

§ 33 Inländische Immobilienerträge und sonstige inländische Einkünfte ohne Steuerabzug

idF des InvStG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731), zuletzt geändert durch JStG 2022 v. 16.12.2022 (BGBl. I 2022, 2294; BStBl. I 2023, 7)

(1) ¹Die Körperschaftsteuerpflicht für die inländischen Immobilienerträge eines Spezial-Investmentfonds entfällt, wenn der Spezial-Investmentfonds auf ausgeschüttete oder ausschüttungsgleiche inländische Immobilienerträge Kapitalertragsteuer gemäß § 50 erhebt, an die zuständige Finanzbehörde abführt und den Anlegern Steuerbescheinigungen gemäß § 45a Absatz 2 des Einkommensteuergesetzes ausstellt. ²Die Gewerbesteuerpflicht eines Spezial-Investmentfonds nach § 29 Absatz 1 in Verbindung mit § 15 entfällt nicht.

(2) ¹Die ausgeschütteten oder ausschüttungsgleichen inländischen Immobilienerträge gelten bei einem vereinnahmenden Investmentfonds oder Dach-Spezial-Investmentfonds als Einkünfte nach § 6 Absatz 4. ²Diese unterliegen einem Steuerabzug ohne Berücksichtigung des § 7 Absatz 1 Satz 3. ³Der Steuerabzug gegenüber einem Dach-Spezial-Investmentfonds entfällt, wenn der Dach-Spezial-Investmentfonds unwiderruflich gegenüber dem Ziel-Spezial-Investmentfonds erklärt, dass den Anlegern des Dach-Spezial-Investmentfonds Steuerbescheinigungen gemäß § 45a Absatz 2 des Einkommensteuergesetzes ausgestellt werden sollen (Immobilien-Transparenzoption). ⁴Bei ausgeübter Immobilien-Transparenzoption gelten

1. beschränkt steuerpflichtigen Anlegern unmittelbar Einkünfte im Sinne des § 49 Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe f, Nummer 6 oder 8 des Einkommensteuergesetzes,
2. Anlegern, die unbeschränkt steuerpflichtige Investmentfonds oder Dach-Spezial-Investmentfonds sind, Einkünfte nach § 6 Absatz 4 und
3. sonstigen Anlegern Spezial-Investmenterträge als zugeflossen.

⁵§ 31 Absatz 1 und 2 sowie § 32 sind entsprechend anzuwenden. ⁶Dach-Spezial-Investmentfonds, bei denen nach Satz 4 Nummer 1 oder 2 inländische Immobilienerträge zugerechnet werden, können insoweit keine Immobilien-Transparenzoption ausüben. ⁷Gegenüber dem Dach-Spezial-Investmentfonds ist in den Fällen des Satzes 4 Nummer 1 oder 2 ein Steuerabzug ohne Berücksichtigung des § 7 Absatz 1 Satz 3 vorzunehmen.

(3) ¹Die ausgeschütteten oder ausschüttungsgleichen inländischen Immobilienerträge gelten bei beschränkt steuerpflichtigen Anlegern als unmittelbar bezogene Einkünfte nach § 49 Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe f, Nummer 6 oder Nummer 8 des Einkommensteuergesetzes. ²Satz 1 und Absatz 2 Satz 4 Nummer 1 gelten auch für die Anwendung der Regelungen in Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung. ³Der Abzug der Kapitalertragsteuer durch den Spezial-Investmentfonds auf die in den ausgeschütteten oder ausschüttungsgleichen Erträgen enthaltenen inländischen Immobilienerträge hat bei beschränkt steuerpflichtigen Anlegern, abweichend von § 50 Absatz 2 Satz 1 des Einkommensteuergesetzes, keine abgeltende Wirkung.

(4) ¹Die Absätze 1 bis 3 gelten entsprechend für sonstige inländische Einkünfte, die bei Vereinnahmung keinem Steuerabzug unterliegen. ²Die sonstigen inlän-

dischen Einkünfte gelten bei beschränkt steuerpflichtigen Anlegern als unmittelbar bezogene Einkünfte nach dem Tatbestand des § 49 Absatz 1 des Einkommensteuergesetzes, der der Vereinnahmung durch den Spezial-Investmentfonds zugrunde lag.

Autor: Ronald Buge, Rechtsanwalt, POELLATH, Berlin

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

Anm. |

Anm.

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 33 1

**B. Erläuterungen zu Abs. 1:
Inländische Immobilienerträge 5**

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

I. Besonderer Steuerabzug gegenüber Investmentfonds und Semi-Trans- parenz (Abs. 2 Sätze 1 und 2)	10	II. Immobilien-Transparenzoption (Abs. 2 Sätze 3 bis 7)	15
---	----	--	----

**D. Erläuterungen zu Abs. 3:
Steuerausländer 20**

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

1 A. Allgemeine Erläuterungen zu § 33

Grundinformation zu § 33: § 33 ermöglicht eine KStBefreiung der nicht von § 30 erfassten, auf Ebene des Spezial-Investmentfonds stbaren Einkünfte. Abs. 1 regelt die KStBefreiung von inländ. Immobilienerträgen (§ 6 Abs. 4 iVm. § 29 Abs. 1) durch StAbzug auf der Fondsausgangsseite gem. § 50. Abs. 2 regelt zum einen eine Einkünfteumqualifikation und einen besonderen StAbzug gegenüber Investmentfonds und Dach-Spezial-Investmentfonds als Anleger des Spezial-Investmentfonds und ermöglicht zum anderen für einen eng begrenzten Anwendungsbereich eine Immobilien-Transparenzoption. Beide Regelungen hängen nicht miteinander zusammen und sind systematisch unzutreffend platziert (s. Anm. 10 und 15). Abs. 3 regelt weitere Folgen des StAbzugs gem. Abs. 1. Die Regelung ist uE ebenfalls systematisch unzutreffend platziert (s. Anm. 15). Abs. 4 regelt die entsprechende Anwendung von Abs. 1–3 für sonstige inländ. Einkünfte, die (auf der Fondseingangsseite) keinem StAbzug unterliegen.

Rechtsentwicklung und zeitlicher Geltungsbereich des § 33:

- *InvStRefG v. 19.7.2016* (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731): § 33 ist neu und hat keinen Vorgänger im InvStG aF. Abs. 2 Satz 4 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1 und Abs. 4 Satz 2 greifen allerdings das Regelungskonzept von § 15 Abs. 3 ggf. iVm. § 16 Satz 8 InvStG aF auf. § 33 idF des InvStRefG sah nur eine KStBefreiung

von inländ. Immobilienerträgen und sonstigen inländ. Einkünften ohne StAbzug auf der Fondseingangsseite durch StAbzug gem. § 50 auf der Fondsausgangsseite vor (derzeitige Abs. 1, 3 und 4).

- *StUmgBG v. 23.6.2017* (BGBl. I 2017, 1682; BStBl. I 2017, 865): Noch vor Inkrafttreten des InvStRefG wurde Abs. 2 eingefügt, der insbes. die Immobilien-Transparenzoption regelt. Darüber hinaus gab es Folgeänderungen in Abs. 3 und 4.
- *JStG 2022 v. 16.12.2022* (BGBl. I 2022, 2294; BStBl. I 2023, 7): Zum einen wurde in Abs. 1 Satz 1 klargestellt, dass durch den StAbzug gem. § 50 auf der Fondsausgangsseite nur die KStPflicht entfällt. Zum anderen wurde in Abs. 1 Satz 2 (klarstellend) geregelt, dass sich eine etwaige GewStPflicht unabhängig von einem StAbzug gem. § 50 auf der Fondsausgangsseite aus § 29 iVm. § 15 ergibt. Es handelt sich hierbei um Folgeänderungen insbes. aufgrund des Wegfalls der subjektiven GewStBefreiung von Spezial-Investmentfonds in § 29 Abs. 4 aF und damit verbunden der grundsätzlichen Möglichkeit, dass ein Spezial-Investmentfonds gewstpfl. werden kann (s. dazu § 29 Anm. 5).
- *Diskussionsentwurf des BMF für ein Gesetz zur Förderung von Investitionen von Fonds in erneuerbare Energien und Infrastruktur* (s. dazu auch Einf. InvStG Anm. 4): Mit dem DiskE wird ua. eine Subsidiarität von inländ. Immobilienerträgen für den Fall angeordnet, dass die inländ. Immobilienerträge in einer inländ. BS anfallen (§ 6 Abs. 5 Satz 3 idF des DiskE). Unterhält der (Spezial-) Investmentfonds die inländ. BS selbst, ist von sonstigen Einkünften iSv. § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a EStG iVm. § 6 Abs. 5 Satz 1 idF des DiskE wie schon nach derzeitigem Recht nur auszugehen, wenn der (Spezial-)Investmentfonds seine WG aktiv unternehmerisch bewirtschaftet (§ 6 Abs. 5a Satz 1 idF des DiskE). Fallen sie hingegen in der inländ. BS einer Mitunternehmenschaft an, ist stets von aktiver unternehmerischer Bewirtschaftung auszugehen (vgl. § 6 Abs. 5a Satz 2 idF des DiskE). In beiden Fällen soll der StAbzug nicht mehr zur KStBefreiung führen und es soll bei einem vereinnahmenden Dach-Spezial-Investmentfonds insoweit auch keine Transparenzoption mehr möglich sein (Abs. 4 Satz 3 idF des DiskE). Die Neuregelung betrifft auch sonstige inländ. Einkünfte ohne StAbzug sowie Einkünfte aus Eigenverwaltung einer InvAG (derzeit § 6 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2, zukünftig § 6 Abs. 5b idF des DiskE mit unverändertem Wortlaut), soweit sie keinem StAbzug unterliegen. Hiermit soll eine Körperschaftbesteuerung bei Spezial-Investmentfonds auch in den Fällen an sich zulässiger aktiver unternehmerischer Bewirtschaftung sichergestellt werden.
- *Zeitlicher Geltungsbereich*: Wie das gesamte neugefasste InvStG gilt § 33 (einschließlich der Änderungen durch das StUmgBG) ab dem 1.1.2018 (Art. 11 Abs. 3 InvStRefG).
 - ▷ *JStG 2022*: Die mit dem JStG 2022 geänderten Vorschriften sind ab dem 1.1. 2023 anzuwenden (§ 57 Abs. 7).
 - ▷ *DiskE des BMF für ein Gesetz zur Förderung von Investitionen von Fonds in erneuerbare Energien und Infrastruktur*: Die mit dem DiskE geänderten Vorschriften sollen für Einkünfte gelten, die dem Spezial-Investmentfonds nach dem 31.12.2024 zufließen (§ 57 Abs. 8 idF des DiskE).

Bedeutung des § 33:

- *Sachliche Steuerbefreiung*: § 33 ist – gleichsam als Gegenstück zu § 30 – die KStBefreiung für inländ. Immobilienerträge und sonstige inländ. Einkünfte, die keinem StAbzug auf der Fondseingangsseite unterliegen, dh. die nicht von § 30

erfasst werden. § 33 stellt ebenso wie § 30 eine sachliche KStBefreiung dar. Sie wird auch nicht deshalb zu einer persönlichen KStBefreiung, weil im Zusammenspiel mit der Transparenzoption nach § 30 im Erg. sämtliche stbaren Einkünfte eines Spezial-Investmentfonds stfrei sind.

- ▶ *Keine transparente Besteuerung:* § 33 geht technisch einen anderen Weg als § 30. Die inländ. Immobilienerträge und die sonstigen inländ. Einkünfte ohne StAbzug auf der Fondseingangsseite bleiben Einkünfte des Spezial-Investmentfonds und werden nicht den Anlegern zugerechnet. Der Anleger erzielt auch insoweit ausgeschüttete oder ausschüttungsgleiche Erträge (vgl. § 36 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, der insbes. die inländ. Immobilienerträge umfasst). Von diesen Erträgen wird vielmehr ein StAbzug gem. § 50 auf der Fondsausgangsseite vorgenommen, der zur KStFreiheit der entsprechenden Erträge auf Ebene des Spezial-Investmentfonds führt. Der StAbzug führt auf Anlegerebene jedoch allenfalls zu einer Semi-Transparenz. Die ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge, soweit sie inländ. Immobilienerträge und sonstige inländ. Einkünfte ohne StAbzug auf der Fondseingangsseite enthalten, werden – je nach Anleger – in Einkünfte iSv. § 49 Abs. 1 EStG oder § 6 Abs. 4 oder 5 (ggf. iVm. § 29 Abs. 1) umqualifiziert (s. Anm. 5 und 10). Lediglich im Rahmen der Immobilien-Transparenzoption (Abs. 2 Sätze 3 ff.) werden die ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge des Ziel-Spezial-Investmentfonds partiell unmittelbar den Anlegern des Dach-Spezial-Investmentfonds zugerechnet (s. Anm. 15).
- ▶ *Wahlrecht:* Der StAbzug gem. § 33 iVm. § 50 stellt – ebenso wie die Transparenzoption gem. § 30 (s. § 30 Anm. 5) – für inländ. und ausländ. Spezial-Investmentfonds ein Wahlrecht dar (s. Anm. 5). Das Wahlrecht kann unabhängig von der Transparenzoption ausgeübt werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.1 f.).
- ▶ *Unsystematische und unvollständige Regelung:* Die Regelung weist vielfältige systematische Fehler auf. Die Regelungen in Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2 wären uE zusammenzufassen. Ferner wären die Regelungen in Abs. 3 und Abs. 2 Satz 1 zusammenzufassen und unmittelbar hinter Abs. 1 zu platzieren (s. Anm. 10, Anm. 20). Die Regelung über die Immobilien-Transparenzoption müsste hingegen in einen eigenen Absatz danach ausgegliedert werden (s. Anm. 15). Ferner bedürfen viele Regelungen einer gesetzlichen Klarstellung; insbes. die Regelung zur Immobilien-Transparenzoption bedarf einer grundlegenden gesetzlichen Überarbeitung (s. Anm. 15).

