

§ 2 Begriffsbestimmungen

idF des InvStRefG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731), zuletzt geändert durch WachsChG v. 27.3.2024 (BGBl. I 2024 Nr. 108; BStBl. I 2024, 666)

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

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

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

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

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

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

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

(8) ¹Kapitalbeteiligungen sind

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

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

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

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

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

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

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

(9a) ¹Eine Immobilie ist für die Zwecke der Immobilienfondsquote und der Auslandsimmobilienfondsquote nicht als Immobilie anzusetzen, wenn die Einkünfte aus der Vermietung oder Verpachtung oder aus der Veräußerung der Immobilie keiner Besteuerung unterliegen oder zu mehr als 50 Prozent von der Besteuerung befreit sind. ²Eine Beteiligung an einer Immobilien-Gesellschaft oder Auslands-Immobilienfonds, die der Investmentfonds unmittelbar oder mittelbar über Personengesellschaften hält, ist für die Zwecke der Immobilienfondsquote und der Auslands-Immobilienfondsquote nicht als Immobilienfondsquote oder Auslands-Immobilienfondsquote anzusetzen, wenn die Einkünfte der Immobilien-Gesellschaft oder der Auslands-Immobilienfondsquote aus der Vermietung oder Verpachtung oder aus der Veräußerung von Immobilien zu mehr als 50 Prozent von der Besteuerung befreit sind. ³Das Gleiche gilt, wenn die Einkünfte der Immobilien-Gesellschaft oder Auslands-Immobilienfondsquote dem Investmentfonds als deren Gesellschafter zugerechnet werden und diese Einkünfte keiner Besteuerung unterliegen oder zu mehr als 50 Prozent von der Besteuerung befreit sind.

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

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

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

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

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

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

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

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

(16) Anteile an Personengesellschaften, die nach § 1a des Körperschaftsteuergesetzes zur Körperschaftsbesteuerung optiert haben, gelten für die Zwecke der §§ 26, 28 und 48 nicht als Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft, sondern es sind weiterhin die für Personengesellschaften geltenden Regelungen anzuwenden.

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

Anm. |

Anm.

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 2 1

B. Erläuterungen zu Abs. 1:

Verweis auf Begriffsbestimmungen des KAGB

I. Grundnorm 5 | II. Verhältnis zu § 1 Abs. 2 Satz 2 ... 5a

C. Erläuterungen zu Abs. 2:

Definition des inländischen Investmentfonds 6

D. Erläuterungen zu Abs. 3:

Definition des ausländischen Investmentfonds 7

E. Erläuterungen zu Abs. 4:

Definition von Investmentanteil/Spezial-Investmentanteil

I. Investmentanteil (Abs. 4 Satz 1) .. 8 | II. Spezial-Investmentanteil
(Abs. 4 Satz 2) 9

F. Erläuterungen zu Abs. 5:

Definition von Dach-Investmentfonds/Ziel-Investmentfonds sowie Dach-Spezial-Investmentfonds/Ziel-Spezial-Investmentfonds

I. Dach-Investmentfonds/Ziel-Investmentfonds (Abs. 5 Satz 1) 10 | II. Dach-Spezial-Investmentfonds/
Ziel-Spezial-Investmentfonds
(Abs. 5 Satz 2) 11

Anm. |

Anm.

**G. Erläuterungen zu Abs. 6:
Definition von Aktienfonds**

I. Aktienfonds (Abs. 6 Satz 1)	12	III. Verstoß gegen die Anlagebedin- gungen (Abs. 6 Satz 4)	12b
II. Besonderheiten bei Dach-Invest- mentfonds/Ziel-Investmentfonds (Abs. 6 Sätze 2 und 3)	12a		

**H. Erläuterungen zu Abs. 7:
Definition von Mischfonds**

I. Mischfonds (Abs. 7 Satz 1)	13	III. Verstoß gegen die Anlage- bedingungen (Abs. 7 Satz 4)	13b
II. Besonderheiten bei Dach-Invest- mentfonds/Ziel-Investmentfonds (Abs. 7 Sätze 2 und 3)	13a		

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

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

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

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

**K. Erläuterungen zu Abs. 9a:
Herausnahme von bestimmten Immobilien aus der Immobilien-/Auslandsim-
mobilenquote**

I. Überblick 20e	III. Keine Einbeziehung von bestimm- ten Beteiligungen an Immobilien- Gesellschaften (Abs. 9a Sätze 2 und 3) 20g
II. Keine Einbeziehung von bestimm- ten Immobilien (Abs. 9a Satz 1)	

**L. Erläuterungen zu Abs. 9b:
Definition des Aktivvermögens**

I. Aktivvermögen (Abs. 9b Satz 1) . . 20h	III. Ermittlung des Werts von Kapital- beteiligungen/Immobilien (Abs. 9b Sätze 3 und 4) 20j
II. Abstellen auf Wert möglich (Abs. 9b Satz 2) 20i	

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

**N. Erläuterungen zu Abs. 11:
Definition von Ausschüttungen 22**

**O. Erläuterungen zu Abs. 12:
Definition von Anlagebedingungen 23**

**P. Erläuterungen zu Abs. 13:
Definition von Veräußerung 24**

**Q. Erläuterungen zu Abs. 14:
Definition von Gewinn 25**

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

**S. Erläuterungen zu Abs. 16:
Konsequenzen für Anteile an Personengesellschaften, die nach
§ 1a KStG zur Körperschaftsbesteuerung optiert haben 27**

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 2

Grundinformation zu § 2: § 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 und zeitlicher Geltungsbereich des § 2:

- ▶ *InvStRefG v. 19.7.2016* (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731): Neufassung der Norm. § 1 InvStG aF enthielt ebenfalls einen Verweis auf das KAGB und einen ergänzenden eigenständigen Definitionskatalog. Die neugefasste Norm berücksichtigt den geänderten Anwendungsbereich des InvStG (s. § 1 Anm. 5 ff.) sowie die geänderten Begrifflichkeiten.
- ▶ *„JStG 2018“ v. 11.12.2018* (BGBl. I 2018, 2338; BStBl. I 2018, 1377): Die Definitionen von „Aktienfonds“ (Abs. 6), „Mischfonds“ (Abs. 7), „Kapitalbeteiligungen“ (Abs. 8) und „Immobilienfonds“ (Abs. 9) werden angepasst, insbes. durch Reduzierung der notwendigen Mindestbeteiligungsquote an Kapitalbeteiligungen bzw. Immobilien (von „mindestens 51 Prozent“ auf „mehr als 50 Prozent“). Es wird ferner geregelt, dass es für die Ermittlung der Kapitalbeteiligungsquote ausschließlich auf das Aktivvermögen ankommt, wobei dieser Begriff neu in Abs. 9a definiert wird.
- ▶ *WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019* (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17): Die Definition des Immobilienfonds (Abs. 9) wird erneut angepasst, um Redaktionsversehen zu beseitigen und den Begriff des Immobilienfonds sowie des Auslands-Immobilienfonds (bisher in § 20 Abs. 3 Satz 1 geregelt) zusammenzufassen und zu vereinheitlichen. Abs. 8 wird um bestimmte Ausnahmetatbestände ergänzt, bei denen Anteile an KapGes. nicht als „Kapitalbeteiligungen“ gelten. Die Definition der „Veräußerung“ (Abs. 13) wird um bestimmte Ersatztatbestände erweitert.
- ▶ *KöMoG v. 25.6.2021* (BGBl. I 2021, 2050): Abs. 8 Satz 5 Nr. 1 wird um einen Satz ergänzt, wonach Anteile an PersGes. auch dann nicht als Kapitalbeteiligungen gelten, wenn die PersGes. nach § 1a KStG zur Körperschaftsbesteuerung optiert haben. Es wird ein neuer Abs. 16 ins Gesetz aufgenommen, der regelt, dass Anteile an PersGes., die nach § 1a KStG zur Körperschaftsbesteuerung optiert haben, für Zwecke der §§ 26, 28 und 48 nicht als Beteiligung an einer KapGes. gelten, sondern dass insoweit weiterhin die für PersGes. geltenden Regelungen anzuwenden sein sollen (Anm. 27).
- ▶ *WachsChG v. 27.3.2024* (BGBl. I 2024 Nr. 108; BStBl. I 2024, 666): Es wird ein neuer Abs. 9a eingefügt (der bisherige Abs. 9a wird zu Abs. 9b). Die Änderung zielt darauf ab, eine Immobilien- oder Auslands-Immobilienteilfreistellung (§ 20 Abs. 3, s. § 20 Anm. 15) beim Anleger auszuschließen, wenn es aufgrund von StBefreiungsvorschriften zu keiner oder nur einer geringen Steuervorbelastung auf Ebene des Investmentfonds oder einer von ihm gehaltenen ImmobilienKapGes. gekommen ist (BTDrucks. 20/8628, 207). Regelungstechnisch werden dazu bestimmte Immobilien (und bestimmte Beteiligungen an einer Immobilien-Gesellschaft oder Auslandsimmobiliengesellschaft) aus der Ermittlung der Immobilien- bzw. Auslandsimmobilienfondsquote ausgenommen (Anm. 20eff.)
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* Wie das gesamte neu gefasste InvStG gilt § 2 ab dem 1.1.2018 (Art. 11 Abs. 3 InvStRefG). Die Änderungen in Abs. 6, Abs. 7, Abs. 8

und Abs. 9 sowie die Neufassung des Abs. 9a durch das „JStG 2018“ v. 11.12.2018 (BGBl. I 2018, 2338; BStBl. I 2018, 1377) traten am 15.12.2018 in Kraft (Art. 16 Abs. 1 „JStG 2018“). Die Änderungen in Abs. 8, Abs. 9 und Abs. 13 durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) gelten ab dem 1.1.2020 (§ 57 Satz 1 Nr. 1). Der durch das WachsChG v. 27.3.2024 (BGBl. I 2024 Nr. 108; BStBl. I 2024, 666) neu eingefügte Abs. 9a ist ab dem 1.1.2025 anzuwenden (§ 57 Abs. 8 Satz 4).

