. 7 [8/2017]; MANN in WEITNAUER/BOXXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 35 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. 10 (8/2017); MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 35 InvStG 2018 Rz. 3; STADLER/BINDL, DStR 2016, 1953 (1963).

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 InvStG Rz. 274; WENZEL in BLÜMICH, § 1 InvStG 2004 Rz. 62 (8/2017); BAUDERER/MUNDEL in HAASE, 2. Aufl. 2015, § 1 InvStG Rz. 302; GOTTSCHLING/SCHATZ in MORITZ/JESCH, 2015, § 1 InvStG Rz. 243.

► *Thesaurierte steuerfrei thesaurierbare Kapitalerträge* iSv. § 36 Abs. 2 gehören im Fall ihrer Ausschüttung vor Ablauf der 25-Jahres-Frist gem. § 36 Abs. 5 zu den ausgeschütteten Erträgen, nicht jedoch zu den ausgeschütteten ausschüttungsgleichen Erträgen der Vorjahre.

Von einem Spezial-Investmentfonds zur Ausschüttung verwendet: Der Spezial-Investmentfonds muss die Einkünfte zur Ausschüttung verwenden, dh. tatsächlich ausschütten. Die bloße Fassung eines Ausschüttungsbeschlusses führt jedenfalls nach der Änderung von § 36 Abs. 6 nicht mehr dazu, dass ausgeschüttete Erträge vorliegen. 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 v. 18.8.2009 – IV C 1 - S 1980 - 1/08/10019 – DOK 2009/0539738, BStBl. I 2009, 931 Rz. 28 sowie LÜBBEHÜSEN in BERGER/STECK/LÜBBEHÜSEN, 2010, § 2 InvStG Rz. 67 ff., mwN jeweils zum bisherigen Recht).

Einstweilen frei.

6–9

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Verwendungsreihenfolge

10

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, 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. Dieses Prinzip wird lediglich im Hinblick auf Zurechnungsbeträge und Absetzungsbeträge durchbrochen (Abs. 2 Satz 1).

Rechtsentwicklung: 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 InvStG Rz. 270; JÄGER/GLEISNER in HAASE, 2. Aufl. 2015, § 3a InvStG 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 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.

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) 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.

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. Thesaurierte stfrei thesaurierbare Kapitalerträge iSv. § 36 Abs. 2 werden vor Ablauf der 15-Jahres-Frist des § 36 Abs. 5 nur dann als Erträge erfasst, wenn der Spezial-Investmentfonds die Ausschüttung beschlossen hat. Nur so ist ein Gleichlauf zwischen der Ausschüttungsreihenfolge des Abs. 2 und der Definition der Substanzbeträge in Abs. 5 möglich (s. Anm. 25).

- ▷ *Sämtliche 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. 14 [8/2017]).
- ▷ *Verwendungsreihenfolge:* Abs. 2 Satz 2 regelt nicht die Verwendungsreihenfolge innerhalb dieser Gruppe. Nach der amtlichen Begr. sollen ausschüttungsgleiche Erträge der Vorjahre vorrangig vor ausgeschütteten Erträgen des laufenden oder gerade abgelaufenen Geschäftsjahre als verwendet gelten (BTDrucks. 18/8045, 103). Dies lässt sich uE dem Gesetzeswortlaut nicht entnehmen. Der Spezial-Investmentfonds ist vielmehr frei in seiner Entscheidung, inwieweit er ausschüttungsgleiche Erträge der Vorjahre oder ausgeschüttete Erträge des laufenden oder des abgelaufenen Geschäftsjahres ausschüttet. 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 InvStG Rz. 15 f. zum bisherigen Recht mit Beispiel).
- ▷ *Substanzbeträge:* Zum Begriff s. Anm. 25. Die Vorschrift ist in gewisser Weise zirkular, 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. Aus der Zusammenschau von Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 ergibt sich somit als Rechtsfolge die folgende Verwendungsreihenfolge:

- Zurechnungsbeträge;
- Absetzungsbeträge;
- ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge des laufenden und aller vorherigen Geschäftsjahre;
- Substanzbeträge.

Einstweilen frei.

11–14

15

**D. Erläuterungen zu Abs. 3:
Zurechnungsbeträge**

Inländische Beteiligungseinnahmen und sonstige inländische Einkünfte mit Steuerabzug, wenn die Transparenzoption nach § 30 wahrgenommen wurde: Siehe § 30 Anm. 1 ff.

Immobilien-Transparenzoption? Nach dem Wortlaut gehören die im Rahmen der Immobilien-Transparenzoption (§ 33 Abs. 2 Sätze 3 ff. ggf. iVm. Abs. 4) den Anlegern des Dach-Spezial-Investmentfonds zugerechneten ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge des Ziel-Spezial-Investmentfonds nicht zu den Zurechnungsbeträgen. Dies ist uE indes systematisch geboten, denn diese Erträge wurden bei den Anlegern des Dach-Spezial-Investmentfonds ebenso wie bei der Transparenzoption gem. § 30 bereits aufgrund des StAbzugs durch den Spezial-Investmentfonds versteuert und dürfen nicht nochmals (als ausgeschüttete oder ausschüttungsgleiche Erträge des Dach-Spezial-Investmentfonds) versteuert werden, sondern müssen stfrei ausgeschüttet werden können (glA BINDL/STADLER, BB 2017, 1943 [1946]; BEHRENS, RdF 2017, 297 [303]).

Rechtsfolge des Abs. 3: 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. Daraus ergibt sich zudem, dass Zurechnungsbeträge nicht zu den ausgeschütteten Erträgen gem. Abs. 1 gehören (s. Anm. 5).

16–19 Einstweilen frei.

20

**E. 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 Tz. 93), wurde nicht in Abs. 4 übernommen. Derartige Weiterausschüttungen können nur noch als Substanzbeträge gem. Abs. 5 ausgekehrt werden (s. Anm. 25).

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 Substanzverringerung 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.

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: Da es sich bei Abs. 4 um eine Legaldefinition handelt, ist die primäre Rechtsfolge, dass Absetzungsbeträge vorliegen. Die weiteren Rechtsfolgen ergeben sich aus der Verwendungsreihenfolge in Abs. 2 (s. dazu auch das Beispiel in BTDrucks. 18/78045, 103). 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).

Einstweilen frei.

21–24

F. Erläuterungen zu Abs. 5: Substanzbeträge

25

Verbleibende Beträge einer Ausschüttung: Die Substanzbeträge werden als Residualgröße einer Ausschüttung definiert. 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 Verwendungsifiktion für Substanzbeträge enthält. Um Inkonsistenzen zu vermeiden, müssen daher beide Vorschriften identisch ausgelegt werden.

► *Ausgeschüttete Erträge und ausschüttungsgleiche Erträge:* Problematisch ist dabei, dass Abs. 2 und Abs. 5 einen nicht vollkommen identischen Wortlaut haben. Während Abs. 2 von „sämtlichen Erträgen des laufenden und aller vorherigen Geschäftsjahre“ spricht, ist in Abs. 5 von den „ausgeschütteten Erträgen und den ausgeschütteten ausschüttungsgleichen Erträgen der Vorjahre“ die Rede. Aus der etwas engeren Formulierung in Abs. 5 folgt daher, dass Erträge iSv. Abs. 2 nur ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge sein können. Thesaurierte stfrei thesaurierbare Kapitalerträge (§ 36 Abs. 2) können daher bis zur Ausschüttung oder zum Ablauf der 15-Jahres-Frist in § 36 Abs. 5 nicht vom Begriff der Erträge erfasst und somit auch nicht Gegenstand der Verwendungsreihenfolge gem. Abs. 2 sein (keine Zwangsausschüttung). Es können daher trotz vorhandener thesaurierter stfrei thesaurierbarer Kapitalerträge Substanzbeträge vorliegen, die zur Ausschüttung verwendet werden (gIA STADLER/BINDL, DStR 2016, 1953 [1963]; s. auch § 36 Anm. 25).

► *Bei 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 Weiter-

ausschüttung einer bezogenen Einlagenrückgewähr ist nur möglich, wenn keine weiteren Zurechnungsbeträge, Absetzungsbeträge oder Erträge vorhanden sind (BTDucks. 18/8045, 104; WENZEL in BLÜMICH, § 35 InvStG 2018 Rz. 24 [8/2017]).

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 (fortgeführt) AK der Spezial-Investmentanteile. Bilanzierende Anleger können stattdessen auch einen passiven Ausgleichsposten bilden (BMF v. 18.8.2009 – IV C 1 - S 1980 - 1/08/10019, 2009/0539738, BStBl. I 2009, 931 Rz. 16a; MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 35 InvStG 2018 Rz. 3; STADLER/BINDEL, DStR 2016, 1953 [1963]). Ferner erhöhen während der Besitzzeit des Anlegers zugeflossene Substanzbeträge den Gewinn aus der Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen (§ 49 Abs. 3 Satz 4, s. § 49 Anm. 15).

26–29 Einstweilen frei.

30

G. Erläuterungen zu Abs. 6: Fiktive Substanzauskehrung

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.

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. Dies dürfte erhebliche Anforderungen an das Fondsreporting stellen (WENZEL in BLÜMICH, § 35 InvStG 2018 Rz. 27 f. [8/2017]; s. zum Ganzen auch Entwurf BMF v. 27.7.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Abschn. I mit Berechnungsbeispiel).

► *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 vorzu-

nehmen. 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 steuerbegünstigten Anleger überträgt (BTDdrucks. 18/8045, 104).

§ 36

Ausschüttungsgleiche Erträge

idF des InvStG v. 19.7.2016 (BGBI. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731), zuletzt geändert durch StUmgBG v. 23.6.2017 (BGBI. I 2017, 1682; BStBl. I 2017, 865)

(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 zugerechnet 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, in dem sie vereinnahmt worden sind, als zugeflossen, und zwar ungeachtet einer vorherigen Anteilsveräußerung.

(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, so weit 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 Geschäftsjahrs vorgenommen, so gilt dies als Ausschüttung des Geschäftsjahrs des Spezial-Investmentfonds.

fenen Geschäftsjahres vorgenommen, so gelten diese Erträge als nicht zur Ausschüttung verwendet.

Autor: Ronald **Buge**, Rechtsanwalt, Pöllath und Partners, Berlin
Mitherausgeber: Dr. Martin **Klein**, Rechtsanwalt/Steuerberater/Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt/M.

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 36	1
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Ausschüttungsgleiche Erträge	5
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Steuerfrei thesaurierbare Kapitalerträge	10
D. Erläuterungen zu Abs. 3: Sonstige Erträge	15
E. Erläuterungen zu Abs. 4: Zurechnung und Zufluss	20
F. Erläuterungen zu Abs. 5: Zuflussfiktion bei steuerfrei thesaurierbaren Kapitalerträgen	25
G. Erläuterungen zu Abs. 6: Nichtausschüttungsfiktion	30

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. 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 im Grundsatz § 2 Abs. 1 Satz 2 InvStG aF, ordnet allerdings an, dass der Zufluss auch im Jahr der Veräußerung stattfindet. Damit und mit dem neu eingefügten Abs. 4 Satz 1 wird der bisherige Ertragsausgleich (§ 9 InvStG aF) ersetzt. 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.

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 stfreien 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) durchbrochen. 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 § 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).

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 (BERGER in BERGER/STECK/LÜBBEHÜSEN, 2010, § 1 InvStG 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. 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.

► *Immobilienerträge (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 grundstücksgleichen Rechten außerhalb der Zehn-Jahres-Frist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG erfasst werden (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. Immobilienerträge (Welteinkommensprinzip, s. Anm. 15). Verfassungsrechtlich bedenklich ist uE allerdings, dass eine § 6 Abs. 4 Satz 3 vergleichbare Regelung fehlt, wonach Wertveränderungen vor

- dem 1.1.2018 stfrei sind, wenn der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung mehr als zehn Jahre beträgt.
- *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 bilanzierenden Anlegern sind aber ggf. Teilwertabschreibungen möglich (BTDrucks. 18/8045, 105).

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. 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.

► *Immobilien-Transparenzoption?* Aus den in § 35 Anm. 15 erörterten Gründen ist es uE systematisch geboten, dass die im Rahmen der Immobilien-Transparenzoption (§ 33 Abs. 2 Sätze 3 ff. ggf. iVm. Abs. 4) zugerechneten Erträge ebenfalls unter Abs. 1 Satz 2 fallen, dh. nicht zu den ausschüttungsgleichen Erträgen gehören.

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.

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. 400 f. 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.). 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, 105 f.). Beweggrund dürfte sicher auch gewesen sein, dass aufgrund der Zuflussfiktion in Abs. 5 keine dauerhafte Thesaurierung mehr möglich ist.

► *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 Kapitalerträgen fallen würden. Aktien swaps bilden idR neben dem Dividendenrisiko auch das Kursrisiko ab. Insoweit muss eine Aufteilung vorgenommen werden (vgl. BTDrucks. 18/8045, 106).

► *(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 Vorrabpauschalen 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.

Einkünfteermittlung: Abs. 2 enthält – anders als Abs. 1 Satz 1 und § 35 Abs. 1 – keine Aussage, nach welchen Grundsätzen stfrei thesaurierte Kapitalerträge zu ermitteln 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.

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).

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 InvStG Rz. 308 ff.; BAUDERER/MUNDL in HAASE, 2. Aufl. 2015, § 1 InvStG Rz. 317 f.; GOTTSCHLING/SCHATZ in MORITZ/JESCH, 2015, § 1 InvStG 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). 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 (gIA BMF v. 18.8.2009 – IV C 1 - S 1980 - 1/08/10019, 2009/0539738, BStBl. I 2009, 931 Rz. 14 zum bisherigen Recht). 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) innerhalb der Jahresfrist (§ 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG) denkbar (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 (vgl. auch BERGER in BERGER/STECK/LÜBBEHÜSEN, 2010, § 1 InvStG Rz. 284, 310 mwN).
- ▷ *Keine Tätigkeiteinkünfte:* Praktisch ausgeschlossen ist die Erzielung von Tätigkeiteinkünften 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.

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.

**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 (BTDruks. 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. 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 [8/2017]).
- **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.
- **Rechtsfolge** ist die besitzzeitanteilige Zurechnung beim Anleger. Aus den ausschüttungsgleichen Erträgen eines Geschäftsjahrs, 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 bzw. abgeflossen sind. Die Vorschrift stellt erhebliche Anforderungen an das Reporting des Spezial-Investmentfonds (WENZEL in BLÜMICH, § 36 InvStG 2018 Rz. 33 [8/2017]).
- **Zeitpunktbezogene Betrachtungsweise:** Grundsätzlich gilt eine zeitpunktbezogene Betrachtungsweise, dh., es kommt auf den Tag des tatsächlichen oder fingierten Zu- oder Abflusses an. 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. Die Werte der vom Spezial-Investmentfonds gehaltenen Vermögensgegenstände spielen insoweit keine Rolle (aA WENZEL in BLÜMICH, § 36 InvStG 2018 Rz. 33 [8/2017]). Bei Dividenden ist ausschließlich maßgeblich, ob der Anleger am Tag des Dividendenabschlages (§ 38 Abs. 2) beteiligt ist (aA WENZEL in BLÜMICH, § 36 InvStG 2018 Rz. 34 [8/2017]). 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 [8/2017]). Gleiches dürfte für die AfA und AfS gelten (vgl. das Beispiel in BTDrucks. 18/8045, 106 f.).

Zufluss ausschüttungsgleicher Erträge (Abs. 4 Satz 2):

► *Geschäftsjahrende:* 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. Unter Vereinnahmung ist die (fiktive) Erzielung (§ 2 Abs. 1 Satz 1 EStG) der gem. §§ 37–41 ermittelten Einkünfte des Spezial-Investmentfonds zu verstehen. Die diesen Einkünften zugrunde liegenden Einnahmen und WK sind ausschließlich nach § 11 EStG iVm. § 38 zu berücksichtigen. Abs. 4 Satz 1 gilt lediglich für den einzelnen Anleger. Der Ablauf des Geschäftsjahres ist auch für bilanzierende Anleger maßgeblich, die insoweit einen aktiven Ausgleichsposten in der Bilanz zu bilden haben, der bei Veräußerung des Investmentanteils gewinnmindernd aufgelöst wird (BMF v. 18.8.2009 – IV C 1 - S 1980 - 1/08/10019, 2009/0539738, BStBl. I 2009, 931 Rz. 29).