Geltungsbereich des § 33: § 33 gilt für in- und ausländ. Spezial-Investmentfonds sowie gem. § 53 für Altersvorsorgevermögensfonds und deren Anleger.

Verhältnis des § 33 zu anderen Vorschriften:

- ▶ *Verhältnis zu § 6:* Der Begriff der inländ. Immobilienerträge in § 30 entspricht demjenigen in § 6 Abs. 4. Der StAbzug auf der Fondsausgangsseite für sonstige inländ. Einkünfte ohne StAbzug auf der Fondseingangsseite setzt voraus, dass diese gem. § 6 Abs. 5 (iVm. § 29 Abs. 1) stbar sind.
- ▶ *Verhältnis zu § 7:* Der besondere StAbzug gegenüber Investmentfonds und Dach-Spezial-Investmentfonds gem. Abs. 2 Satz 2 stellt eine Durchbrechung von § 7 Abs. 1 Satz 4 (ggf. iVm. § 29 Abs. 1) dar und verdrängt diesen. Im Übrigen ist § 7 mit Ausnahme von dessen Abs. 1 Satz 3 auf diesen besonderen StAbzug anwendbar (s. Anm. 10).
- ▶ *Verhältnis zu §§ 8 bis 10:* Werden bei Investmentfonds als Anleger eines (Dach-)Spezial-Investmentfonds aufgrund des StAbzugs gem. Abs. 1 oder der

Immobilien-Transparenzoption ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge in inländ. Immobilienerträge umqualifiziert, kann der Investmentfonds insoweit die §§ 8–10 geltend machen, als stbefreite Anleger an ihm beteiligt sind.

- ▶ *Verhältnis zu § 29 Abs. 1:* Der StAbzug gem. § 33 iVm. § 50 stellt eine Abweichung iSv. § 29 Abs. 1 aE dar.
- ▶ *Verhältnis zu § 29 Abs. 1 iVm. § 15:* Während § 33 die sachliche KStBefreiung inländ. Immobilienerträge und sonstiger inländ. Einkünfte ohne StAbzug auf der Fondseingangsseite regelt, bestimmt sich eine etwaige GewStPflicht unabhängig von einem StAbzug gem. § 50 auf der Fondsausgangsseite aus § 29 Abs. 1 iVm. § 15. Dies wird in Abs. 1 Satz 2 klargestellt.
- ▶ *Verhältnis zu § 30:* § 33 stellt das Gegenstück zu § 30 für die nicht von § 30 erfassten, aber nach § 6 iVm. § 29 Abs. 1 auf Ebene eines Spezial-Investmentfonds stbaren Einkünfte dar. Die Ausübung des StAbzugs gem. § 33 iVm. § 50 auf der Fondsausgangsseite erfolgt unabhängig von der Ausübung der Transparenzoption. § 33 liegt zwar grds. ein anderes Regelungskonzept als § 30 zugrunde (StBefreiung aufgrund von StAbzug), gleichwohl gibt es bei § 30 ebenfalls transparente oder semi-transparente Ansätze (zB Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 2). Hingegen ist die Immobilien-Transparenzoption (Abs. 2 Sätze 3 ff.) § 30 nachgebildet (s. Anm. 15).
- ▶ *Verhältnis zu §§ 31, 32:* Der StAbzug gem. § 33 richtet sich ausschließlich nach § 50. §§ 31, 32 sind daher insoweit nicht anwendbar. § 31 Abs. 1 und 2 sowie § 32 sind aber bei Ausübung der Immobilien-Transparenzoption entsprechend anwendbar (Abs. 2 Satz 5).
- ▶ *Verhältnis zu § 35:* Vergleichbar den Regelungen bei Ausübung der Transparenzoption gem. § 30 gehören die dem Anleger eines Dach-Spezial-Investmentfonds zugerechneten ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen inländ. Immobilienerträge und sonstigen inländ. Einkünfte ohne StAbzug des Ziel-Spezial-Investmentfonds, für die der Dach-Spezial-Investmentfonds die Immobilien-Transparenzoption ausgeübt hat, zu den Immobilien-Zurechnungsbeträgen (§ 35 Abs. 3a), die stfrei an die Anleger ausgeschüttet werden können (s. § 35 Anm. 17).
- ▶ *Verhältnis zu § 36:* Anders als bei der Ausübung der Transparenzoption gem. § 30 enthält § 36 Abs. 1 Satz 2 keine ausdrückliche Regelung, dass die dem Anleger eines Dach-Spezial-Investmentfonds zugerechneten ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen inländ. Immobilienerträge und sonstigen inländ. Einkünfte ohne StAbzug des Ziel-Spezial-Investmentfonds, für die der Dach-Spezial-Investmentfonds die Immobilien-Transparenzoption ausgeübt hat, nicht zu den ausschüttungsgleichen Erträgen gehören. Unseres Erachtens muss § 36 Abs. 1 Satz 2 insoweit allerdings analog angewendet werden. Gleichwohl ist eine gesetzliche Klarstellung wünschenswert (s. Anm. 15).
- ▶ *Verhältnis zu § 42:* § 42 Abs. 5 regelt die Besteuerung von in ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen enthaltenen inländ. Immobilienerträgen und sonstigen inländ. Einkünften ohne StAbzug (Fondseingangsseite) auf Anlegerebene, wenn der StAbzug gem. § 50 (Fondsausgangsseite) nicht vorgenommen wurde, dh. die inländ. Immobilienerträge und sonstigen inländ. Einkünfte ohne StAbzug auf Ebene des Spezial-Investmentfonds versteuert wurden (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.11).
- ▶ *Verhältnis zu § 49:* Im Zeitpunkt der Veräußerung nicht ausgeschüttete Immobilien-Zurechnungsbeträge (§ 35 Abs. 3a) mindern den Gewinn des Anlegers

aus der Veräußerung seiner Spezial-Investmentanteile (§ 49 Abs. 3 Satz 5, s. § 49 Anm. 15).

- ▶ *Verhältnis zu § 50:* Der zur StFreiheit der inländ. Immobilienerträge und sonstigen inländ. Einkünfte ohne StAbzug auf der Fondseingangsseite führende StAbzug auf der Fondsausgangsseite erfolgt auch in den Fällen des Abs. 2 Satz 2 ausschließlich gem. § 50 (s. Anm. 10).
- ▶ *Verhältnis zu § 51:* Auch wenn die KStPflicht für inländ. Immobilienerträge oder sonstige inländ. Einkünfte ohne StAbzug auf der Fondseingangsseite aufgrund von Abs. 1 ggf. iVm. Abs. 4 entfällt, ist gleichwohl eine gesonderte und einheitliche Feststellung gem. § 51 erforderlich (s. Anm. 5).
- ▶ *Verhältnis zu §§ 43ff. EStG:* Die §§ 43ff. EStG gelten sowohl beim StAbzug gem. § 50 als auch beim StAbzug im Rahmen der Immobilien-Transparenzoption gem. Abs. 2 Satz 2 oder 4 (iVm. § 7) nur insoweit, als ihre Geltung über § 50 bzw. § 7 angeordnet ist.

2–4 Einstweilen frei.

5 B. Erläuterungen zu Abs. 1: Inländische Immobilienerträge

Inländische Immobilienerträge: Der Begriff richtet sich nach § 6 Abs. 4 iVm. § 29 Abs. 1. Gewinnausschüttungen (Dividenden) einer inländ. Immobilien-Gesellschaft in der Rechtsform einer KapGes. (zB GmbH) gehören nicht zu den inländ. Immobilienerträgen, sondern zu inländ. Beteiligungseinnahmen, für die ggf. die Transparenzoption gem. § 30 ausgeübt werden kann (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.2; *Haug in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 33 Rz. 18).

Spezial-Investmentfonds: Die Regelung umfasst sowohl in- als auch ausländ. Spezial-Investmentfonds (zur Abgrenzung § 2 Abs. 2 und 3).

Steuerabzug gem. § 50: Es muss ein StAbzug gem. § 50 auf der Fondsausgangsseite vorgenommen werden.

- ▶ *Verpflichtung/Wahlrecht:* Entrichtungspflichtiger ist der Spezial-Investmentfonds (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.8).
 - ▷ *Ausländische Spezial-Investmentfonds* sind aufgrund des eindeutigen Wortlauts von § 50 nicht zum StAbzug verpflichtet und können aufgrund des räumlichen Geltungsbereichs des InvStG auch nicht zum StAbzug verpflichtet werden. Um die StBefreiung gem. Abs. 1 zu erlangen, müssen sie sich dem KapErtrStAbzugsregime gleichsam freiwillig unterwerfen (BTDrucks. 18/8045, 97; krit. dazu *Neumann*, DB 2016, 1779 [1781]).
 - ▷ *Inländische Spezial-Investmentfonds* sind zwar zum StAbzug von ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen verpflichtet (§ 50 Abs. 1 Satz 1 iVm. Satz 2 Nr. 1). Im originären Anwendungsbereich von § 50 unterliegt gegenüber unbeschränkt stpfl. Anlegern jedoch nur die nach Anwendung von § 42 Abs. 5 verbleibende Bemessungsgrundlage dem StAbzug (BMF v. 8.11.2017 – IV C 1 - S 1980 – 1/16/10010:010, 2017/0934849, DStR 2017, 2736, Rz. 10). Bei beschränkt stpfl. Anlegern iSv. § 1 Abs. 4 EStG oder § 2 Nr. 1 KStG (Steuerausländern) unterliegen ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge nicht der beschränkten Stpfl. (s. § 34 Anm. 5). Im originären Anwendungsbereich von § 50 darf daher insoweit keine KapErtrSt einbehalten und abgeführt werden (BTDrucks. 18/8045, 121; *Bindl/Stadler*,

BB 2017, 1943; § 50 Anm. 10; vgl. dazu auch BMF v. 18.1.2016 – IV C 1 - S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl. I 2016, 85 Rz. 313). Ebenso ist im originären Anwendungsbereich von § 50 gegenüber als Anlegern beteiligten Investmentfonds und Dach-Spezial-Investmentfonds kein KapErtrStAbzug vorzunehmen (Abs. 2 Sätze 1 und 2, s. Anm. 10). Inländischen Spezial-Investmentfonds steht somit ebenfalls ein Wahlrecht zu (BMF v. 8.11.2017 – IV C 1 - S 1980 – 1/16/10010:010, 2017/0934849, DStR 2017, 2736 Rz. 10; aA *Stadler/Bindl*, DStR 2016, 1953 [1962]; *Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 33 InvStG 2018 Rz. 4), das durch KapErtrStAbzug gegenüber Steuerausländern und als Anlegern beteiligten Investmentfonds und Dach-Spezial-Investmentfonds sowie durch KapErtrStAbzug gegenüber unbeschränkt stpfl. Anlegern ohne Berücksichtigung von § 42 Abs. 5 und Ausstellung entsprechender StBescheinigungen ausgeübt wird (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.3; glA *Haug in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 33 Rz. 23; *Wolny* in BeckOK, § 33 Rz. 30 ff. [4/2024]; *Neugebauer/Jost* in *Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 33 Rz. 19). Wird dieser StAbzug nicht vorgenommen, sind die inländ. Immobilien erträge auf Ebene des inländ. Spezial-Investmentfonds in vollem Umfang stpfl. Hat ein inländischer Spezial-Investmentfonds ausschließlich nach § 44a EStG begünstigte Anleger und darf er deshalb sowohl im originären Anwendungsbereich von § 50 als auch im Anwendungsbereich von Abs. 1 vom StAbzug Abstand nehmen (s. „Erhebung und Abführung an die zuständige Finanzbehörde“), darf er sein Wahlrecht uE durch Erklärung gegenüber der zuständigen FinBeh. ausüben.