Geltungsbereich des § 2: 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).

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

2–4 Einstweilen frei.

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

5

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

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

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

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

II. Verhältnis zu § 1 Abs. 2 Satz 2

5a

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

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

6

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

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

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

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

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

Der ausländischem Recht unterliegt: Maßgebliches Abgrenzungskriterium gegenüber dem inländ. Investmentfonds ist, dass der ausländ. Investmentfonds nach ausländ. Recht aufgelegt wurde und sich die Ausgestaltung und die Anlagebedingungen des Investmentfonds nach ausländ. Recht richten (s. zu Einzelheiten Anm. 6). Die noch im InvStG aF enthaltene Differenzierung zwischen EU-Investmentfonds und AIF, die dem Recht eines Drittstaats unterliegen, entfällt. Nunmehr gilt ein einheitlicher Begriff des ausländ. Investmentfonds. Überhaupt ist die Unterscheidung zwischen in- und ausländ. Investmentfonds weniger bedeutsam geworden, da beide weitgehend den gleichen Besteuerungsfolgen unterliegen (vgl. §§ 6ff.). 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. Zur Unbeachtlichkeit einer Geschäftsleitung im Inland und einer grenzüberschreitenden Fondsverwaltung in diesem Zusammenhang s. *Schwenke/Verleger in Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 2 Rz. 17 ff.

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

8 I. 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 (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.4).

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

Anteil am Investmentfonds, unabhängig von rechtlicher Ausgestaltung des Anteils oder des Investmentfonds: Der Anteil ist das Instrument, über das der Anle-

ger 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 unbeachtlich, dh., die Anteile können mitgliedschaftliche Rechte verbriefen (wie Aktien einer InvAG mit variablem Kapital iSv. § 96 KAGB oder einer vergleichbaren ausländ. Rechtsform wie einer Luxemburger SICAV SCA) oder rein vertraglicher Natur sein (wie Anteile an einem Sondervermögen iSv. § 92 KAGB oder einer vergleichbaren ausländ. Rechtsform wie eine Luxemburger FCP). Der Anteilsbegriff entspricht der alten Rechtslage. Zwar enthielt das InvStG aF keine ausdrückliche Definition des Investmentanteils, sondern „versteckte“ diese in der Definition des Anlegers in § 1 Abs. 2 Satz 2 InvStG aF. Auch dort kam es aber auf die rechtl. Ausgestaltung nicht an (vgl. Bödecker in Bödecker/Ernst/Hartmann, 2016, § 1 Rz. 205 ff.).

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

9

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.

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

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

10

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

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

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

Dach-Investmentfonds/Ziel-Investmentfonds: Für stl. Zwecke handelt es sich bei jedem in- oder ausländ. Investmentfonds, der Anteile an einem anderen in- oder ausländ. Investmentfonds hält, um einen Dach-Investmentfonds (und bei Letztgenanntem um einen Ziel-Investmentfonds). Der Begriff ist somit deutlich weiter als der in Art. 3 Ziff. 1 der Fondskategorien-Richtlinie v. 22.7.2013 (abgedruckt bei Boxberger in Weitnauer/Boxberger/Anders, 3. Aufl. 2021, § 4 KAGB Rz. 10) verwendete aufsichtsrechtl. Begriff des Dachfonds (*Fund of Funds*), der ua. voraussetzt, dass mindestens 51 % des Werts des Investmentvermögens in Zielfondsanteilen angelegt sei müssen (vgl. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.5).

11 II. 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. Anm. 10.

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

G. Erläuterungen zu Abs. 6: Definition von Aktienfonds

12 I. Aktienfonds (Abs. 6 Satz 1)

Nach der durch das „JStG 2018“ v. 11.12.2018 (BGBl. I 2018, 2338; BStBl. I 2018, 1377) geänderten Definition sind „Aktienfonds“ Investmentfonds, die gemäß den Anlagebedingungen fortlaufend mehr als 50 % ihres Aktivvermögens (Abs. 9b) in Kapitalbeteiligungen anlegen (sog. Aktienfonds-Kapitalbeteiligungsquote). Zuvor war Voraussetzung, dass eine Anlage von „mindestens 51 Prozent des Werts“ in Kapitalbeteiligungen erfolgte. Die Änderung erfolgte, da sich die vorherige 51 %-Grenze am inländ. Investmentaufsichtsrecht orientierte (s. Art. 2 der Fondskategorien-Richtlinie v. 22.7.2013, abgedruckt bei *Boxberger in Weitnauer/Boxberger/Anders*, 3. Aufl. 2021, § 4 KAGB Rz. 10), die Anlagebedingungen ausländ. Fonds demgegenüber häufig (nur) eine „überwiegende“ (dh. mehr als 50 %ige Anlage) in Kapitalbeteiligungen vorsahen (vgl. BTDrucks. 19/4455, 65). Die FinVerw. hatte es daher bei ausländ. Investmentfonds (Abs. 3) zunächst nicht beanstanden wollen, wenn die Anlagebedingungen lediglich eine „überwiegende“ Anlage in Kapitalbeteiligungen vorsahen (BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 – 1/16/10010, Beck-Verw. 342885, Abschn. 1; Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 – 1/16/10010:001, Rz. 2.9). Das „JStG 2018“ bereinigte dies und hat einheitliche Maßstäbe für die Qualifikation von in- und ausländ. Investmentfonds als „Aktienfonds“ geschaffen (BTDrucks. 19/4455, 65). Durch das Abstellen auf das „Aktivvermögen“ (statt auf den „Wert“) sollen „sinnwidrige Ergebnisse“ vermeiden werden, die anderenfalls bei Investmentfonds mit hoher Fremdfinanzierung hätten entstehen könnten: Eine Qualifikation als Aktienfonds wäre in diesen Fällen nämlich dem Wortlaut nach uU möglich gewesen, obwohl die betreffenden Investmentfonds nur einen Bruchteil ihres Aktivvermögens tatsächlich in Aktien investieren

(s. Beispiel in BTDrucks. 19/4455, 65). Die Qualifikation als Aktienfonds ist Voraussetzung für die 30 %ige, 60 %ige oder 80 %ige Teilfreistellung auf 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 vorgesehenen Anlagevorgaben ab, nicht jedoch von der tatsächlichen Anlage (zutr. *Helios/Mann*, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 1 [16]). Zum Korrektiv durch das Merkmal „fortlaufende Anlage“ s.u. Für eine Übergangszeit bis einschließlich 31.12.2018 war es nach Auffassung der FinVerw. nicht zu beanstanden, wenn sich das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Aktienfonds-Teilfreistellung nicht aus den Anlagebedingungen ergab. Stattdessen durften Finanzinformationsdienstleister und die Entrichtungsverpflichteten auf eine Eigenerklärung des Investmentfonds vertrauen, dass der Investmentfonds während des gesamten Kj. 2018 fortlaufend (entsprechend der seinerzeit geltenden Fassung des Abs. 6) mindestens 51 % seines Werts in Kapitalbeteiligungen investierte und damit in tatsächlicher Hinsicht die Voraussetzungen eines Aktienfonds erfüllte (Selbstdeklaration, BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.27).

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

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

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

Mehr als 50 % ihres Aktivvermögens: Dieser Maßstab gilt erst seit dem „JStG 2018“. Zuvor wurde auf „mindestens 51 Prozent ihres Wertes“ abgestellt (zum Hintergrund der Änderung BTDrucks. 19/445, 65). Trotz dieser Neuregelung wird es nach Auffassung der FinVerw. bei OGAW iSv. § 1 Abs. 2 KAGB, die nach § 199 KAGB kurzfristige Kredite nur bis zur Höhe von 10 % des aufsichtsrechtl. Werts des OGAW aufnehmen dürfen, für den Zeitraum vor dem 1.1.2020 nicht beanstandet, wenn diese zur Bestimmung der Kapitalbeteiligungsquote auf den Nettoinventarwert abstellen (auch zukünftig gilt für OGAW weiterhin einer Erleichterung, s. Abs. 9b Sätze 2 bis 4, Anm. 20h ff.). Das Gleiche soll auch bei anderen Investmentfonds gelten, bei denen die Kreditaufnahme folgendermaßen beschränkt ist: Es dürfen nur kurzfristige Kredite (maximale Laufzeit von einem Jahr) aufgenommen werden, die maximale Kreditaufnahme beträgt höchstens 30 % des aufsichtsrechtl. Werts des Investmentfonds und die Kredite dürfen nicht für die Anschaffung von Vermögensgegenständen des Investmentfonds verwendet werden. Kurzfristige negative Salden der Bankkonten des Investmentfonds, die im Rahmen der operativen Ausführungs- und Settlementprozesse bei Handelsgeschäften entstehen, seien dabei nicht als Kreditaufnahme zu betrachten. Negative Salden könnten dadurch entstehen, dass einzelne Abrechnungen für Vermögensgegenstände dem Bankkonto des Investmentfonds erst mit späterer Valuta gutgeschrieben oder belastet würden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.12). Darüber hinaus soll es für die Besteuerung von Investorsträgen, die dem Anleger bis zum 31.12.2018 zugeflossen sind, auch bei den übrigen Investmentfonds nicht beanstandet werden, dass in den Anlagebedingungen auf den Nettoinventarwert abgestellt werde, wenn der Investmentfonds tatsächlich die anhand des Aktivvermögens ermittelte Kapitalbeteiligungsquote fortlaufend eingehalten hat und dies gegenüber den Anlegern, in öffentlich zugänglicher Weise (zB auf der Internetseite des Investmentfonds) oder gegenüber einem Finanzinformationsdienstleister (zB WM-Datenservice) versichert hat (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.13).

