

§ 15 Gewerbesteuer

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

(1) Investmentfonds gelten als sonstige juristische Personen des privaten Rechts nach § 2 Absatz 3 des Gewerbesteuergesetzes.

(2) ¹Ein Investmentfonds ist von der Gewerbesteuer befreit, wenn

1. sein objektiver Geschäftszweck auf die Anlage und Verwaltung seiner Mittel für gemeinschaftliche Rechnung der Anleger beschränkt ist und
2. er seine Vermögensgegenstände nicht in wesentlichem Umfang aktiv unternehmerisch bewirtschaftet.

²Satz 1 Nummer 2 ist nicht auf Beteiligungen an Immobilien-Gesellschaften nach § 1 Absatz 19 Nummer 22 des Kapitalanlagegesetzbuchs anzuwenden.

(3) Die Voraussetzungen des Absatzes 2 gelten als erfüllt, wenn die Einnahmen aus einer aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung in einem Geschäftsjahr weniger als 5 Prozent der gesamten Einnahmen des Investmentfonds betragen.

(4) ¹Die aktive unternehmerische Tätigkeit eines gewerbesteuerpflichtigen Investmentfonds bildet einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb. ²Der Gewinn des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs ist als Überschuss der Betriebseinnahmen über die Betriebsausgaben zu ermitteln. ³Der so ermittelte Gewinn ist der Gewinn nach § 7 Satz 1 des Gewerbesteuergesetzes zur Ermittlung des Gewerbeertrags.

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

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

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 15

1

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

Rechtsentwicklung und zeitlicher Geltungsbereich des § 15:

- ▶ *InvStRefG v. 19.7.2016* (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731): § 9 wurde mit dem InvStRefG v. 19.7.2016 eingeführt; s. dazu Einf. Anm. 5.
- ▶ *WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019* (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17): In Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 wurden die Worte „Anteils- oder Aktieninhaber“ durch den Begriff „Anleger“ ersetzt, nach offizieller Begründung, um den Sprachgebrauch im InvStG zu vereinheitlichen (BTDrucks. 19/13436, 175). Zugleich wirkt (erst) damit aber auch die Definition in § 2 Abs. 10 im Rahmen von § 15. In Abs. 4 wurde der Begriff „gewerbliche“ durch die Worte „aktive unternehmerische“ ersetzt, um klarzustellen, dass die allgemeinen Abgrenzungskriterien zwischen Vermögensverwaltung und Gewerblichkeit angesichts der Besonderheiten der Fondsanlage nicht uneingeschränkt maßgeblich sind (s. dazu Anm. 20 und § 6 Anm. 30 zu § 6 Abs. 5 Satz 2). Die Änderungen sind seit dem 1.1.2020 anzuwenden (§ 57 Nr. 2).
- ▶ *Diskussionsentwurf des BMF eines Gesetzes zur Förderung von Investitionen von Fonds in erneuerbare Energien und Infrastruktur v. 21.5.2024* (s. dazu auch Einf. InvStG Anm. 4): Der DiskE sieht vor, dass § 15 in den Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 neu gefasst wird. In Abs. 2 Satz soll die Ausnahme von der GewStPflcht bei unternehmerischer Tätigkeit erstreckt werden auf die Beteiligung an Gesellschaften, deren Unternehmensgegenstand auf die Erzeugung, die Umwandlung, den Transport oder die Speicherung von Strom, Gas oder Wärme aus erneuerbaren Energien gerichtet ist. Als Folgeänderung sollen Einnahmen aus solchen Beteiligungen von der Bagatellgrenze des dazu neu zu fassenden Abs. 3 ausgenommen werden.
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* § 15 gilt ab dem 1.1.2018, s. § 56 Abs. 1.

Geltungsbereich des § 15:

- ▶ *Sachlicher Geltungsbereich:* § 15 regelt die GewStPflcht eines Investmentfonds sowie die Voraussetzungen der Befreiung davon.
- ▶ *Persönlicher Geltungsbereich:* § 15 gilt für Investmentfonds und über § 29 Abs. 4 auch für Spezial-Investmentfonds.