- ▷ *Spätere Änderungen:* Anders als bei der Transparenzoption gem. § 30 muss das Wahlrecht gem. Abs. 1, soweit es besteht, nicht unwiderruflich ausgeübt werden. Sofern der Spezial-Investmentfonds in einem späteren Jahr keinen StAbzug vornimmt, lebt die KStPflicht der inländ. Immobilien erträge auf seiner Ebene wieder auf (krit. dazu BMF v. 21.12.2017 – IV C 1 - S 1980 – 1/16/10010:016, 2017/1058518, DStR 2018, 194 Rz. 8; glA BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.3; *Mann in Brandis/Heuermann*, § 33 InvStG 2018 Rz. 11 [2/2023]; *Klusak/Lange* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 33 Rz. 6 [3/2024]; *Neugebauer/Jost* in *Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 33 Rz. 20; aA *Haug in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 33 Rz. 31 ff.).
- ▶ *Ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche inländische Immobilien erträge:* Das Gesetz kennt den Begriff „ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche inländische Immobilien erträge“ nicht. Gemeint sind ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge, soweit darin inländ. Immobilien erträge enthalten sind (*Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 33 InvStG 2018 Rz. 5; *Haug in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 33 Rz. 26). Nur von diesem Teilbetrag, dem „inländischen Immobilienanteil“, ist ein StAbzug vorzunehmen, um die StBefreiung gem. Abs. 1 zu erlangen.
- ▷ *Erfasste Einkünfte:* Der inländ. Immobilienanteil muss sämtliche inländ. Immobilien erträge des Spezial-Investmentfonds umfassen (BTDrucks. 18/8045, 101). Er kann nicht nur auf Erträge aus bestimmten inländ. Immobilien beschränkt sein (insoweit glA BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.4; *Haug in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 33 Rz. 28; aA *Wolny* in BeckOK, § 33 Rz. 33 [4/2024]). Ferner muss der StAbzug gegenüber sämtlichen Anlegern vorgenommen werden (glA *Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB,

3. Aufl. 2021, § 33 InvStG 2018 Rz. 4; *Haug in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 33 Rz. 30). Die FinVerw. geht davon aus, dass das Wahlrecht zum StAbzug nur einheitlich für sämtliche inländ. Immobilienerträge und sämtliche sonstigen inländ. Einkünfte iSv. Abs. 4 ausgeübt werden kann (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.36, wohl auch Rz. 33.4; glA *Mann in Brandis/Heuermann*, § 33 InvStG 2018 Rz. 11 [2/2023], 51 [11/2022]; *Haug in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 33 Rz. 36, 110). Dies ergibt sich uE nicht zwingend aus dem Gesetzeswortlaut. Die Regelungen in Abs. 1 und Abs. 4 stehen selbständig nebeneinander, so dass von den sonstigen inländ. Einkünften iSv. Abs. 4 kein StAbzug vorgenommen werden muss, um die StBefreiung für inländ. Immobilienerträge gem. Abs. 1 zu erhalten und umgekehrt. Andererseits lässt sich eine vollständige KStBefreiung des Spezial-Investmentfonds nur erreichen, wenn der StAbzug nicht nur von den inländ. Immobilienerträgen, sondern auch von den sonstigen inländ. Einkünften iSv. Abs. 4 vorgenommen wird (insoweit zutr. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.4). Zwingend ist dies indes nicht. Geht der Spezial-Immobilienfonds hier nicht einheitlich vor, bleibt er partiell kstpf. (glA *Neugebauer/Jost in Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 33 Rz. 22).

- ▷ *Höhe des inländischen Immobilienanteils*: Der inländ. Immobilienanteil entspricht nicht automatisch den inländ. Immobilienerträgen des Spezial-Investmentfonds. Vielmehr handelt es sich um den Betrag, der sich im Rahmen der Einkünfteermittlung gem. §§ 37 ff. ergibt, dh. insbes. auch unter Berücksichtigung (anteiliger) nach Maßgabe von §§ 39 f. zu berücksichtigender Aufwendungen des Spezial-Investmentfonds (*Neugebauer/Jost in Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 33 Rz. 29).
- ▷ *Nachträgliche Korrekturen am inländischen Immobilienanteil* zB aufgrund einer Bp. führen uE jedenfalls dann nicht zur kstpf. sämtlicher inländ. Immobilienerträge, wenn KapErtrSt. ordnungsgemäß nacherhoben wird (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.5; im Erg. glA *Stadler/Bindl*, DStR 2016, 1953 [1962]; *Bindl/Mager*, BB 2016, 2711 [2719]; *Haug in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 33 Rz. 29; *Neugebauer/Jost in Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 33 Rz. 30; aA *Mann in Brandis/Heuermann*, § 33 InvStG 2018 Rz. 12 [2/2023]).
- ▶ *Anwendung von § 50*: Der StAbzug muss nach Maßgabe von § 50 erfolgen, dh. insbes. zum Satz von 15 % (§ 50 Abs. 1 Satz 1) und nach den für den StAbzug von Kapitalerträgen iSd. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 EStG geltenden Vorschriften des EStG (vgl. § 50 Abs. 2 Satz 2). Dies umfasst auch die Abstandnahme gem. § 44a EStG und das sog. Interbankenprivileg (§ 43 Abs. 2 Satz 2 EStG; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.10). Anders als im originären Anwendungsbereich von § 50 (s. § 50 Anm. 10) muss der StAbzug wegen der Regelung in Abs. 3 (s. Anm. 20) auch gegenüber Steuerausländern vorgenommen werden. Durch die Ausübung des Wahlrechts zum StAbzug gegenüber Steuerausländern wird die Rechtsfolge des Abs. 3 Satz 1 ausgelöst. Damit existiert ein Tatbestand der beschränkten StPflicht, der dem StAbzug die rechtl. Grundlage gibt (vgl. auch *Behrens*, RdF 2017, 297 [303] zu Abs. 2 Satz 4 Nr. 1; aA *Mann in Brandis/Heuermann*, § 33 InvStG 2018 Rz. 13 [2/2023]).

Erhebung und Abführung an die zuständige Finanzbehörde:

- ▶ *Erhebung*: Die KapErtrSt muss erhoben und abgeführt werden. Dies ist nicht nur der Fall, wenn die KapErtrSt tatsächlich einbehalten und abgeführt wird,

sondern auch, wenn von einem Einbehalt gem. § 44a EStG Abstand genommen wird.

Stadler/Bindl, DStR 2016, 1953 (1962); *Bindl/Mager*, BB 2016, 2711 (2719); *Helios/Mann*, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 21; *Haug*, Ubg 2017, 303 (306f.), der allerdings insoweit unzutreffend von Transparenzoption spricht; aA *Neumann*, DB 2016, 1779 (1781); vgl. auch amtliche Begr. zum StUmgBG (BTDrucks. 18/12127, 63).

- *Die zuständige Finanzbehörde* bestimmt sich nach § 4. Bei ausländ. Spezial-Investmentfonds ist stets § 4 Abs. 2 Nr. 1 anwendbar, weil § 33 sich ausschließlich auf Fälle bezieht, in denen Einkünfte gem. § 6 Abs. 2 erzielt werden, die keinem StAbzug auf der Fondseingangsseite unterliegen (vgl. auch *Stadler/Bindl*, DStR 2016, 1953 [1962]). Maßgeblich ist damit die Belegenheit der Immobilie.
- *Zeitpunkt*: Der StAbzug muss im Zeitpunkt der Ausschüttung oder bei Thesaurierung am Geschäftsjahresende oder bei Veräußerung erfolgen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.8).

Ausstellung von Steuerbescheinigungen: Soweit § 50 bereits originär anwendbar ist, ergibt sich eine Verpflichtung zur Ausstellung von StBescheinigungen bereits aus dem Verweis auf §§ 43 ff. EStG in § 50 Abs. 2 Satz 2. Soweit ein Wahlrecht besteht (s.o.) ist die Ausstellung der StBescheinigungen gem. § 45a Abs. 2 EStG ebenso wie der StAbzug selbst freiwillig, für die KStFreiheit allerdings zwingend erforderlich (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.8). Bei beschränkt stpfl. Anlegern ersetzt die Datenübermittlung gem. § 45b Abs. 5 EStG ab 1.1.2025 die StBescheinigung gem. § 45a Abs. 2 EStG (vgl. § 45a Abs. 2a EStG).

Im Fall der Verschmelzung (§ 54 iVm. § 23) sind ab dem auf den Übertragungstichtag folgenden Tag die Verhältnisse des übernehmenden Spezial-Investmentfonds maßgeblich. Nimmt der übernehmende Spezial-Investmentfonds den StAbzug gem. Abs. 1 vor, gilt dies ab dem Übertragungstichtag auch für den inländ. Immobilienanteil des übertragenden Spezial-Investmentfonds. Hatte dieser zuvor keinen StAbzug gem. Abs. 1 vorgenommen, ist für den Zeitraum bis zum Übertragungstichtag eine KStErklärung abzugeben (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.6). Im umgekehrten Fall, dass nur der übertragende, nicht aber der übernehmende Spezial-Investmentfonds den StAbzug gem. Abs. 1 vorgenommen hat, endet die KStBefreiung des übertragenden Spezial-Investmentfonds mit dem Übertragungstichtag und der inländ. Immobilienanteil unterliegt ab diesem Stichtag auf Ebene des übernehmenden Spezial-Investmentfonds der KSt. Auf den bis zum Übertragungstichtag auf Ebene des übertragenden Spezial-Investmentfonds angefallenen inländ. Immobilienanteil muss der übernehmende Spezial-Investmentfonds den StAbzug gem. Abs. 1 vornehmen. Es steht dem übernehmenden Spezial-Investmentfonds jedoch jederzeit frei, den StAbzug gem. Abs. 1 in der Zukunft vorzunehmen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.7).

Rechtsfolge:

- *Ebene des Spezial-Investmentfonds*: Die inländ. Immobilienenerträge sind auf Ebene des Spezial-Investmentfonds kstfrei (Abs. 1 Satz 1). Eine Pflicht zur Abgabe einer eigenen KStErklärung des Spezial-Investmentfonds entfällt uE nur, wenn zugleich auch für sonstige inländ. Einkünfte ohne StAbzug (Fondseingangsseite) ein StAbzug gem. Abs. 4 iVm. § 50 (Fondsangangsseite) vorgenommen wird, was nicht zwingend ist (s. Anm. 25). Eine Feststellungserklärung gem. § 51 ist hingegen gleichwohl abzugeben. Ob und inwieweit GewSt anfällt, richtet sich nach § 29 Abs. 1 iVm. § 15 (Abs. 1 Satz 2). Besondere Bedeutung

kommt hierbei insbes. den Anlagebestimmungen in § 26 Nr. 7a zu. Gleichwohl sollte es idR nicht zu einer effektiven GewStBelastung kommen, auch wenn der Spezial-Investmentfonds die 20 %-Grenze in § 27 Nr. 7a Satz 2 ausschöpft (s. § 29 Anm. 5). Wenn und soweit es jedoch tatsächlich zu einer GewStBelastung kommt, verbleibt es bei einer definitiven Vorbelastung auf Ebene des Spezial-Investmentfonds (vgl. BTDrucks. 20/4729, 149 sowie § 29 Anm. 5). Eine besondere Teilfreistellung auf Anlegerebene ist insoweit in § 45 nicht vorgesehen.

- *Ebene der Anleger:* Auf Ebene der Anleger liegen – anders als bei der Transparenzoption gem. § 30 – auch bei Vornahme des StAbzugs gem. Abs. 1 nach wie vor ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge, dh. Spezial-Investmenterträge iSv. § 34 vor. Bei bestimmten Anlegern werden diese Einkünfte jedoch umqualifiziert (Abs. 2 Satz 1, s. Anm. 10; Abs. 3, s. Anm. 20).

6–9 Einstweilen frei.

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Steuerabzug und Transparenz

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

Hintergrund der Regelung: Die Regelung in Abs. 2 Sätze 1 und 2 wurde noch vor Inkrafttreten des InvStRefG durch das StUmgBG v. 23.6.2017 (BGBl. I 2017, 1682; BStBl. I 2017, 865) in das InvStG 2018 eingefügt. Mit der Regelung sollten Besteuerungslücken geschlossen werden, die sich im Fall mehrstufiger Investmentfondsstrukturen ergeben können. Entscheidend war der Umstand, dass von dem zur KStFreiheit führenden StAbzug gem. Abs. 1 auch dann hätte Abstand genommen werden müssen, wenn an dem (Ziel-)Spezial-Investmentfonds andere vereinnahmende Investmentfonds oder Dach-Spezial-Investmentfonds beteiligt sind, denn Abs. 1 ändert nichts daran, dass auf der Ausgangsseite des (Ziel-)Spezial-Investmentfonds nach wie vor nur ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge, dh. Spezial-Investmenterträge iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 3a EStG, vorliegen, von denen nach allgemeinen Grundsätzen kein StAbzug vorzunehmen ist. Die bloße Umqualifikation der in den ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen enthaltenen inländ. Immobilienerträge iSv. § 6 Abs. 4 (ggf. iVm. § 29 Abs. 1) – wie sie in Abs. 2 Satz 1 angeordnet ist – hätte daran nichts geändert, weil auch inländ. Immobilienerträge nach allgemeinen Regeln keinem StAbzug unterliegen, sondern im Veranlagungswege zu erfassen sind. Somit bedurfte es noch einer Regelung, die für diese Fälle konstitutiv einen KapErtrStAbzug anordnet, was mit Abs. 2 Satz 2 geschehen ist. Nur betrifft Abs. 2 Satz 2 letztlich den StAbzug gem. Abs. 1, der einerseits zur KStFreiheit des (Ziel-)Spezial-Investmentfonds führt, andererseits aber seinerseits wieder (ungeschriebene, s.u.) Voraussetzung für die Umqualifikation in Abs. 2 Satz 1 ist (s. dazu im Einzelnen *Bindl/Mager*, BB 2016, 2711 [2720f.]; *Bindl/Stadler*, BB 2017, 1943; *Behrens*, RdF 2017, 297 [300]; vgl. auch BTDrucks. 18/12127, 63).