Aktivvermögen: Siehe die durch das „JStG 2108“ neu eingefügte Definition in Abs. 9a (seit dem WachsChG v. 27.3.2024 (BGBl. I 2024 Nr. 108; BStBl. I 2024, 666) inhaltsgleich verschoben nach Abs. 9b, Anm. 20e).

Kapitalbeteiligungen: Siehe die Definition in Abs. 8, Anm. 14. Nach Auffassung der FinVerw. soll es unschädlich sein, wenn die Anlagebedingungen den Kreis der erwerbzbaren WG auf einen Teil der in Abs. 8 genannten Kapitalbeteiligungen (zB

börsengehandelte KapGes-Anteile) beschränken. Auch sei es unbeachtlich, ob der Investmentfonds das Wertänderungsrisiko aus den gehaltenen Kapitalbeteiligungen besichere (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.6). Beide Punkte verdienen Zustimmung. Vom Gesetzeswortlaut her zweifelhaft ist dagegen die ebenfalls von der FinVerw. vertretene Auffassung, wonach Investmentfonds die (nach den Anlagebedingungen) die Wertentwicklung von Kapitalbeteiligungen (auch) synthetisch mittels Derivaten (zB Aktien-Swaps) abbilden können, nicht die Voraussetzungen von Abs. 6 erfüllen sollen, es sei denn, die Anlagebedingungen sehen (ergänzend) eine Mindestbeteiligungsquote von mehr als 50 % unmittelbar in Kapitalbeteiligungen vor (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.6). Wünschenswert wäre, dass die Kapitalbeteiligung, wie im *Private Equity*-Bereich üblich, über eine (vermögensverwaltende oder gewerbliche) PersGes. erworben werden dürfte (vgl. *Helios/Mann*, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 1 [17]). Die FinVerw. teilt diese Auffassung jedoch leider nicht (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.33): Kapitalbeteiligungen, die nur mittelbar über PersGes. (inländ. KG, aber auch Luxemburger SCS/SCSp) gehalten werden, sollen für Zwecke des Abs. 8 gänzlich unberücksichtigt bleiben (so nunmehr auch der durch das WElektroMobFördG/„JStG 2019“ v. 12.12.2019, BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17, eingefügte Abs. 8 Satz 5 Nr. 1, s. Anm. 14); da eine vergleichbare Regelung wie für „Kapitalbeteiligungen“ für die (Auslands-)Immobilienfondsquote nach Abs. 9 fehlt, sollten uE dort (s. Anm. 20) auch mittelbar über PersGes. gehaltene Immobilien und Immobilien-Gesellschaften bei der Ermittlung der Immobilien-Quote bzw. Auslands-Immobilienquote zu berücksichtigen sein (vgl. *Hahne/Schober*, RdF 2022, 186 [191]; *Hartmann* in BeckOK, § 2 Rz. 108.1 [12/2023]). Ebenfalls nicht zu den Kapitalbeteiligungen iSd. Abs. 8 zählen nach Auffassung der FinVerw. Anteile an REIT-Aktiengesellschaften iSd. §§ 1 ff. REITG und Anteile an anderen REIT-Körperschaften, -Personenvereinigungen oder -Vermögensmassen iSd. § 19 Abs. 5 REITG (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.28). Zur Behandlung von Kapitalbeteiligungen, die Gegenstand einer WP-Leihe/eines WP-Pensionsgeschäfts sind, s. oben unter „Anlage“.

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

12a

Nach der durch das „JStG 2018“ v. 11.12.2018 (BGBl. I 2018, 2338; BStBl. I 2018, 1377) eingefügten Regelung ist ein Dach-Investmentfonds auch dann ein Aktienfonds, wenn der Dach-Investmentfonds nach seinen Anlagebedingungen verpflichtet ist, derart in Ziel-Investmentfonds zu investieren, dass fortlaufend die Aktienfonds-Kapitalbeteiligungsquote erreicht wird und die Anlagebedingungen vorsehen, dass der Dach-Investmentfonds für die Einhaltung der Aktienfonds-Kapitalbeteiligungsquote auf die bewertungstäglich von den Ziel-Investmentfonds veröffentlichten tatsächlichen Kapitalbeteiligungsquoten abstellt. Voraussetzung dabei ist, dass die betreffenden Ziel-Investmentfonds mindestens einmal pro Woche eine Bewertung vornehmen. Durch diese Regelung wird bezweckt, dass Dach-Investmentfonds die Kapitalbeteiligungsquote eines Aktienfonds zukünftig leichter erreichen können (BTDrucks. 19/4455, 66). Bislang wurde das gleiche Ziel in der Praxis der FinVerw. durch eine nicht vom Gesetzeswortlaut gedeckte Auslegung von Abs. 8 Nr. 3 erreicht (vgl. dazu BMF v. 14.6.2017 – IV C 1 - S 1980 – 1/16/10010, Beck-Verw. 342885, Abschn. 2; BMF v. 8.11.2017 – IV C 1 - S 1980 – 1/16/10010:010, DStR 2017, 2736, Abschn. 2). Die gesetzliche Festschreibung ist zu begrüßen (aus-

föhrl. hierzu und zum Verhältnis von Abs. 6 Satz 2 und Abs. 8 Satz 2 *Hartmann* in BeckOK, § 2 Rz. 111 ff. [12/2023]; *Jansen/Greger*, RdF 2019, 132 [134 f.]).

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

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

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

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

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

Übergangsregelung: Die FinVerw. will es nicht beanstanden, wenn ein Dach-Investmentfonds zur Ermittlung seiner Kapitalbeteiligungsquote (als Aktienfonds) bis einschließlich 30.6.2018 auf eine Erklärung eines Ziel-Investmentfonds vertraute, dass dieser eine konkret benannte höhere Kapitalbeteiligungs-Mindestquote als 51 % während des KJ. 2018 fortlaufend einhalten werde und diese höhere Kapitalbeteiligungs-Mindestquote bis einschließlich 30.6.2018 in den Anlagebedingungen des Ziel-Investmentfonds festgelegt wurde (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.25). Sie will es ferner nicht beanstanden, wenn ein Dach-Investmentfonds die in seinen Anlagebedingungen festgelegte Beteiligungsquote im Zeitraum vom 1.1.2018 bis einschließlich 31.12.2018 unterschritten hatte (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.26).

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

12b

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

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

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

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

H. Erläuterungen zu Abs. 7: Definition von Mischfonds

13 I. Mischfonds (Abs. 7 Satz 1)

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

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

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

Anlage: Die Ausführungen in Anm. 12 gelten entsprechend.

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

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

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

Aktivvermögen: Die Ausführungen in Anm. 12 gelten entsprechend.

Kapitalbeteiligungen: Die Ausführungen in Anm. 12 gelten entsprechend.

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

Nach der durch das „JStG 2018“ v. 11.12.2018 (BGBl. I 2018, 2338; BStBl. I 2018, 1377) eingefügten Regelung ist ein Dach-Investmentfonds auch dann ein Mischfonds, wenn der Dach-Investmentfonds nach seinen Anlagebedingungen verpflichtet ist, derart in Ziel-Investmentfonds zu investieren, dass fortlaufend die Mischfonds-Kapitalbeteiligungsquote erreicht wird und die Anlagebedingungen

vorsehen, dass der Dach-Investmentfonds für deren Einhaltung auf die bewertungstäglich von den Ziel-Investmentfonds veröffentlichten tatsächlichen Kapitalbeteiligungsquoten abstellt. Voraussetzung dabei ist, dass die betreffenden Ziel-Investmentfonds mindestens einmal pro Woche eine Bewertung vornehmen. Durch diese Regelung wird – wie bereits bei den Aktienfonds (Abs. 6) bezweckt, dass Dach-Investmentfonds die Kapitalbeteiligungsquote eines Mischfonds Aktienfonds zukünftig leichter erreichen können (s. ausführl. Anm. 12).

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

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

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

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

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

Übergangsregelung: Die Ausführungen in Anm. 12 gelten entsprechend.

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

13b

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

I. Erläuterungen zu Abs. 8: Definition von Kapitalbeteiligungen

I. Arten von Kapitalbeteiligungen (Abs. 8 Satz 1)

1. Überblick

14

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

sig 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).

14a **2. Alternative 1: Zum amtlichen Handel an einer Börse zugelassene oder auf einem organisierten Markt notierte Anteile an einer Kapitalgesellschaft (Abs. 8 Satz 1 Nr. 1)**

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

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

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

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

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

Anteile an einer Kapitalgesellschaft: Siehe Anm. 14a.

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

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

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

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

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

Anteile an einer Kapitalgesellschaft: Siehe Anm. 14a.

Keine Immobilien-Gesellschaft: Siehe Anm. 20.