Verhältnis des § 15 zu anderen Vorschriften:

- ▶ *Verhältnis zu § 26:* Gemäß § 26 kann ein Investmentfonds nur Spezial-Investmentfonds sein, wenn er die Anlagebestimmungen des § 26 erfüllt. Bislang war zudem erforderlich, dass der Fonds die Voraussetzungen einer GewStBefreiung nach § 15 Abs. 2 und 3 erfüllte. Dennoch regelte nicht § 15 oder § 26 die GewStBefreiung eines Spezial-Investmentfonds, sondern § 29 Abs. 4. Mit dem JStG 2022 v. 16.12.2022 (BGBl. I 2022, 2294, BStBl. I 2023, 7) wurde der Verweis auf § 15 Abs. 2 und 3 aus dem bisherigen Einleitungssatz des § 26 gestrichen und die Bagatellgrenze des § 15 Abs. 3 in § 26 Nr. 7a Satz 1 als eine neue Anlagebestimmung aufgenommen, deren wesentliche Verletzung nach wie vor zum Statusverlust führen kann (s. dazu im Detail § 26 Anm. 1 und 57).
- ▶ *Verhältnis zu § 29 Abs. 4:* § 15 regelt die GewStBefreiung von Investmentfonds, § 29 Abs. 4 die von Spezial-Investmentfonds, obgleich die Erfüllung der Voraussetzungen des § 15 Abs. 2 und 3 zu den den Spezial-Investmentfonds ausmachenden Merkmalen gehört.

2–4 Einstweilen frei.

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Gewerbesteuerpflicht

5

Gewerbesteuerpflicht kraft Fiktion: Nach Abs. 1 gilt ein Investmentfonds als sonstige juristische Person des privaten Rechts nach § 2 Abs. 3 GewStG, und damit gilt seine Tätigkeit nach § 2 Abs. 3 GewStG als Gewerbebetrieb, soweit er einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb unterhält. Abs. 1 begründet damit in einem ersten Schritt (s. aber Abs. 2) zusammen mit § 2 Abs. 3 GewStG die GewStPflicht kraft Fiktion (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 15.1; vgl. auch *Keß in Lenski/Steinberg*, § 2 GewStG Rz. 4050 ff. [9/2023]).

Umfang der Gewerbesteuerpflicht: Ist ein Investmentfonds gewstpfl., erstreckt sich die GewStPflicht (nur) auf den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb, welcher beim Fonds durch seine gewerbliche Tätigkeit gebildet wird (Abs. 4 Satz 1, s. Anm. 20) und dessen Gewinn nach Abs. 4 Satz 3 der Gewinn nach § 7 Satz 1 GewStG ist. Anhand dieses Gewinns wird der Gewbeertrag des Investmentfonds nach § 7 Satz 1 GewStG unter weiterer Berücksichtigung der §§ 8 bis 11 GewStG ermittelt (zu Besonderheiten bei der Ermittlung des Gewinns s. Abs. 4 und dazu Anm. 20). Dabei werden z.B. ausländ. gewerbliche Einkünfte des Investmentfonds bei der Ermittlung des Gewbeertrags nach Maßgabe des § 9 Nr. 3 GewSt gekürzt, so dass Einkünfte aus einer ausländ. BS nicht der GewStPflicht unterliegen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 15.43). Zur Vermeidung von Standortnachteilen für inländ. Fonds soll die GewStPflicht eines Investmentfonds auf seine inländ. Einkünfte beschränkt sein (BTDrucks. 18/8045, 84; s. auch *Helios/Mann*, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 1 [13]), so dass Einkünfte, mit denen ein Fonds nicht der partiellen KSt unterliegt, auch nicht der GewSt unterliegen (*Stadler/Bindl*, DStR 2016, 1953 [1956]).

Einstweilen frei.