Unzutreffende systematische Stellung: Die Regelungen in Abs. 2 Sätze 1 und 2 sind uE demzufolge systematisch falsch verortet. Systematisch zutr. müsste die Regelung in Abs. 2 Satz 2 dergestalt in Abs. 1 aufgenommen werden, dass die KStFreiheit nur eintritt, wenn auch gegenüber vereinnahmenden Investmentfonds und Dach-Spezial-Investmentfonds von den ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen inländ. Immobilienerträgen KapErtrSt gem. § 50 erhoben, an die zustän-

dige FinBeh. abgeführt und StBescheinigungen gem. § 45a EStG ausgestellt werden (vorbehaltlich der Ausübung der Immobilien-Transparenzoption auf Ebene eines vereinnahmenden Dach-Spezial-Investmentfonds), wobei § 7 Abs. 1 Satz 3 nicht anwendbar ist. Die in Abs. 2 Satz 1 angeordnete Umqualifikation dieser Einkünfte müsste systematisch zutr. – ebenso wie die Parallelregelung für beschränkt Stpfl. in Abs. 3 Satz 1 – als Rechtsfolge des StAbzugs gem. Abs. 1 in Abs. 3 geregelt werden, der seinerseits systematisch falsch verortet ist (s. Anm. 20). Die gesamte Regelung bedarf daher dringend einer redaktionellen gesetzgeberischen Überarbeitung.

Semi-Transparenz (Abs. 2 Satz 1):

- ▶ *Ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche inländische Immobilienerträge:* Siehe Anm. 5.
- ▶ *Vereinnahmender Investmentfonds oder Dach-Spezial-Investmentfonds:* Die Regelung betrifft nur Anleger eines Spezial-Investmentfonds, bei denen es sich um einen Investmentfonds iSd. Kapitels 2 oder einen Dach-Spezial-Investmentfonds (§ 2 Abs. 5 Satz 2) handelt. Der Begriff des Dach-Investmentfonds wurde bewusst nicht verwendet, weil es sich dabei nach § 2 Abs. 5 Satz 1 um einen Investmentfonds iSd. Kapitels 2 handelt, der Investmentanteile an einem anderen Investmentfonds iSd. Kapitels 2 (Ziel-Investmentfonds), nicht jedoch an einem Ziel-Spezial-Investmentfonds iSv. § 2 Abs. 5 Satz 2 hält (BTDrucks. 18/12127, 64). Erfasst werden sowohl inländ. als auch ausländ. Investmentfonds und Dach-Spezial-Investmentfonds (zur Abgrenzung § 2 Abs. 2 und 3).
- ▶ *Ungeschriebene Voraussetzung* von Abs. 2 Satz 1 ist – ebenso wie in Abs. 3 (s. Anm. 20) –, dass der StAbzug auf der Fondsausgangsseite gem. Abs. 1, modifiziert durch Abs. 2 Satz 2 freiwillig vorgenommen wird. Nur in diesem Fall besteht ein Bedürfnis, die ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen inländ. Immobilienerträge in Einkünfte iSv. § 6 Abs. 4 (ggf. iVm. § 29 Abs. 1) umzuqualifizieren und damit das deutsche Besteuerungsrecht sicherzustellen. Wird der StAbzug nicht vorgenommen und werden die Einkünfte demzufolge auf Ebene des (Ziel-)Spezial-Investmentfonds besteuert, bedarf es keiner Umqualifikation und Besteuerung auf Ebene des vereinnahmenden Investmentfonds oder Dach-Spezial-Investmentfonds, weil das deutsche Besteuerungsrecht gesichert ist (glA Haug in Moritz/Jesch/Mann, 2. Aufl. 2020, § 33 Rz. 55; Neugebauer/Jost in Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein, 2023, § 33 Rz. 40). Nach Auffassung der FinVerw. soll die Umqualifikation hingegen stets stattfinden, lediglich die Besteuerung auf Ebene des vereinnahmenden Investmentfonds oder Dach-Spezial-Investmentfonds unterbleiben, sofern der inländ. Immobilienanteil auf Ebene des (Ziel-)Spezial-Investmentfonds besteuert wurde (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.12f.; insoweit glA Mann in Brandis/Heuermann, § 33 InvStG 2018 Rz. 21 [2/2023]). Unseres Erachtens ist dieses Verständnis mit dem Wortlaut der Norm nicht vereinbar.
- ▶ *Rechtsfolge:*
 - ▷ *Auf Ebene des vereinnahmenden Investmentfonds und des Dach-Spezial-Investmentfonds* gelten die ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen inländ. Immobilienerträge als inländ. Immobilienerträge iSv. § 6 Abs. 4 (ggf. iVm. § 29 Abs. 1) und sind entsprechend stpfl. Diese StPfl. umfasst jedoch nicht die vom (Ziel-)Spezial-Investmentfonds vereinnahmten inländ. Immobilienerträge, sondern nur den inländ. Immobilienanteil (s. Anm. 5). Es liegt keine echte Transparenz, sondern lediglich eine partielle Umqualifikation ausgeschütteter und ausschüttungsgleicher Erträge vor (aA Mann in Weit-

nauer/Boxberger/Anders, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 33 InvStG 2018 Rz. 7; *Neugebauer/Jost* in *Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 33 Rz. 41). Ein Dach-Spezial-Investmentfonds kann jedoch zum einen die Immobilien-Transparenzoption (Abs. 2 Sätze 3 ff.) ausüben (s. Anm. 15); zum anderen kann er uE aber auch seinerseits gegenüber seinen Anlegern von der Möglichkeit des Abs. 1 Gebrauch machen (glA *Bindl/Stadler*, BB 2017, 1943 [1946]; *Behrens*, RdF 2017, 297 [302]; *Wolny* in BeckOK, § 33 Rz. 58 f. [4/2024]; aA *Haug* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 33 Rz. 27, 61 f.; *Klusak/Lange* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 33 Rz. 24 [3/2024]). Ein vereinnahmender Investmentfonds iSd. Kapitels 2 kann bei stbegünstigten Anlegern die umqualifizierten inländ. Immobilienerträge gem. §§ 8–10 stfrei stellen (glA *Bindl/Stadler*, BB 2017, 1943 [1944]). Der nachgeschaltete Ziel-Spezial-Investmentfonds sollte zudem de lege ferenda für Zwecke der Immobilienfondsquote (§ 2 Abs. 9) berücksichtigt werden (*Wolny* in BeckOK, § 33 Rz. 52 [4/2024]).

- ▷ *Ebene der Anleger des vereinnahmenden Investmentfonds und des Dach-Spezial-Investmentfonds*: Anleger eines vereinnahmenden Investmentfonds iSd. Kapitels 2 erzielen Investorserträge iSv. § 16 Abs. 1 iVm. § 20 Abs. 1 Nr. 3 EStG. Anleger eines vereinnahmenden Dach-Spezial-Investmentfonds erzielen Spezial-Investorserträge iSv. § 34 iVm. § 20 Abs. 1 Nr. 3a EStG. Die stl. Vorbelastung auf Ebene des Dach-Spezial-Investmentfonds wird bei unbeschränkt stpfl. Anlegern gem. § 42 Abs. 5 berücksichtigt (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.26). Nimmt der Dach-Spezial-Investmentfonds seinerseits den StAbzug gem. Abs. 1 sowie wiederum Abs. 2 Satz 2 (jeweils Ausgangsseite des Dach-Spezial-Investmentfonds) vor, richten sich die Rechtsfolgen für dessen Anleger nach Abs. 3 oder Abs. 2 Satz 1. Übt der Dach-Spezial-Investmentfonds die Immobilien-Transparenzoption aus, richten sich die Rechtsfolgen für dessen Anleger nach Abs. 2 Sätze 4–7.
- ▷ *Auf Ebene des (Ziel-)Spezial-Investmentfonds* muss für diese Erträge uE in entsprechender Anwendung von Abs. 1 eine KStBefreiung gelten (glA *Bindl/Stadler*, BB 2017, 1943 [1944]). Auch insoweit besteht kein Bedürfnis für eine Besteuerung auf Ebene des (Ziel-)Spezial-Investmentfonds, wenn die ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen inländ. Immobilienerträge auf Ebene des vereinnahmenden Investmentfonds bzw. des Dach-Spezial-Investmentfonds versteuert werden.

Steuerabzug auf der Fondsausgangsseite (Abs. 2 Satz 2):

- ▶ „Diese“: Gemeint sind die von einem Investmentfonds oder Dach-Spezial-Investmentfonds vereinnahmten ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen inländ. Immobilienerträge iSv. Abs. 2 Satz 1.
- ▶ *Rechtsfolge*:
 - ▷ *Konstitutive Regelung*: Anders als die amtliche Gesetzesbegründung andeutet (BTDrucks. 18/12127, 64), hat Abs. 2 Satz 2 nicht lediglich deklaratorische Bedeutung. Ein KapErtrStAbzug von diesen Einkünften ergibt sich nicht aus § 50, weil gegenüber Investmentfonds und Dach-Spezial-Investmentfonds als Anleger eines Ziel-Spezial-Investmentfonds gerade keine KapErtrSt einzubehalten und abzuführen ist (dazu ausführl. *Bindl/Mager*, BB 2016, 2711 [2720 f.]). Auch aus anderen Vorschriften, insbes. aus §§ 43 ff. EStG ergibt sich ein KapErtrStAbzug weder für ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche inländ. Immobilienerträge noch für inländ. Immobilienerträge selbst.

Schließlich ist auch § 7 keine hinreichende Grundlage für einen KapErtr-StAbzug, weil er einen anderweitig geregelten StAbzug voraussetzt und diesen lediglich modifiziert (s. § 7 Anm. 1).

- ▷ **Anwendbare Regelungen?** Abs. 2 Satz 2 enthält keine Aussagen darüber, nach welchen Vorschriften sich der StAbzug richten soll, insbes. welcher StSatz anwendbar ist. Unseres Erachtens sollte aufgrund des Sachzusammenhangs § 50 analog angewendet werden (glA *Bindl/Stadler*, BB 2017, 1943 [1944]). Nur auf diese Weise lässt sich der von der FinVerw. genannte StSatz von 15 % zzgl. SolZ (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.14; ebenso zB *Mann in Brandis/Heuermann*, § 33 InvStG 2018 Rz. 22 [11/2022]; *Behrens*, RdF 2017, 297 [301]; vgl. auch BTDrucks. 18/12127, 64) rechtfertigen (vgl. § 50 Abs. 1 Satz 1; glA *Bindl/Stadler*, BB 2017, 1943 [1944]). Dies lässt sich nicht allein aus dem Ausschluss von § 7 Abs. 1 Satz 3 herleiten (Abs. 2 Satz 2 aE), denn damit wird nur geregelt, welcher StSatz nicht gilt, nicht jedoch, welcher StSatz stattdessen anzuwenden ist. Gleichwohl ist uE eine gesetzgeberische Klarstellung dahingehend wünschenswert, dass der StAbzug in entsprechender Anwendung von § 50 zu erfolgen hat.
- ▷ **Anwendung von § 7:** Da der StAbzug gegenüber einem (Spezial-)Investmentfonds erfolgt, ist grds. § 7 (ggf. iVm. § 29 Abs. 1) anwendbar. Die abgeltende Wirkung des StAbzugs ergibt sich aus § 7 Abs. 2 (ggf. iVm. § 29 Abs. 1; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.14; vgl. auch BTDrucks. 18/12127, 64; glA *Mann in Brandis/Heuermann*, § 33 InvStG 2018 Rz. 22 [11/2022]; *Behrens*, RdF 2017, 297 [301]). Sie entfällt allerdings, wenn der vereinnahmende Dach-Spezial-Investmentfonds seinerseits von der Möglichkeit des Abs. 1 Gebrauch macht (glA *Bindl/Stadler*, BB 2017, 1943 [1946]). Der besondere StSatz gem. § 7 Abs. 1 Satz 3 ist indes gerade nicht anwendbar (Abs. 2 Satz 2 aE). Schließlich durchbricht der konstitutive Abs. 2 Satz 2 auch § 7 Abs. 1 Satz 4 (ggf. iVm. § 29 Abs. 1) und verdrängt diesen. Bei Investmentfonds mit stbegünstigten Anlegern iSv. § 10 Abs. 1 oder 2 soll hingegen vom StAbzug Abstand genommen werden dürfen (BMF v. 21.12.2017 – IV C 1 – S 1980 – 1/16/10010:016, 2017/1058518, DStR 2018, 194 Rz. 9; nach BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.30 soll dies nur noch im Rahmen der Transparenzoption gelten, s. Anm. 15).
- ▷ **Wahlrecht:** Die konstitutive Wirkung von Abs. 2 Satz 2 erschöpft sich in dem Verweis auf § 50. Er begründet jedoch keine Pflicht für inländ. (Ziel-) Spezial-Investmentfonds zum StAbzug gegenüber Investmentfonds und Dach-Spezial-Investmentfonds als Anleger. Auch insoweit besteht für inländ. (Ziel-)Spezial-Investmentfonds daher ein Wahlrecht. Ausländ. (Ziel-) Spezial-Investmentfonds haben ohnehin – ebenso wie bei Abs. 1 (Anm. 5) – ein Wahlrecht (glA für ausländ. Spezial-Investmentfonds *Bindl/Stadler*, BB 2017, 1943 [1944]).