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

Der Ertragsbesteuerung für Kapitalgesellschaften iHv. mindestens 15 % unterliegend/nicht von ihr befreit: Diese Begriffe sind uE weit zu verstehen. Entscheidend ist uE, dass die KapGes. einem nominellen Ertragsteuersatz von mindestens 15 % unterliegt und nicht von ihr befreit ist. Anders formuliert: Eine sachliche StBefreiung einzelner Einkünfte oder Einkunftsteile (und zwar uE selbst dann, wenn dies faktisch zu einer Ertragsteuerbelastung von unter 15 % führt) sollte einer Einstufung als Kapitalbeteiligung nicht entgegenstehen. Nach uE zu enger Auffassung der FinVerw. ist zwar eine sachliche StBefreiung von einzelnen Einkunftsarten (zB von Beteiligungseinkünften) grds. unschädlich. Eine allgemeine Ertragsbesteuerung liege jedoch dann nicht vor, wenn alle oder fast alle Einkunftsarten der KapGes. sachlich stbefreit sind (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.30).

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

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

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

In Höhe von 51 % des Werts des Investmentanteils: Ziel der Regelung ist, dass auch ein Dach-Investmentfonds (Abs. 5) die Voraussetzungen eines Aktienfonds

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

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

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

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

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

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

Durch das „JStG 2018“ v. 11.12.2018 (BGBl. I 2018, 2338; BStBl. I 2018, 1377) wurden die Sätze 2 und 3 eingefügt, die Folgendes besagen: (i) Sieht ein Aktienfonds in seinen Anlagebedingungen einen höheren Prozentsatz als 51 % seines Aktivvermögens für die fortlaufende Mindestanlage in Kapitalbeteiligungen vor, gilt abweichend von Satz 1 Nr. 3 der Investmentanteil im Umfang dieses höheren Prozentsatzes als Kapitalbeteiligung. (ii) Sieht ein Mischfonds in seinen Anlagebedingungen einen höheren Prozentsatz als 25 % seines Aktivvermögens für die fortlaufende Mindestanlage in Kapitalbeteiligungen vor, gilt abweichend von Satz 1 Nr. 4 der Investmentanteil im Umfang dieses höheren Prozentsatzes als Kapitalbeteiligung. Durch diese Ergänzung soll eine Unzulänglichkeit der bisherigen Regelung beseitigt und das Gesetz an die bisherige Verwaltungspraxis angepasst werden: Bei der Prüfung der Kapitalbeteiligungsquote eines Dach-Investmentfonds waren bislang die Investmentanteile zB an einem Ziel-Aktienfonds mit 51 % des Werts des Investmentanteils anzusetzen. Danach blieb es unberücksichtigt, wenn der Ziel-Aktienfonds in seinen Anlagebedingungen eine über die 51 %-Grenze hinausge-

hende Mindestanlage Kapitalbeteiligungen vorsah. Nunmehr hat der Dach-Investmentfonds auf solche höheren Mindestanlagequoten der Ziel-Investmentfonds abzustellen. Wenn bspw. der Ziel-Investmentfonds in seinen Anlagebedingungen vorsieht, dass iHv. mindestens 75 % in Kapitalbeteiligungen investiert wird, dann hat der Dach-Investmentfonds 75 % des Werts des Investmentanteils an dem Ziel-Investmentfonds als Kapitalbeteiligung anzusetzen (BTDrucks. 19/4455, 67). Siehe zum Verhältnis von Abs. 6 Satz 2 und Abs. 8 Satz 2 *Hartmann* in BeckOK, § 2 Rz. 112.1 ff. (12/2023); *Jansen/Greger*, RdF 2019, 132 (134f.).

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

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

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

III. Abschließender Katalog (Abs. 8 Satz 4)

16

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

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

1. Überblick

17

Diese Ausnahmen vom Begriff der Kapitalbeteiligungen wurden durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) eingefügt und durch das KöMoG v. 25.6.2021 (BGBl. I 2021, 2050) ergänzt. Sie gelten grds. ab dem 1.1.2020 (§ 57 Satz 1 Nr. 1). Sie regeln (uE über das Ziel hinaus), in welchen Fällen Anteile an KapGes. nicht als (gute) Kapitalbeteiligungen gelten, die ein Investmentfonds erwerben darf, um die Voraussetzungen eines Aktien- oder Mischfonds zu erfüllen. Dadurch sollen zum einen Gestaltungen verhindert werden, mit denen die Teilfreistellungen für Aktien- bzw. Mischfonds ausgenutzt werden könnten, ohne dass bei den von den Investmentfonds gehaltenen Kapitalbeteiligungen eine stl. Vorbelastung eingetreten ist. Zum anderen soll dadurch eine einfachere Überprüfbarkeit der Voraussetzungen für die jeweilige Teilfreistellung durch die FinVerw. erreicht werden (BTDrucks. 19/13436, 170). Im Einzelnen geht es um folgende Ausnahmetatbestände: (i) Anteile an PersGes., auch wenn die PersGes. Anteile an KapGes. halten oder wenn die PersGes. nach § 1a KStG zur Körperschaftsbesteuerung optiert haben; (ii) Anteile an KapGes., die

nach Abs. 9 Satz 6 als Immobilien gelten; (iii) Anteile an KapGes., die von der Ertragsbesteuerung befreit sind, soweit sie Ausschüttungen vornehmen, es sei denn, die Ausschüttungen unterliegen einer Besteuerung von mindestens 15 % und der Investmentfonds ist nicht davon befreit und (iv) Anteile an KapGes., (a) deren Einnahmen unmittelbar oder mittelbar zu mehr als 10 % aus Beteiligungen an KapGes. stammen, die nicht die Voraussetzungen des Satzes 1 Nr. 2 erfüllen oder (b) die unmittelbar oder mittelbar Beteiligungen an KapGes. halten, die nicht die Voraussetzungen des Satzes 1 Nr. 2 erfüllen, wenn der gemeine Wert derartiger Beteiligungen mehr als 10 % des gemeinen Werts der KapGes. beträgt.

17a **2. Ausnahme 1: Anteile an Personengesellschaften, auch wenn diese Anteile an Kapitalgesellschaften halten oder nach § 1a KStG zur Körperschaftsbesteuerung optiert haben (Abs. 8 Satz 5 Nr. 1)**

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

Auch wenn diese Anteile an Kapitalgesellschaften halten: Zur Definition der Anteile an einer KapGes. s. Anm. 14a. Durch diese durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) eingefügte Regelung findet die bereits bislang von der FinVerw. vertretene Auffassung (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.33) – uE erstmalig – ihre gesetzliche Grundlage (krit. *Hartmann* in BeckOK, § 2 Rz. 170 [12/2023]). Sie wird mit dem Ziel der einfachen Überprüfbarkeit gerechtfertigt (BTDrucks. 19/13436, 170). Es soll sichergestellt werden, dass bloß mittelbar gehaltene KapGes. nicht als Kapitalbeteiligungen zählen.

Oder wenn die Personengesellschaften nach § 1a KStG zur Körperschaftsbesteuerung optiert haben: Seit dem KöMoG v. 25.6.2021 (BGBl. I 2021, 2050) können PersGes. unter bestimmten Voraussetzungen zur Körperschaftsbesteuerung optieren (§ 1a KStG). Satz 5 Nr. 1 regelt nun, dass Anteile an einer PersGes. auch dann nicht als Kapitalbeteiligungen gelten, wenn die PersGes. zur Körperschaftsbesteuerung optiert hat. Begründet wird dies mit der Verhinderung einer komplexen Überprüfung durch die zuständigen FÄ (BTDrucks. 19/28656, 29). Unseres Erachtens ist dieses Argument vorgeschoben und eine entsprechende Regelung weder zwingend noch systematisch konsequent: Wenn eine PersGes. (zukünftig) stl. als Körperschaft gelten kann, müsste das uE einheitlich, dh. auch für Zwecke des InvStG gelten. Eine rein „klarstellende“ Regelung (so BTDrucks. 19/28656, 29), ist Abs. 1 Satz 5 Nr. 1 daher sicherlich nicht (s. zu den Auswirkungen der Option auf das InvStG ausführl. *Haug*, FR 2021, 410).

17b **3. Ausnahme 2: Anteile an Kapitalgesellschaften, die nach Abs. 9 Satz 6 als Immobilien gelten (Abs. 8 Satz 5 Nr. 2)**

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

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

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

4. Ausnahme 3: Anteile an steuerbefreiten Kapitalgesellschaften, soweit sie Ausschüttungen vornehmen (Abs. 8 Satz 5 Nr. 3) 18

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

Kapitalgesellschaften, die von der Ertragsbesteuerung befreit sind, soweit sie Ausschüttungen vornehmen, es sei denn, die Ausschüttungen unterliegen einer Besteuerung von mindestens 15 % und der Investmentfonds ist nicht davon befreit: Nach der Gesetzesbegründung sollen von dieser Regelung insbes. bestimmte ausländ. REIT-Gesellschaften betroffen sein (nämlich solche, deren Bruttovermögen zu weniger als 75 % aus unbeweglichem Vermögen besteht, so dass diese auch zukünftig nicht gem. Abs. 9 Satz 6 als Immobilien gelten). Diese Gesellschaften sollen zukünftig als Kapitalbeteiligungen angesetzt werden können, wenn entweder auf Ebene der REIT-Gesellschaft oder auf Ebene des Investmentfonds eine Mindeststeuerbelastung von 15 % eingetreten ist (BTDrucks. 19/13436, 171). Diese Begr. klingt zunächst plausibel, da in diesen Fällen eine stl. Vorbelastung gegeben ist. Allerdings ist der Wortlaut missverständlich, da er eine StBelastung auf Ebene des Investmentfonds voraussetzt, die bei Ausschüttungen von ausländ. Gesellschaften nur schwer vorstellbar ist (denn es unterliegen grds. nur Inlandsdividenden der beschränkten StPflicht nach § 6 Abs. 3, s. § 6 Anm. 20). Gemeint ist (wohl) eine (finale) Belastung der Ausschüttung mit ausländ. Quellensteuer iHv. mindestens 15 % (vgl. BTDrucks. 19/13436, 172; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.33c konkret für US-REITs).