6–9

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Gewerbesteuerbefreiung

10

Regelmäßige Gewerbesteuerbefreiung (Abs. 2 Satz 1): Regelmäßig ist ein Investmentfonds von der GewSt befreit, wenn er die Voraussetzungen des Abs. 2 Satz 1 erfüllt oder diese beiden (s. Abs. 3 Anm. 15) nach Abs. 3 als erfüllt gelten. Die Anforderungen an die GewStBefreiung entsprechen im Wesentlichen denen des § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 3 InvStG aF. Hintergrund der GewStBefreiung und ihrer beiden Voraussetzungen (Satz 1 Nr. 1 und 2) ist, dass wie schon bisher nach Auffassung der FinVerw. (BMF v. 3.3.2015 – IV C 1 - S 1980 – 1/13/10007:003, BStBl. I 2015, 227, unter 1.) auch nach Auffassung des Gesetzgebers (vgl. BTDrucks. 18/8045, 84 und BTDrucks. 19/13436, 173 im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens zum WElektroMobFördG/„JStG 2019“ v. 12.12.2019, BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) die allgemeinen Grundsätze zur Abgrenzung einer gewerblichen von einer vermögensverwaltenden Tätigkeit (s. § 15 EStG Anm. 1100 ff.) bei Investmentfonds nur in eingeschränktem Maße geeignet sind, weil es bei der Investmentanlage als kollektiver Anlageform naturgemäß zu sehr umfangreichen Vermögensanlagen kommt, die dadurch einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern. Außerdem werde die Investmentanlage durch professionelle Verwalter mit entsprechenden beruflichen Erfahrungen durchgeführt. Insbesondere diese beiden Merkmale seien daher für eine Abgrenzung ungeeignet (s. auch § 6 Anm. 30).

Beschränkung des objektiven Geschäftszwecks auf Anlage und Verwaltung der Mittel des Fonds für gemeinschaftliche Rechnung der Anleger:

- ▶ *Beschränkung des objektiven Geschäftszwecks:* Da der Zweck eines Geschäfts begrifflich notwendig abhängig ist von einem subjektiven Willen, der darauf gerichtet sein muss, etwas mit dem Geschäft zu erreichen, meint das Gesetz mit dem Begriff „objektiver Geschäftszweck“ wohl eher den Gegenstand eines Investmentfonds (entsprechend etwa dem Gegenstand zB einer AG, vgl. § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG). Dieser Gegenstand muss objektiv sein. Auch das ist eher sprachlich verunglückt formuliert; gemeint ist, dass sich der Gegenstand des Investmentfonds nicht nur aus seiner Beschreibung in den Anlagebedingungen ergeben soll (vgl. BTDrucks. 18/8045, 84; ebenso kommen ggf. eine Satzung oder ein Gesellschaftsvertrag in Betracht, s. *Gottschling/Schatz in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 1 Rz. 90), sondern dass auch die tatsächlich durchgeführten Geschäfte maßgebend sein sollen (s. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 15.3). Es müssen damit sowohl subjektive als auch objektive Merkmale für eine Vermögensverwaltung, dh. für die Beschränkung auf das Ziehen von Nutzungen aus den angeschafften Vermögensgegenständen sprechen (BTDrucks. 18/8045, 84; s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 15.3); aA *Mann in Brandis/Heuermann*, § 15 Rz. 20 [5/2022], der subjektive Vorstellungen des Verwalters oder der Anleger für unbeachtlich hält). Das Tatbestandsmerkmal überschneidet sich damit mit denen der Nr. 2 (keine unternehmerische Bewirtschaftung der Vermögensgegenstände des Fonds im wesentlichen Umfang).
- ▶ *Anlage und Verwaltung seiner Mittel für gemeinschaftliche Rechnung der Anleger:* Darauf, dh. auf die Vermögensverwaltung, muss der objektive Geschäftszweck des Investmentfonds beschränkt sein. Für die gemeinschaftliche Rechnung der Anleger wird Vermögen auch verwaltet, wenn der Investmentfonds nur einen Anleger hat oder die Zahl der Anleger in den Anlagebedingungen auf eine Person beschränkt ist (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 15.4; *Gottschling in Moritz/Jesch/Mann*, Frankfurter Kommentar zum Kapitalanlagerecht, Band 2, 2. Aufl. 2020, § 15 Rz. 22; *Oellerich in Kretschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 15 Rz. 14).