► *Ungeachtet einer vorherigen Anteilsveräußerung:* Die Zuflussfiktion soll „ungeachtet einer vorherigen Anteilsveräußerung“ gelten. Der Gesetzgeber wollte damit Steuerumgehungen durch Anteilsveräußerungen vor dem stl. Stichtag verhindern (BTDrucks. 18/8045, 106). Damit gelten dem veräußernden Anleger nach seinem Ausscheiden aus dem Spezial-Investmentfonds noch ausschüttungsgleiche Erträge als zugeflossen. Zur Vermeidung einer doppelten stl. Belastung müssen diese ausschüttungsgleichen Erträge für Zwecke von § 49 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 als während der Besitzzeit zugeflossen betrachtet werden und den Veräußerungsgewinn entsprechend mindern.

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 (MANN in WEITNAUER/BOXBERGER/ANDERS, KAGB, 2. Aufl. 2017, § 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.

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:* Sie 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 Ausschüttungsgleiche Erträge:* 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.

► *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 (s. § 35 Anm. 5). Der Spezial-Investmentfonds hat dabei ein Wahlrecht, ob und wann er die thesaurierten stfrei thesaurierbaren Kapitalerträge ausschüttet (glA STADLER/BINDEL, DStR 2016, 1953 [1963]). Es bedarf daher vor Ablauf der 15-Jahres-Frist eines Ausschüttungsbeschlusses, der ausdrücklich die Ausschüttung thesaurierter stfrei thesaurierbarer Kapitalerträge bestimmt. Wird bei Vorhandensein thesaurierter stfrei thesaurierbarer Kapitalerträge vor Ablauf der 15-Jahres-Frist eine Ausschüttung beschlossen, bei der gemäß Ausschüttungsbeschluss keine thesaurierten stfrei thesaurierbaren Kapitalerträge ausgeschüttet werden sollen, deren Betrag aber die gem. § 35 Abs. 2 verwendbaren Zurechnungsbeträge, Absetzungsbeträge und die ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge des laufenden und aller vorherigen Geschäftsjahre übersteigt, erfolgt keine „Zwangsausschüttung“ der thesaurierten stfrei thesaurierbaren Kapitalerträge. Vielmehr liegen in Höhe des übersteigenden Betrags Substanzbeträge iSv. § 35 Abs. 5 vor, die stfrei ausgeschüttet werden können (vgl. auch § 35 Anm. 25).

► *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 ausschüttungsgleiche Erträge umqualifizierten thesaurierten stfrei thesaurierbaren Kapitalerträgen verrechnet. Übersteigen die Verluste die umqualifizierten ausschüttungsgleichen Erträge, erfolgt kein Zufluss. Es mindert sich lediglich der verbleibende Verlustvortrag (s. zum Ganzen das Beispiel in BTDrucks. 18/8045, 107 f.).

Einstweilen frei.

26–29

**G. Erläuterungen zu Abs. 6:
Nichtausschüttungsfiktion**

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. Der Gesetzgeber wollte hiermit ein weiteres Hinauszögern der Besteuerung der ausschüttungsgleichen Erträge vermeiden (BTDdrucks. 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 einzubehalten 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 (s. § 35 Anm. 5).

§ 37

Ermittlung der Einkünfte

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

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.

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

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 37 1

B. Erläuterungen zu 37 5

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.

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 Einkünfteermitt-

lung 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 37

Ermittlung der Einkünfte von Spezial-Investmentfonds (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 den der „Erträge“, um klarer zum Ausdruck zu bringen, dass auf Fondsebene zunächst stets alle Einkünfte des Spezial-Investmentvermögen zu ermitteln sind, die daraufhin – je nach Verwendung – beim Anleger ausgeschüttete, ausschüttungsgleiche oder noch nicht stbare Erträge darstellen (BTDucks. 18/8045, 108).

- **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.
- **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 (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 bestimmte Erträge bei bestimmten Anlegern gar nicht stbar sind (zB Zinsen bei einer KdöR), nur zum Teil stpfl. sind (zB Dividenden, die bei Personenunternehmern dem Teileinkünfteverfahren unterliegen, also zu 40 % stfrei sind) oder nicht dem StAbzug unterliegen (zB Immobilienerträge bei Pensionskassen), vgl. BTDucks. 18/8045, 108. 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 (Satz 2): Satz 2 regelt – nach Ansicht der Begründung des Gesetzentwurfs klarstellend (vgl. BTDucks. 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.

§ 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. ³Andernfalls ist der Unterschiedsbetrag zwischen dem Marktwert zum Ende des Geschäftsjahrs und dem Marktwert zu Beginn des Geschäftsjahres oder im Falle des Erwerbs innerhalb des Geschäftsjahrs der Unterschiedsbetrag zwischen dem Marktwert zum Ende des Geschäftsjahrs und den Anschaffungskosten als Zins (Marktrendite) anzusetzen. ⁴Die abgegrenzten Zinsen, angewachsenen Ansprüche und Mieten gelten als zugeflossen.

(4) Periodengerecht abgegrenzte Werbungskosten gelten als abgeflossen, soweit der tatsächliche Abfluss im folgenden Geschäftsjahr erfolgt.

(5) Gewinnanteile des Spezial-Investmentfonds an einer Personengesellschaft gehören zu den Erträgen des Geschäftsjahrs, 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/M.

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 38	1
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Anwendung von § 11 EStG	5
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Fiktion des Zuflusses von Dividenden	10
D. Erläuterungen zu Abs. 3: Periodengerechte Abgrenzung von Erträgen	15
E. Erläuterungen zu Abs. 4: Periodengerecht abgegrenzte Werbungskosten	20
F. Erläuterungen zu Abs. 5: Anteile an Gewinn von Personengesellschaften	25
G. Erläuterungen zu Abs. 6: Trennung von Zinsschein oder Zinsforderung von Stammrecht	30
H. Erläuterungen zu Abs. 7: Tausch von Kapitalforderung gegen Anteile	35
I. Erläuterungen zu Abs. 8: Nicht ausgeglichene negative Einkünfte	40

Grundinformation: Nach § 37 Satz 1 sind die Einkünfte eines Spezial-Investmentfonds entsprechend § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG als Überschuss der Einnahmen über die WK zu ermitteln. Dabei kommt es für die Frage, wann, dh. in welchem Jahr 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 sieben Absätzen 2 bis 8 Sonderregelungen für die Einkünfteermittlung von Spezial-Investmentfonds, die – anders als Abs. 1 dies mit der Anordnung, § 11 EStG sei nach ihrer Maßgabe anzuwenden, erwarten lässt – insbes. mit den Abs. 6, 7 und 8 über Modifikationen des Zuflusses von Einnahmen und der Leistungen von Ausgaben hinausgehen. 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.

Einstweilen frei.

2–4

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Anwendung von § 11 EStG

5

§ 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.

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, 12. Aufl. 2016, § 58 AktG Rz. 28).

11–14 Einstweilen frei.

15

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Periodengerechte Abgrenzung von Erträgen

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. WINKELOJANN/Büssow in Beck BilKomm., 10. Aufl. 2016, § 252 HGB Rz. 52). Insoweit besteht – anders als nach Abs. 4 für Werbungskosten – 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. LÜBBEHÜSEN in BERGER/STECK/LÜBBEHÜSEN, 2010, § 3 InvStG 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, 539) wurde auf Bitten des BRat, der angesichts

E. Abs. 4: Periodenger. abgegrenzte WK Anm. 15–20 **Anhang zu § 20**

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. 80 ff.).

► *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.

► *Hilfsweise Marktrendite (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 Geschäftsjahrs bzw. im Fall des unterjährigen Erwerbs den AK anzusetzen. Satz 3 definiert dies als die Marktrendite.

► *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).

Einstweilen frei.

16–19

E. Erläuterungen zu Abs. 4: Periodengerecht abgegrenzte Werbungskosten

20

Werbungskostenabzug im Geschäftsjahr vor dem Abfluss: 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 InvStG 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 InvStG 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 abgeflossen zu sein. 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 InvStG Rz. 69). Ist eine solche spätere Berücksichtigung

gewünscht, bietet es sich an, später, d.h. im Zeitraum der wirtschaftlichen Verursachung zu zahlen, sofern die Fälligkeit dies erlaubt.

21–24 Einstweilen frei.

25

F. Erläuterungen zu Abs. 5: Anteile an Gewinn von Personengesellschaften

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. Zu den Gewinnanteilen gehören auch Anteile am Verlust von PersGes. (vgl. LÜBBEHÜSEN in BERGER/STECK/LÜBBEHÜSEN, 2010, § 3 InvStG Rz. 166 mwN).

Erträge des Geschäftsjahres, in dem das Wirtschaftsjahr der Personengesellschaft endet: Solche Gewinnanteile gehören zu den Erträgen des Geschäftsjahrs 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 von Stammrecht

Mit der Trennung von Zinsschein oder Zinsforderung vom Stammrecht einer Schuldverschreibung beschreibt Satz 1 das sog. *Bond-Stripping* (s. dazu umfassend BECKER-PENNICH, 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 InvStG 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-PENNICH, FR 2017, 7; WENZEL in BLÜMICH, § 3 InvStG Rz. 8 f. [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 Volkszugs 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 zeitlichen Abstand zur Einlösung zu 100 % immer wertvoller wird, sind in sinngemäßiger 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 Begründung, 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) 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.

36–39 Einstweilen frei.

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

idF 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

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 39	1
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Direktkosten und Allgemeinkosten	5
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
D. Erläuterungen zu Abs. 3: Verluste aus Finanzderivaten	15

**E. Erläuterungen zu Abs. 4:
Abzug verbleibender Direktkosten ... 25**

1

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 39

Grundinformation: § 39 regelt nach dem Vorbild von § 3 Abs. 3 InvStG aF den Abzug von WK und beinhaltet die grundlegende Unterscheidung von 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 Allgemeinkosten ein.

2–4 Einstweilen frei.

5

**B. Erläuterungen zu Abs. 1:
Direktkosten und Allgemeinkosten**

Abs. 1 regelt in drei Sätzen die grundlegende Unterscheidung von Direktkosten und Allgemeinkosten.

- *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 Allgemeinkosten, 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 Rechtsprechung zu bestimmten Fallgruppen entwickelte Konkretisierungsmaßstäbe zu erschließen (s. zu Details DESENS, § 3c EStG Anm. 36 ff.).
- ▷ *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.
 - ▶ *Allgemeinkosten* sind nach Satz 3 die übrigen WK eines Spezial-Investmentvermögens, also solche, die nicht Direktkosten sind.

Einstweilen frei.

6–9

**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 Allgemeinkosten (s. dazu § 40 Anm. 25).

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 Allgemeinkosten, 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 rechtssicherer 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 stpf. Einkünfte mindern. Für die Vergangenheit verfolgte die Fin-Verw. 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, NZB, Az. des BFH I B 79/17); 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, 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 Begründung 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).

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 (stpf.) Einkünfte zu mindern. Ein die Aktienveräußerungsgewinne übersteigender, in konzeptioneller Gestaltung mit ihnen herbeigeführter Verlust soll vorgetragen werden müssen, um mit künftigen Aktienveräußerungsgewinnen verrechnet zu werden (BTDrucks. 18/8045, 111).

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 (BGBI. 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 Geschäftsjahrs. 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/M.

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 40 ..	1
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Aufteilung der Allgemeinkosten	5
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Aufteilung der Allgemeinkosten innerhalb der Einkünftekategorien	10
D. Erläuterungen zu Abs. 3: Aufteilung der Allgemeinkosten nach positiven Salden von Einnahmen und Gewinnen ..	15
E. Erläuterungen zu Abs. 4: Zuordnung von Allgemeinkosten entsprechend der Gliederung nach § 37	20
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

1

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 40

Grundinformation: § 40 regelt in – wie es in der Begründung des Gesetzesentwurfs heißt – gegenüber § 3 Abs. 3 Sätze 3 bis 9 InvStG af „sprachlich geänderter Form“ (BTDrucks. 18/8045, 111), dass und wie die Allgemeinkosten eines Spezial-Investmentfonds auf die einzelnen Ertragsarten des Fonds aufgeteilt werden.

Geltungsbereich:

- *Sachlicher Geltungsbereich:* § 40 gilt für die Einkünfteermittlung bei Spezial-Investmentvermögen.
- *Persönlicher Geltungsbereich:* § 40 gilt für 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.

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. 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. InvStG 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, zum durchschnittlichen Gesamtvermögen des vorangegangenen Geschäftsjahres.

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 Geschäftsjahrs berechnet. 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 Geschäftsjahrs 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 Rz. 20 [4/2017]).

Einstweilen frei.

6–9

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 (stpfli.) 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 Gewinne von „Salden“ und suggeriert damit, dass für jede der Ertragsarten mehrere Salden zu ermitteln und einzubeziehen sind. Das ist sprachlich ungenauer als noch § 3 Abs. 3 Satz 7 InvStG aF; gemeint ist wohl, dass in jeder Ertragsart der Saldo für das vorangegangene Geschäftsjahr gebildet und in die Verhältnisbildung einbezogen wird (vgl. so zu § 3 Abs. 3 InvStG aF WENZEL in BLÜMICH, § 3 InvStG Rz. 22 [4/2017]).

- *Nichtberücksichtigung von Gewinn- und Verlustvorträgen (Abs. 3 Satz 2):* Bei der Aufteilung werden Gewinn- und Verlustvorträge nicht berücksichtigt.

- *Hälfte Aufteilung bei negativen Salden (Abs. 3 Satz 3):* Nach Satz 3 sollen die Allgemeinkosten jeweils hälftig den laufenden Einnahmen sowie den sonstigen Ge-

E. Abs. 4: Zuordn. v. Allgemeinkosten Anm. 15–24 **Anhang zu § 20**

winnen zugeordnet werden, wenn die Salden der laufenden Einnahmen oder der sonstigen Gewinne negativ sind. Auch hier (s. auch Satz 1) ist der Gebrauch des Plurals in Kombination mit der Verknüpfung durch „oder“ verwirrend, und wenn die Vorschrift, wie es die Gesetzbegründung vorgibt, die bisherige Regelung in § 3 Abs. 3 Satz 9 InvStG aF (nur) in sprachlich geänderter Form enthalten soll (BTDucks. 18/8045, 111), so ist die geänderte Form schlechter als die bisherige Regelung. Diese hatte vorgesehen, dass (nur) bei Fehlen positiver Salden auf beiden Seiten die Zuordnung der WK jeweils hälftig zu den laufenden Einnahmen sowie zu den sonstigen Gewinnen und Verlusten aus Veräußerungsgeschäften erfolgen sollte. In der Neufassung ist nun unklar, ob die hälftige Teilung der Allgemeinkosten schon gelten soll, wenn nur einer der Salden, also der der laufenden Einnahmen oder der sonstigen Gewinne negativ ist. Dafür spricht die Verknüpfung mit „oder“, dagegen der vielleicht aber auch nur sprachlich unglückliche Gebrauch des Plurals („Salden“). Historische (§ 3 Abs. 3 Satz 9 InvStG aF) und teleologische (BTDucks. 18/8045, 111: „enthält die bisherige Regelung“) Überlegungen sprechen dafür, die Allgemeinkosten dann hälftig zu teilen, wenn beide Salden negativ sind.

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.

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.

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).

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/M.

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

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 41 1

B. Erläuterungen zu Abs. 1:
Verlustverrechnung 5

C. Erläuterungen zu Abs. 2:
Verlustvortrag/Verlustuntergang 6

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 abzuzie-

hen 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 Differenzierung 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) bzw. ausschüttungsgleichen Erträgen (§ 36 Abs. 1 Satz 1) 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 §§ 39 f.) seine Einnahmen übersteigen (sog. ordentliche Erträge). Negative Erträge können darüber als außerordentliche Erträge infolge der Veräußerung von WG mit Verlust entstehen (vgl. FEIERABEND in MORITZ/JESCH, 2015, § 3 InvStG Rz. 167).

► *Zwingender Ausgleich nur mit positiven Erträgen des Spezial-Investmentfonds:* Ein Verlustausgleich darf (und muss, „sind auszugleichen“; so bereits zu § 3 Abs. 4 Satz 1 InvStG aF FEIERABEND in MORITZ/JESCH, 2015, § 3 InvStG Rz. 168 ff.) 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 BÖDEKER/ERNST/HARTMANN, 2016, § 3 InvStG 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 Ertragsarten 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 prädeterriniert uE die Möglichkeit der Verlustverrechnung nach Abs. 1. Die Bildung weiterer Verlustverrechnungstöpfe (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, 2015, § 3 InvStG Rz. 174 ff.). Die Vereinfachungsregelung der Fin-Verw., 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.