5. Ausnahme 4: Umgehungsgestaltungen durch Zwischenschaltung von Holdinggesellschaften (Abs. 8 Satz 5 Nr. 4) 19

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

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

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

Unmittelbare oder mittelbare Beteiligungen an Kapitalgesellschaften, die nicht die Voraussetzungen des Satzes 1 Nr. 2 erfüllen, wenn der gemeine Wert derar-

tiger Beteiligungen mehr als 10 % des gemeinen Werts der Kapitalgesellschaften beträgt (Alt. 2): Durch diese Alternative sollen mehrstufige Strukturen erfasst werden. Der Hintergrund der 10 %-Grenze (diesmal bezogen auf den gemeinen Wert) bleibt ebenfalls unklar.

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

J. Erläuterungen zu Abs. 9: Definition von Immobilienfonds

20 I. Immobilienfonds (Abs. 9 Satz 1)

Definition: Durch das „JStG 2018“ v. 11.12.2018 (BGBl. I 2018, 2338; BStBl. I 2018, 1377) wurde Abs. 9 an den Regelungsgehalt des Abs. 6 (zu Aktienfonds) angepasst: Immobilienfonds sind hiernach Investmentfonds, die gemäß den Anlagebedingungen fortlaufend „mehr als 50 Prozent ihres Aktivvermögens“ (Abs. 9b, bisher: „mindestens 51 Prozent ihres Wertes“) in Immobilien und Immobilien-Gesellschaften anlegen (sog. Immobilienfondsquote). Durch das Abstellen auf das Aktivvermögen sollen „sinnwidrige Ergebnisse“ vermeiden werden, die anderenfalls bei Investmentfonds mit hoher Fremdfinanzierung hätten entstehen könnten (s. Anm. 12). Durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) wurde ein Redaktionsversehen beseitigt, da durch das „JStG 2018“ versehentlich Anteile an Immobilien-Gesellschaften aus der Definition herausgefallen waren (BTDrucks. 19/13436, 172). Nach uE zutreffender Auffassung der FinVerw. ergibt sich aber aus Sinn und Zweck der Norm, dass auch in der Zwischenzeit Immobilien-Gesellschaften weiterhin für Zwecke der Immobilienquote zu berücksichtigen waren (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.34a). Die Qualifikation als Immobilienfonds ist Voraussetzung für die 60 %ige Teilfreistellung auf Anlegerebene nach § 20 Abs. 3 (s. § 20 Anm. 15).

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

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

Anlage: Die Ausführungen in Anm. 12 gelten entsprechend.

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

Folgen des Verstoßes gegen die fortlaufende Anlage: Die Ausführungen in Anm. 12 gelten entsprechend. Bei Neuauflage eines Immobilien-Investmentfonds ist es nach Auffassung der FinVerw. darüber hinaus idR ausreichend, wenn der Investmentfonds innerhalb der vierjährigen Frist nach § 244 KAGB die fortlaufende Anlage seines Vermögens in Immobilien und Immobilien-Gesellschaften erfülle. Er müsse jedoch bereits innerhalb von zwölf Monaten nach Auflage eine erste Im-

moblie 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 Teilfreistellungssätze von Anfang an nicht anwendbar und würden erst anwendbar, sobald die Immobilienfondsquote erreicht werde (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.40).

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

Aktivvermögen: Die Ausführungen in Anm. 12 gelten entsprechend.

Immobilien: Es gilt (vgl. Abs. 1) die Definition aus § 1 Abs. 19 Nr. 21 KAGB: Danach sind „Immobilien“ Grundstücke, grundstücksgleiche Rechte und vergleichbare Rechte nach dem Recht anderer Staaten. Dies entspricht im Erg. dem tauglichen Anlagekatalog in § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 5 Buchst. e InvStG aF. Darüber hinaus enthält Abs. 9 Satz 6 eine Fiktion, nach der Anteile an bestimmten REIT-Gesellschaften zu 75 % des Werts dieser Anteile als Immobilien gelten (s. dazu weiter unten in diesem Abschnitt). Anders als bei Abs. 6 sollten (da eine vergleichbare Regelung wie für „Kapitalbeteiligungen“ in Abs. 8 Satz 5 Nr. 1 [s. Anm. 12] im Rahmen des Abs. 9 fehlt) für die Ermittlung der (Auslands-)Immobilienfondsquote auch mittelbar über PersGes. gehaltene Immobilien zu berücksichtigen sein (vgl. *Hahnel/Schober*, RdF 2022, 186 [191]; *Hartmann* in BeckOK, § 2 Rz. 108.1 [12/2023]).

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

Gesellschaften nach § 238 KAGB auch Beteiligungen an anderen Immobilien-Gesellschaften erwerben (mittelbare Immobilieninvestition) bzw. sowohl nebeneinander direkte und mittelbare Immobilieninvestitionen vornehmen als auch ausschließlich Beteiligungen an anderen Immobiliengesellschaften halten (Immobilien-Holdinggesellschaften), BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.35. Anders als bei Abs. 6 sollten (da eine vergleichbare Regelung wie für „Kapitalbeteiligungen“ in Abs. 8 Satz 5 Nr. 1 [s. Anm. 12] im Rahmen des Abs. 9 fehlt) für die Ermittlung der (Auslands-) Immobilienfondsquote auch mittelbar über PersGes. gehaltene Beteiligungen an (Auslands-)Immobilien-Gesellschaften zu berücksichtigen sein (dies impliziert uE nunmehr auch der Wortlaut des durch das WachsChG v. 27.3.2024 [BGBl. I 2024 Nr. 108; BStBl. I 2024, 666], neu eingefügten Abs. 9a Satz 2 [s. Anm. 20g]).

20a II. Auslands-Immobilienfonds (Abs. 9 Sätze 2 und 3)

Definition: Durch das „JStG 2018“ v. 11.12.2018 (BGBl. I 2018, 2338; BStBl. I 2018, 1377) wurden die Definitionen von Auslands-Immobilienfonds und Auslands-Immobiliengesellschaften (die bislang indirekt in § 20 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 enthalten waren, s. § 20 Anm. 15), nach § 2 Abs. 9 (gleichsam vor die Klammer) gezogen und (uE ohne inhaltliche Änderungen) an die inländ. Definitionen des Immobilienfonds und der Immobiliengesellschaften angepasst (BTDrucks. 19/13436, 172). Auslands-Immobilienfonds sind hiernach Investmentfonds, die gemäß den Anlagebedingungen fortlaufend mehr als 50 % ihres Aktivvermögens in ausländ. Immobilien und Auslands-Immobiliengesellschaften anlegen (Auslands-Immobilienfondsquote, Abs. 9 Satz 2). Auslands-Immobiliengesellschaften sind hiernach Immobilien-Gesellschaften, die ausschließlich in ausländ. Immobilien investieren (Abs. 9 Satz 3). Die Qualifikation als Auslands-Immobilienfonds ist Voraussetzung für die 80 %ige Teilfreistellung auf Anlegerebene nach § 20 Abs. 3 (s. § 20 Anm. 15). Unklar ist das Verhältnis von Satz 2 zu Satz 1, also ob der Begriff des „Immobilienfonds“ der Oberbegriff ist, der Auslands-Immobilienfonds miteinschließt, oder ob der „Immobilienfonds“ ein *aliud* ist (also entweder ein Inlands-Immobilienfonds oder ein gemischter Immobilienfonds, der aber die Auslandsquote nicht erreicht) und auf gleicher Stufe wie ein „Auslands-Immobilienfonds“ nach Satz 2 steht (s. näher dazu und zur praktischen Relevanz dieser Frage für die Anwendung des Teilabzugsverbots nach § 21 Satz 1 [auch] für Auslands-Immobilienfonds § 21 Anm. 5).

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

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

Anlage: Die Ausführungen in Anm. 12 gelten entsprechend.

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

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

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

Aktivvermögen: Die Ausführungen in Anm. 12 gelten entsprechend.

Ausländische Immobilien: In Bezug auf „Immobilien“ gelten die Ausführungen oben zu Immobilienfonds (Abs. 9 Satz 1; Anm. 20) entsprechend. Immobilien sind

gem. § 1 Abs. 19 Nr. 21 KAGB vergleichbare Rechte nach dem Recht anderer Staaten, die nach inländ. Recht als Immobilien qualifizieren.