Keine aktive unternehmerische Bewirtschaftung der Vermögensgegenstände im wesentlichen Umfang: Der Ausschluss einer aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung ist insbes. darauf gerichtet, dass der Verwalter eines Investmentfonds nicht in das operative Geschäft von Unternehmen eingreift, an denen der Investmentfonds Anteile hält (BTDrucks. 18/8045, 84). Derartige Eingriffe sollen als unternehmerisches Handeln eine Gewerblichkeit indizieren (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 15.7), womit allerdings ein Gegenbeweis möglich ist (s. *Stadler/Mager*, BB 2019, 1760 [1763]). Nach der Begr. des Gesetzentwurfs zu Abs. 3 sind „die Besonderheiten der Investmentanlage“ zu berücksichtigen, also zB, dass es sich bei der kollektiven Anlage von Vermögen zwangsläufig um ein größeres Vermögen handelt, das schon aus investmentrechtl. Gründen eine professionelle Betreuung (mit allen Begleiterscheinungen, zB Einsatz von Asset Managern) verlangt.

Differenzierungen nach verschiedenen Vermögensarten:

- ▶ *Wertpapiergeschäfte:* Die FinVerw. nimmt bei diesen idR keine aktive unternehmerische Bewirtschaftung an (Ausnahmen Hochfrequenzhandel, kurzfristiges Ausnutzen von Preisunterschieden zwischen verschiedenen Börsenplätzen, s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 15.11 ff.).

- ▶ **Unternehmensbeteiligungen:** Bei diesen sind die Wahrnehmung von Aufsichtsratsfunktionen und die Wahrnehmung von Gesellschafterrechten unschädlich, während die Beteiligung am aktiven Management von Portfolio-Gesellschaften und eine rechtliche oder faktische Weisungsbefugnis gegenüber Zielunternehmen, die selbst operativ tätig sind, regelmäßig eine aktive unternehmerische Bewirtschaftung darstellen soll (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 15.14).
- ▶ **Beteiligung an Immobiliengesellschaften:** Bei der Beteiligung eines Investmentfonds an Immobiliengesellschaften, bei denen auch die FinVerw. eine aktive unternehmerische Bewirtschaftung annimmt, da diese aufsichtsrechtl. zulässig und üblich sei, ist hingegen zu berücksichtigen, dass diese nach Abs. 2 Satz 2 nicht zur GewStPflicht führt (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 15.15; s. auch „Ausnahme Beteiligung an Immobilien-Gesellschaften (Abs. 2 Satz 2)“).
- ▶ **Vermietung von Immobilien** wird zu aktiver unternehmerischer Bewirtschaftung, wenn sie den Charakter eines kurzfristigen Beherbergungsbetriebs annimmt oder die erbrachten Leistungen über die bei einer Vermietung üblichen Verwaltungs- und Unterhaltungsleistungen der Immobilien wesentlich hinausgehen (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 15.16, mit einer Aufstellung zahlreicher konkreter Umstände, die regelmäßig nicht zu einer aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung führen, in Rz. 15.17).
- ▶ **Veräußerung von Immobilien:** Die Beurteilung als aktive unternehmerische Bewirtschaftung hängt davon ab, ob sich die Geschäftstätigkeit als Grundstücks-handel darstellt. Das ist nach Auffassung der FinVerw. der Fall, wenn eine Immobilie oder mehrere Immobilien bereits mit dem Ziel der kurzfristigen Weiterveräußerung erworben werden (Einzelobjektbetrachtung) oder wenn bei Veräußerungen von Immobilien, die ohne das Ziel der kurzfristigen Weiterveräußerung erworben wurden, der Umschlag von Immobilien prägend für die Tätigkeit des Investmentfonds ist (Portfoliobetrachtung). Siehe dazu detailliert BMF, Anwendungsfragen, Rz. 15.18 ff.; Hensel, RdF 2019, 204 (207 f.).
- ▶ **Beteiligung an originär gewerblichen oder nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG gewerblich infizierten Personengesellschaften:** Siehe § 6 Anm. 30 und die widersprüchliche Auffassung des BMF (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 15.39 und Rz. 6.36); s. auch Stadler/Mager, BB 2019, 1760.