► *Abschlag 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 verminderter) 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 (vgl. HAUG in MORITZ/JESCH, 2015, § 15 InvStG Rz. 48), 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 InvStG 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 InvStG 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 (BGBI. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731)

(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 in den Fällen des § 30 Absatz 3 Nummer 1 und 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. ³Die Sätze 1 und 2 gelten nicht in den Fällen des § 30 Absatz 3 Nummer 1 und 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/M.

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

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 42	1
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Anwendung des Teileinkünfteverfahrens	5
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Anwendung des Beteiligungsprivilegs für Körperschaften	6
D. Erläuterungen zu Abs. 3: Ausnahmen zur Anwendung des Teileinkünfte- verfahrens/des Beteiligungsprivilegs	7
E. Erläuterungen zu Abs. 4: Teilfreistellungen für inländische Beteiligungseinnahmen	8
F. Erläuterungen zu Abs. 5: Teilfreistellungen für inländische Immobilienerträge und sonstige inländische Einkünfte	9

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 Gesetzesstruktur 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). Dies gilt 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 Kapitalgesellschaftsbeteiligungen 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 Kap-Ges., die eine Dividende ausschüttet bzw. deren Anteile veräußert werden, keiner hinreichenden stl. Vorbelastung unterliegt (Abs. 3 Satz 1; s. Anm. 7). Als Gegenausnahme 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 StPflicht 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. 8 f.).

Rechtsentwicklung: § 42 idF des Investmentsteuerreformgesetzes (InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731) führt die in § 2 Abs. 2 InvStG aF enthaltenen und für alle Investmentfonds geltenden (teilweisen) StBefreiungen auf Anlegerebene in bestimmtem Umfang für Spezial-Investmentfonds fort, zT jedoch mit erheblichen Modifikationen.

Bedeutung/Verhältnis zu anderen Vorschriften: Die Norm dient der Ermittlung der Höhe der beim Anleger eines Spezial-Investmentfonds grds. stpfl. Spezial-Investmenterträge (§ 34). Nach § 34 Abs. 2 Satz 2 sind auf diese das Teileinkünfteverfahren (§ 3 Nr. 40 EStG) sowie das Beteiligungsprivileg des § 8b KStG vorbehaltlich 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. Teilstimmungen 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-Aktiengewinn ermittelt und bekannt macht oder wenn der Anleger den Fonds-Aktiengewinn nachweist (s. § 48 Anm. 10).

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 StPflicht der Einkünfte aus Spe-

zial-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).

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 ausschüttungsgleichen Erträge Kapitalerträge nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 und 9 sowie Satz 2 EStG enthalten. Dies gilt jedoch nicht in den Fällen des § 30 Abs. 3 Nr. 1 und 2 (Abs. 1 Satz 2).

► *Ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge:* Siehe zum Begriff der ausgeschütteten Erträge § 35 und zum Begriff der ausschüttungsgleichen Erträge § 36.

► *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:

▷ *§ 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 EStG:* Gemeint sind ausländ. Kapitalerträge iSd. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 oder 1a EStG, dh. insbes. ausländ. Dividenden (ausführl. dazu MORITZ/STROHM in MORITZ/JESCH, 2015, § 2 InvStG Rz. 66; § 43 EStG Anm. 31), uE aber keine 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 MORITZ/STROHM in MORITZ/JESCH, 2015, § 2 InvStG Rz. 70; § 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.

▷ *§ 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 MORITZ/STROHM in MORITZ/JESCH, 2015, § 2 InvStG Rz. 70; § 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 un-

C. Abs. 2: Anwendung Beteiligungsprivileg Anm. 5–6 **Anhang zu § 20**

mittelbar 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 (BTDruks. 18/8045, 112). In der Sache, und insoweit ist der Gesetzesbegründung zuzustimmen, treten beim Anleger (im Wesentlichen) die gleichen Steuerfolgen wie nach Abs. 2 ein.

► *Kein Fall des § 30 Abs. 3 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.

► *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 zu verstehen, dh., er betrifft nur Anleger, die die Spezial-Investmentfondsanteile im BV halten und die nicht von § 8b KStG begünstigt sind (ausführl. MORITZ/STROHM in MORITZ/JESCH, 2015, § 2 InvStG Rz. 67). 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.

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Anwendung des Beteiligungsprivilegs für Körperschaften

6

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). Dies gilt jedoch nicht in den Fällen des § 30 Abs. 3 Nr. 1 und 2 (Abs. 2 Satz 3). Dies entspricht 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. ausführl. MORITZ/STROHM in MORITZ/JESCH, 2015, § 2 InvStG 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 (BTDruks. 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.
- ▶ *Kein Fall des § 30 Abs. 3 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.
- ▶ *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. MORITZ/STROHM im MORITZ/JESCH, 2015, § 2 InvStG Rz. 68, 72).

7

**D. Erläuterungen zu Abs. 3:
Ausnahmen zur Anwendung des Teileinkünfteverfahrens/des Beteiligungsprivilegs**

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. 29 ff.).

► *Steuerlich nicht vorbelastet:* Das Gesetz nennt in Abs. 3 Satz 2 (uE abschließend) drei Kategorien: (i) die Körperschaft unterliegt in ihrem Ansässigkeitsstaat 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 Einkunftssteile – 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). 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. Vorbefestigung fehle (BTDrucks. 18/8045, 13). Aufgrund des überbordenden Wortlauts könnten damit aber 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 Gefahr besteht, dass die Veräußerung ihrer Anteile (die eigentlich nach Abs. 1 und Abs. 2 jeweils iVm. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 EStG begünstigt werden sollte) nicht vom Teileinkünfteverfahren/Beteiligungsprivileg profitieren könnte. Dies kann uE nicht beabsichtigt gewesen sein.

► *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. 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.

E. Erläuterungen zu Abs. 4: Teilfreistellungen für inländische Beteiligungseinnahmen

8

Teilfreistellungen: Sind in den ausgeschütteten oder ausschüttungsgleichen 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 ausschüttungsgleiche 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.

► *Vom Spezial-Investmentfonds versteuert:* Inländische Beteiligungseinnahmen können auf Ebene des Spezial-Investmentfonds einer Besteuerung iHv. 15 % in Form eines KapErtrStEinbehalts auf Fondseingangsseite unterliegen (§ 29 Abs. 1 iVm. § 7 Abs. 1 Satz 1, s. § 29 Anm. 4), es sei denn, der Spezial-Invest-

mentfonds 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).

► *60 % dieser Erträge sind steuerfrei:* Abs. 4 Satz 1 ordnet eine zwingende 60%ige Teilstellung der in den ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen 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 Teilstellung 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 Teilstellung 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 Teilstellung 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. Dann sollte für ihn uE zumindest die 60%ige Teilstellung des Abs. 4 Satz 1 greifen.

**F. Erläuterungen zu Abs. 5:
Teilstellungen für inländische Immobilienerträge
und sonstige inländische Einkünfte**

9

Teilstellungen: 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.
- *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.
- *20 % dieser Erträge sind steuerfrei:* Abs. 5 Satz 1 ordnet eine zwingende 20 %ige Teilstellung 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 Immobilienteilstellung 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 Teilstellung 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 kstpfl. 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 Fonds-eingangsseite einem KapErtrStEinbehalt von 15 % unterliegen, ist anhand des konkreten DBA zu prüfen, ob der ausländ. Spezial-Investmentfonds ab-kommensberechtigt 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 Teilversteilung

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

- (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) § 3 Nummer 41 Buchstabe a des Einkommensteuergesetzes ist entsprechend anzuwenden.
- (3) Auf ausgeschüttete oder ausschüttungsgleiche Erträge, die aus Ausschüttungen von Investmentfonds, Vorabpauschalen oder Gewinnen aus der Veräußerung von Investmentanteilen stammen, ist die Teilversteilung nach § 20 entsprechend anzuwenden.

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

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

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 43	1
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Steuerbefreiung aufgrund DBA	5
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Steuerbefreiung von Hinzurechnungsbeträgen nach dem AStG	10

**D. Erläuterungen zu Abs. 3:
Steuerbefreiung bei Teilfreistellung ... 15**

1

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 43

Grundinformation: Die Überschrift („Steuerbefreiung aufgrund von Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung, der Hinzurechnungsbesteuerung und der Teilfreistellung“) trifft die Kernaussage der Norm nur punktuell: Ge-meint ist, dass bestimmte Vergünstigungen, 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 Investmenterträge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 3 EStG gelten (Abs. 1 Satz 2; s. Anm. 5). Als Gegenausnahme nennt Abs. 1 Satz 3 nach einem DBA stbefreite 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 ordnet (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). Abs. 3 sieht vor, 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 idF 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.

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. Daneben enthält die Norm implizit grundlegende Aussagen zum Verhältnis von InvStG und AStG (s. Anm. 10). Nach § 48 Abs. 2 Satz 2 ist die StBefreiung nach Abs. 1 nur anzuwenden, wenn der Spezial-Investmentfonds den sog. Fonds-Abkommensgewinn ermittelt und be-

kannt macht oder wenn der Anleger den Fonds-Abkommensgewinn nachweist (s. § 48 Anm. 10). Nach § 48 Abs. 2 Satz 3 ist die Teilstellung nach Abs. 3 nur anzuwenden, wenn der Spezial-Investmentfonds die sog. Fonds-Teilstellungsgewinne ermittelt und bekannt macht oder wenn der Anleger die Fonds-Teilstellungsgewinne nachweist (s. § 48 Anm. 10).

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 InvStG 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. GLOBNER in BLÜMICH, § 4 InvStG Rz. 2 [4/2017]). Die Norm ist daher – wie bereits § 4 Abs. 1 InvStG aF – auch auf ausländ. Spezial-Investmentfonds anwendbar (vgl. ERNST in BÖDECKER/ERNST/HARTMANN, 2016, § 4 InvStG Rz. 26 ff.).

- *Ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge:* Siehe zum Begriff der ausgeschütteten Erträge § 35 und zum Begriff der ausschüttungsgleichen Erträge § 36.
- *Soweit enthalten:* Wie bereits in § 4 Abs. 1 InvStG aF bezieht sich die Privileierung beim Anleger auf bestimmte in den Erträgen des Spezial-Investmentfonds enthaltene Ertragsbestandteile (und, anders als die Teilstellungen 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 stam-

mende Einkünfte“ sind uE grds. dann erfüllt, wenn Quelle oder Belegenheit im Ausland gegeben sind (vgl. ERNST in BÖDECKER/ERNST/HARTMANN, 2016, § 4 InvStG Rz. 14). Auf das Vorliegen der Voraussetzungen des § 34d kommt es dagegen nicht an (so zutr. zu § 4 Abs. 1 InvStG aF ERNST in BÖDECKER/ERNST/HARTMANN, 2016, § 4 InvStG Rz. 15; KREFT/GOTTSCHLING in MORITZ/JESCH, 2015, § 4 InvStG Rz. 19 f.).

► *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 InvStG Rz. 16). Damit ist aber noch nicht gesagt, ob es auf ein deutsches DBA zwischen (i) dem (ausländ.) Quellenstaat und dem (dann zwingend inländ.) Spezial-Investmentfonds oder (ii) dem (ausländ.) Quellenstaat und dem inländ. Anleger eines (in- oder ausländ.) Spezial-Investmentfonds ankommt. Hält man sich das Ziel der Regelung vor Augen, den Fondsanleger dem Direktanleger gleichzustellen, 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 einem 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 bereits zu § 4 Abs. 1 InvStG aF ERNST in BÖDECKER/ERNST/HARTMANN, 2016, § 4 InvStG Rz. 16 ff.; KREFT/GOTTSCHLING in MORITZ/JESCH, 2015, § 4 InvStG Rz. 21 ff.). 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 StPflicht der Spezial-Investmenterträge) allenfalls erfasst sein, wenn sie die Anteile in einer deutschen BS halten. Anders als ERNST (in BÖDECKER/ERNST/HARTMANN, 2016, § 4 InvStG 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.

► *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 InvStG 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 Kap-ErtrStAbzug 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 zutr. bereits zum alten Recht GLOBNER in BLÜMICH, § 4 InvStG 2004 Rz. 4 [4/2017]). 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 InvStG 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 InvStG Rz. 19a und 20.3; KREFT/GOTTSCHLING in MORITZ/JESCH, 2015, § 4 InvStG 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. 60 ff. (Dividenden und andere Gewinnausschüttungen) und § 20 EStG Anm. J 16-6 (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. 60 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 Unterneh-

mensgegenstand 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-Schachtelpivilieg 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. ERNST in BÖDECKER/ERNST/HARTMANN, 2016, § 4 InvStG Rz. 19a und 20.3; KREFT/GOTTSCHLING in MORITZ/JESCH, 2015, § 4 InvStG 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 dient 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 nF (s. dazu ausführl. HAUG, IStR 2016, 597; RICHTER, Ubg 2016, 9) 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 InvStG Rz. 142 ff.; MORITZ/STROHM in MORITZ/JESCH, 2015, § 2 InvStG Rz. 92 ff.; BTDrucks. 15/1553, 124). § 43 Abs. 2 erkennt – wie bereits § 2 Abs. 4 InvStG aF – die Existenz solcher Fälle an und vermeidet eine doppelte Besteuerung beim Anleger durch entsprechende Anwendung der StBefreiung des § 3 Nr. 41 Buchst. a EStG.

► *Entsprechende Anwendung des § 3 Nr. 41 Buchst. a EStG:* Nach § 3 Nr. 41 Buchst. a EStG sind Gewinnausschüttungen stfrei, soweit für das Kj. oder Wj., in dem sie bezogen werden, oder für die vorangegangenen sieben Kj. oder Wj.

aus einer Beteiligung an derselben ausländ. Gesellschaft Hinzurechnungsbeträge (§ 10 AStG) der ESt unterlegen haben, § 11 Abs. 1 und 2 AStG idF des Art. 12 des Gesetzes vom 21. Dezember 2013 (BGBl. 2013 I, 2310) nicht anzuwenden war und der Stpfl. dies nachweist; § 3c Abs. 2 EStG gilt entsprechend (s. zu den einzelnen Voraussetzung ausführl. § 3 Nr. 41 EStG Anm. 8 ff.). Da Abs. 3 (nur) eine „entsprechende“ (in § 2 Abs. 4 InvStG aF hieß es noch, uE allerdings im Erg. ohne inhaltliche Änderung „sinngemäße“) Anwendung des § 3 Nr. 41 Buchst. a EStG anordnet, ist der Wortlaut der Norm investmentstrechtl. auszulegen (s. ausführl. zum alten Recht MORITZ/STROHM in MORITZ/JESCH, 2015, § 2 InvStG Rz. 96 ff.; LÜBBEHÜSEN in BERGER/STECK/LÜBBEHÜSEN, 2010, § 2 InvStG Rz. 286 ff.). Dies bedeutet uE insbes., da auch (und gerade) Körperschaften Anleger von Spezial-Investmentfonds sind, dass es nicht darauf ankommt, ob die Hinzurechnungsbeträge der „Einkommensteuer“ (sondern vielmehr der ESt oder KSt) unterlegen haben (so zu § 2 Abs. 4 InvStG aF MORITZ/STROHM in MORITZ/JESCH, 2015, § 2 InvStG Rz. 96). Der Begriff der „Gewinnausschüttungen“ ist uE durch die Begriffe der ausgeschütteten oder ausschüttungsgleichen Erträge zu ersetzen (so zu § 2 Abs. 4 InvStG aF MORITZ/STROHM in MORITZ/JESCH, 2015, § 2 InvStG Rz. 97; aA allerdings die FinVerw., die offensichtlich nur ausgeschüttete Erträge von § 2 Abs. 4 InvStG aF erfasst sehen wollte, BMF v. 18.8.2009 – IV C 1 - S 1980 - 1/08/10019, BStBl. I 2009, 931 Rz. 75).

Einstweilen frei.

11–14

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Steuerbefreiung bei Teilstell.

