

§ 37 Ermittlung der Einkünfte

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

(1) ¹Der Spezial-Investmentfonds ermittelt die Einkünfte des Spezial-Investmentfonds entsprechend § 2 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 und § 23 Absatz 3 des Einkommensteuergesetzes und gliedert sie nach den steuerlichen Wirkungen beim Anleger. ²Dabei sind insbesondere die Einkünfte gesondert auszuweisen, bei denen beim Anleger die Regelungen nach den §§ 42 bis 47 zur Anwendung kommen.

(2) ¹Spezial-Investmenterträge, die einem Dach-Spezial-Investmentfonds zufließen oder die als zugeflossen gelten, sind nach der Art der Einkünfte des Ziel-Spezial-Investmentfonds und nach den steuerlichen Wirkungen bei den Anlegern des Dach-Spezial-Investmentfonds zu gliedern, sofern in Kapitel 3 keine abweichenden Bestimmungen getroffen werden. ²Bei der Gliederung nach Satz 1 sind die Spezial-Investmenterträge nach § 34 Absatz 1 Nummer 1 und 2 nicht als steuerfrei thesaurierbare Kapitalerträge im Sinne des § 36 Absatz 2 anzusetzen.

(3) ¹Absetzungsbeträge, die einem Dach-Spezial-Investmentfonds zufließen, können von diesem unter den Voraussetzungen des § 35 Absatz 4 Satz 2 als Absetzungsbeträge ausgeschüttet werden. ²Zurechnungsbeträge und Immobilien-Zurechnungsbeträge, die einem Dach-Spezial-Investmentfonds zufließen, stehen diesem nicht als solche Beträge zur Ausschüttung zur Verfügung.

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

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 37	1	Investmenterträgen bei Dach-Spezial-Investmentfonds	10
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Einkünfteermittlung als Überschuss der Einnahmen über Werbungskosten, Gliederung der Einkünfte	5	D. Erläuterungen zu Abs. 3: Absetzungsbeträge, Zurechnungsbeträge und Immobilien-Zurechnungsbeträge bei Dach-Spezial-Investmentfonds	15
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Gliederung von Spezial-			

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 37

1

Grundinformation zu § 37: § 37 regelt in Abs. 1 Satz 1, dass Einkünfte eines Spezial-Investmentfonds als Überschuss der Einnahmen über die WK zu ermitteln und nach den stl. Wirkungen beim Anleger zu gliedern sind. Dabei richtet sich nach §§ 37 ff. nur die Ermittlung der für die Anlegerbesteuerung relevanten Einkünfte, während sich die Ermittlung der stpfl. Einkünfte des Spezial-Investmentfonds nach § 6 Abs. 7 iVm. § 29 Abs. 1 richtet, sofern es zu einer Besteuerung auf

der Ebene des Spezial-Investmentfonds kommt (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 37.4 und 29.2). Abs. 1 Satz 2 hebt sechs Fälle stl. Wirkungen beim Anleger (Anwendung der §§ 42 bis 47) hervor und verlangt den gesonderten Ausweis insbes. davon betroffener Einkünfte. Die Abs. 2 und 3 regeln die Semitransparenz von Spezial-Investmentfonds (Besteuerung der Anleger, als ob sie die Einkünfte des Spezial-Investmentfonds selbst erzielt hätten) nunmehr explizit auch für mehrstufige Spezial-Investmentfonds-Strukturen.

Rechtsentwicklung und zeitlicher Geltungsbereich des § 37:

- ▶ *InvStRefG v. 19.7.2016* (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731): § 37 wurde mit dem InvStRefG v. 19.7.2016 eingeführt; s. dazu Einf. Anm. 5.
- ▶ *JStG 2020 v. 21.12.2020* (BGBl. I 2020, 3096, BStBl. I 2021, 6): Die neuen Abs. 2 und 3 werden angefügt und infolgedessen wird der frühere Wortlaut des § 37 dessen jetziger Abs. 1. Die Vorschriften sind ab dem 1.1.2021 anzuwenden (§ 57 Abs. 2).
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich*: § 37 gilt ab dem 1.1.2018, s. § 56 Abs. 1.

Geltungsbereich des § 37:

- ▶ *Sachlicher Geltungsbereich*: § 37 gilt für die Einkünfteermittlung von Spezial-Investmentfonds.
- ▶ *Persönlicher Geltungsbereich*: § 37 gilt für in- und ausländ. Spezial-Investmentfonds, nicht aber für Investmentfonds.