Wesentlicher Umfang: Die Bagatellgrenze des Abs. 3 (s. Anm. 15) gibt vor, was in quantitativer Hinsicht jedenfalls kein wesentlicher Umfang ist (s. auch Anm. 15). Weitere Anhaltspunkte dafür, was jenseits dieser Bagatellgrenze in qualitativer Hinsicht einen wesentlichen Umfang ausmacht, gibt uE die Begr. des Gesetzentwurfs zu § 26, in der ausgeführt wird, die in § 1 Abs. 1b Satz 2 InvStG aF geregelten Anforderungen an einen Investmentfonds, die für den Bereich der Spezial-Investmentfonds fortgeführt werden, seien jetzt die Voraussetzungen für die GewSt-Befreiung nach § 15. Diese Voraussetzungen seien nur dann nicht erfüllt, wenn ein wesentlicher Verstoß gegen die Anlagebestimmungen vorliege. Die Aberkennung des Status als Spezial-Investmentfonds sei nur als Ultima Ratio für besondere Ausnahmefälle, bspw. für den Fall gedacht, dass ein Verstoß bewusst und zweckgerichtet für missbräuchliche Steuergestaltungen herbeigeführt wurde (BTDrucks. 18/8045, 94). Das spricht uE dafür, auch bei Investmentfonds, die nicht Spezial-Investmentfonds sind, eine zur GewStPflicht führende aktive wesentliche unternehmerische Bewirtschaftung von Vermögen nicht nur quantitativ zu beurteilen, sondern nur ganz ausnahmsweise anzunehmen, wenn ein Fonds missbräuchlich für die unternehmerische Bewirtschaftung von Vermögen eingeschaltet wird.

Ausnahme Beteiligung an Immobilien-Gesellschaften (Abs. 2 Satz 2): Das negative Tatbestandsmerkmal, in Satz 1 Nr. 2, ein Investmentfonds dürfe, um die GewStBefreiung nicht zu verlieren, seine Vermögensgegenstände nicht in wesentlichem Umfang aktiv unternehmerisch bewirtschaften, gilt nach Abs. 2 Satz 2 nicht für die Beteiligung an Immobilien-Gesellschaften nach § 1 Abs. 19 Nr. 22 KAGB, also Gesellschaften, die nach Gesellschaftsvertrag oder Satzung nur Immobilien sowie die zur Bewirtschaftung der Immobilien erforderlichen Gegenstände erwerben dürfen. Zu einem Vorschlag, die Ausnahme auch de lege ferenda auf die Beteiligung eines Investmentfonds an Gesellschaften, deren Unternehmensgegenstand auf u.a. die Erzeugung von erneuerbaren Energien gerichtet ist, zu erstrecken s. den Diskussionsentwurf des BMF eines Gesetzes zur Förderung von Investitionen von Fonds in erneuerbare Energien und Infrastruktur v. 21.5.2024 (s. Einführung InvStG Anm. 4) und zuvor schon *Schultz-Süchting/Röger/Druckenbrodt*, DB 2024, 765, 771; zur dahinterstehenden Problematik der Investition von Investmentfonds in solche Unternehmen s. auch *Walter/Mehrgardt*, BB 2024, 87.

Verknüpfung mit „wenn“: Der Investmentfonds ist (persönlich) von der GewSt befreit, wenn er die beiden genannten Voraussetzungen erfüllt (bzw. sie nach Abs. 3 als erfüllt gelten). Dieses Konzept einer persönlichen StBefreiung bringt es – anders als eine sachliche StBefreiung, die man mit „soweit“ hätte abgrenzen können – mit sich, dass der Umfang der sachlichen GewStPflicht auf die Gewinne eines Fonds aus der aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung von Vermögensgegenständen begrenzt werden muss (s. Abs. 4 und *Bindl/Mager*, BB 2016, 2711 [2714]).

11–14 Einstweilen frei.

15 D. Erläuterungen zu Abs. 3: Bagatellgrenze

Bagatellregelung (Abs. 3): Nach dem Wortlaut des Abs. 3 gelten die Voraussetzungen der Befreiung eines Investmentfonds von der GewSt als erfüllt (Fiktion), wenn seine Einnahmen aus einer aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung in einem Geschäftsjahr weniger als 5 % seiner gesamten Einnahmen betragen.