15

Steuerbefreiung bei Teilstell. 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 Teilstell. nach § 20 entsprechend anzuwenden ist. Dadurch soll die Teilstell. 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 und zum Begriff der ausschüttungsgleichen Erträge § 36.
- *... die stammen aus ...:* Gemeint ist uE, dass sich die StBefreiung (nur) auf bestimmte in den Erträgen des Spezial-Investmentfonds enthaltene Ertragsbestandteile bezieht.
- *... Ausschüttungen von Investmentfonds, Vorabpauschalen oder Gewinnen aus der Veräußerung von Investmentanteilen:* Dies sind die drei Kategorien von Investmenterträgen, 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 stpf. Ohne Abs. 3 würden die darin genannten Ertragsbestandteile vollumfänglich in die ausgeschütteten bzw. ausschüttungsgleichen Erträge des Anlegers eingehen und wären grds. voll stpf. 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 ausführl. § 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/M.

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

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 44 . . . 1

B. Erläuterungen zu § 44:
Anteiliger Betriebsausgaben-/Werbungskostenabzug aufgrund einer Steuerbefreiung 5

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 44

1

Grundinformation: § 44 betrifft die Berücksichtigungsfähigkeit von BVMinderungen, BA, Veräußerungskosten und WK des Anlegers, die in wirtschaftlichem Zusammenhang mit den Erträgen aus seiner Beteiligung an einem Spezial-Investmentfonds 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 (BTDucks. 18/8045, 114). Leider ist der pauschale Verweis auf § 21 uE wenig hilfreich, da § 21 nur den Fall der pauschalen Teilsteuereinstufungen vor Augen hat, nicht aber die (uE praxisrelevanter) Situationen, in denen nur bestimmte Ertragskomponenten der ausgeschütteten bzw. ausschüttungsgleichen Erträge beim Anleger stfrei sind.

Rechtsentwicklung: Das InvStG aF enthielt keine mit § 44 idF des Investmentsteuerreformgesetzes (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 InvStG Rz. 46 ff.).

Bedeutung/Verhältnis zu anderen Vorschriften: Die Norm dient der Ermittlung der Höhe der beim Anleger eines Spezial-Investmentfonds grds. stpfl.

Spezial-Investmenterträge (§ 34). Konkret geht es um die Frage, inwieweit der Anleger (eigene) 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 BMinderungen, 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.
- *Wirtschaftlicher Zusammenhang:* Zum Begriff des wirtschaftlichen Zusammenhangs s. § 21 Anm. 5.
- *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.
- *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.
- *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 Teilsteuern bei Nicht-Spezial-Investmentfonds vor Augen hat, regelt (vereinfacht), dass BA/WK in Höhe des prozentualen Anteils der anwendbaren Teilsteuern nach § 20 nicht anwendbar sind (vgl. § 21 Anm. 5). Der Unterschied zwischen den Teilsteuern des § 20 und den (teilweisen)

Stbefreiungen der §§ 42 und 43 besteht jedoch darin, dass bei den Teilstufen nach § 20 sämtliche Erträge des Investmentfonds von einer bestimmten, zB 80 %igen Stbefreiung 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 stpf. 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). Aus dem Gesetz ergibt sich eine solche Ermittlungsmethode uE jedoch nicht zwingend. Hier wäre eine gesetzliche Anpassung geboten.

Anhang zu § 20

§ 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 Teilsteuern 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/M.

Inhaltsübersicht:

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 45	1
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Spezial-Investmenterträge im Gewerbeertrag des Anlegers	5
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Nur halftige Berücksichtigung der Teilsteuern	10

1

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 45

Grundinformation: § 45 regelt die gewstl. Behandlung gewisser Erträge eines Spezial-Investmentfonds bei deren Anlagen.

Geltungsbereich:

- *Sachlicher Geltungsbereich:* § 45 regelt nicht eine GewStPflicht des Spezial-Investmentfonds, sondern die gewstl. Behandlung gewisser Erträge eines Spezial-Investmentfonds beim Anleger.
- *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-Investmenterträge im Gewerbeertrag des Anlegers

Regelungen zur Ermittlung des Gewerbeertrags des Anlegers nach § 7 GewStG: Abs. 1 Satz 1 enthält Regelungen zur Ermittlung des Gewerbeertrags des Anlegers eines Spezial-Investmentfonds. Daraus, dass diese Regelung die Behandlung bestimmter vom Fonds erzielter Erträge bei der Ermittlung des Gewerbeertrags des Anlegers betreffen, ergibt sich, dass die Vorschrift gewstpflichtig Anleger betrifft, die ihre Anteile an dem Fonds im BV halten.

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.
- *Ausgeschüttete oder ausschüttungsgleiche Erträge:* Die genannten Erträge müssen enthalten sein in ausgeschütteten oder ausschüttungsgleichen Erträgen des Spezial-Investmentfonds. 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 Beteiligungs-

einnahmen (§ 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 nach Satz 2 (Voraussetzungen kumulativ): 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 zu berücksichtigen, nicht, 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 Sätze 3 oder 4 EStG oder § 8b Abs. 7 oder 8 KStG ist (Abs. 1 Satz 2 Nr. 2):* Der Anleger muss der KSt unterliegen und darf weder Kreditinstituten, Finanzdienstleistungsinstitut, Finanzunternehmen im Sinne des KWG oder Lebens- oder Krankenversicherungsunternehmen sein.

► *(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 % (bzw. im Fall bestimmter EU-Auslandsgesellschaften 10 %, vgl. § 9 Nr. 7 Satz 1 GewStG) betragen.

Einstweilen frei.

6–9

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Nur hälftige Berücksichtigung der Teilstreifreibestellungen

10

Teilstreifreibestellungen nach § 43 Abs. 3: Nach § 43 Abs. 3 ist die Teilstreifreibung 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 Teilstreifreibestellungen, nämlich die Aktienteilstreifreibung (§ 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 Immobilienteilstreifreibung (§ 20 Abs. 3). § 43 Abs. 3 erstreckt sich mangels Differenzierung auf alle diese Teilstreifreibestellungen nach § 20, die einen pauschalierten Ausgleich dafür bilden, dass die betroffenen Erträge aus dem Fonds stl. vorbelastet sind, § 43 Abs. 3 regelt, dass die Teilstreifreibestellungen

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/M.

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 46 1

B. Erläuterungen zu Abs. 1:
Berücksichtigung von Zinserträgen für
Zwecke der Zinsschranke 5

C. Erläuterungen zu Abs. 2:
Minderung des Zinsertrags 10

D. Erläuterungen zu Abs. 3:
Vortrag von Abzugsbeträgen 15

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 46

1

Grundinformation: § 46 regelt, dass und wie Zinserträge, die der Spezial-Investmentfonds erzielt, 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 Gewinnermittlung 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 (Abs. 1 Satz 2):* Um zu verhindern, dass sich Anleger in auf der Ebene eines Fonds erzielte Zinserträge einkaufen können (s. BTDrucks. 18/8045 115), ordnet Abs. 1 Satz 2 an, dass ausgeschüttete Erträge, die nach § 35 Abs. 6 als Substanzbeträge gelten, beim Anleger nicht als Zinserträge für Zwecke der Zinsschranke gelten („dies“ – dh. Satz 1 – „gilt nicht ...“). Für ein illus-

tratives Beispiel dessen, was verhindert werden soll, s. BTDrucks. 18/8045 115. Zu ausgeschütteten Erträgen, die als Substanzbeträge gelten, s. § 35.

Einstweilen frei.

6–9

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

15

**D. Erläuterungen zu Abs. 3:
Vortrag von Abzugsbeträgen**

Vortrag der den Zinsertrag übersteigenden Abzugsbeträge: Wenn und so weit 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/M.

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 47 ...	1
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Anrechnung ausländischer Steuern ...	5
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Ermittlung der anteiligen Steuer	10
D. Erläuterungen zu Abs. 3: Höchstbetragsberechnung	16
E. Erläuterungen zu Abs. 4: Abzug ausländischer Steuer und weitere Regelungen	17
F. Erläuterungen zu Abs. 5: Weder Anrechnung noch Abzug von auf steuerfreie Erträge entfallender Steuer ..	20

1

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 47

Grundinformation: § 47 regelt im Wesentlichen wie zuvor § 4 Abs. 2 und 3 InvStG aF die Anrechnung von ausländ. Steuer, die auf in ausgeschütteten oder ausschüttungsgleichen 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 ausländ. Steuer auf Antrag auch von den ausländ. Einkünften abgezogen werden.

Geltungsbereich:

- *Sachlicher Geltungsbereich:* § 47 gilt für die Anrechnung auf Einkünfte eines Spezial-Investmentfonds erhobener ausländ. Steuern auf die deutsche ESt- oder KStSchuld des estpfl. oder kstpf. Anlegers.
- *Persönlicher Geltungsbereich:* § 47 regelt die Anrechnung ausländ. Steuer nur für in Deutschland unbeschränkt estpfl. oder kstpf. Anleger von Spezial-Investmentfonds. Der Spezial-Investmentfonds, dessen Erträge oder ausschüttungsgleichen Erträge zur Anrechnung ausländ. Steuern führen kann, kann in den Fällen des Abs. 1 Satz 1 ein in- oder ausländ. sein, in den Fällen des Abs. 1 Satz 2 muss es ein ausländ. 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 ausländ. Steuern angerechnet werden, die auf Einkünfte des Spezial-Investmentfonds, nicht des Anlegers, erhoben wurden.

Einstweilen frei.

2–4

**B. Erläuterungen zu Abs. 1:
Anrechnung ausländischer Steuern**

5

Einkünfte aus einem ausländischen Staat: Abs. 1 Satz 1 gebraucht nicht den in § 34d EStG definierten (Katalog) und in § 34c EStG verwendeten Begriff der ausländ. Einkünfte, sondern den weiteren Begriff der Einkünfte aus einem ausländ. 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 ausländ. 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 InvStG Rz. 17; HAASE, IStR 2010, 170; § 34d EStG Anm. 4; aA GOSCH in KIRCHHOF, 16. Aufl. 2017, § 34d EStG Rz. 2). 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 Redaktionsversagen 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 SCHÖNFIELD/HÄCK in SCHÖNFIELD/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. 15). 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 InvStG 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. 18/8045 116).

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 InvStG 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.

Einstweilen frei.

11–15

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Höchstbetragsberechnung

16

Zusammengesetzte 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 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

20

F. Erläuterungen zu Abs. 5:
Weder Anrechnung noch Abzug von auf steuerfreie
Erträge entfallender Steuer

Ausschluss von Anrechnung und Abzug: Ausländische Steuer auf nach § 43 Abs. 1 stfreie ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge kann nach Abs. 5 weder auf deutsche ESt oder KSt angerechnet noch von ausländ. Einkünften abgezogen werden.

§ 48

Fonds-Aktiengewinn, Fonds-Abkommensgewinn, Fonds-Teilfreistellungsgewinn

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBI. 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-Teilfreistellungsgewinn als absolute Werte in Euro zu ermitteln und dem Anleger diese Werte bekannt zu machen. ²Der Fonds-Aktiengewinn, der Fonds-Abkommensgewinn und der Fonds-Teilfreistellungsgewinn 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 Teilfreistellung nach § 43 Abs. 3 ist nur anzuwenden, wenn der Spezial-Investmentfonds die Fonds-Teilfreistellungsgewinne ermittelt und bekannt macht oder wenn der Anleger die Fonds-Teilfreistellungsgewinne 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) Gewinne 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.

Verluste 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-Teilfreistellungsgewinn ist jeweils getrennt für die in § 20 Abs. 1 genannten Arten von Anlegern zu ermitteln. ²Der Fonds-Teilfreistellungsgewinn 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-Teilfreistellungsgewinne eines Dach-Spezial-Investmentfonds aus der Veräußerung eines Spezial-Investmentanteils an einem Ziel-Spezial-Investmentfonds und
4. Anleger-Teilfreistellungsgewinne 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/M.

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

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 48	1
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Verpflichtung zur Ermittlung/Bekanntmachung von Fonds-Aktiengewinn, Fonds-Abkommensgewinn und Fonds-Teilfreistellungsgewinn	5
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
D. Erläuterungen zu Abs. 3: Definition des Fonds-Aktiengewinns	15
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-Teilfreistellungs gewinns	30

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 48

1

Grundinformation: Mit der Einführung der Begriffe des Fonds-Aktiengewinns, des Fonds-Abkommensgewinns sowie des Fonds-Teilfreistellungsgewinns legt § 48 die Grundlagen zum einen für die Steuerfolgen der Veräußerung eines Spezial-Investmentanteils/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 Teilfreistellungsverfahren nach § 20 anzuwenden ist (sog. Teilfreistellungsgewinne) gesondert zu ermitteln und dem Anleger bekannt zu geben. Die so auf Fondsebene ermittelten Werte werden als Fonds-Aktiengewinn, Fonds-Abkommensgewinn und Fonds-Teilfreistellungsgewinn bezeichnet (BTDrucks. 18/8045, 117). Da bei mehreren Anlegern diese zu unterschiedlichen Zeitpunk-

ten 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-Teilfreistellungsgewinn bezeichnet (BTDucks. 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-Teilfreistellungsgewinn 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 Teilfreistellungen nach § 43 Abs. 3 jeweils in Bezug auf die ausgeschütteten bzw. ausschüttungsglichen Erträge eines Anlegers nur Anwendung finden, wenn der Spezial-Investmentfonds den Fonds-Aktiengewinn, den Fonds-Abkommensgewinn bzw. die Fonds-Teilfreistellungsgewinne 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-Teilfreistellungsgewinn (s. Anm. 30).

Rechtsentwicklung: Die Systematik von § 48 idF des Investmentsteuerreformgesetzes (InvStRefG) v. 19.7.2016 (BGBI. 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 Teilfreistellungen bei Aktien-, Misch- und Immobilienfonds abbilden sollen (vgl. BTDucks. 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. ausschüttungsglichen 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).

2–4 Einstweilen frei.

**B. Erläuterungen zu Abs. 1:
Verpflichtung zur Ermittlung/Bekanntmachung von
Fonds-Aktiengewinn, Fonds-Abkommensgewinn und
Fonds-Teilfreistellungsgewinn**

Ermittlungs-/Bekanntmachungspflicht: 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).

- *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).
- *Bei jeder Bewertung seines Vermögens:* Gemeint ist uE – wie bereits im Rahmen des insoweit wortlautidentischen § 15 Abs. 1 Satz 3 InvStG aF – bewertungstätiglich (vgl. BÖDECKER in BÖDECKER/ERNST/HARTMANN, 2016, § 15 InvStG Rz. 40 f.).
- *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 InvStG Rz. 210). Diese ergibt sich vielmehr aus den 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 mussten (vgl. VÖLKER in MORITZ/JESCH, 2015, § 5 InvStG Rz. 319). Diese Neuregelung, die der Verfahrenserleichterung dient (vgl. BTDrucks. 18/8045, 117), ist uE sachgerecht.
- *Bekanntmachung dieser Werte gegenüber dem Anleger:* Der Begriff der Bekanntmachung ist im Gesetz nicht definiert. Es ist uE ausreichend, dass der Anleger in angemessener Weise von den Fonds-Gewinnen Kenntnis erlangt. Dies kann insbes. bei Mitteilung durch Brief, Rundschreiben, E-Mail (so ausdrücklich BÖDECKER in BÖDECKER/ERNST/HARTMANN, 2016, § 15 InvStG Rz. 40 f.), uE aber auch durch Veröffentlichung auf der Homepage der Fall sein.

Verpflichtung zur Bildung eines Korrekturpostens: Nach Abs. 1 Satz 2 dürfen sich der Fonds-Aktiengewinn, der Fonds-Abkommensgewinn und der Fonds-Teilfreistellungsgewinn 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 InvStG 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, 2015, § 5 InvStG Rz. 329).