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

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

20b

Dach-Investmentfonds/Ziel-Investmentfonds: Nach der durch das „JStG 2018“ v. 11.12.2018 (BGBl. I 2018, 2338; BStBl. I 2018, 1377) sowie das WElektroMob-FördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) neugefassten Regelung gelten Investmentanteile an Immobilienfonds oder an Auslands-Immobilienfonds iHv. 51 % des Werts des Investmentanteils als Immobilien (Abs. 9 Satz 4). Ziel der Regelung ist, dass auch ein Dach-Investmentfonds (Abs. 9 Abs. 5) die Voraussetzungen eines Immobilienfonds erfüllen kann. Zu diesem Zweck sollen Anteile an Ziel-Immobilienfonds als Immobilien gelten, jedoch nicht vollumfänglich, sondern nur iHv. 51 % des Werts dieser Anteile. Dies führt bei dem Dachfonds, der ja selber die 51 % Quote erfüllen muss, bei wörtlicher Auslegung zu dem Dilemma, dass er ausschließlich Ziel-Immobilienfonds halten dürfte (denn nur so kann er 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]). Um diese Unzulänglichkeit zu beseitigen und das Gesetz an die bisherige Verwaltungspraxis anzupassen, wurde Satz 5 aufgenommen, der lautet: Sieht ein Immobilienfonds oder ein Auslands-Immobilienfonds in seinen Anlagebedingungen einen höheren Prozentsatz als 51 % seines Aktivvermögens für die fortlaufende Mindestanlage in Immobilien vor, gilt der Investmentanteil im Umfang dieses höheren Prozentsatzes als Immobilie. Diese zu begrüßende Regelung hat uE zur Folge, dass wenn bspw. der Ziel-Investmentfonds in seinen Anlagebedingungen vorsieht, dass iHv. mindestens 75 % in Immobilien investiert wird, der Dach-Investmentfonds 75 % des Werts des Investmentanteils an dem Ziel-Investmentfonds als Immobilien anzusetzen hat.

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

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

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

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

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

20c IV. Besonderheiten bei Anlagen in REIT-Gesellschaften (Abs. 9 Satz 6)

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

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

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

Anteile gelten iHv. 75 % ihres Werts als Immobilien: Ziel dieser Fiktion ist, dass ein Investmentfonds (auch) in die betreffenden REIT-Gesellschaften investieren kann, ohne seinen Status als Immobilienfonds zu verlieren. Da das Gesetz nur von „Immobilien“, nicht aber von „ausländischen Immobilien“ spricht, führt diese Fiktion – auch bei ausländ. REIT (!) – allenfalls dazu, dass ein (inländ.) Immobilienfonds, nicht aber ein Auslands-Immobilienfonds iSv. § 20 Abs. 3 vorliegt. Dies ist laut Gesetzesbegründung beabsichtigt: Die Regelung soll beim Anleger allenfalls zu einer Teilfreistellung von 60 %, nicht aber von 80 % führen (BTDrucks. 19/13436, 172).

Voraussetzung: Die Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen unterliegen einer Ertragsbesteuerung iHv. mindestens 15 % und sind nicht

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

Verhältnis zu dem durch das WachsChG v. 27.3.2024 (BGBl. I 2024 Nr. 108; BStBl. I 2024, 666) **neu eingefügten Abs. 9a Satz 2:** Siehe Anm. 20g.

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

20d

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

K. Erläuterungen zu Abs. 9a: Herausnahme von bestimmten Immobilien aus der Immobilien-/Auslandsimmobilienquote

I. Überblick

20e

Der durch das WachsChG v. 27.3.2024 (BGBl. I 2024 Nr. 108; BStBl. I 2024, 666) neu eingefügte Abs. 9a zielt darauf ab, eine Immobilien- oder Auslands-Immobilienteilfreistellung (§ 20 Abs. 3, s. § 20 Anm. 15) beim Anleger auszuschließen, wenn es aufgrund von Steuerbefreiungsvorschriften zu keiner oder nur einer geringen Steuervorbelastung auf Ebene des Investmentfonds oder einer von ihm gehaltenen Immobilien-KapGes. gekommen ist (BTDrucks. 20/8628, 207). Regelungstechnisch werden dazu bestimmte Immobilien (und bestimmte Beteiligungen an einer Immobilien-Gesellschaft oder Auslandsimmobiliengesellschaft) aus der Ermittlung der Immobilien- bzw. Auslandsimmobilienfondsquote ausgenommen. Hintergrund der Regelung waren offensichtlich Gestaltungen, bei denen inländ. Investmentfonds über einen bestimmten Typus einer finnischen Immobilien-Gesellschaft (der sog. Oy MREC) in finnische Immobilien investiert haben und es (aufgrund einer Art Transparenz dieser Gesellschaft zur Zurechnung der Vermietungseinkünfte zum in Finnland persönlich stbefreiten inländ. Investmentfonds) zu keiner stl. Vorbelastung der Vermietungseinkünfte in Finnland gekommen war (s. BTDrucks. 20/8628, 206). Die Neuregelung, die inhaltlich allerdings (deutlich) über die Konstellation des Oy MREC hinausgeht, gilt ab dem 1.1.2025 (§ 57 Abs. 8 Satz 4).

II. Keine Einbeziehung von bestimmten Immobilien (Abs. 9a Satz 1)

- 20f Nach Abs. 9a Satz 1 ist eine Immobilie für die Zwecke der Immobilienfondsquote und der Auslandsimmobilienfondsquote nicht als Immobilie anzusetzen, wenn die Einkünfte aus der Vermietung oder Verpachtung oder aus der Veräußerung der Immobilie keiner Besteuerung unterliegen oder zu mehr als 50 % von der Besteuerung befreit sind.

Immobilie: Siehe Anm. 20.

Einkünfte aus der Vermietung oder Verpachtung oder aus der Veräußerung der Immobilie unterliegen keiner Besteuerung oder sind zu mehr als 50 % von der Besteuerung befreit: Gemeint sind dabei nach BTDrucks. 20/8628, 907 persönliche oder sachliche StBefreiungen des Investmentfonds, nicht jedoch Fälle, in denen es aufgrund fehlender Überschüsse im VZ oder aufgrund der Verrechnung von Überschüssen mit Verlusten aus Vorjahren zu keiner tatsächlichen Besteuerung kommt. Dies hätte uE präziser im Gesetzeswortlaut reflektiert werden müssen.

Rechtsfolge: Kein Ansatz als Immobilie für Zwecke der Immobilienfondsquote und der Auslands-Immobilienfondsquote: Siehe zu den Begriffen „Immobilienfondsquote“ Abs. 9 Satz 1 (Anm. 20) und „Auslands-Immobilienfondsquote“ Abs. 9 Satz 2 (Anm. 20a). Gemeint ist, dass diese Immobilien (obwohl sie isoliert betrachtet die Voraussetzungen einer „Immobilie“ iSd. Abs. 9 erfüllen), (nur) für Zwecke dieser Vorschrift als sonstige Vermögensgegenstände gelten, die nicht (unter den weiteren Voraussetzungen) zu einer Teilfreistellung auf Anlegerebene berechtigen (vgl. auch BTDrucks. 20/8628, 907).

20g III. Keine Einbeziehung von bestimmten Beteiligungen an Immobilien-Gesellschaften (Abs. 9a Sätze 2 und 3)

Nach Abs. 9a Satz 2 ist eine Beteiligung an einer Immobilien-Gesellschaft oder Auslands-Immobilien-Gesellschaft, die der Investmentfonds unmittelbar oder mittelbar über PersGes. hält, für die Zwecke der Immobilienfondsquote und der Auslands-Immobilienfondsquote nicht als Immobilien-Gesellschaft oder Auslands-Immobilien-Gesellschaft anzusetzen, wenn die Einkünfte der Immobilien-Gesellschaft oder der Auslands-Immobilien-Gesellschaft aus der Vermietung oder Verpachtung oder aus der Veräußerung von Immobilien zu mehr als 50 % von der Besteuerung befreit sind. Das Gleiche gilt nach Abs. 9a Satz 3, wenn die Einkünfte der Immobilien-Gesellschaft oder Auslands-Immobilien-Gesellschaft dem Investmentfonds als deren Gesellschafter zugerechnet werden und diese Einkünfte keiner Besteuerung unterliegen oder zu mehr als 50 % von der Besteuerung befreit sind.

Beteiligung an einer Immobilien-Gesellschaft oder Auslands-Immobilien-Gesellschaft: Siehe Anm. 20 und 20a.

Die der Fonds unmittelbar oder mittelbar über eine Personengesellschaft hält: Damit ist uE gesetzgeberisch dokumentiert, dass – anders als bei „Kapitalbeteiligungen“ im Rahmen der Aktienfonds-Kapitalbeteiligungsquote nach Abs. 6 bzw. der Mischfonds-Kapitalbeteiligungsquote nach Abs. 7, bei denen es eine entsprechende gesetzliche Anordnung in Abs. 8 Satz 5 Nr. 1 gibt, s. Anm. 12 – für die Ermittlung der (Auslands-)Immobilienfondsquote auch mittelbar über eine PersGes. gehaltene Beteiligungen an (Auslands-)Immobilien-Gesellschaften grds. zu berücksichtigen sind (es sei denn, es liegt eine Gegen Ausnahme nach Abs. 9a vor).

Alternative 1: Einkünfte der Immobilien-Gesellschaft oder der Auslands-Immobilien-Gesellschaft aus der Vermietung oder Verpachtung oder aus der Veräußerung von Immobilien sind zu mehr als 50 % von der Besteuerung befreit (Abs. 9a Satz 2): Gemeint sind dabei nach BTDrucks. 20/8628, 907 persönliche oder sachliche StBefreiungen der Immobilien-Gesellschaft oder der Auslands-Immobilien-Gesellschaft, nicht jedoch Fälle, in denen die Immobilien-Gesellschaft oder die Auslands-Immobilien-Gesellschaft stpfl. ist, es aber aufgrund fehlender Überschüsse im VZ oder aufgrund der Verrechnung von Überschüssen mit Verlusten aus Vorjahren zu keiner tatsächlichen Besteuerung kommt. Dies hätte uE präziser im Gesetzeswortlaut reflektiert werden müssen.