5 % der gesamten Einnahmen: Es ist auf alle weltweit erzielten Einnahmen, nicht nur auf die inländ. abzustellen (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 15.35). Einnahmen sind alle zugeflossenen Güter in Geld oder Geldeswert ohne Berücksichtigung von WK (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 15.35).

Reichweite der Fiktion: Das Gesetz verwendet den Plural („die Voraussetzungen ... gelten“) und erstreckt damit die Fiktion auf beide Voraussetzungen der GewStBefreiung in Abs. 2 (so auch *Bindl/Mager*, BB 2016, 2711 [2714]; *Stadler/Bindl*, DStR 2016, 1953; *Mann* in *Brandis/Heuermann*, § 15 Rz. 42 [5/2022] mit dem berechtigten Hinweis, dass die FinVerw. sich dazu nicht ausdrücklich äußere, in BMF, Anwendungsfragen, Rz. 15.35 aber immerhin auch den Plural verwende [„die Voraussetzungen für eine Gewerbesteuerbefreiung“], was für diese Auffassung spreche; aA – Bagatellgrenze nur für Abs. 2 Nr. 2 – *Lechner*, RdF 2016, 208 [213]), also die Beschränkung des objektiven Geschäftszwecks (Abs. 2 Satz 1 Nr. 1) und den nicht wesentlichen Umfang der aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung der Vermögensgegenstände (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2). Betragen also die Einnahmen eines Investmentfonds aus einer aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung in einem Geschäftsjahr weniger als 5 % seiner gesamten Einnahmen, kommt es nicht mehr darauf an, ob der objektive Geschäftszweck des Fonds auf die Anlage

und Verwaltung seiner Mittel tatsächlich beschränkt ist oder ob der Umfang der aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung der Vermögensgegenstände wesentlich oder unwesentlich ist. Man wird diese Erstreckung der Bagatellgrenze auf die beiden Voraussetzungen der StBefreiung nach Abs. 2 und insbes. auch auf die des Abs. 2 Nr. 1 nicht für ein Versehen halten dürfen, da nach dem Willen des Gesetzgebers auch dort nicht nur die Beschränkung des Geschäftszwecks in Anlagebedingungen etc., sondern die tatsächlich durchgeführten Geschäfte („objektiver Geschäftszweck“) maßgebend sein sollen.

Fiktion als unbeachtliche Bagatell- statt Schmutzgrenze: Anders als bei der in § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 5 InvStG aF definierten Höchstgrenze für die Anlage in nicht zugelassene Vermögensgegenstände (sog. Schmutzgrenze), die nach Auffassung der FinVerw. nicht „bewusst und planmäßig dauerhaft“ ausgenutzt werden können sollte (BMF v. 23.10.2014 – IV C 1 - S 1980 – 1/13/10007:007, DStR 2014, 2346 Rz. 4), kann es im Fall der als Fiktion geregelten Bagatellgrenze nach Abs. 3 nicht darauf ankommen, ob ein Fonds bewusst oder unbewusst geringfügige Einnahmen aus einer unternehmerischen Bewirtschaftung von Vermögensgegenständen erzielt.

Einstweilen frei.

16–19

E. Erläuterungen zu Abs. 4: Gewerbesteuerpflichtiger Investmentfonds

20

Aktive unternehmerische Tätigkeit als wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb (Abs. 4 Satz 1): Nach Satz 1 bildet (nur) die aktive unternehmerische Tätigkeit eines gewstpfl. Investmentfonds einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb.

Sachliche Beschränkung der Gewerbesteuerpflicht: Die GewStPflcht eines Investmentfonds ist sachlich beschränkt auf seine aktive unternehmerische Tätigkeit, dh., ein Investmentfonds, der persönlich gewstpfl. wird, weil er Vermögensgegenstände in wesentlichem Umfang aktiv unternehmerisch bewirtschaftet (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2), wird nicht in vollem Umfang gewstpfl., sondern nur, „soweit er – unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Investmentanlage – gewerbliche Tätigkeiten ausübt“ (BTDrucks. 18/8045, 84, wobei seit der Änderung von Abs. 4 durch das WElektroMobFördG/„JStG 2019“ an die Stelle der „gewerblichen Tätigkeit“ eine „aktive unternehmerische Tätigkeit“ zu setzen ist). Die vermögensverwaltenden Tätigkeiten bleiben gewstfrei (s. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 15.38).