- *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).
- *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 (vgl. VÖLKER in MORITZ/JESCH, 2015, § 5 InvStG Rz. 329), wenn und soweit es in einem Geschäftsjahr zur Ausgabe/Rücknahme von Spezial-Investmentanteilen gekommen ist. Anders als § 5 Abs. 2 Satz 2 InvStG aF spricht die Norm jetzt ausdrücklich von „Ausgabe“ und „Rücknahme“ (im alten Recht hieß es noch „An- und Verkauf“, obwohl damit [ausschließlich] die Ausgabe und Rücknahme von Investmentanteilen gemeint war, vgl. VÖLKER in MORITZ/JESCH, 2015, § 5 InvStG Rz. 331; BMF v. 18.8.2009 – IV C 1 - S 1980 - 1/08/10019, BStBl. I 2009, 931 Rz. 117). Die Begriffe sind uE aufsichtsrechtl. zu verstehen (vgl. zB § 71 KAGB); nicht davon erfasst sind Übertragungen von bestehenden Spezial-Investmentanteilen, da sich dadurch deren Anzahl nicht erhöht/verringert. Siehe zu einem Rechenbeispiel für den Fonds-Aktiengewinn Entwurf BMF v. 27.7.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010:001, Abschnitt 2. Das BMF-Schreiben weist zutr. darauf hin, dass bei einem neu ausgegebenen Spezial-Investmentanteil der Fonds-Aktiengewinn jeweils mit einem Wert von null startet (uE gilt dies für sämtliche Fonds-Gewinne). Die FinVerw. will es – uE sachgerecht – 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 vornimmt und einen einheitlichen Fonds-Aktiengewinn (uE sollte sich dies auch auf die übrigen Fonds-Gewinne beziehen) für alle Spezial-Investmentanteile ermittelt (s. dazu und zu möglichen Ausnahmen Entwurf BMF v. 27.7.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Abschnitt 3).

6–9 Einstweilen frei.

C. Erläuterungen zu Abs. 2:
Voraussetzungen der Steuerbefreiungen nach §§ 42
Abs. 1 bis 3, 43 Abs. 1 bzw. der Teilstreifreibungen nach
§ 43 Abs. 3

10

Voraussetzung für Steuerbefreiung nach § 42 Abs. 1 bis 3: 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.

- *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. Die FinVerw. geht bei den (vergleichbaren) Nachweispflichten der Anleger in § 20 Abs. 4 davon aus, dass als Nachweisinstrumente insbes. Vermögensverzeichnisse des Investmentfonds sowie schriftliche Bestätigungen des Investmentfonds in Betracht kommen (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 20.12 f.). Bloße Vermögensverzeichnisse helfen hier uE nicht weiter; vielmehr sind detaillierte Angaben nach Abs. 3 und 4 zur Zusammensetzung der Erträge des Spezial-Investmentfonds erforderlich. In der Praxis wird daher der Anlegernachweis ohne vorherige Ermittlung/Bekanntmachung des Fonds-Aktiengewinns durch den Spezial-Investmentfonds uE kaum gelingen.

Voraussetzung für Steuerbefreiung nach § 43 Abs. 1: 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 weiter oben in dieser Anm.
- *Nachweis durch Anleger:* Siehe die Überlegungen weiter oben in dieser Anm.

Voraussetzung für Teilstreifreibung nach § 43 Abs. 3: Nach Abs. 2 Satz 3 ist die Teilstreifreibung nach § 43 Abs. 3 nur anzuwenden, wenn der Spezial-Investmentfonds die Fonds-Teilstreifreibungsgewinne ermittelt und bekannt macht oder wenn der Anleger die Fonds-Teilstreifreibungsgewinne nachweist.

- *Steuerbefreiung nach § 43 Abs. 3:* Siehe im Einzelnen § 43 Anm. 15.
- *Spezial-Investmentfonds:* Siehe zum Begriff § 26 Anm. 5.
- *Fonds-Teilstreifreibungsgewinne:* Siehe zum Begriff Abs. 6 (Anm. 30).
- *Ermittlung und Bekanntmachung:* Siehe weiter oben in dieser Anm.
- *Nachweis durch Anleger:* Siehe die Überlegungen weiter oben in dieser Anm.

**D. Erläuterungen zu Abs. 3:
Definition des Fonds-Aktiengewinns**

Fonds-Aktiengewinn: 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).

- *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.
- *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 Nr. 1):*
- *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 Gesetzgeber 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 InvStG 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. (BTDdrucks. 18/8045, 118), Dividenden und andere Gewinnausschüttungen nicht in den Fonds-Aktiengewinn einzubeziehen, und zwar mit der uE fragwürdigen Begründung, 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. BTDdrucks. 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 (so im Erg. auch zu § 8 InvStG aF NEUMANN in MORITZ/JESCH, 2015, § 8 InvStG Rz. 57). 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).
- *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 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 (BTDdrucks. 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 die Kommentierung zu Abs. 3 Nr. 1.
- *Anleger-Aktiengewinne eines Dach-Spezial-Investmentfonds aus der Veräußerung eines Spezial-Investmentanteils an einem Ziel-Spezial-Investmentfonds (Abs. 3 Nr. 3):* 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. BTDdrucks. 18/8045, 118).
- ▷ *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 (BTDdrucks. 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).
- *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 Nr. 4)*: 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 Gegebenbegriff 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).

Verhältnis zum Fonds-Abkommensgewinn: Nach Abs. 3 Satz 2 Satz 1 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. Satz 2 soll sicherstellen, dass diese Wertveränderungen nur einmal, und zwar ausschließlich bei Ermittlung des Fonds-Abkommensgewinns, berücksichtigt werden können (BTDrucks. 18/8739, 102 f.). 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.

**E. Erläuterungen zu Abs. 4:
Zusätzliche Regelungen zur Ermittlung des
Fonds-Aktiengewinns**

20

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).

- *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 einer Besteuerung, die der KSt vergleichbar ist) unterliegen (vgl. BTDrucks. 18/8045, 119).
- *Von der Ertragsbesteuerung persönlich befreit:* Nach der Gesetzesbegründung sind damit Fälle gemeint, bei denen besondere Besteuerungsregelungen für den betreffenden Körperschaftstyp eine StBefreiung vorsehen, wie zB § 16 REIT-G (vgl. BTDrucks. 18/8045, 119). Eine sachliche StBefreiung einzelner Einkünfte oder Einkunftssteile (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).

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) 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: mindern den Fonds-Aktiengewinn:* Die Verluste mindern (nur) den Fonds-Aktiengewinn, stehen also nicht zur Verfügung, andere (voll stpfl.) Einkünfte zu mindern.

21–24 Einstweilen frei.

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:* Gemeint sind uE die nach §§ 37 bis 41 ermittelten Einkünfte des Spezial-Investmentfonds. Nach der Gesetzesbegründung soll der Fonds-Abkommensgewinn als Netto-Ertrag nach Abzug der auf Ebene des Spezial-Invest-

- mentfonds angefallenen (anteiligen) WK zu ermitteln sein (BTDrucks. 18/8045, 119).
- ▷ *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.
 - ▶ *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.
 - ▷ *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 (BTDucks. 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-Teilfreistellungsgewinns

Getrennte Ermittlung der Teilfreistellungsgewinne: Nach Abs. 6 Satz 1 ist der Fonds-Teilfreistellungsgewinn jeweils getrennt für die in § 20 Abs. 1 genannten Arten von Anlegern zu ermitteln. Hintergrund der erst durch ein Petitum des BRat eingeführten Regelung ist, dass sich nach § 20 für unterschiedliche Arten von Anlegern unterschiedliche Teilfreistellungssätze ergeben, je nachdem ob eine natürliche Person die Anteile im PV oder BV hält oder ob eine Körperschaft Anleger ist (s. die Übersicht in BTDucks. 18/8739, 103; s. auch § 20 Anm. 1). Diese Differenzierung des Umfangs der Teilfreistellung soll nach der Gesetzesbegründung auch bei mittelbarer Anlage über einen Spezial-Investmentfonds Berücksichtigung finden. Abs. 6 Satz 1 ordnet daher die getrennte Ermittlung von Fonds-Teilfreistellungsgewinnen an, konkret (auch wenn sich dies nicht unmittelbar aus dem Wortlaut ergibt) die separate Ermittlung des Fonds-Teilfreistellungsgewinns (PV), des Fonds-Teilfreistellungsgewinns (BV) sowie des Fonds-Teilfreistellungsgewinn (KStG). Siehe ausführlich dazu mit Berechnungsbeispielen BTDucks. 18/8739, 103 ff.

Fonds-Teilfreistellungsgewinn: Nach Abs. 6 Satz 2 ist der Fonds-Teilfreistellungsgewinn 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-Teilfreistellungsgewinne eines Dach-Spezial-Investmentfonds aus der Veräußerung eines Spezial-Investmentanteils an einem Ziel-Spezial-Investmentfonds und (iv) Anleger-Teilfreistellungsgewinne 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

G. Abs. 6: Fonds-Teilfreistellungsgewinn Anm. 30 **Anhang zu § 20**

Wertveränderungsbestandteile, die unmittelbar oder mittelbar aus Aktien-, Misch- und Immobilienfonds stammen (BTDucks. 18/8045119). 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.
 - ▷ *Soweit diese nach § 20 von der Besteuerung freizustellen sind:* Siehe § 20 Anm. 1 ff. sowie das Berechnungsbeispiel in BTDucks. 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 BTDucks. 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 BTDucks. 18/8739, 103 ff.).
- ▷ *Dach-Spezial-Investmentfonds:* Siehe zur Definition § 2 Abs. 5 Satz 2 (§ 2 Anm. 10).
- ▷ *Anleger-Teilfreistellungsgewinne:* 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).
- *Teilfreistellungsgewinne 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 BTDucks. 18/8739, 103 ff.).

- ▷ *Dach-Spezial-Investmentfonds:* Siehe zur Definition § 2 Abs. 5 Satz 2 (§ 2 Anm. 10).
- ▷ *Anleger-Teilfreistellungsgewinne:* 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 (BGBI. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731)

(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-Teilfreistellungsgewinn 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.

(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-Teilfreistellungsgewinns. 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-Teilfreistellungsgewinn 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-Teilfreistellungsgewinn 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 Absetzungsbeträge zu erhöhen. ⁵Inländische Beteiligungseinnahmen und sonstige inländische Einkünfte, die nach § 30 Absatz 1 dem Anleger unmittelbar zugerechnet und nicht 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/M.

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

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 49	1
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Berücksichtigung des Fonds-Aktiengewinns, des Fonds-Abkommensgewinns und des Fonds-Teilfreistellungsgewinns bei Ver- äußerungen und Teilwertansatz 5	
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Ermittlung des Anleger-Aktiengewinns, des Anleger-Abkommensgewinns und des Anleger-Teilfreistellungsgewinns 10	
D. Erläuterungen zu Abs. 3: Ermittlung des Veräußerungsgewinns 15	
E. Erläuterungen zu Abs. 4: Entsprechende Anwendung des § 15b EStG 20	

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 49

1

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). 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 Anlegers werden als Anleger-Gewinne (konkret: Anleger-Aktiengewinn, Anleger-Abkommensgewinn und/oder Anleger-Teilfreistellungsgewinn) 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-Teilfreistellungsgewinne 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 (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: Die Norm wurde durch das Investmentsteuerreformgesetz (InvStRefG) 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 Teilstellungsgewinne bei Aktien-, Misch- und Immobilienfonds abbilden sollen (vgl. BTDrucks. 18/8045, 117).

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-Teilstellungsgewinns in § 48 an und entwickelt daraus die für die Besteuerung des Anlegers relevanten Begriffe der (besitzzeitanteiligen) Anleger-Aktiengewinne, der Anleger-Abkommensgewinne sowie der Anleger-Teilstellungsgewinne. 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).

2–4 Einstweilen frei.

5

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Berücksichtigung des Fonds-Aktiengewinns, des Fonds-Abkommensgewinns und des Fonds-Teilstel- lungsgewinns bei Veräußerungen und Teilwert- ansatz

Steuerfolgen bei Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen: 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-Teilstellungsgewinn 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 Teilstellungsgewinne 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 Auffangatbestand 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.
 - ▷ *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. GLOBNER in BLÜMICH, § 8 InvStG 2004 Rz. 4 [4/2017]). 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 (ausführl. NEUMANN in MORITZ/JESCH, 2015, § 8 InvStG Rz. 88).
 - ▷ *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. 1 ff.
 - *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. NEUMANN in MORITZ/JESCH, 2015, § 8 InvStG Rz. 73.
 - ▷ *Anwendung des § 44:* Gemeint ist, dass negative Anleger-Abkommensgewinne die StBemessungsgrundlage nicht mindern dürfen. Zu § 44 s. § 44 Anm. 1 ff.
 - *Auswirkungen des Anleger-Teilfreistellungsgewinns auf den Veräußerungsgewinn:* Ein positiver Anleger-Teilfreistellungsgewinn ist von der Steuer freizustellen. Spiegelbildlich gilt für einen negativen Anleger-Teilfreistellungsgewinn die Verlustabzugsbeschränkung des § 44.
 - ▷ *Anleger-Teilfreistellungsgewinn:* Siehe die Definition in Abs. 2 Satz 2, Anm. 10. Da der Fonds-Teilfreistellungsgewinn jeweils getrennt für die in § 20 Abs. 1 genannten Arten von Anlegern zu ermitteln ist, ergibt sich je nach Anlegerkreis auch ein separater Anleger-Teilfreistellungsgewinn. 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-Teilfreistellungsgewinn jeweils um einen absoluten Wert, bei dessen Ermittlung die unterschiedlichen Teilfreistellungssätze bereits berücksichtigt worden sind. Auf das ausführliche Berechnungsbeispiel in BTDrucks. 18/8739, 103 ff. wird verwiesen.

- ▷ *Anwendung des § 44:* Gemeint ist, dass negative Anleger-Teilfreistellungsgewinne die StBemessungsgrundlage nicht mindern dürfen. Zu § 44 s. § 44 Anm. 1 ff.

Steuerfolgen bei Bewertung von Spezial-Investmentanteilen: 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 Teilfreistellungs-gewinne nachvollzogen werden. Vereinfacht gesprochen sind bei einer Teilwert-abschreibung 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 Anleger-ebene; 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.

- ▶ *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. sowie HARTMANN in BÖDECKER/ERNST/HARTMANN, 2016, § 8 InvStG Rz. 48 ff. Die Norm ist uE nur anwendbar, soweit sich der besitzzeitanteilige Anleger-Gewinn auf den Bilanzansatz zum Be-wertungszeitpunkt tatsächlich entsprechend ausgewirkt hat (dies folgt uE aus der neugefassten Formulierung in Abs. 2 Satz 3, s. Anm. 10). Dies ist uE nur im Fal-le eines negativen besitzzeitanteiligen Anleger-Gewinns möglich (s. dazu aus-führl. NEUMANN in MORITZ/JESCH, 2015, § 8 InvStG Rz. 134).
- ▶ *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-Teilfrei-stellungsgewinn) oder nur anteilig (wie beim Anleger-Aktiengewinn bei Anwen-dung 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 sowie HARTMANN in BÖDECKER/ERNST/HARTMANN, 2016, § 8 InvStG Rz. 54 f. 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 InvStG Rz. 54; NEUMANN in MORITZ/JESCH, 2015, § 8 InvStG Rz. 142 ff.).

► *Rechtsfolgen der Teilwertzuschreibung:* Die die Teilwertzuschreibung verursachenden Anleger-Gewinne (die ihrerseits zunächst die Teilwertanschreibung verursacht hatten und jetzt einer Wertaufholung unterliegen) dürfen die StBemessungsgrundlage nicht (wie beim Anleger-Aktiengewinn bei Anwendung des § 8b KStG, beim Anleger-Abkommensgewinn oder beim Anleger-Teilfreistellungsge- gewinn) 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-Teilfrei-
stellungsgewinns**

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 ausführlichen Berechnungsbeispiel s. BTDrucks. 18/8739, 103 ff.

- *Ausgangspunkt: Fonds-Aktiengewinn:* Siehe § 48 Anm. 10 ff.
- *Anleger-Gewinn als besitzzeitanteiliger Unterschiedsbetrag:* Ziel der Regelung ist es, aus den auf Ebene des Fonds ermittelten Fonds-Gewinnen diejenigen herauszufiltern, die während der Besitzzeit des jeweiligen Anlegers entstanden sind. Dazu ist eine Differenz zwischen zwei zu unterschiedlichen Zeitpunkten ermittelten Fonds-Gewinnen zu bilden.
- *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 sowie die Kommentierung zu § 8 Abs. 3 Satz 1 InvStG aF bei NEUMANN in MORITZ/JESCH, 2015, § 8 InvStG Rz. 125 ff. Der Begriff der „Bewertung“ spielt nur bei Teilwertabschreibungen/Teilwertzuschreibungen (vgl. Anm. 5) eine Rolle. Ge-meint ist damit uE – wie bei § 8 Abs. 3 Satz 2 InvStG aF – der Wert zum Ende des Wj., für das ein Teilwertansatz erfolgt (vgl. NEUMANN in MORITZ/JESCH, 2015, § 8 InvStG Rz. 133; HARTMANN in BÖDECKER/ERNST/HARTMANN, 2016, § 8 InvStG 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 (vgl. NEUMANN in MORITZ/JESCH, 2015, § 8 InvStG Rz. 129).