Einstweilen frei.

11–14

II. Immobilien-Transparenzoption (Abs. 2 Sätze 3 bis 7)

15

Hintergrund der Regelung: Die Immobilien-Transparenzoption wurde zusammen mit der Regelung in Abs. 2 Sätze 1 und 2 durch das StUmgBG v. 23.6.2017 (BGBl. I 2017, 1682; BStBl. I 2017, 865) eingeführt. Zweck ist, final über die Erhe-

bung von KapErtrSt auf Ebene des Ziel-Spezial-Investmentfonds zu entscheiden, um eine Besteuerung (auch) auf Ebene ausländ. Dach-Spezial-Investmentfonds oder deren Anleger durchzusetzen (BTDrucks. 18/12127, 64).

Unzutreffende systematische Stellung: Abs. 2 Sätze 3–7 knüpft scheinbar an die Regelungen in Abs. 2 Sätze 1 und 2 an. Indes betreffen die Regelungen in Abs. 2 Sätze 1 und 2 primär den Ziel-Spezial-Investmentfonds. Die Regelungen in Abs. 2 Sätze 3–7 betreffen hingegen den an diesem Ziel-Spezial-Investmentfonds beteiligten Dach-Spezial-Investmentfonds und eröffnen ihm – sofern der Ziel-Spezial-Investmentfonds von seinem Wahlrecht zum StAbzug gem. Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2 (Ausgangsseite des Ziel-Spezial-Investmentfonds) Gebrauch gemacht hat – auf seiner Ebene eine Alternative zum StAbzug gem. Abs. 1 und ggf. Abs. 2 Satz 2 (Ausgangsseite des Dach-Spezial-Investmentfonds). Die Regelungen hätten daher systematisch zutr. in eine eigenständige Regelung hinter Abs. 3 gehört.

Ungeschriebene Voraussetzung von Abs. 2 Sätze 3–7 ist, dass der Ziel-Spezial-Investmentfonds den StAbzug gem. Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2 auf seiner Fondsausgangsseite vornimmt, und zwar auch nach Ausübung der Immobilien-Transparenzoption durch den Dach-Spezial-Investmentfonds. Steht dem Ziel-Spezial-Investmentfonds ein Wahlrecht zu, den StAbzug vorzunehmen (s. dazu Anm. 5 und 10), übt er dieses Wahlrecht aber nicht aus und muss demzufolge die Einkünfte iSv. § 6 Abs. 4 iVm. § 29 Abs. 1 selbst versteuern, besteht kein Bedürfnis für eine Umqualifikation der ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge auf nachgeschalteten Ebenen. Eine Erklärung des Dach-Spezial-Investmentfonds iSv. Abs. 2 Satz 3 über die Ausübung der Immobilien-Transparenzoption ginge in diesem Fall ins Leere (glA Haug in Moritz/Jesch/Mann, 2. Aufl. 2020, § 33 Rz. 75; vgl. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.15).

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

- ▶ *Dach-Spezial-Investmentfonds:* Die Immobilien-Transparenzoption gilt nur für (vereinnahmende) Dach-Spezial-Investmentfonds. Investmentfonds iSd. Kapitels 2, die Anleger eines (Ziel-)Spezial-Investmentfonds sind, können die Immobilien-Transparenzoption nicht ausüben. Der Begriff des Dach-Spezial-Investmentfonds richtet sich nach § 2 Abs. 5 Satz 2.
- ▶ *Unwiderrufliche Erklärung gegenüber dem Ziel-Spezial-Investmentfonds, das Steuerbescheinigungen gem. § 45a EStG gegenüber den Anlegern des Dach-Spezial-Investmentfonds ausgestellt wurden:* Diese Merkmale sind den Voraussetzungen der Transparenzoption gem. § 30 Abs. 1 Satz 1 nachgebildet (s. dazu § 30 Anm. 5).
- ▷ *Unwiderruflichkeit:* Im Hinblick auf die Unwiderruflichkeit ergibt sich die Besonderheit, dass der Ziel-Spezial-Investmentfonds sein Wahlrecht zum StAbzug gem. Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2 auf seiner Ausgangsseite auch nachträglich ändern kann mit der Folge, dass die KStPflicht für inländ. Immobilien erträge auf seiner Ebene wieder auflebt (s. Anm. 5). Die bereits ausgeübte Immobilien-Transparenzoption des Dach-Spezial-Investmentfonds geht dann für die betreffenden Jahre ins Leere. Entscheidet sich der Ziel-Spezial-Investmentfonds jedoch wieder, den StAbzug gem. Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2 auf seiner Ausgangsseite vorzunehmen, lebt die Immobilien-Transparenzoption des Dach-Spezial-Investmentfonds wegen ihrer Unwiderruflichkeit ohne Weiteres wieder auf (glA Neugebauer/Jost in Kretzsch-

mann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein, 2023, § 33 Rz. 46; aA *Haug in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 33 Rz. 84f.).

- ▷ **Einheitlichkeit der Erklärung:** Die Erklärung kann nur einheitlich für sämtliche Anleger und für sämtliche ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen inländ. Immobilienerträge sowie für sämtliche sonstige inländ. Einkünfte iSv. Abs. 4 abgegeben werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.17; vgl. auch BTDrucks. 18/12127). Dies ist uE zutr. (glA *Wolny in BeckOK*, § 33 Rz. 94, 97 [4/2024]; *Haug in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 33 Rz. 18; 86f.; *Klusak/Lange in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 33 Rz. 31 [3/2024]; aA *Behrens*, RdF 2017, 297 [302]).
- ▷ **Mehrere Ziel-Spezial-Investmentfonds:** Ebenso wie bei der Transparenzoption gem. § 30 ist die FinVerw. darüber hinaus der Auffassung, dass die Immobilien-Transparenzoption auch nur einheitlich gegenüber sämtlichen Ziel-Spezial-Investmentfonds abgegeben werden kann, an denen ein Dach-Spezial-Investmentfonds beteiligt ist (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.21; glA *Haug in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 33 Rz. 78; *Mann in Brandis/Heuermann*, § 33 InvStG 2018 Rz. 26 [11/2022]). Die Erklärung gegenüber einem Ziel-Spezial-Investmentfonds soll dann Wirkung für alle anderen Ziel-Spezial-Investmentfonds entfalten. Erklärt der Dach-Spezial-Investmentfonds die Ausübung der Immobilien-Transparenzoption nur gegenüber einem Ziel-Spezial-Investmentfonds, soll er unverzüglich alle anderen Ziel-Spezial-Investmentfonds und darüber hinaus auch alle später hinzukommenden Ziel-Spezial-Investmentfonds hierüber informieren. Anderenfalls kommt eine Haftung gem. Abs. 3 Satz 5 iVm. § 32 in Betracht (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.22). Unseres Erachtens ist dies – ebenso wie bei § 30 (s. § 30 Anm. 5 mwN zum dortigen Streitstand) – mit dem Gesetzeswortlaut nicht vereinbar. Zwar kann die Erklärung gegenüber einem Adressaten nur einheitlich abgegeben werden. Bei mehreren Erklärungsadressaten, dh. Ziel-Spezial-Investmentfonds, kann der Dach-Spezial-Investmentfonds die Immobilien-Transparenzoption hingegen auch nur gegenüber einzelnen Ziel-Spezial-Investmentfonds ausüben (glA *Wolny in BeckOK*, § 33 Rz. 96 [4/2024]; *Klusak/Lange in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 33 Rz. 32 [3/2024]; *Neugebauer/Jost in Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 33 Rz. 47).
- ▷ **Fehlerhafte Erklärungen:** Eine Erklärung, die die Unwiderruflichkeit nicht kenntlich macht, die einen Widerrufsvorbehalt enthält oder die nur einen Teil des inländ. Immobilienanteils betrifft, ist unwirksam. Die FinVerw. will allerdings eine vor dem Zeitpunkt der Veröffentlichung des BMF-Schreibens zu § 33 abgegebene Erklärung auch dann für die Vergangenheit und die Zukunft als wirksam ansehen, wenn sie einzelne der vorgenannten Unwirksamkeitsgründe aufweist. Ein Widerruf einer derartigen Erklärung ist gleichwohl ausgeschlossen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.18f.). Unabhängig davon bleibt es im Fall einer unwirksamen Erklärung bei der KStPflicht des Dach-Spezial-Investmentfonds (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.20).

Rechtsfolgen: Die Rechtsfolgen der Ausübung der Immobilien-Transparenzoption sind zT an § 30 angelehnt und auf Abs. 2 Sätze 3 ff. iVm. Abs. 3 Satz 2, § 31 Abs. 1 und 2 sowie § 32 verteilt.

- **Wegfall des Steuerabzugs (Abs. 2 Satz 3):** Primäre Rechtsfolge ist, dass der StAbzug des Ziel-Spezial-Investmentfonds gem. Abs. 2 Satz 2 gegenüber dem Dach-Spezial-Investmentfonds entfällt (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.15).

- ▶ *Materiell-rechtliche Zurechnung?*: Im Rahmen der Immobilien-Transparenzoption fehlt eine § 30 Abs. 1 Satz 2 vergleichbare Zurechnungsvorschrift, die besagt, dass die ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen inländ. Immobilienerträge des Ziel-Spezial-Investmentfonds den Anlegern des Dach-Spezial-Investmentfonds materiell-rechtl. unmittelbar zugerechnet werden. Gleichwohl entspricht dies der gesetzgeberischen Intention (BTDrucks. 18/12127, 64). Auch die FinVerw. geht von einer materiell-rechtl. Zurechnung aus, weil die ausgeschütteten oder ausschüttungsgleichen inländ. Immobilienerträge nicht in die Einkünfteermittlung gem. §§ 37 ff. einbezogen werden sollen (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.23, 35.2; glA Mann in Brandis/Heuermann, § 33 InvStG 2018 Rz. 28 [11/2022]). Die materiell-rechtl. Zurechnung lässt sich uE aber aus den beiden in Abs. 2 Satz 4 und Abs. 2 Satz 5 iVm. § 31 Abs. 1 Satz 1 enthaltenen Zuflussfiktionen ableiten. Der Zufluss bei den Anlegern des Dach-Spezial-Investmentfonds setzt denklogisch voraus, dass die Einkünfte diesen zunächst zugerechnet, dh. iSv. § 2 Abs. 1 Satz 1 EStG erzielt wurden. Eine gesetzliche Klarstellung wäre wünschenswert.
- ▶ *Steuerbefreiung des Dach-Spezial-Investmentfonds*: Die materiell-rechtl. Zurechnung bei den Anlegern bewirkt zugleich eine KStBefreiung der ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen inländ. Immobilienerträge des Ziel-Spezial-Investmentfonds auf Ebene des Dach-Spezial-Investmentfonds. Dieser erzielt (§ 2 Abs. 1 Satz 1 EStG) die betreffenden Einkünfte nicht mehr. Es kann daher auch keine Umqualifikation gem. Abs. 2 Satz 1 mehr erfolgen.
- ▶ *Steuerabzug gegenüber den Anlegern des Dach-Investmentfonds (Abs. 2 Satz 5 iVm. § 31 Abs. 1 Satz 1)*: Geht man von einer materiell-rechtl. Zuordnung und einer Pflicht zum StAbzug gem. § 50 aus, ergibt sich eine Verpflichtung des inländ. Ziel-Spezial-Investmentfonds zum StAbzug gegenüber den unbeschränkt stpfl. Anlegern des Dach-Spezial-Investmentfonds aus Abs. 2 Satz 5 iVm. § 31 Abs. 1 Satz 1. Aber auch in den Fällen eines freiwilligen StAbzugs (insbes. bei ausländ. Ziel-Spezial-Investmentfonds) muss der StAbzug gem. Abs. 2 Satz 5 iVm. § 31 Abs. 1 Satz 1 gegenüber den Anlegern des Dach-Spezial-Investmentfonds erfolgen, weil die Vornahme des StAbzugs auf der Ausgangsseite des Ziel-Spezial-Investmentfonds ungeschriebene Voraussetzung für die Ausübung der Immobilien-Transparenzoption ist (s. „Immobilien-Transparenzoption (Abs. 2 Satz 3)“; vgl. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.15). Dies ist in gewisser Weise zirkulär, es dürfte sich jedoch um einen hermeneutischen Zirkel handeln. Aus der entsprechenden Anwendbarkeit von § 31 Abs. 1 Satz 1 folgt auch, dass sich die Regeln zur Abstandnahme vom StAbzug nach §§ 44a, 44b oder § 43 Abs. 2 Satz 2 EStG nach den persönlichen Merkmalen des jeweiligen Anlegers des Dach-Spezial-Investmentfonds richten (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.28; BTDrucks. 18/12127, 65; vgl. auch § 31 Anm. 5). Gegenüber unbeschränkt stpfl. Anlegern des Dach-Spezial-Investmentfonds unterliegt uE wiederum nur die nach Anwendung des § 42 Abs. 5 InvStG 2018 verbleibende Bemessungsgrundlage dem KapErtrStAbzug (vgl. BMF v. 8.11.2017 – IV C 1 - S 1980 – 1/16/10010:010, 2017/0934849, DStR 2017, 2736, Rz. 10).
- ▶ *Umqualifikation/Semi-Transparenz (Abs. 2 Satz 4)*: Ebenso wie bei der einstufigen Struktur ordnet Abs. 2 Satz 4 eine Umqualifikation der ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen inländ. Immobilienerträge des Ziel-Spezial-Investmentfonds an. Da der StAbzug iSv. Abs. 1 keine Transparenz bewirkt, ist auch im Rahmen von Abs. 2 Satz 4 nur der inländ. Immobilienanteil (s. Anm. 5) von Bedeutung (unzutreffend daher die Formulierung in BTDrucks. 18/12127, 64).