Gewerbliche versus aktive unternehmerische Tätigkeit: Dass Abs. 4 aF vor der Änderung durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) auf die gewerbliche Tätigkeit abstellte, während es in Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 die persönliche GewStPflcht daran knüpft, dass Vermögensgegenstände in wesentlichem Umfang aktiv unternehmerisch bewirtschaftet werden, war nicht sachgerecht (s. *Bindl/Mager*, BB 2016, 2711 [2714]). Sachgerechter und folgerichtiger war schon zuvor, auch in Abs. 4 auf den enger zu verstehenden Begriff der aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung der Vermögensgegenstände (und das Erg. aus einer solchen) abzustellen. Anderenfalls hätte nämlich das Erg. gewerblicher Tätigkeiten, die selbst noch nicht dazu führten, dass eine unternehmerische Bewirtschaftung und damit eine persönliche GewStPflcht des Investmentfonds angenommen würde, sachlich dann doch der GewSt unterlegen (vgl. *Bindl/Mager*, BB 2016, 2711 [2714]). Da es dem Willen des Gesetzgebers ent-

spricht, vermögensverwaltende Tätigkeiten gewstfrei zu belassen und deshalb bei der Bestimmung des Umfangs der GewStPflcht die „Besonderheiten der Investmentanlage“ zu berücksichtigen (BTDrucks. 18/8045, 85), war Abs. 4 Satz 1 teleologisch dahingehend zu reduzieren, dass nur die auch zur persönlichen StPflcht führende aktive unternehmerische Bewirtschaftung den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb bildet und nur ihr Erg. der GewSt unterlag. Seit der Ersetzung von „gewerbliche“ durch „aktive unternehmerische“ in Abs. 4 Satz 1 durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) ergibt sich das auch aus dem Wortlaut der Norm. **Keine (gewerbsteuerschädliche) gewerbliche Tätigkeit** ist eine Beteiligung an einer originär gewerblichen oder nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG gewerblich infizierten PersGes., wenn lediglich Beratungs- oder Kontrollfunktionen (Entsendung von Vertretern in ein Aufsichtsgremium) oder sonstige Verwaltungsrechte ausgeübt werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 15.39). Die Beteiligung an einer gewerblich geprägten PersGes. iSd. § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG ist kein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb (s. BFH v. 25.5.2011 – I R 60/10, BStBl. II 2011, 858; s. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 15.42). Siehe aber auch § 6 Anm. 30.

Beschränkung auf das Inland: Der GewSt unterliegt auch ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb eines Investmentfonds nur, soweit er im Inland betrieben wird (§ 2 Abs. 3 iVm. Abs. 1 Satz 1 GewStG), was voraussetzt, dass für ihn eine inländ. BS unterhalten wird (§ 2 Abs. 1 Satz 3 GewStG). Nicht der GewSt unterliegt daher der auf nicht im Inland belegene Betriebsstätten entfallende Teil des Gewerbeertrags (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 15.43).

Gewinnermittlung durch Überschussrechnung: Nach Abs. 4 Satz 2 ist der Gewinn des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs als Überschuss der BE über die BA zu ermitteln. Laut Begr. des Gesetzentwurfs ist damit die Einnahmenüberschussrechnung iSd. § 4 Abs. 3 EStG (s. dazu § 4 EStG Anm. 530 ff.) gemeint (s. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 15.44); ein BV-Vergleich anhand von Bilanzen ist danach nicht vorgesehen, weil erwartet wird, dass Investmentfonds idR Vermögensverwaltung betreiben und nur in Ausnahmefällen der GewSt unterliegen, was dann ggf. auch erst im Rahmen einer Betriebsprüfung festgestellt werde (BTDrucks. 18/8045, 85; s. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 15.44).

Gewerbeertrag: Der nach Abs. 4 Satz 2 durch Einnahmenüberschussrechnung iSd. § 4 Abs. 3 EStG ermittelte Gewinn ist der Gewinn nach § 7 Satz 1 GewStG, anhand dessen unter weiterer Berücksichtigung der §§ 8 bis 11 GewStG der Gewerbeertrag ermittelt wird.