- *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-Teilfreistellungsgewinns: Abs. 2 Satz 2 sagt schlicht, dass Abs. 2 Satz 1 für die Ermittlung des Anleger-Teilfreistellungsgewinns entsprechend gilt. Gemeint ist: Der Anleger-Teilfreistellungsgewinn pro Spezial-Investmentanteil ist, vorbehaltlich einer Berichtigung nach Abs. 2 Sätze 4 oder 5, der Unterschiedsbetrag zwischen einerseits dem Fonds-Teilfreistellungsgewinn 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-Teilfreistellungsgewinn bei der Anschaffung des Spezial-Investmentanteils (Abs. 2 Satz 1). Der Anleger-Teilfreistellungsgewinn kann positiv oder negativ sein (Abs. 2 Satz 6). Siehe zur Bedeutung des Anleger-Teilfreistellungsgewinns Anm. 1. Da der Fonds-Teilfreistellungsgewinn jeweils getrennt für die in § 20 Abs. 1 genannten Arten von Anlegern zu ermitteln ist, ergibt sich je nach Anlegerkreis auch ein separater Anleger-Teilfreistellungsgewinn. 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.
- *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-Teilfreistellungsgewinn.
- *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. NEUMANN in MORITZ/JESCH, 2015, § 8 InvStG Rz. 134).

► *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-Teilfreistellungsgewinn zu berichtigten. 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-Teilfreistellungsgewinn.

► *Berichtigung um den zum Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahrs angesetzten Anleger-Aktiengewinn, Anleger-Abkommensgewinn oder Anleger-Teilfreistellungsgewinn:* 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 InvStG Rz. 56). Dies betrifft uE nur Fälle, in denen der Anleger in vorangegangenen Wj. eine Teilwertab- oder -zuschreibung vorgenommen hat. Zu einem ausführlichen Berechnungsbeispiel s. BTDrucks. 18/8739, 103 ff.

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.

► *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 (vgl. NEUMANN in MORITZ/JESCH, 2015, § 8 InvStG

Rz. 143). Auch diese Regelung betrifft uE nur Fälle, in denen der Anleger in vorangegangenen Wj. eine Teilwertab- oder -zuschreibung vorgenommen hat.

11–14 Einstweilen frei.

15

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Ermittlung des Veräußerungsgewinns

Abs. 3 als allgemeines Gewinnermittlungsschema: 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 2 ff.) ist uE daher vielmehr als abstraktes Berechnungsschema für die Ermittlung des Gewinns aus der Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen zu verstehen, das 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, 2015, § 8 InvStG 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:** Dies bedeutet insbes., 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. Siehe dazu ausführl. NEUMANN in MORITZ/JESCH, 2015, § 8 InvStG Rz. 171 ff. sowie § 20 EStG Anm. 560 ff.

Minderung um ausschüttungsgleiche Erträge/Anpassung um Steuern: 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.

- **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. 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 BÖDEKER/ERNST/HARTMANN, 2016, § 8 InvStG Rz. 68).

► *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 Fondausgangsseite (§ 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 BÖDEKER/ERNST/HARTMANN, 2016, § 8 InvStG 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: Nach Abs. 3 Satz 3 sind ausschüttungsgleiche Erträge, die in einem späteren 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.

► *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. NEUMANN in MORITZ/JESCH, 2015, § 8 InvStG Rz. 191). 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. NEUMANN in MORITZ/JESCH, 2015, § 8 InvStG Rz. 193).

Erhöhung um Substanz- und Absetzungsbeträge: 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.

► *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 BÖDEKER/ERNST/HARTMANN, 2016, § 8 InvStG 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.

▷ *Absetzungsbeträge:* Siehe zur Definition § 35 Abs. 4.

Minderung bei Transparenzoption: Nach Abs. 3 Satz 5 mindern inländ. Beteiligungseinnahmen und sonstige inländ. Einkünfte, die nach § 30 Abs. 1 dem Anleger unmittelbar zugerechnet werden, den Gewinn aus der Veräußerung. Auch diese Regelung dient dazu, eine Doppelbesteuerung zu vermeiden, denn auch diese Einnahmen/Einkünfte sind (mangels tatsächlicher Ausschüttung) noch im Anteilswert enthalten und würden (ohne Herausrechnung) als Teil des Veräußerungsgewinns erneut besteuert.

► *Inländische Beteiligungseinnahmen/sonstige inländische Einkünfte, die nach § 30 Abs. 1 dem Anleger unmittelbar zugerechnet werden:* Erfasst sind die Einnahmen/Einkünfte, für die der Anleger die Transparenzoption nach § 30 Abs. 1 ausgeübt hat.

► *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. 6.

► *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 ausführL NEUMANN in MORITZ/JESCH, 2015, § 8 InvStG Rz. 257 ff.

§ 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/M.

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 50 1

B. Erläuterungen zu Abs. 1:
Kapitalertragsteuerabzug 5

C. Erläuterungen zu Abs. 2:
Minderung um ausländische Steuern,
Verfahrensfragen 10

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. 11).
- *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 Fondsaugangsseite nicht mehr dem KapErtrStAbzug 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. Spezialfonds. 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.

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. 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.
- *Gewinn aus der Veräußerung eines Spezial-Investmentanteils:* Der KapErtrSt unterliegen nach dem Wortlaut des Gesetzes auch Gewinne aus der Veräußerung von

Spezial-Investmentanteilen (§ 49). Ein Spezial-Investmentfonds kann von solchen von ihm auch kaum zu ermittelnden (vgl. GLOBNER 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 nicht durchdacht, 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 7 ff. EStG, wenn Kapitalerträge nicht in Geld bestehen – nicht ausdrücklich verpflichtet ist, dem Spezial-Investmentfonds Mittel zur Verfügung zu stellen, damit dieser KapErtrSt abführen kann.

Steuersatz: Er beträgt 15 % zuzüglich 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,
Verfahrensfragen**

10

Minderung um ausländische Steuern (Abs. 2 Satz 1): Der KapErtrStAbzug mindert sich um ausländ. Steuern, soweit sie nach § 47 zu berücksichtigen sind.

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. Die Formulierung zielt darauf, dass KapErtrSt nur gegenüber inländ. Anlegern zu erheben ist. Der Grund dafür ist, dass KapErtrSt nur eine Erhebungsform der ESt bzw. KSt ist und eine materielle StPflicht des Empfängers der Erträge voraussetzt (BFH v. 19.10.2005 – I R 121/04, BFH/NV 2006, 926; BFH v. 14.2.1973 – I R 77/71, BStBl. II 1973, 452). Spezial-Investmenterträge gehören indes nicht zu den inländ. Einkünften iSd. § 49 Abs. 1 EStG, mit denen im Ausland ansässige Anleger in Deutschland der beschränkten EStPflicht (§ 1 Abs. 4 EStG, s. § 1 EStG Anm. 345) oder KStPflicht (§ 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 StPflicht 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.

Einstweilen frei.

11–14

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 Begründung des Gesetzentwurfs (BTDruks. 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 Begründung für diese unsystematische Abweichung von § 7 Abs. 4 Satz 2 und § 8 Abs. 6 Satz 3 InvStG aF zu Ungunsten von Anlegern fehlt (vgl. BTDruks. 18/8045, 121 und s. dazu auch BINDL/MAGER, BB 2016, 2711 [2720]), spricht alles (und insbesondere die Systematik des Gesetzes) für ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers. Die Regelung sollte also entsprechend weit ausgelegt und 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]).

§ 51

Feststellung der Besteuerungsgrundlagen

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

(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) Die Erklärung zur gesonderten und einheitlichen Feststellung steht einer gesonderten und einheitlichen Feststellung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gemäß § 164 der Abgabenordnung gleich.

Autor und Mitherausgeber: Dr. Martin Klein, Rechtsanwalt/Steuерberater/
Fachanwalt für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt/M.

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 51	1
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Einheitliche und gesonderte Feststellung	5
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Erklärung zur gesonderten und einheitlichen Feststellung der Besteuerungsgrundlagen	10
D. Erläuterungen zu Abs. 3: Erklärungsverpflichteter	15
E. Erläuterungen zu Abs. 4: Der Erklärung beizufügende Unterlagen	20
F. Erläuterungen zu Abs. 5: Vorbehaltfeststellung	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 Investment-Spezialfonds einheitlich und gesondert festgestellt werden, und enthält Verfahrensregelungen dazu.

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-Investmentvermögen und ihre in- und ausländ. Anleger. § 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 Investment-Spezialfonds 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 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). 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. 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.

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:* 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.

Einstweilen frei.

11–14

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. 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.

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 Erklärungspflichten 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. 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 herauftrommt, dass StErklärungspflichten bis hin zu der Verpflichtung, als falsch oder unvollständig erkannte StErklärungen zu berichtigen (§ 153 AO), verletzt werden.

16–19 Einstweilen frei.

20

**E. Erläuterungen zu Abs. 4:
Der Erklärung beizufügende Unterlagen**

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.

21–24 Einstweilen frei

**F. Erläuterungen zu Abs. 5:
Vorbehaltfeststellung**

25

Die Erklärung zur gesonderten und einheitlichen Feststellung steht einer gesonderten und einheitlichen Feststellung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gem. § 164 AO gleich. Sie hat damit insoweit ähnliche Wirkung wie eine Steueranmeldung (§ 168 Satz 1 AO), ohne dass allerdings Steuern festgesetzt werden, die mit deren Fälligkeit mit der Erklärung verursacht wird.

Anhang zu § 20

§ 52

Wegfall der Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds

idF des InvStG v. 19.7.2016 (BGBI. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731),
zuletzt geändert durch StUmgBG v. 23.6.2017 (BGBI. I 2017, 1682;
BStBl. I 2017, 865)

(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. ⁴Die festgesetzte Steuer gilt bis zur tatsächlichen Veräußerung des Anteils als zinslos gestundet.

(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, Pöllath und Partner, Berlin

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

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 52 ..	1
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Fiktion der Auflösung und Neuauflegung	5
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Veräußerungsfiktion für Spezial-Investmentanteile	10
D. Erläuterungen zu Abs. 3: Anschaffungsfiktion für Investmentanteile	15

1

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 52

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 Voraussetzungen 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.

Rechtsentwicklung: § 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.

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 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.

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).

Einstweilen frei.

2-4

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Fiktion der Auflösung und Neuauflegung

5

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. 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.

Weitere Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds? Verstöße gegen andere Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds als die in § 26 genannten lösen die Rechtsfolgen von § 52 grds. nicht aus. Verstöße gegen die in § 28 enthaltenen Verpflichtungen können daher nicht zur Auflösung führen (zur Ausstrahlungswirkung von § 28 Abs. 3 s. „Einzelfälle“). Allenfalls im – eher theoretischen – Fall eines nachträglichen identitätswahrenden Wechsels der Rechtsform (§ 27 Anm. 4) sollte § 52 uE analog angewendet werden.

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, 2. Aufl. 2017, § 26 InvStG 2018 Rz. 5 mwN).

Wesentlichkeit: Entscheidend ist allerdings nicht der bloße Verstoß, sondern dessen Wesentlichkeit. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Anerkennung 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,
- 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 Kenntnisserlangung 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 ergrieffen 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 durch den Erwerb von Vermögensgegenständen überschritten oder nicht zulässige Vermögensgegenstände erworben wer-

den, 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 (aA WENZEL in BLÜMICH, § 26 InvStG 2018 Rz. 70 [6/2017]). Die GewStBefreiung des § 29 Abs. 4 fällt bei einem Verstoß gegen § 15 Abs. 2 und 3 nicht automatisch weg (s. § 29 Anm. 20).
- ▷ *Ausübung des Sonderkündigungsrechts:* Wird das Sonderkündigungsrecht entgegen § 28 Abs. 3 nicht ausgeübt, liegt nicht ohne Weiteres zugleich ein Verstoß gegen § 52 vor. Die Voraussetzungen von § 52 sind vielmehr unabhängig davon zu prüfen (s. § 28 Anm. 14). Etwaige Verstöße gegen § 28 Abs. 3 sind allerdings bei der Frage zu berücksichtigen, ob ein Verstoß wesentlich war. Hatte der Spezial-Investmentfonds zB keine Kenntnis von der Überschreitung der zulässigen Anlegerzahl oder der unzulässigen Beteiligung von Anlegern und musste er folglich auch sein Sonderkündigungsrecht nicht ausüben (§ 28 Abs. 3), ist der (objektiv vorliegende) Verstoß gegen die Anlagebestimmungen nicht wesentlich.

Rechtsfolgen des Abs. 1:

► *Fiktion der Auflösung (Abs. 1 Satz 1):* Der Spezial-Investmentfonds gilt als aufgelöst.

▷ *Auflösung und Abwicklung:* Nach allgemeinen Grundsätzen berührt die Auflösung eines Rechtsträgers nicht dessen rechl. Existenz. Dies muss jedenfalls für Spezial-Investmentfonds in Gesellschaftsform gelten, denn es existieren insoweit weder investmentrechl. noch stl. Vorschriften, die etwas Gegenteiliges besagen. Namentlich die für die Investment-AG mit veränderlichem Kapital (dh. die für inländ. Spezial-Investmentfonds in Gesellschaftsform allein zulässige Rechtsform, vgl. § 27 Nr. 2) geltenden Regelungen verweisen auf das Recht der AG, insbes. auch auf die die Liquidation betreffenden §§ 262–277 AktG (vgl. § 108 Abs. 2 Satz 1 KAGB), und enthalten ausdrückliche Regelungen für die Liquidation (s. § 122 Abs. 2 KAGB). Auch die Regelungen, die für inländ. Spezial-Investmentfonds in Vertragsform allein zulässige (vgl. § 27 Nr. 1) Sondervermögen iSv. § 1 Abs. 10 KAGB gelten, kennen eine Unterscheidung zwischen Auflösung (Kündigung) und Abwicklung (vgl. §§ 99 f. KAGB). Für ausländ. Spezial-Investmentfonds muss das einschlägige ausländ. Recht zu Rate gezogen werden. Auch dieses kennt aber typischerweise die Unterscheidung zwischen Auflösung und Abwicklung.