Alternative 2: Einkünfte der Immobilien-Gesellschaft oder Auslands-Immobilien-Gesellschaft werden dem Investmentfonds als deren Gesellschafter zugerechnet und diese Einkünfte unterliegen keiner Besteuerung oder sind zu mehr als 50 % von der Besteuerung befreit (Abs. 9a Satz 3): Diese Regelung soll nach BTDrucks. 20/8628, 907 insbes. den von der Gesetzesänderung primär ins Auge gefassten Fall des finnischen Oy MREC erfassen, erstreckt sich aber auf sämtliche Fälle, in denen die Einkünfte einer (Auslands-)Immobilien-Gesellschaft nach anwendbarem nationalem StRecht dem an ihr (uE aufgrund des Wortlauts „Gesellschafter“ zwingend unmittelbar) beteiligten Investmentfonds stl. zugerechnet werden und dieser im Land der (Auslands-)Immobilien-Gesellschaft mit diesen Einkünften ganz oder überwiegend stfrei gestellt ist. Die Erwägungen zur persönlichen oder sachlichen StBefreiung in Alt. 1 gelten uE auch hier.

Rechtsfolge: Kein Ansatz als Immobilien-Gesellschaft oder Auslands-Immobilien-Gesellschaft für Zwecke der Immobilienfondsquote und der Auslands-Immobilienfondsquote: Siehe zu den Begriffen „Immobilienfondsquote“ Abs. 9 Satz 1 (Anm. 20) und „Auslands-Immobilienfondsquote“ Abs. 9 Satz 2 (Anm. 20a). Gemeint ist, dass die Beteiligungen an diesen Gesellschaften (obwohl sie isoliert betrachtet die Voraussetzungen einer „Immobilien-Gesellschaft“ oder „Auslands-Immobilien-Gesellschaft“ iSd. Abs. 9 erfüllen), (nur) für Zwecke dieser Vorschrift als sonstige Vermögensgegenstände gelten, die nicht (unter den weiteren Voraussetzungen) zu einer Teilfreistellung auf Anlegerebene berechtigen.

Verhältnis zu Abs. 9 Satz 6: Nach BTDrucks. 20/8628, 907 soll die Regelung in Abs. 9 Satz 6 zur Berücksichtigung von Anteilen an REIT-Körperschaften, -Personenvereinigungen oder -Vermögensmassen (s. Anm. 20c) als lex specialis vorrangig gegenüber Abs. 9a Satz 2 sein, dh., eine Beteiligung an einem stbefreiten REIT soll weiterhin als Immobilie berücksichtigt werden können, wenn die Ausschüttungen des REIT einer hinreichenden Besteuerung iSd. Abs. 9 Satz 6 unterliegen. Dies hätte uE im Gesetzeswortlaut reflektiert werden müssen.

L. Erläuterungen zu Abs. 9b: Definition des Aktivvermögens

I. Aktivvermögen (Abs. 9b Satz 1)

20h

Die durch das „JStG 2018“ v. 11.12.2018 (BGBl. I 2018, 2338; BStBl. I 2018, 1377) in Abs. 9a eingefügte (und durch das WachSchG v. 27.3.2024, BGBl. I 2024 Nr. 108; BStBl. I 2024, 666, wortlautidentisch in Abs. 9b verschobene) Norm definiert für Zwecke der Ermittlung der in Abs. 6 (s. Anm. 12) und 7 (s. Anm. 13) geregelten Kapitalbeteiligungsquote und der Immobilienquote nach Abs. 9 (s. Anm. 20) den Begriff des Aktivvermögens. Danach bestimmt sich die Höhe des

Aktivvermögens nach dem Wert der Vermögensgegenstände des Investmentfonds ohne Berücksichtigung von Verbindlichkeiten des Investmentfonds (= Bruttowert). Zuvor hatten die betreffenden Normen jeweils auf den „Wert“ der Kapitalbeteiligungen bzw. Immobilien abgestellt (s. hierzu und zur Übergangsregelung in § 56 Abs. 1a *Hartmann* in BeckOK, § 2 Rz. 239 [12/2023]).

Wert der Vermögensgegenstände des Investmentfonds: Nach Auffassung der FinVerw. sind dies insbes. der Wert von Aktien, sonstigen Kapitalbeteiligungen, verzinslichen Wertpapieren, derivativen Finanzprodukten, Beteiligungsgesellschaften und Immobilien (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.41). Dies würde bei einer Bilanzierung der Aktivseite der Bilanz entsprechen (BTDrucks. 19/4455, 67). Die Gesetzesbegründung weist uE zutr. darauf hin, dass Investmentfonds idR keine Bilanz erstellen, sondern eigenständigen Rechnungslegungsvorschriften unterliegen. Anders als in einer Bilanz sei daher für die Ermittlung der Höhe des Aktivvermögens auch nicht auf die (fortgeführten) AK, sondern auf die jeweiligen tagesaktuellen Verkehrswerte der vom Investmentfonds gehaltenen Vermögensgegenstände abzustellen (BTDrucks. 19/4455, 67).

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

20i II. Abstellen auf Wert möglich (Abs. 9b Satz 2)

Nach der ebenfalls durch das „JStG 2018“ v. 11.12.2018 (BGBl. I 2018, 2338; BStBl. I 2018, 1377) in Abs. 9a eingefügten (und durch das WachsChG v. 27.3.2024, BGBl. I 2024 Nr. 108; BStBl. I 2024, 666, wortlautidentisch in Abs. 9b verschobenen) Neuregelung darf – anstelle des Aktivvermögens – in den Anlagebedingungen auf den Wert des Investmentfonds abgestellt werden. Der Gesetzeswortlaut ist nach den Diskussionen im Finanzausschuss (BTDrucks. 19/5594, 46) nunmehr so allg. gehalten ist, dass diese Alternative stets (dh. für sämtliche Investmentfonds) möglich ist. Der Regierungsentwurf hatte demgegenüber einen engen Anwendungsbereich vor Augen: Danach sollte Satz 2 (nur) anwendbar sein, wenn der Investmentfonds nur kurzfristige Kredite aufnehmen darf und die Kreditaufnahme auf maximal 30 % des Werts des Investmentfonds begrenzt gewesen sei (BTDrucks. 19/4455, 68). Dieses Kriterium hätten uE ausschließlich OGAW erfüllen können. Durch den geänderten Gesetzeswortlaut ist diese Beschränkung nicht mehr relevant (s. auch *Hartmann* in BeckOK, § 2 Rz. 241 [12/2023]).

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

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

20j III. Ermittlung des Werts von Kapitalbeteiligungen/Immobilien (Abs. 9b Sätze 3 und 4)

Nach der ebenfalls durch das „JStG 2018“ v. 11.12.2018 (BGBl. I 2018, 2338; BStBl. I 2018, 1377) in Abs. 9a eingefügten (und durch das WachsChG v. 27.3.

2024, BGBl. I 2024 Nr. 108; BStBl. I 2024, 666, wortlautidentisch in Abs. 9b verschoben) Neuregelung sind bei der Ermittlung des Umfangs des in Kapitalbeteiligungen angelegten Vermögens in den Fällen des Satzes 2 die Kredite entsprechend dem Anteil der Kapitalbeteiligungen am Wert aller Vermögensgegenstände abzuziehen (Abs. 9b Satz 3). Dies gelte entsprechend für die Ermittlung des Umfangs des in Immobilien angelegten Vermögens (Abs. 9b Satz 4). Diese Neuregelungen sind im Zusammenhang mit Satz 2 zu sehen, der unter bestimmten Voraussetzungen das Abstellen auf den Wert des Investmentfonds erlaubt. Für diesen Fall regelt Abs. 9b Satz 3 die Berechnung der Kapitalbeteiligungsquote. Zum einen sind bei der Wertermittlung des Gesamtvermögens des Investmentfonds die Verbindlichkeiten abzuziehen, zum anderen auch die bei der Wertermittlung der einzelnen Kapitalbeteiligungen anteilig auf diese Kapitalbeteiligungen entfallenden Kredite, dh., es ist für beide Größen eine Nettomethode anzuwenden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.42). Dies gilt gem. Abs. 9a Satz 4 entsprechend für die Berechnung der Immobilienquote und der Auslands-Immobilienquote (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.42). Im Erg. sollen das Abstellen auf das Aktivvermögen nach Satz 1 und das modifizierte Abstellen auf den Nettoinventarwert nach den Sätzen 2 bis 4 zum gleichen Erg. führen (BTDrucks. 19/4455, 68).

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

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

Die Kredite sind entsprechend dem Anteil der Kapitalbeteiligungen am Wert aller Vermögensgegenstände abzuziehen: Der Inhalt dieser Regelung erschließt sich nicht ohne Weiteres. Gemeint ist, dass bei der Berechnung davon auszugehen sei, dass alle Vermögensgegenstände des Investmentfonds in gleichem Verhältnis durch Kredite finanziert werden. Daher sei bei der Ermittlung der Quoten der Wert der Kapitalbeteiligungen entsprechend zu kürzen, dh., bei der Wertermittlung der Kapitalbeteiligungen sind die anteilig auf die Kapitalbeteiligungen entfallenden Kredite abzuziehen. Im Erg. ist für beide Größen eine Nettomethode anzuwenden. Die Regelung soll sicherstellen, dass auch beim Ansatz des Nettoinventarwerts ein Aktienfonds nur dann vorliegt, wenn überwiegend in Aktien investiert wird (vgl. BTDrucks. 19/4455, 68, mit Rechenbeispiel). Unklar ist, was genau unter dem Begriff „Kredit“ zu verstehen ist, ob er insbes. enger ist als der Begriff der Verbindlichkeit (ausführl. *Hartmann* in BeckOK, § 2 Rz. 242 [12/2023]; *Herr/Stiefel*, DStR 2019, 908 [910]). Hier wäre eine Positionierung der FinVerw. wünschenswert.