- ▷ *Anleger iSv. Abs. 2 Satz 4* ist stets der Anleger des Dach-Spezial-Investmentfonds.
- ▷ *Beschränkt steuerpflichtige Anleger (Abs. 2 Satz 4 Nr. 1)*: Die Regelung entspricht dem für die einstufige Struktur geltenden Abs. 3 Satz 1. Unter beschränkt stpfl. Anlegern sind daher nur solche iSv. § 1 Abs. 4 EStG und § 2 Nr. 1 KStG, dh. Steuerausländer zu verstehen (glA BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.27). Beschränkt stpfl. Anleger iSv. § 2 Nr. 2 KStG fallen unter Abs. 2 Satz 4 Nr. 3. Die Umqualifikation in Einkünfte iSv. § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. f, Nr. 6 oder 8 EStG gilt ebenfalls für DBA-Zwecke (Abs. 3 Satz 2; s. zum Ganzen auch Anm. 20).
- ▷ *Unbeschränkt steuerpflichtige Investmentfonds und Dach-Spezial-Investmentfonds als Anleger (Abs. 2 Satz 4 Nr. 2)*: Unter einem Dach-Spezial-Investmentfonds iSv. Abs. 2 Satz 4 Nr. 2 ist ein Dach-Spezial-Investmentfonds „2. Stufe“ zu verstehen, dh. ein Spezial-Investmentfonds, der Anleger des Dach-Spezial-Investmentfonds „1. Stufe“ ist. Vor dem Hintergrund des Wortlauts von § 2 Abs. 5 Satz 2 ist fraglich, ob ein derartiger Spezial-Investmentfonds noch Dach-Spezial-Investmentfonds im Sinne dieser Vorschrift ist (s. dazu § 2 Anm. 10). Abs. 2 Satz 4 Nr. 2 ist im Übrigen sprachlich „verunglückt“. An sich kennt das InvStG nur inländ. und ausländ. (Spezial-)Investmentfonds (vgl. § 2 Abs. 2 und 3). Mit den Klarstellungen in § 6 Abs. 1 (ggf. iVm. § 29 Abs. 1) durch das WElektroMobFördG wurden allerdings synonym die Begrifflichkeiten unbeschränkt stpfl. (Spezial-)Investmentfonds und beschränkt stpfl. (Spezial-)Investmentfonds eingeführt. Demnach sollte Abs. 2 Satz 4 Nr. 2 jedenfalls inländ. Investmentfonds und Dach-Spezial-Investmentfonds (2. Stufe) erfassen (glA BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.27; wohl auch Mann in *Brandis/Heuermann*, § 33 InvStG 2018 Rz. 28 [11/2022]; Haug in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 33 Rz. 95; vgl. BTDrucks. 18/12127, 64). Umgekehrt dürften ausländ. Investmentfonds und ausländ. Dach-Spezial-Investmentfonds (2. Stufe) trotz der Klarstellung in § 6 Abs. 1 Satz 2 nicht als beschränkt stpfl. Anleger iSv. Abs. 2 Satz 4 Nr. 1 anzusehen sein, auch wenn dies aus dem – ebenfalls sprachlich verunglückten – Abs. 2 Sätze 6 und 7 zu folgen scheint. Würde man dies aber konsequent umsetzen, käme es bei ausländ. Investmentfonds und ausländ. Dach-Spezial-Investmentfonds (2. Stufe) zu einer Umqualifikation in Einkünfte iSv. § 49 Abs. 1 EStG. Diese könnten allenfalls unter § 6 Abs. 5 (ggf. iVm. § 29 Abs. 1) fallen. Danach wären sie jedoch nicht stbar, weil sie von § 6 Abs. 4 erfasst sind. Auch bei ausländ. Investmentfonds und Dach-Spezial-Investmentfonds (2. Stufe) muss daher Abs. 2 Satz 4 Nr. 2 gelten, um eine inländ. Besteuerung sicherzustellen (offen gelassen in BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.27). Dies gilt umso mehr, als die Parallelregelung für die einstufige Struktur in Abs. 2 Satz 1 systematisch zutr. in- und ausländ. Investmentfonds und Dach-Spezial-Investmentfonds erfasst und für beide eine Umqualifikation in inländ. Immobilienerträge iSv. § 6 Abs. 4 anordnet (s. Anm. 10). Eine gesetzliche Korrektur ist dringend erforderlich.
- ▷ *Sonstige Anleger (Abs. 2 Satz 4 Nr. 3)*: Die sonstigen Anleger iSv. Abs. 2 Satz 4 Nr. 3 umfassen somit als Residualgröße unbeschränkt stpfl. Anleger und beschränkt stpfl. Anleger iSv. § 2 Nr. 2 KStG. Bei diesen bleibt es – wie auch im Fall der einstufigen Struktur gem. Abs. 1 (s. Anm. 5) – bei Spezial-Investmenterträgen iSv. § 34 (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.27).

- ▷ *Zuflusszeitpunkt:* Abs. 2 Satz 4 aE spricht nur davon, dass die Erträge als zu-
geflossen gelten, enthält jedoch keine Angaben zum Zuflusszeitpunkt. Die
FinVerw. geht in dem Zeitpunkt von einem Zufluss bei den Anlegern des
Dach-Spezial-Investmentfonds aus, in dem der Ziel-Spezial-Investment-
fonds die inländ. Immobilienerträge (zutr. wohl: der inländ. Immobilienan-
teil) an den Dach-Spezial-Investmentfonds ausschüttet. Bei Thesaurierung
durch den Spezial-Investmentfonds erfolgt der Zufluss mit Ablauf des Ge-
schäftsjahres (§ 36 Abs. 4 Satz 2) und bei Veräußerung der Spezial-Invest-
mentanteile des Ziel-Investmentfonds im Zeitpunkt der Veräußerung (vgl.
§ 36 Abs. 4 Satz 3; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.24). Auf eine Ausschüt-
tung des Dach-Spezial-Investmentfonds kommt es demnach nicht an. Das
ist uE jedenfalls insoweit unproblematisch, als der StAbzug abgeltende Wir-
kung hat bzw. bei kstpf. Anlegern letztlich der Höhe der festzusetzenden
KSt entspricht. Anders kann dies im Hinblick auf eine etwaige GewSt sein.
Auch bei beschränkt kstpf. Anleger iSv. § 2 Nr. 1 KStG (Steuerausländer),
die die gem. Abs. 2 Satz 4 Nr. 1 umqualifizierten Erträge im Rahmen ihrer
StErklärung angeben müssen (s. Anm. 20), sollte im Erg. keine Mehrbelas-
tung auftreten, weil der StAbzug keine abgeltende Wirkung hat (Abs. 3
Satz 3; s. Anm. 20) und somit im Rahmen der StVeranlagung angerechnet
wird. Es sollte daher in diesen Fällen nicht dazu kommen, dass Anleger
Steuerzahlungspflichten unterliegen, ohne dass ihnen in entsprechender
Höhe Liquidität zugeflossen ist. Anders kann dies bei zulässigerweise (vgl.
§ 26 Nr. 8) beteiligten natürlichen Personen sein, weil bei diesen die ESt
zum persönlichen StStz (§ 34 Abs. 2 Satz 1; für beschränkt stpf. Anleger
iSv. § 1 Abs. 4 EStG vgl. § 32a EStG ggf. iVm. § 50 Abs. 1 Satz 2 EStG) fest-
gesetzt wird, was zu Nachzahlungen führen kann, die diese Anleger aus ih-
rem sonstigen Vermögen bestreiten müssen.
- *Steuerbescheinigungen (Abs. 2 Satz 5 iVm. § 31 Abs. 1 Satz 2):* Die Pflicht zur
Ausstellung einer StBescheinigung ergibt sich zunächst aus § 45a Abs. 2 (ggf.
iVm. Abs. 3) EStG, der auch beim StAbzug gem. § 50 bzw. gem. Abs. 2 Satz 2
iVm. § 50 analog (s. dazu Anm. 10) gilt. Dass die StBescheinigungen den Anle-
gern ausgestellt werden sollen, ergibt sich aus der Erklärung über die Ausübung
der Immobilien-Transparenzoption gem. Abs. 2 Satz 3. Darüber hinaus sind
die in § 31 Abs. 1 Satz 2 aufgeführten Angaben in die StBescheinigung aufzu-
nehmen (zu Einzelheiten s. § 31 Anm. 5). Bei beschränkt stpf. Anlegern ersetzt
die Datenübermittlung gem. § 45b Abs. 5 EStG ab 1.1.2025 die StBescheinigung
gem. § 45a Abs. 2 EStG (vgl. § 45a Abs. 2a EStG).
- *Auszahlung bei Abstandnahme oder Erstattung (Abs. 2 Satz 5 iVm. § 31 Abs. 2):*
Siehe § 31 Anm. 10.
- *Haftung (Abs. 2 Satz 5 iVm. § 32):* Siehe § 32 Anm. 1 ff. Entrichtungspflichtiger
iSv. § 32 Abs. 1 ist bei der Immobilien-Transparenzoption der Ziel-Spezial-In-
vestmentfonds. Die Haftung gem. § 32 Abs. 3 trifft den gesetzlichen Vertreter
des Dach-Spezial-Investmentfonds (1. Stufe).
- *Mehrstufige Strukturen (Abs. 2 Satz 6):* Anders als bei der Transparenzoption
gem. § 30 (s. § 30 Anm. 20) kann die Immobilien-Transparenzoption bereits
bei doppelstöckigen Strukturen, dh. auf der Ebene eines Dach-Spezial-Invest-
mentfonds (2. Stufe) nicht mehr ausgeübt werden. Dem Dach-Spezial-Invest-
mentfonds (2. Stufe) steht allerdings gleichwohl das Wahlrecht gem. Abs. 1 und
Abs. 2 Satz 2 zu (glA Stadler/Bindl, BB 2017, 1943 [1947]; Behrens, RdF 2017,

297 [303]; aA *Wolny* in BeckOK, § 33 Rz. 166 [4/2024]; *Klusak/Lange* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 33 Rz. 38 [3/2024]; vgl. auch Anm. 10 zur einstufigen Struktur). Letzteres muss uE auch für weitere Spezial-Investmentfonds bei mehrstufigen Strukturen gelten. Die FinVerw. will es jedoch nicht beanstanden, wenn der Ziel-Spezial-Investmentfonds auch insoweit vom StAbzug Abstand nimmt, als an dem Dach-Spezial-Investmentfonds (2. Stufe) ein weiterer Dach-Spezial-Investmentfonds (3. Stufe) beteiligt ist, an dem sich nach den Anlagebedingungen ausschließlich stbegünstigte Anleger iSv. § 8 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 beteiligen dürfen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.29; krit. *Haug* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 33 Rz. 59 ff.). Die Regelung in Abs. 2 Satz 6 ist allerdings – ebenso wie in Abs. 2 Satz 4 Nr. 2 und Abs. 2 Satz 7 – verunglückt und sollte dringend gesetzlich nachgebessert werden. Gemäß Abs. 2 Satz 4 Nr. 1 erfolgt keine Umqualifikation in inländ. Immobilienerträge iSv. § 6 Abs. 4, sondern in Einkünfte iSv. § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. f, Nr. 6 oder 8 EStG. Ausländische Dach-Spezial-Investmentfonds (2. Stufe) müssen daher auch unter Abs. 2 Satz 4 Nr. 2 fallen (s. „Unbeschränkt steuerpflichtige Investmentfonds und Dach-Spezial-Investmentfonds als Anleger (Abs. 2 Satz 4 Nr. 2)“).