- ▷ *Weitergeltung der Besteuerungsregeln des Kapitels 3:* Das Fehlen von besonderen stl. Regelungen für die Auflösung und die Abwicklung einerseits und der Umstand, dass die Auflösung nicht zum Wegfall der rechtl. Existenz des Spezial-Investmentfonds führt andererseits bedeutet, dass die Auflösung iSv. Satz 1 – isoliert betrachtet (dh. ohne Berücksichtigung von Satz 2) – zu keiner Änderung der Besteuerungsregeln auf Ebene des Spezial-Investmentfonds führt. Insbesondere hat sie – anders als auf Anlegerebene (dazu s. Anm. 9) – keine (fiktive) Veräußerung der vom Spezial-Investmentfonds gehaltenen WG zur Folge (aA möglicherweise STADLER/BINDL, DStR 2016, 1953 [1955]). Es gelten somit nicht nur §§ 6, 7 iVm. § 29 Abs. 1 nach der (fiktiven) Auflösung weiter, sondern auch eine etwa ausgeübte Transparenzoption sowie die Berechtigung, den StAbzug gem. § 50 mit steuerbefreiender Wirkung auf Einkünfte iSv. § 33 vorzunehmen. Es darf zwar bezweifelt werden, dass dies der gesetzgeberischen Intention entsprach, die gesetzliche Regelung lässt jedoch keinen anderen Schluss zu. Das Gesetz ist hier nicht zu Ende gedacht.
- ▷ *Allgemeine Regelungen des KStG?* Die allgemeinen Regelungen des KStG sind uE aufgrund des Vorrangs des InvStG nicht anwendbar. § 11 KStG wäre ohnehin nicht anwendbar, weil es sich bei Spezial-Investmentfonds nicht um Stpf. iSv. § 1 Abs. 1 Nr. 1–3 KStG handelt. Eine analoge Anwendung auf Körperschaften iSv. § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG, dh. inländ. Spezial-Investmentfonds, oder iSv. § 2 Nr. 1 KStG, dh. ausländ. Spezial-Investmentfonds, ist ausgeschlossen (§ 11 KStG Anm. 7, 16). Für derartige Körperschaften enthält das KStG überdies keine besonderen Regelungen über die Besteuerung bei Auflösung und Abwicklung, soweit sie keine gewerblichen oder land- und forstwirtschaftlichen Einkünfte erzielen (FROTSCHER in FROTSCHER/DRÜEN, § 11 KStG Rz. 71 [8/2013]). Auch nach den allgemeinen Regelungen würde man also zur Fortgeltung der Besteuerungsregeln des Kapitels 3 gelangen. Allenfalls soweit ein Spezial-Investmentfonds zulässigerweise einen Gewerbebetrieb unterhält, käme § 16 EStG iVm. § 8 Abs. 1 Satz 1 KStG in Betracht (vgl. § 11 KStG Anm. 7, 10, 16). Aber auch in diesem Ausnahmefall sind uE die Regelungen des KStG durch die vorrangigen Regelungen des InvStG verdrängt. § 13 Abs. 2 KStG ist ebenfalls nicht anwendbar, weil die Transparenzoption und der StAbzug gem. § 33 iVm. § 50 nicht zu einer subjektiven StBefreiung führen.
- ▶ *Fiktion der Neuanlegung eines Investmentfonds (Abs. 1 Satz 2):* Erst das Zusammenspiel mit Satz 2 führt zu einem effektiven Wegfall der Besteuerungsregeln für Spezial-Investmentfonds auf Fondsebene.
- ▷ *Investmentfonds:* Erforderlich ist, dass trotz Verstoßes gegen die Anlagebestimmungen des § 26 noch ein (einfacher) Investmentfonds iSv. § 1 vorliegt. Dies dürfte freilich der Regelfall sein.
- ▷ *Neuanlegung:* Ebenso wie für die Auflösung existieren keine besonderen stl. Regelungen für die (Neu-)Auflegung eines Investmentfonds auf Fondsebene. Insbesondere führt die (Neu-)Auflegung eines (einfachen) Investmentfonds nicht zu einer (Neu-)Anschaffung der von diesem Investmentfonds gehaltenen WG. Allerdings gelten nunmehr ausschließlich die Besteuerungsregeln des Kapitels 2.
- ▷ *Statusbescheinigung:* Mit der Neuanlegung als Investmentfonds darf die Statusbescheinigung gem. § 7 Abs. 3 nicht mehr den Status als Spezial-Investmentfonds bescheinigen (s. dazu § 29 Abs. 2). Eine anders lautende Statusbescheinigung ist unrichtig geworden und 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). Allerdings ist eine neue Statusbescheinigung für einen (einfachen) Investmentfonds zu erteilen.

- ▷ *Transparenzoption:* Eine ausgeübte Transparenzoption ist unwirksam. Der Spezial-Investmentfonds oder sein gesetzlicher Vertreter sollten den Entrichtungspflichtigen unverzüglich über den Statusverlust in Kenntnis setzen, um eine Haftungsanspruchnahme gem. § 32 zu vermeiden.
- ▷ *Steuerabzug gem. § 50:* Eine Berechtigung zum StAbzug gem. § 50 mit steuerbefreier Wirkung auf Einkünfte iSv. § 33 besteht nicht mehr. Inländische Immobilienerträge und sonstige inländ. Einkünfte ohne StAbzug unterliegen daher ohne Befreiungsmöglichkeit der Besteuerung gem. § 6.
- ▷ *Buchwertverknüpfung:* Aufgrund der zivilrechtl. Identität zwischen aufgelöstem Spezial-Investmentfonds sowie neu aufgelegtem (einfachem) Investmentfonds und einer fehlenden Veräußerungs- und (Neu-)Anschaffungsfiktion in § 52 sind die Buchwerte der vom Spezial-Investmentfonds gehaltenen WG beim neu aufgelegten (einfachen) Investmentfonds uE fortzuführen.
- ▷ *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) sowie verfahrensrechtl. Auswirkungen (Beginn der Frist zur Abgabe der Feststellungserklärung gem. § 51 Abs. 2).
- ▷ *Relevanter Zeitpunkt:*
- ▷ *Bei Änderung der Anlagebedingungen* treten die Folgen des Abs. 1 einschließlich des Ablaufs des Rumpfgeschäftsjahrs 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 gewährrenden Heilungsmöglichkeit in der Praxis erhebliche Probleme auferwerfen. 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 selteneren Fällen exakt bestimmen lassen.

Einstweilen frei.

6–9

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Veräußerungsfiktion für Spezial-Investmentanteile

10

Veräußerungsfiktion (Abs. 2 Satz 1): Die Spezial-Investmentanteile gelten als veräußert. Zum relevanten Zeitpunkt s. Anm. 4. 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).

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 zu grunde zu legen (s. Anm. 4). 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-Teilfreistellungsgewinn, sind auf den relevanten Zeitpunkt (s. Anm. 4) zu ermitteln.

Stundung (Abs. 2 Satz 4):

► *Keine Zuflusifiktion oder Ähnliches:* Anders als in vergleichbaren Fällen (zB §§ 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. 4) 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.

► *Steuerfestsetzung:* Gestundet werden kann nur eine festgesetzte Steuer (vgl. § 222 AO). Erforderlich ist daher zunächst die Festsetzung der auf den Gewinn oder Verlust aus der fiktiven Veräußerung entfallenden Steuer im StBescheid des Anlegers. Die Stundung erfasst uE nicht nur die festzusetzende ESt oder KSt, sondern auch eine etwaige GewSt.

► *Kein Antrag/keine Sicherheitsleistung:* Anders als im Regelfall des § 222 Satz 2 AO ist weder ein Antrag noch eine Sicherheitsleistung erforderlich. Auch die übrigen Voraussetzungen von § 222 AO sind nicht zu beachten. Die Stundung ist gesetzlich angeordnet. Gleichwohl sollte sie uE im StBescheid geregelt werden, auch wenn dies letztlich nur deklaratorischen Charakter hat.

► *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 (s. zur insoweit vergleichbaren Problematik bei § 6 Abs. 5 AStG WASSERMAYER in FLICK/WASSERMAYER/BAUMHOFF/SCHÖNFELD, § 6 AStG Rz. 214 [2/2013]).

► *Keine Verzinsung:* Der gestundete Betrag ist nicht zu verzinsen. Auf das Vorliegen der Voraussetzungen von § 234 Abs. 2 AO oder ein Ermessen der FinBeh. kommt es nicht an.

► *Ende der Stundung:* Die Stundung endet mit der tatsächlichen Veräußerung der bisherigen Spezial-Investmentanteile. Es ist dabei unerheblich, ob die Voraussetzungen von Abs. 1 Satz 2 vorliegen. 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 verfolgt 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 ist auf einen Veräußerungsgewinn kein StAbzug vorzunehmen. Dies würde den mit der Stundung verfolgten Zweck letztlich vereiteln und die Liquidität des Spezial-Investmentfonds unangemessen beeinträchtigen.
- ▷ *Keine Stundung im Verlustfall:* Erzielt der Anleger einen Verlust aus der fiktiven Veräußerung oder ist aufgrund der Verrechnung eines Gewinns aus der fiktiven Veräußerung mit anderen negativen Einkünften des Anlegers für den betreffenden VZ keine Steuer festzusetzen, ist eine Stundung entbehrliech. Der Anleger ist 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 (einfacher) Investmentfonds iSv. § 1 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. 4).

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 (einfacher) Investmentfonds qualifiziert, enthält das Gesetz keine Regelungen. Als AK können daher nur die bisherigen Buchwerte (im BV) bzw. die fortgeführten AK der bisherigen Spezial-Investmentanteile (im PV) angesetzt werden. Dies kann jedoch im Zeitpunkt der tatsächlichen Veräußerung zu einer doppelten stl. Erfassung von Wertsteigerungen führen. Dem muss uE mit Billigkeitsmaßnahmen begegnet werden.

Anhang zu § 20

§ 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/M.

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

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 53 1

B. Erläuterungen zu Abs. 1:
Definition des Altersvorsorgevermögen-
fonds 5

C. Erläuterungen zu Abs. 2:
Nachweispflicht durch Anleger 10

D. Erläuterungen zu Abs. 3:
Anwendung der Regeln für Spezial-Invest-
mentfonds; Bewertung der Anteile 15

E. Erläuterungen zu Abs. 4:
Steuerliche Fiktionen 20

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 §§ 124 ff. 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 Begründung 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).

Rechtsentwicklung: 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), 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 vom multinationalen Unternehmen zur Abdeckung von Pensionsverpflichtungen gegenüber ihren ArbN gebildet wurde, aus Gründen der Kostensparnis 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 Besteuerungsobjekt 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 vor Gemene Rekening (VGR)*, die (zumindest teilweise) im Abkommenskontext von anderen Staaten als transparent erachtet wurden (s. ausführl. BOXBERGER in MORITZ/JESCH, 2015, § 15a InvStG Rz. 1 ff., 55 ff.). Der Gesetzgeber geht davon aus, dass die offene Investmentkommanditgesellschaft (und nunmehr auch der Altersvorsorgevermögenfonds nach § 53) als zwar im InvStG geregelter „klassische“ PersGes. diese DBA-Transparenz grds. erreichen kann (BTDrucks. 18/68, 61; krit. demgegenüber zB BÖDECKER in BÖDECKER/ERNST/HARTMANN, 2016, § 15a InvStG Rz. 2 ff.; MANN in BLÜMICHL, § 15a InvStG 2004 Rz. 27 [5/2016]), 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-Invest-

mentfonds (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, 2015, § 15a InvStG Rz. 20 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, Zusatzversorgungs-

kassen, CTA-Treuhänder und vergleichbare in- oder ausländ. Einrichtungen, vgl. BTDrucks. 18/68, 44; BOXXBERGER in MORITZ/JESCH, 2015, § 15a InvStG Rz. 25).

► *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 (BOXXBERGER in MORITZ/JESCH, 2015, § 15a InvStG Rz. 25) und offensichtlich auch die Gesetzesbegründung (vgl. BTDrucks. 18/68, 44) aufgrund des Zusammenspiels mit Abs. 2 Satz 1 (s. Anm. 8) dieses Erfordernis so, dass sich der Anleger unmittelbar am Altersvorsorgevermögenfonds (dh. ohne Zwischen schaltung anderer nicht begünstigter Vehikel) beteiligen muss. Die Beteiligung über einen CTA-Treuhänder ist uE jedoch unschädlich, da dieser selbst der (privilegierte) Anleger ist.

► *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. 5 ff.), 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. 10 [4/2017]). 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. 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 geän-

dert 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. 9 [4/2017]), 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.

Weitere Voraussetzung für im Inland ansässigen Anleger (Abs. 2 Satz 3):

Der insoweit negativ formulierte Abs. 2 Satz 3 besagt, dass im Inland ansässige Anleger (und seit dem InvStRefG nur noch diese) nicht nur die in Abs. 2 Satz 1 genannten Bestätigungen abgeben müssen, sondern darüber hinaus der Wert der Anteile, den ein Anleger erwirbt, den Wert seiner betrieblichen Altersvorsorgeverpflichtung nicht übersteigen darf. Dabei kommt es nach der Gesetzesbegründung ausschließlich auf den Erwerbszeitpunkt an, dh., spätere Werterhöhungen oder Wertminderungen seiner Anteile sind insoweit unbeachtlich (BTDrucks. 18/68, 44).

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 Ausschüttungen, ausschüttungsgleichen Erträgen und Gewinnen aus der Veräußerung und Rückgabe ihrer Anteile stpfl. (§ 34 Abs. 1). Wie im bisherigen Recht (vgl. MANN in BrÜMICHL, § 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, 2015, § 15a InvStG Rz. 35 ff.).
- ▷ *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, 2015, § 15a InvStG Rz. 43). Die Beteiligung an einer PersGes. ist somit kein eigenständiges 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. 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. 17 [4/2017]).

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 Begründung 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. 18 [4/2017]). 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 Begründung eigenständiger stpfl. Betriebe gewerblicher Art oder stpfl. wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe führen könnten (vgl. BTDrucks. 18/68, 62; MANN in BLÜMICH, § 53 InvStG 2018 Rz. 19 [4/2017]; BOXBERGER in MORITZ/JESCH, 2015, § 15a InvStG Rz. 46 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; MANN in BLÜMICH, § 53 InvStG 2018 Rz. 2 [4/2017]; BOXBERGER in MORITZ/JESCH, 2015, § 15a InvStG Rz. 44 f.).

Anhang zu § 20

§ 54

Verschmelzung von Spezial-Investmentfonds und Altersvorsorgevermögenfonds

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBI. 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/M.

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

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 54	1
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Verschmelzung von inländischen Spezial- Investmentfonds	5
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Verschmelzung von ausländischen Spezial- Investmentfonds	10
D. Erläuterungen zu Abs. 3: Verschmelzung von inländischen Alters- vorsorgevermögenfonds	15

E. Erläuterungen zu Abs. 4: Verschmelzung von ausländischen Alters- vorsorgevermögenfonds	20
--	----

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 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.

B. Abs. 1: Inländ. Spezial-Investmentfonds Anm. 1–5 **Anhang zu § 20**

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 Zwischenwertansatz); aA demgegenüber die FinVerw. (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, 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. 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 (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 FinVerw. will diese Fälle (möglicherweise) trotzdem als von der Norm erfasst sehen (vgl. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 23.9).

► **Miteinander:** Wie bisher können inländ. Spezial-Investmentfonds nur „miteinander“ steuerneutral verschmolzen werden. Grenzüberschreitende Verschmelzungen sind weiterhin nicht steuerneutral möglich.

► **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.

► **Auswirkungen beim übernehmenden Spezial-Investmentfonds:** Es gilt § 23 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 entsprechend; s. § 23 Anm. 5. Für die Übernahme der Steuermerkmale kommt es bei Spezial-Investmentfonds uE nicht nur auf die Merkmale/Haltefristen an, die für die beschränkte StPflicht 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). 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 InvStG Rz. 66 ff.). 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. dazu HELIOS/BICKERT in

MORITZ/JESCH, 2015, § 14 InvStG Rz. 52 ff.). Eine entsprechende Regelung fehlt in § 54 für den Fonds-Aktiengewinn, den Fonds-Abkommensgewinn und den Fonds-Teilfreistellungsgewinn. Eine solche Regelung würde § 48 Abs. 1 Satz 2, wonach sich der Fonds-Aktiengewinn, der Fonds-Abkommensgewinn und der Fonds-Teilfreistellungsgewinn nicht durch die Ausgabe und Rücknahme von Spezial-Investmentanteilen ändern dürfen, sinnvoll ergänzen. Hier wäre eine gesetzliche Regelung hilfreich.

- ▷ *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 ausgeglichen negative Erträge des Spezial-Sondervermögens infolge einer Verschmelzung untergehen, soweit sich jeweils die Beteiligungsquote des Alegers an den Sondervermögen reduziert (s. HAUG in MORITZ/JESCH, 2015, § 15 InvStG Rz. 50 f.; BÖDECKER in BÖDECKER/ERNST/HARTMANN, 2016, § 15 InvStG Rz. 57 ff.). 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 InvStG Rz. 58). § 54 enthält keine entsprechende Regelung zum Untergang von Verlustvorträgen. Dies mag ein Redaktionsverssehen sein. Gleichwohl: Ohne gesetzliche Änderung bleiben uE zukünftig Verlustvorträge nach § 41 Abs. 2 (s. § 41 Anm. 6) bei der Verschmelzung von Spezial-Investmentfonds bestehen.

Einstweilen frei.

6–9

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Verschmelzung von ausländischen Spezial-Invest- mentfonds

10

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 Fin-Verw. 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.

► **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.

11–14 Einstweilen frei.

15

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Verschmelzung von inländischen Altersvorsorgevermögenfonds

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. BOXBERGER in MORITZ/JESCH, 2015,

E. Abs. 4: Altersvorsorgevermögenfonds Anm. 15–20 **Anhang zu § 20**

§ 15a InvStG Rz. 52) – 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

E. Erläuterungen zu Abs. 4: Verschmelzung von ausländischen Altersvorsorgevermögenfonds

20

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).

§ 55

Bußgeldvorschriften

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBI. 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/M.