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

M. Erläuterungen zu Abs. 10: Definition des Anlegers

21

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 de-

klaratorisch, 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. [2/2023]). Siehe ausführl. zur Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums an Investmentanteilen *Patzner in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 2 Rz. 37 ff. (8/2022).

22 N. Erläuterungen zu Abs. 11: Definition von Ausschüttungen

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

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

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

„gezahlt oder gutgeschrieben“ voraussichtlich weit und beispielhaft im Sinne von „in den Verfügungsbereich des Anlegers gelangt“ verstehen wollen. Nicht vom Begriff der Ausschüttung erfasst werden sollen nach Auffassung der FinVerw. Zahlungen eines Spezial-Investmentfonds an dessen Anleger (so auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.44).

Einschließlich des Steuerabzugs auf den Kapitalertrag: Ziel der Regelung ist, dass Steuern, die auf dem Weg vom Investmentfonds zum Anleger (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 (zzgl. SolZ und ggf. KiSt), sondern auch eine etwaige ausländ. Abzugssteuer, die auf die Ausschüttung erhoben wird (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.45). Durch die leicht geänderte Formulierung („Steuerabzug auf Kapitalertrag“ vs. „Kapitalertragsteuer“) sollte sich der zum InvStG aF ausgetragene Streit, ob auch ausländ. Abzugsteuern erfasst sind (vgl. Bödecker in Bödecker/Ernst/Hartmann, 2016, § 1 Rz. 239), erledigt haben. Demgegenüber sind Abzugssteuern, die gegenüber dem Investmentfonds erhoben worden sind (Fondseingangsseite, zB inländ. KapErtrSt nach § 7 Abs. 1) nicht Teil der (fiktiven) Ausschüttung an den Anleger (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.45).

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

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

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

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

Auch Satzung, Gesellschaftsvertrag oder vergleichbare konstituierende Rechtsakte: Der Begriff der Anlagebedingungen ist uE weit zu verstehen und umfasst alle Vorschriften, die die Mittelverwendung und Anlagetätigkeit des Investmentfonds verbindlich festlegen (vgl. bereits zum alten Recht *Gottschling/Schatz in Moritz/Jesch/Mann*, 1. Aufl. 2015, § 1 Rz. 189). Neben den Allgemeinen und Besonderen Anlagebedingungen (AAB und BAB) sind dies aufgrund der gesetzlichen Fiktion „auch“ die Satzung, der Gesellschaftsvertrag oder vergleichbare konstituierende Rechtsakte. Die FinVerw. will den letzten Begriff uE zutr. weit verstehen und darunter sämtliche schriftliche Vereinbarungen zur Regelung der Rechtsverhältnisse in Bezug auf den Investmentfonds und damit insbes. Nebenabreden zB in Form eines *Side Letter* fassen, Letztere allerdings zunächst nur – uE zu restriktiv –, wenn

diese verbindlich für alle Anleger gelten (Entwurf BMF v. 11.8.2017 – IV C 1 - S 1980 – 1/16/10010:001, BStBl. I 2019, 527, Rz. 2.32). In der finalen Verlautbarung heißt es demgegenüber (nur), dass diese verbindlich „für den Investmentfonds“ gelten (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.48). Damit sollten uE auch mit einem einzelnen Anleger geschlossene *Side Letter* ausreichen. Ferner sollen nach Auffassung der FinVerw. Angaben in den Verkaufsprospekten, Jahresberichten oder ähnlichen Dokumenten mangels Regelung eines Rechtsverhältnisses grds. keine Anlagebedingungen darstellen. Etwas anderes gelte jedoch, wenn die Anlagebedingungen oder das ausländ. Aufsichtsrecht für Investmentfonds die Festlegung der Anlagepolitik eines Investmentfonds im Verkaufsprospekt erlauben; denn dann sei der Verkaufsprospekt insoweit ebenfalls Bestandteil der Anlagebedingungen. Darüber hinaus seien Angaben in einem Verkaufsprospekt als Bestandteil der Anlagebedingungen zu betrachten, soweit sich aus Abweichungen vom Verkaufsprospekt Ansprüche der Anleger aus Prospekthaftung ergeben können oder soweit die Änderung des Verkaufsprospekts einer Genehmigung durch eine Aufsichtsbehörde bedarf (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.49). Siehe dazu ausführl. *Hartmann* in BeckOK, § 2 Rz. 267 f. (12/2023); *Schwenke/Verleger* in *Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 2 Rz. 108 ff.

24 P. Erläuterungen zu Abs. 13: Definition von Veräußerung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Q. Erläuterungen zu Abs. 14: Definition von Gewinn

25

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

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

26

Amts- und Beitreibungshilfe leistender ausländischer Staat ist ein Mitgliedstaat der Europäischen Union oder ein Drittstaat, der (i) der Bundesrepublik Deutschland Amtshilfe gemäß der Amtshilferichtlinie iSd. § 2 Abs. 2 EU-Amtshilfegesetz oder gemäß vergleichbarer völkerrechtl. Vereinbarungen leistet und (ii) die Bundesrepublik Deutschland bei der Beitreibung von Forderungen gemäß der Beitrei-

bungsrichtlinie 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 ausl. Staats unterliegt oder dort ansässig ist. Dies betrifft zum einen die Verschmelzung von ausl. Investmentfonds nach § 23 Abs. 4 (s. § 23 Anm. 20) sowie von ausl. Spezial-Investmentfonds oder Altersvorsorgevermögenfonds nach § 54 iVm. § 23 Abs. 4, zum anderen die Möglichkeit eines Investmentfonds, bei Beteiligung bestimmter ausl. 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 ausl. 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 ausl. Staat muss der Bundesrepublik Deutschland Amtshilfe gemäß der EU-Amtshilferichtlinie iSv. § 2 Abs. 2 EU-Amtshilfegesetz oder gemäß vergleichbarer völkerrechtl. Vereinbarungen leisten. Dies sind zunächst alle Mitgliedstaaten der EU. Leider äußert sich die FinVerw. bislang nicht zu der Frage, welche Drittstaaten eine vergleichbare Amtshilfe leisten. Dies sind uE Drittstaaten, die mit der Bundesrepublik Auskunftsverkehr auf der Basis von DBA über den stl. Informationsaustausch (TIEA) oder anderer multinationaler Abkommen ausüben (s. ausführl. *Seer in Tipke/Kruse*, § 117 AO Rz. 90, 69 ff. [2/2023]).

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

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

27 S. Erläuterungen zu Abs. 16: Konsequenzen für Anteile an Personengesellschaften, die nach § 1a KStG zur Körperschaftsbesteuerung optiert haben

Abs. 16 wurde durch das KöMoG v. 25.6.2021 (BGBl. I 2021, 2050) eingefügt. Nach der neuen Vorschrift gelten Anteile an PersGes., die nach § 1a KStG zur

Körperschaftsbesteuerung optiert haben, für Zwecke der §§ 26, 28 und 48 nicht als Beteiligung an einer KapGes., sondern es sollen insoweit weiterhin die für PersGes. geltenden Regelungen anzuwenden sein. Die Regelung gilt ab dem 1.1.2022 (§ 57 Abs. 6 Nr. 2).

Anteile an Personengesellschaften, die nach § 1a KStG zur Körperschaftsbesteuerung optiert haben: Siehe zu den Voraussetzungen § 1a KStG (s. § 1a KStG Anm. 1 ff.).

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

Geltung für Zwecke der §§ 26, 28: Damit soll sichergestellt werden, dass die 100-Anleger-Grenze des § 26 Nr. 8 (s. § 26 Anm. 60 ff.) und deren Überwachung durch die Mitteilungspflichten nach § 28 (s. § 28 Anm. 5 ff.) nicht durch die Option zur Körperschaftsbesteuerung umgangen werden können (BTDrucks. 19/28656, 29).

Geltung für Zwecke des § 48: Damit soll sichergestellt werden, dass Anteile an optierenden PersGes. nicht in die Ermittlung des Aktiengewinns nach § 48 Abs. 3 (s. § 48 Anm. 15 ff.) einbezogen werden. Hintergrund seien zum einen (uE vorge-schoben) die Reduzierung von Komplexität sowie die Verhinderung von Steuer-gestaltungsmöglichkeiten (BTDrucks. 19/28656, 29 f.).

Nicht erfasste Fälle: Mangels gesetzlicher Anordnung bleibt nach der Begr. zum Regierungsentwurf des KöMoG (uE zutr.) von Abs. 16 unbenommen, dass die Einkünfte, die ein (Spezial-)Investmentfonds aus einer Beteiligung an einer optierenden PersGes. erzielt, als Kapitaleinkünfte iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG und damit als inländ. Beteiligungseinnahmen iSd. § 6 Abs. 3 InvStG gelten. Ebenfalls von Abs. 16 soll (uE zutr.) auf Anlegerebene unbeeinflusst bleiben, dass der erhöhte Teilfrei-stellungssatz nach § 20 Abs. 1 Satz 3 für KStSubjekte auf Investorserträge einer PersGes. anzuwenden ist, die zur Körperschaftsbesteuerung optiert hat (BTDrucks. 19/28656, 30).