- *Anwendbarkeit von § 7 (Abs. 2 Satz 7):* Die Regelung ist – ebenso wie in Abs. 2 Satz 4 Nr. 2 und Abs. 2 Satz 6 – „verunglückt“ und sollte dringend gesetzlich nachgebessert werden.
 - ▷ *Dach-Spezial-Investmentfonds:* Gemeint ist hier der Dach-Spezial-Investmentfonds (2. Stufe). Der Dach-Spezial-Investmentfonds (1. Stufe) kann nicht gemeint sein, weil die Regelung dann im Widerspruch zu Abs. 2 Satz 3 stünde.
 - ▷ *Fälle des Satz 4 Nr. 1 oder 2:* Der Verweis auf Satz 4 Nr. 1 ist irreführend. Gemäß Abs. 2 Satz 4 Nr. 1 erfolgt keine Umqualifikation in inländ. Immobilienerträge iSv. § 6 Abs. 4, sondern in Einkünfte in § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. f, Nr. 6 oder 8 EStG. Ausländische Dach-Spezial-Investmentfonds (2. Stufe) müssen daher ebenfalls unter Abs. 2 Satz 4 Nr. 2 fallen (s. „Unbeschränkt steuerpflichtige Investmentfonds und Dach-Spezial-Investmentfonds als Anleger (Abs. 2 Satz 4 Nr. 2)“).
 - ▷ *Investmentfonds?:* Eine Umqualifikation in Einkünfte iSv. § 6 Abs. 4 findet auch bei Investmentfonds iSd. Kapitels 2 statt, die Anleger des Dach-Spezial-Investmentfonds (1. Stufe) sind, ebenso ein StAbzug gegenüber diesen Investmentfonds. Es ist uE kein Grund ersichtlich, dass diese nicht auch unter Abs. 2 Satz 7 fallen. Anderenfalls wäre der StAbzug bei ausgeübter Transparenzoption zu dem in § 7 Abs. 1 Satz 3 vorgesehenen Satz vorzunehmen. Dies widerspricht der Rechtslage bei der einstufigen Struktur (Abs. 2 Satz 2 aE, s. Anm. 10). Auch insoweit muss die Regelung nachgebessert werden.
 - ▷ *Ausschluss von § 7 Abs. 1 Satz 3:* Bei einem Dach-Spezial-Investmentfonds (2. Stufe) und bei einem Investmentfonds muss bei einem StAbzug § 7 (ggf. iVm. § 29 Abs. 1) beachtet werden. Ebenso wie im Fall der einstufigen Struktur (vgl. dazu Abs. 2 Satz 2 aE, s. Anm. 10) soll dabei aber der StSatz von 15 % zzgl. SolZ gem. § 50 und nicht der StSatz gem. § 7 Abs. 1 Satz 3 zur Anwendung kommen.
- *Vermeidung der doppelten steuerlichen Erfassung:* Ebenso wie bei der Transparenzoption gem. § 30 werden die dem Anleger des Dach-Spezial-Investmentfonds zugerechneten ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen inländ. Immobilienerträge des Ziel-Spezial-Investmentfonds nicht mehr als ausgeschüttete

und ausschüttungsgleiche Erträge des Dach-Spezial-Investmentfonds zugerechnet (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.23, 35.2). Sie gelten vielmehr als Immobilien-Zurechnungsbeträge (§ 35 Abs. 3a), die nach Maßgabe von § 35 Abs. 2 Satz 1 vorrangig und stfrei als ausgeschüttet gelten (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.25; s. § 35 Anm. 10, 17). Des Weiteren mindern die Immobilien-Zurechnungsbeträge den Veräußerungsgewinn (§ 49 Abs. 3 Satz 5). Diese Regelungen wurden allerdings erst mit dem WElektroMobFördG/„JStG 2019“ ab dem VZ 2020 eingeführt (vgl. § 57 Abs. 1 Satz 1 Nr. 10). Unseres Erachtens sind für die VZ 2018 und 2019 die Regelungen zu den Zurechnungsbeträgen analog anzuwenden (vgl. § 35 Anm. 17). Ebenso muss § 36 Abs. 1 Satz 2 auf diese zugerechneten Einkünfte anwendbar sein (s. § 36 Anm. 5; vgl. zur vorherigen Rechtslage *Bindl/Stadler*, BB 2017, 1943 [1946]; *Behrens*, RdF 2017, 297 [303]).

16–19 Einstweilen frei.

20 D. Erläuterungen zu Abs. 3: Steuerausländer

Unzutreffende systematische Stellung: Ebenso wie Abs. 2 Satz 1 für vereinnahmende Investmentfonds und Dach-Spezial-Investmentfonds regelt Abs. 3 besondere Rechtsfolgen, insbes. eine Umqualifikation der ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen inländ. Immobilienerträge bei Steuerausländern im Fall des StAbzugs gem. Abs. 1. Die Regelung steht daher in Zusammenhang sowohl mit Abs. 2 Satz 1 als auch mit Abs. 1 und wäre daher systematisch zutr. hinter Abs. 1 zu platzieren.

Ungeschriebene Voraussetzung von Abs. 3 ist – ebenso wie bei Abs. 2 (s. Anm. 10, 15) –, dass der StAbzug gem. Abs. 1 auf der Fondsausgangsseite vorgenommen wurde (glA *Mann in Brandis/Heuermann*, § 33 InvStG 2018 Rz. 35 [11/2022]).

Beschränkt steuerpflichtige Anleger: Da Abs. 3 das Regelungskonzept von § 15 Abs. 3 ggf. iVm. § 16 Satz 8 InvStG aF aufgreift, fallen unter den Begriff der beschränkt stpfl. Anleger iSv. Abs. 3 nur solche iSv. § 1 Abs. 4 EStG und § 2 Nr. 1 KStG, dh. Steuerausländer (glA BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.31). Beschränkt Stpfl. iSv. § 2 Nr. 2 müssen nicht von Abs. 3 erfasst werden, weil inländ. Immobilienerträge bei diesen auch im Fall des Direktbezugs nicht stpfl. sind, insoweit also kein Steuerausfall droht (glA *Mann in Brandis/Heuermann*, § 33 InvStG 2018, § 33 Rz. 37 [11/2022]; *Neugebauer/Jost* in *Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 33 Rz. 53; vgl. zum InvStG aF BMF v. 18.8.2009 – IV C 1 - S 1980 – 1/08/10019, 2009/0539738, BStBl. I 2009, 931 Rz. 255).

Umqualifikation/Semi-Transparenz (Abs. 3 Satz 1):

- ▶ *Ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche inländische Immobilienerträge:* Der Begriff ist wie in Abs. 1 zu verstehen (s. Anm. 5).
- ▶ *Umqualifikation:* Der inländ. Immobilienanteil wird in Einkünfte iSv. § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. f, Nr. 6 oder 8 EStG umqualifiziert. Damit wird eine unmittelbare StPfl. und StErklärungspflicht der betroffenen Anleger begründet. Aufgrund der Vorgaben zur Anlegerstruktur in § 26 Nr. 8 (s. § 26 Anm. 60) dürfte eine Umqualifikation in Einkünfte iSv. § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. f EStG der Regelfall sein. Bei Vorliegen einer inländ. BS des Anlegers ist allerdings § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a EStG vorrangig. Es fällt dann auch GewSt an (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.31). § 49 Abs. 1 Nr. 6 oder 8 EStG dürfte nur vorlie-

gen, soweit ausnahmsweise beschränkt stpfl. natürliche Personen ihren Spezial-Investmentanteil im PV halten. Nach Auffassung der FinVerw. sollen dann gleichwohl auch Gewinne aus der Veräußerung von inländ. Grundstücken außerhalb der Zehn-Jahres-Frist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG versteuert werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.27, 33.32; glA *Haug in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 33 Rz. 95, 105; *Klusak/Lange in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 33 Rz. 42 [3/2024]). Dies ist uE mit dem Gesetzeswortlaut nicht vereinbar. Abs. 3 Satz 1 ist uE als Rechtsgrundverweisung zu verstehen, so dass der in § 49 Abs. 1 Nr. 8 EStG enthaltene Verweis auf § 22 Nr. 2 EStG (und damit auch auf § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG) zu beachten ist. In diesem Fall kann es demzufolge zu einer endgültigen StFreiheit von Gewinnen aus der Veräußerung von inländ. Grundbesitz außerhalb der Zehn-Jahres-Frist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG kommen. Zwar gehören derartige Veräußerungsgewinne zu den auf Ebene eines Spezial-Investmentfonds gem. § 6 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 iVm. § 29 Abs. 1 stpfl. Einkünften. Diese sind jedoch bei Ausübung des StAbzugs gem. Abs. 1 auf Ebene des Spezial-Investmentfonds kstfrei. Auf Ebene eines (zulässigerweise) beteiligten Anlegers, der eine natürliche Person ist, die ihre Spezial-Investmentanteile im PV hält, liegen hingegen nicht stbare Einkünfte vor, weil § 49 Abs. 1 Nr. 8 EStG nur Veräußerungsgewinne innerhalb der Zehn-Jahres-Frist erfasst. An sich dürfte insoweit auch kein StAbzug erfolgen, weil dieser stets einen materiellen StTatbestand voraussetzt. Dies dürfte in der Praxis allerdings nur schwer administrierbar sein. Sofern es daher auch in den vorstehend genannten Fällen zum StAbzug kommt, ist uE eine Anrechnung im Veranlagungswege beim Anleger – der StAbzug hat keine abgeltende Wirkung (s.u. „Keine abgeltende Wirkung/Veranlagung (Abs. 3 Satz 3)“) – einer Korrektur des StAbzugs auf Ebene des Spezial-Investmentfonds vorzuziehen.

Treaty Override (Abs. 3 Satz 2):

- *Geltung von Abs. 3 Satz 1 für DBA-Zwecke:* Die Umqualifikation gem. Abs. 3 Satz 1 gilt gem. Abs. 3 Satz 2 Var. 1 auch für DBA-Zwecke. Dies entspricht § 15 Abs. 2 Satz 3 (ggf. iVm. § 16 Satz 8) InvStG aF. Damit wird das Besteuerungsrecht der Bundesrepublik Deutschland abkommensrechtl. gesichert, dh., es sind auf den inländ. Immobilienanteil bei im anderen Vertragsstaat ansässigen Personen Art. 6 und Art. 13 Abs. 1 OECD-MA anzuwenden, wenn Deutschland Anwenderstaat ist. Dies hat insbes. Bedeutung bei DBA, die spezielle Regelungen über Investmenterträge enthalten (s. *Mann in Brandis/Heuermann*, § 33 InvStG 2018 Rz. 45 [11/2022] mwN). Der hierin liegende *Treaty Override* dürfte verfassungsmäßig sein (BVerfG v. 15.12.2015 – 2 BvL 1/12, BVerfGE 141, 1; glA *Mann in Brandis/Heuermann*, § 33 InvStG 2018 Rz. 45 [11/2022]).
- *Geltung von Abs. 2 Satz 4 Nr. 1 für DBA-Zwecke:* Abs. 3 Satz 2 Var. 2 ist systematisch in Abs. 3 falsch verortet. Die Regelung gehört in Abs. 2 (und müsste dort Abs. 3 Satz 2 für entsprechend anwendbar erklären). Gleichwohl ist die Regelung folgerichtig, denn Abs. 2 Satz 4 Nr. 1 stellt im Rahmen der Immobilien-Transparenzoption das Pendant zu Abs. 3 Satz 1 dar. Ebenso wie die Regelung in Abs. 2 Satz 4 ist aber auch der Verweis in Abs. 3 Satz 2 Var. 2 „verunglückt“. Der Gesetzgeber geht – uE unzutreffend – davon aus, dass ausländ. Investmentfonds und Dach-Spezial-Investmentfonds unter Abs. 2 Satz 4 Nr. 1 fallen. Richtigerweise müssten sie unter einen sprachlich angepassten Abs. 2 Satz 4 Nr. 2 gefasst werden (s. dazu Anm. 15). Auch auf diesen müsste Abs. 3 Satz 2 entsprechend anwendbar sein.