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 55 1

B. Erläuterungen zu Abs. 1:
Ordnungswidrigkeiten 5

C. Erläuterungen zu Abs. 2:
Geldbuße, Opportunitätsprinzip 10

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 Zu widerhandlungen 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 ggü. 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; aA GLOßNER in BLÜMICH, § 55 InvStG 2018 Rz. 33 [6/2017]).
- *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 Zu widerhandlungen 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 Zu widerhandlung gegen die in § 55 genannten Verpflichtungen auch den Tatbestand der Steuerhinterziehung (§ 370 AO) erfüllen. 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): Abs. 1 regelt in Nr. 1 bis 5, welche Zu widerhandlungen gegen investmentsteuergesetzliche Verpflichtungen bei vorsätzlicher oder leichtfertiger Begehung Steuerordnungswidrigkeiten (§ 377 AO, § 1 OWiG) sind (vgl. allgemein KRUMM in TIPKE/KRUSE, § 377 AO Rz. 7 ff. [1/2017]).

- *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 [1/2017]). 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 beteiliger 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 ihrer Gesellschafter mitzuteilen und Änderungen anzusegnen, 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 Zu widerhandlungen 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 [10/2017]).
 - ▷ *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 [10/2017]).

Einstweilen frei.

6–9

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Geldbuße, Opportunitätsprinzip

10

Geldbuße: Eine Ordnungswidrigkeit nach Abs. 1 kann mit einer Geldbuße bis zu 10 000 € 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 pflichtgemessen 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 (1/2017).

Einstweilen frei.

11–14

15

**D. Erläuterungen zu Abs. 3:
Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde**

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

Anwendung- und Übergangsvorschriften

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731),
zuletzt geändert durch StUmgBG v. 23.6.2017 (BGBl. I 2017, 1682)

(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.

(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.

(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 un-

terworfenen 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.⁷ Die 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.

(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 er der Besteuerung nach dem Einkommen unterliegt. ²Zuständig 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. ³Der Anleger hat eine Erklärung zur gesonderten Feststellung des Gewinns nach Absatz 3 Satz 1 spätestens bis zum 31. Dezember 2021 abzugeben. ⁴Die gesonderte Feststellung des Gewinns kann mit dem Einkommen- oder Körperschaftsteuerbescheid des Anlegers für den entsprechenden Veranlagungszeitraum verbunden werden.

(6) ¹Bei 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.

²Der am Schluss des Veranlagungszeitraums verbleibende Freibetrag nach Satz 1 Nummer 2 ist bis zu seinem vollständigen Verbrauch jährlich gesondert festzustellen. ³Zuständig für die gesonderte Feststellung des verbleibenden Freibetrags ist das Finanzamt, das für die Besteuerung des Anlegers nach dem Einkommen zuständig ist. ⁴Treten in einem Folgejahr Verluste aus der Veräußerung von bestandsgeschützten Alt-Anteilen ein, so steht insoweit der verbrauchte Freibetrag in den auf den Verlustentstehungszeitraum folgenden Jahren wieder zur Verfügung. ⁵Die Verluste nach Satz 4 sind in der Feststellung nach Satz 2 auf den Schluss des Verlustentstehungsjahres zu berücksichtigen. ⁶Anteile 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) ¹Ordentliche 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. ²Soweit 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/M.

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 56 . . . 1

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Übergangszeitpunkt, Rumpfgeschäftsjahr 5

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Veräußerungs- und Anschaffungsfiktion	10
D. Erläuterungen zu Abs. 3: Versteuerung des Veräußerungsgewinns	16
E. Erläuterungen zu Abs. 4: Verpflichtung zur zeitnahen Ermittlung von Gewinn und Erträgen	20
F. Erläuterungen zu Abs. 5: Gesonderte Feststellung	25
G. Erläuterungen zu Abs. 6: Bestandsgeschützte Altanteile	30
H. Erläuterungen zu Abs. 7: Erfassung ordentlicher Alterträge ...	35
I. Erläuterungen zu Abs. 8: Außerordentliche Alterträge	40
J. Erläuterungen zu Abs. 9: Umwandlung von Substanzbeträgen in Ertragsausschüttung, kein Steuerabzug .	45

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 56

Grundinformation: Die Anwendungs- und Übergangsvorschriften in § 56 regeln die Zäsur zwischen den bis einschließlich 2017 geltenden investmentsteuerrechtlichen 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. die Beschlussempfehlung und den 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 (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001 Rz. 56.2) 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 Einführung 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 Stpfl. unterliegen (s. den bewusst unterlassenen Verweis in § 49 Abs. 1 EStG auf § 20 Abs. 1 Nr. 3 EStG; vgl. auch BTDrucks. 18/12127, 68).

Rechtsentwicklung: Durch das StUmgBG v. 23.6.2017 (BGBl. I 2017, 1682) wurde § 56 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 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.

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 (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001 Rz. 56.2) anzuwenden (Abs. 1 Satz 2). Das gilt auch sowohl für Unterschiedsbeträge nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 InvStG aF, also Beträge, die aufgrund berichtiger Anga-

ben 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 InvStG Rz. 154 ff.), 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 InvStG Rz. 154 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 einheitlichen 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 dürfe ein Redaktionsversagen sein (s. auch Abs. 2, Veräußerung mit Ablauf des 31.12.2017). Für solche (eingierten) 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 ausländische 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 steuerlichen 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 und SCHLUND, DStR 2017, 2710 (2711).

6–9 Einstweilen frei.

10

C. 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 Veräußerungsfiktion soll auf Anlegerebene für einen einheitlichen Übergang auf das neue Recht, das InvStG in der ab dem 1.1.2018 geltenden Fassung, führen (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 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 grundsätzlich 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 Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 : 001, Rz. 56.17).

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. Ausweislich der Begründung des Regierungsentwurfs sind aufgrund der fiktiven Veräußerung keine latenten Steuern iSd. § 274 HGB anzusetzen, weil der Besteuerungstatbestand noch nicht vollständig verwirklicht ist, nämlich der Gewinn oder Verlust aus der fiktiven Veräußerung erst bei tatsächlicher Veräußerung eines Alt-Anteils als zugeflossen gelte (vgl. BTDrucks. 18/8045, 124).

Einstweilen frei.

11–15

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Versteuerung des Veräußerungsgewinns

16

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. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 56.67). Ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs (vgl. BTDrucks. 18/8045, 124) gilt dies sowohl für Anleger, bei denen das Zuflussprinzip anzuwenden ist, als auch für bilanzierende Anleger (s. STADLER/BINDL, DStR 2017, 1409 [1411]). Bis zur tatsächlichen Veräußerung ist der Gewinn oder Verlust aus der fiktiven Veräußerung nicht in der StBil. abzubilden (s. auch Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001,

Rz. 56.34 ff.). Die Bemessungsgrundlage des fiktiven Veräußerungsgewinns ist nach den 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) unbedeutlich. 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 Privatvermögen, der am 31.12.2017 Steuerinländer war, im Zeitpunkt der tatsächlichen Veräußerung aber Steuerausländer ist, mangels beschränkter StPflicht von Veräußerungsgewinnen aus Investmentanteilen den Veräußerungsgewinn – und zwar auch den aus der fiktiven Veräußerung – in Deutschland nicht versteuern muss (s. 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 Begründung 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 Begründung 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 Begründung 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 EUR 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 Begründung 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 (BGBI. 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 Begründung 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 (BTDucks. 18/12127, 66), während die Besteuerung der Anleger des Dach-Investmentfonds oder des Dach-Spezial-Investmentfonds weitgehend gleich bleibt. 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 Begründung des Gesetzentwurfs, BTDucks. 18/12127, 68f.).

17–19 Einstweilen frei.

20

E. Erläuterungen zu Abs. 4: Verpflichtung zur zeitnahen Ermittlung von Gewinn und Erträgen

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 Begründung 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 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.

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. BTDucks. 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 den Erträgen iSd. § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 InvStG aF mitzuteilen. Ausweislich der zu Abs. 4 von einer anderen Reihenfolge der Sätze des Abs. 4 ausgehenden Begründung des Gesetzentwurfs (vgl. BTDucks. 18/8045, 124) ist bei ei-

nem 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.

Einstweilen frei.

21–24

F. Erläuterungen zu Abs. 5: Gesonderte Feststellung

25

Gesonderte Feststellung des Gewinns aus der fiktiven Veräußerung (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 er der Besteuerung nach dem Einkommen unterliegt. Damit ist ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs gemeint, dass nur in den Fällen eine Feststellung durchgeführt wird, in denen ohnehin ein Veranlagungsverfahren erforderlich ist, nicht aber wenn eine Veranlagung zB wegen des Vorliegens der Voraussetzungen einer Nichtveranlagungsbeseinigung unterbleibt oder soweit die Anteile im Privatvermögen gehalten werden und die Veranlagung nach § 43 Abs. 5 EStG unterbleibt, weil die erhobene KapErtrSt abgelöste Wirkung hat (BTDdrucks. 18/8045 125, s. dazu auch s. Entwurf BMF v. 11.8. 2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 56.58). Das Feststellungsverfahren betrifft damit im Wesentlichen die Anleger, die ihre Investmentanteile oder Spezial-Investmentanteile im BV halten. Dies soll den zusätzlichen Aufwand auf Seiten der StpfL und der FinVerw. begrenzen. Die Feststellung des Gewinns aus der fiktiven Veräußerung nach Abs. 2 Satz 1 ist allerdings nach Auffassung der FinVerw. keine Voraussetzung für dessen spätere Besteuerung, d.h. er ist danach auch zu versteuern, wenn eine Feststellung unterblieben ist, s. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 56.60.

Zuständigkeit (Abs. 5 Satz 2): Zuständig für die gesonderte Feststellung des Gewinns nach Abs. 3 Satz 1 ist das FA, das für die Besteuerung des Anlegers nach dem Einkommen, also für die Festsetzung der ESt oder KSt des Anlegers zuständig ist.

Feststellungserklärung (Abs. 5 Satz 3): Der Anleger hat eine Erklärung zur gesonderten Feststellung des Gewinns nach Abs. 3 Satz 1 spätestens bis zum 31.12.2021 abzugeben. Damit soll eine zeitnahe Ermittlung des auf altem Recht basierenden fiktiven Veräußerungsgewinns sichergestellt und damit wiederum die Fehleranfälligkeit reduziert und der administrative Aufwand, der sich aus dem Vorhalten des alten Rechts ergibt, verringert werden (BTDdrucks. 18/8045, 126). Soweit indes Investmentanteile bereits vor Abgabe der Feststellungserklärung veräußert wurden, ist keine solche Erklärung mehr abzugeben (so wohl Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 56.63).

Verbindung der gesonderten Feststellung mit dem Einkommen-/Körperschaftsteuerbescheid (Abs. 5 Satz 4): Eine weitere Reduzierung des administrativen Aufwands verspricht sich der Gesetzgeber (BTDdrucks. 18/8045, 126) davon, dass die Feststellung des fiktiven Veräußerungsgewinns mit dem ESt- oder KStBescheid verbunden werden kann.

Einstweilen frei.

26–29

**G. Erläuterungen zu Abs. 6:
Bestandsgeschützte Altanteile**

Wertveränderungen bei bestandsgeschützten Altanteilen (Abs. 6 Sätze 1 bis 6): Abs. 6 regelt in seinen Sätzen 1 bis 5, welche Wertveränderungen bei sog. bestandsgeschützten Altanteilen stbefreit und welche unter Berücksichtigung eines Freibetrages stpf. sind sowie der Freibetrag verwaltet wird, wenn er nicht sofort verbraucht wird. Der erst aufgrund einer Empfehlung des Finanzausschusses des BTAG (BTDrucks. 18/8739, 66) aufgenommene Abs. 6 Satz 6 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 6):* 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 5. 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 Begründung des Gesetzentwurfs, BTDrucks. 18/8045, 126, und die Begründung 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).

► *Steuerpflichtige Wertveränderungen und Freibetrag (Abs. 6 Satz 1 Nr. 2):* Wertveränderungen, die ab dem 1.1.2018 eingetreten sind, sind bei bestandsgeschützten Altanteilen stpf., soweit der Gewinn aus der Veräußerung von bestandsgeschützten Alt-Anteilen 100 000 € übersteigt. Diese Regelung hebt den Bestandsschutz auf, der seinerzeit bei Einführung 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 Unternehmenssteuerreformgesetzes) dauerhaft stfrei bleiben. Nach der Begründung des Gesetzentwurfs (s. BTDrucks. 18/8045, 126) wird dieser Bestandsschutz nun für nach 2017 eintretende Wertsteigerungen eingeschränkt („gekapt“), 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 getätigten werden, 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 Entscheidung, diesen Bestandsschutz mW für die Zukunft aufzuheben, unter Rückwirkungsgesichtspunkten rechtl. nicht zu beanstanden. Der Gesetzgeber ist zudem der Auffassung, die Einschränkung

H. Abs. 7: Erfassung ordentl. Alterträge Anm. 30–35 **Anhang zu § 20**

des Bestandsschutzes sei keine (gemeint ist wohl „eine“) verfassungsrechtl. zu rechtfertigende Ungleichbehandlung der Fondsanlage gegenüber der Direktanlage iSv. Art. 3 Abs. 1 GG (BTDucks. 18/8045, 126). 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 UnternehmenssteuerreformG v. 14.8.2007 (BGBl. I 2007, 1912) bei Einführung der Abgeltungssteuer gedacht sein sollte (wovon allerdings in der seinerzeitigen Begründung des Gesetzentwurfs nicht die Rede war, vgl. BRDrucks. 220/07, 149), nicht zu enttäuschen. Der Gesetzgeber geht allerdings auch davon aus, dass sich mit dem Freibetrag für die weit überwiegende Zahl aller StpfL faktisch weiterhin ein Bestandsschutz hinsichtlich der vor 2009 erworbenen Investmentanteile ergeben sollte (s. BTDucks. 18/8045, 126).

Administration des Freibetrags (Abs. 6 Sätze 2 bis 5): Abs. 6 Sätze 2 bis 5 regelt, wie der in Satz 1 Nr. 2 gewährte Freibetrag verwaltet wird (s. dazu auch Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 56.71 ff. mit Beispiel).

► *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 Begründung 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.

► *Zuständigkeit (Abs. 6 Satz 3):* 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.

► *Wiederaufleben des Freibetrages bei Verlusten aus der Veräußerung bestandsgeschützter Altanteile (Abs. 6 Satz 4):* Nach Abs. 6 Satz 4 lebt ein zunächst verbrauchter Freibetrag insoweit wieder auf, als in einem Folgejahr Verluste aus der Veräußerung von bestandsgeschützten Alt-Anteilen eintreten. Der (zunächst) verbrauchte Freibetrag steht dann insoweit in den auf den Verlustentstehungszeitraum folgenden Jahren wieder zur Verfügung.

► *Berücksichtigung von Verlusten bei Feststellung (Abs. 6 Satz 5):* Das Wiederaufleben des zunächst verbrauchten Freibetrags wird 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 sind.

Einstweilen frei.

31–34

H. 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 An-

legern 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 zufießt.

► *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 Investmenterträge 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).

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 nicht 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 Rumpfgeschäftsjahrs 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. 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 steuerfrei als ausgeschüttete ausschüttungsgleiche Erträge der Vorjahre iSd. § 35 Abs. 5 an die Anleger des Spezial-Investmentfonds ausgeschüttet werden können; s. BTDrucks. 18/12127, 70 mit einem instruktiven Beispiel.

Definition der ordentlichen Alterträge (Abs. 7 Satz 5): Siehe Anm. 5 „Anwendbarkeit des InvStG nF ab dem 1.1.2018“.

Einstweilen frei.

36–39

I. 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, vor dem 1.1.2018 als zugeflossen geltende ausschüttungsgleiche Erträge, Absetzungsbeträge, Verlustvorträge und sonstigen 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 Substanzauusschüttung vor (s. BTDrucks. 18/12127, 71; s. aber auch die Umqualifizierung in Ertrag nach Abs. 9, s. Anm. 45).

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). 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-Teilfreistellungsgewinns 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-Teilfreistellungsgewinne nicht zu berücksichtigen sind, so dass diese Werte am 1.1.2018 mit 0 € beginnen.

41–44 Einstweilen frei.

45

**J. 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. Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1 / 16/10010 :001, Rz. 56.96.

► *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 Substanzauausschüttung 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 FinVerw. 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.

► *Umqualifizierung und Veräußerungsgewinnermittlung:* Die Umqualifizierung ist auf die Höhe des vorhandenen positiven Gewinns aus der fiktiven Veräußerung zum 31.1.2017 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, und Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 - 1/16/10010 :001, Rz. 56.99 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.

Anhang zu § 20