Keine abgeltende Wirkung/Veranlagung (Abs. 3 Satz 3): Die Regelung entspricht § 15 Abs. 2 Satz 5 (ggf. iVm. § 16 Satz 8) InvStG aF.

- ▶ *In den ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen enthaltene inländische Immobilienerträge:* Der Begriff ist inhaltsgleich mit den ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen inländ. Immobilienerträgen iSv. Abs. 1, entspricht also dem inländ. Immobilienanteil (s. Anm. 5).
- ▶ *Steuerabzug durch den Spezial-Investmentfonds:* Abs. 3 Satz 3 setzt – wie Abs. 3 insgesamt (s.o.) – voraus, dass der Spezial-Investmentfonds den StAbzug gem. Abs. 1 oder Abs. 2 Satz 2 auf der Fondsausgangsseite vornimmt.
- ▶ *Keine abgeltende Wirkung:* Die an sich mit dem StAbzug gem. Abs. 1 iVm. § 50 Abs. 2 Satz 1 EStG) gilt gem. Abs. 3 Satz 3 nicht. Dies muss auch für § 32 Abs. 1 Nr. 2 KStG gelten (Mann in Brandis/Heuermann, § 33 InvStG 2018 Rz. 48 [11/2022]).
- ▶ *Veranlagung:* Da der StAbzug keine abgeltende Wirkung hat, müssen die steuerausländischen Anleger für die gem. Abs. 3 Satz 1 umqualifizierten Einkünfte eine StErklärung abgeben (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.34). Bezieht der steuerausländische Anleger daneben weitere beschränkt stpfl. Einkünfte, die einer Veranlagung unterliegen, so sind die gem. Abs. 3 Satz 1 umqualifizierten Einkünfte in die bestehende Veranlagung einzubeziehen. Die Gegenauffassung (Mann in Brandis/Heuermann, § 33 InvStG 2018 Rz. 48 [11/2022]; Neugebauer/Jost in Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein, 2023, § 33 Rz. 57) hat keine Grundlage im Gesetz (glA Lübbenhüsen in Berger/Steck/Lübbenhüsen, 2010, § 15 Rz. 140 zum InvStG aF).

21–24 Einstweilen frei.

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

Abs. 4 erweitert den Anwendungsbereich der Abs. 1–3 auf sonstige inländ. Einkünfte ohne StAbzug auf der Fondseingangsseite und stellt das Gegenstück zu § 30 Abs. 5 dar.

Sonstige inländische Einkünfte: Der Begriff ist iSv. § 6 Abs. 5 (iVm. § 29 Abs. 1) zu verstehen. Erfasst werden daher insbes. inländ. Einkünfte iSv. § 49 EStG, soweit es sich nicht um inländ. Beteiligungseinnahmen oder inländ. Immobilienerträge handelt. Nach Auffassung der FinVerw. kann das Wahlrecht zum StAbzug nur einheitlich für sämtliche inländ. Immobilienerträge und sämtliche sonstigen inländ. Einkünfte iSv. Abs. 4 ausgeübt werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.36; glA Mann in Brandis/Heuermann, § 33 InvStG 2018 Rz. 11 [2/2023], Rz. 51 [11/2022]; Haug in Moritz/Jesch/Mann, 2. Aufl. 2020, § 33 Rz. 36, 110; Klusak/Lange in Beckmann/Scholtz/Vollmer, § 33 Rz. 47 [3/2024]). Unseres Erachtens ist dies unzutreffend (glA Neugebauer/Jost in Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein, 2023, § 33 Rz. 62; s. Anm. 5).

Kein Steuerabzug gegenüber dem Spezial-Investmentfonds: Die sonstigen inländ. Einkünfte dürfen keinem StAbzug gegenüber dem Spezial-Investmentfonds (Fondseingangsseite) unterliegen. Im Wesentlichen verbleiben daher folgende Anwendungsfälle (vgl. auch Mann in Brandis/Heuermann, § 33 InvStG 2018 Rz. 50 [11/2022]; Wolny in BeckOK, § 33 Rz. 210 [4/2024]):

- ▶ *Einkünfte aus aktiver unternehmerischer Bewirtschaftung*, für die im Inland eine BS unterhalten wird (§ 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a EStG iVm. § 6 Abs. 5 Satz 2). Aufgrund der Einschränkungen für Spezial-Investmentfonds bei gewerblichen Tätigkeiten (s. § 26 Anm. 5) dürfte hier vor allem die Beteiligung an einer gewerblichen PersGes. mit BS im Inland von Bedeutung sein. Zu den geplanten Änderungen durch den Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Förderung von Investitionen von Fonds in erneuerbare Energien und Infrastruktur s. nachstehend.
- ▶ *Zinseinkünfte, wenn das Kapitalvermögen durch inländischen Grundbesitz gesichert ist*. Die StPflcht ergibt sich aus § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. c Doppelbuchst. aa iVm. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG, ein StAbzug auf der Fondseingangsseite findet hingegen in aller Regel nicht statt (vgl. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 EStG).
- ▶ *Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Immobilienkapitalgesellschaften*: Zwar sind Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an KapGes. auf Ebene eines (Spezial-)Investmentfonds idR nicht stbar (§ 6 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 Satz 2 iVm. § 29 Abs. 1). Hiervon ausgenommen sind jedoch Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Immobilien-KapGes. iSv. § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e Doppelbuchst. cc EStG, und zwar auch dann, wenn die betreffende KapGes. weder Sitz noch Ort der Geschäftsleitung im Inland hat (§ 6 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 Halbs. 2 iVm. § 29 Abs. 1). Ein StAbzug findet im Regelfall nicht statt, da es sich nicht um depotverwahrte Anteile handelt.

Steuerabzug durch Spezial-Investmentfonds: Der zur KStBefreiung führende StAbzug muss gem. Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2 durch den Spezial-Investmentfonds (Fondsausgangsseite) erfolgen. Es gibt allerdings keine Verknüpfung (aA *Mann in Brandis/Heuermann*, § 33 InvStG 2018 Rz. 11 [2/2023]) zwischen dem StAbzug bei inländ. Immobilienerträgen gem. Abs. 1 und dem StAbzug gem. Abs. 1 iVm. Abs. 4 (Fondsausgangsseite) bei sonstigen inländ. Einkünften ohne StAbzug (Fondseingangsseite). Ein Spezial-Investmentfonds kann beide Wahlrechte unabhängig voneinander ausüben. Die Gegenauffassung findet keine Stütze im Gesetzeswortlaut.

Transparenzoption: Auch im Hinblick auf die sonstigen inländ. Einkünfte ohne StAbzug (Fondseingangsseite) ist die Transparenzoption gem. Abs. 2 Sätze 3ff. möglich (*Mann in Brandis/Heuermann*, § 33 InvStG 2018 Rz. 50 [11/2022]).

Rechtsfolge des Abs. 4: Für die sonstigen inländ. Einkünfte ohne StAbzug (Fondseingangsseite) gelten bei Vornahme des StAbzugs gem. Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2 (Fondsausgangsseite) die Abs. 1 bis 3 entsprechend.

- ▶ *Steuerfreiheit*: Insbesondere sind die sonstigen inländ. Einkünfte auf Ebene des Spezial-Investmentfonds kstfrei (Abs. 1 Satz 1 iVm. Abs. 4). Eine etwaige GewStPflcht des Spezial-Investmentfonds wird durch die Vornahme des StAbzugs nicht berührt (Abs. 1 Satz 2 iVm. Abs. 4; s. zur GewSt auch Anm. 5).
- ▶ *Umqualifikation (Abs. 4 Satz 2)*: Abs. 4 Satz 2 stellt eine Parallelregelung zu Abs. 3 Satz 1 dar. Die Regelung hat uE klarstellenden Charakter (ebenso BTDrucks. 18/12127, 65). Die in Satz 1 angeordnete „entsprechende“ Geltung von Abs. 1–3 umfasst auch die Rechtsfolge von Abs. 3 Satz 1 (aA *Neumann*, DB 2016, 1779 [1782], zur Fassung vor den Änderungen durch das StUmgBG). Die Einkünfte sind damit auf Ebene des Anlegers dem Tatbestand des § 49 Abs. 1 EStG zuzuordnen, der der Vereinnahmung durch den Spezial-Investmentfonds zugrunde lag (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 33.37). Allerdings weist die For-

mulierung „sonstige inländische Einkünfte“ in Abs. 4 Satz 2 die gleiche Schwäche wie Abs. 3 Satz 1 vor den Änderungen durch das StUmgBG auf: Gemeint sind damit – wie im gesamten § 33 – ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge, soweit sie sonstige inländ. Einkünfte ohne StAbzug (Fondseingangsseite) enthalten. Die Umqualifikation gilt aufgrund der entsprechenden Geltung von Abs. 3 Satz 2 iVm. Abs. 4 Satz 1 auch für DBA-Zwecke.

- **Anwendbarkeit von § 8b Abs. 2 KStG und des Teileinkünfteverfahrens:** Sofern der Spezial-Investmentfonds Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Immobilien-KapGes. erzielt, kann er durch den StAbzug gem. Abs. 4 Satz 1 iVm. Abs. 1 zunächst eine mögliche Besteuerung ohne Berücksichtigung von § 8b Abs. 2 KStG (vgl. dazu § 6 Abs. 6 iVm. § 29) auf seiner Ebene vermeiden. Bei beschränkt stpfl. Anlegern (Steuerausländern, vgl. Anm. 20) führt die Umqualifikation gem. Abs. 4 Satz 2 zu Einkünften iSv. § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e iVm. § 17 EStG. Bei beschränkt kstpfl. Anlegern führt dies zur Anwendung von § 8b Abs. 2 KStG, nicht jedoch von § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG (vgl. BFH v. 31.5. 2017 – I R 37/15, DStR 2017, 1402), bei ausnahmsweise beteiligten beschränkt stpfl. natürlichen Personen zur Anwendung des Teileinkünfteverfahrens (§ 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. e EStG). Eine etwaige DBA-Berechtigung dürfte daran idR nichts ändern, da die meisten deutschen DBA mittlerweile ein Besteuerungsrecht des Belegenheitsstaates bei der Veräußerung von Anteilen an Immobilien-KapGes. vorsehen (s. Abkommensübersicht bei *Reimer in Vogell/Lehner*, DBA, 7. Aufl. 2021, Art. 13 Rz. 149). Für unbeschränkt stpfl. Anleger ergibt sich die Anwendung von § 8b Abs. 2 KStG bzw. des Teileinkünfteverfahrens im Rahmen der Besteuerung der ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge aus § 42 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 2 jeweils iVm. Abs. 3.

Diskussionsentwurf des BMF für ein Gesetz zur Förderung von Investitionen von Fonds in erneuerbare Energien und Infrastruktur (s. auch Anm. 1 „Rechtsentwicklung“): Der DiskE sieht eine Subsidiarität von inländ. Immobilienerträgen vor, die in einer inländ. BS anfallen (§ 6 Abs. 5 Satz 3 idF des DiskE). Unterhält der (Spezial-)Investmentfonds die inländ. BS selbst, ist von sonstigen Einkünften wie schon nach derzeitigem Recht nur auszugehen, wenn der (Spezial-)Investmentfonds seine WG aktiv unternehmerisch bewirtschaftet (§ 6 Abs. 5a Satz 1 idF des DiskE). Fallen sie hingegen in der inländ. BS einer Mitunternehmerschaft an, ist stets von aktiver unternehmerischer Bewirtschaftung auszugehen (vgl. § 6 Abs. 5a Satz 2 idF des DiskE). Es liegen dann sonstige Einkünfte iSv. § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a EStG iVm. § 6 Abs. 5 Satz 1 idF des DiskE vor, die an sich unter Abs. 4 fallen würden. Gleiches gilt für sonstige inländ. Einkünfte ohne StAbzug, wobei sich die Subsidiarität gegenüber Einkünften aus aktiver unternehmerischer Bewirtschaftung mit inländ. BS schon im derzeit geltenden Recht aus der Binnensystematik von § 49 Abs. 1 EStG ergibt. Nach einem neu anzufügenden Abs. 4 Satz 3 idF des DiskE soll der StAbzug in diesen Fällen nicht mehr zur KStBefreiung führen. Ferner soll ein vereinnahmender Dach-Spezial-Investmentfonds insoweit auch keine Transparenzoption gem. Abs. 4 Satz 1 iVm. Abs. 2 Sätze 3 ff. ausüben können. Dies soll ebenfalls für Einkünfte aus Eigenverwaltung einer InvAG (derzeit § 6 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2, zukünftig § 6 Abs. 5b idF des DiskE mit unverändertem Wortlaut) gelten, soweit sie keinem StAbzug unterliegen. Mit der Neuregelung soll eine Körperschaftbesteuerung von Spezial-Investmentfonds auch in den Fällen an sich zulässiger aktiver unternehmerischer Bewirtschaftung sichergestellt werden.