Verhältnis des § 37 zu anderen Vorschriften:

- ▶ *Verhältnis zu § 6 Abs. 7*: Nach §§ 37 ff. richtet sich nur die Ermittlung der für die Anlegerbesteuerung relevanten Einkünfte. Sofern es zu einer Besteuerung auf der Ebene des Spezial-Investmentfonds kommt, richtet sich die Ermittlung der stpfl. Einkünfte des Spezial-Investmentfonds nach § 6 Abs. 7 iVm. § 29 Abs. 1 (s. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 37.4 und 29.2).
- ▶ *Verhältnis der §§ 37 bis 41 zueinander*: Die §§ 37 bis 41 regeln nach einem in § 37 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 enthaltenen Verweis auf die grundsätzliche Einkünfteermittlung als Überschuss der Einnahmen über die WK auf § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG und die Ermittlung von Gewinnen oder Verlusten aus privaten Veräußerungsgeschäften nach § 23 Abs. 3 EStG auf Fondsebene geltende Abweichungen von und Ergänzungen zu den estl. Grundsätzen.
- ▶ *Verhältnis zu § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG und § 23 Abs. 3 EStG*: Das InvStG verweist in § 37 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 für die grundsätzliche Einkünfteermittlung als Überschuss der Einnahmen über die WK auf § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG sowie für die Ermittlung von Gewinnen oder Verlusten aus privaten Veräußerungsgeschäften auf § 23 Abs. 3 EStG und regelt dann in den nachfolgenden Vorschriften Abweichungen von und Ergänzungen zu den estl. Grundsätzen.

2–4 Einstweilen frei.

5 B. Erläuterungen zu Abs. 1: Einkünfteermittlung als Überschuss der Einnahmen über Werbungskosten, Gliederung der Einkünfte

Ermittlung der Einkünfte von Spezial-Investmentfonds (Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1): Satz 1 Halbs. 1 regelt, dass die Einkünfte eines Spezial-Investmentfonds entsprechend § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und § 23 Abs. 3 EStG ermittelt werden. Das Gesetz

verwendet den Begriff „Einkünfte“ und nicht mehr wie § 3 Abs. 1 InvStG aF „Erträge“, um klarer zum Ausdruck zu bringen, dass auf Fondsebene zunächst stets alle Einkünfte des Spezial-Investmentvermögens zu ermitteln sind (Abzug der WK von den Einnahmen), die daraufhin – je nach Verwendung – beim Anleger ausgeschüttete, ausschüttungsgleiche oder noch nicht stbare Erträge darstellen (BTDrucks. 18/8045, 108; s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 37.2, 37.3).

- *Entsprechend § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2:* Gemeint ist § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG, also die Ermittlung der Einkünfte als Überschuss der Einnahmen über die WK; s. dazu § 2 EStG Anm. 540 mwN. Dass bei Anlegern die Anteile an einem Spezial-Investmentfonds zu einem BV gehören, führt also nicht zur Anwendung der Regelungen über die stl. Gewinnermittlung auf der Ebene des Spezial-Investmentfonds (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 37.1).
- *Entsprechend § 23 Abs. 3 EStG:* Die Vorschrift regelt die Ermittlung der Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften; s. dazu § 23 EStG Anm. 271 ff.

Gliederung der Einkünfte nach den steuerlichen Wirkungen beim Anleger (Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2): Wie nach dem InvStG aF muss der Spezial-Investmentfonds die zunächst einheitlich ermittelten Einkünfte nach ihren stl. Wirkungen beim Anleger gliedern, dh. nach ihren Auswirkungen bei den Anlegern zusammenfassen und getrennt ausweisen. Unterschiedliche Wirkungen bei den Anlegern können zB daraus resultieren, dass ausländ. Steuern anrechenbar oder dass bestimmte Einkünfte bei den Anleger nicht stpfl. (zB Zinsen bei einer KdöR oder Einkünfte, die bei Thesaurierung nicht als ausschüttungsgleiche Erträge stpfl. sind), nur zT stpfl. sind (zB Dividenden, die bei Personenunternehmen dem Teileinkünfteverfahren unterliegen, also zu 40 % stfrei sind) oder nicht dem StAbzug unterliegen (zB Immobilienerträge bei Pensionskassen), vgl. BTDrucks. 18/8045, 108; s. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 37.6). Für eine Darstellung der Ertragskategorien s. Anlage 1 zu BMF, Anwendungsfragen, Rz. 37.9. Aus dem Zusammenhang mit Satz 2 (s. dazu unten) ergibt sich, dass mit „gliedern“ (auch) ein gesonderter Ausweis gemeint ist. Nach BMF (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 37.9) sind die Einnahmen des Spezial-Investmentfonds bei der Ertragsermittlung getrennt nach den einzelnen Ertragskategorien zu erfassen und anschließend die WK gemäß den Vorgaben der §§ 39 und 40 zuzuordnen sowie die Verluste gem. § 41 zu verrechnen. Nach Ermittlung der Einkünfte erfolgt dann ein entsprechender Ausweis gegliedert nach den einzelnen Ertragskategorien in der Feststellungserklärung (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 37.9).

Gesonderter Ausweis insbesondere der Einkünfte, bei denen beim Anleger die Regelungen nach den §§ 42 bis 47 zur Anwendung kommen (Abs. 1 Satz 2): Satz 2 regelt – nach der Begr. des Gesetzentwurfs klarstellend (vgl. BTDrucks. 18/8045, 109) –, dass der Spezial-Investmentfonds insbes. die Einkünfte gesondert auszuweisen hat, bei denen bei den Anlegern die Regelungen der §§ 42 bis 47 zur Anwendung kommen. Dies sind stbefreite Beteiligungseinkünfte und inländ. Immobilienerträge (§ 42), aufgrund von DBA stbefreite Einkünfte, der Hinzurechnungsbesteuerung und der Teilfreistellung unterliegende Beträge (§ 43), die für die Ermittlung der Zinsschranke (§ 46) sowie die für die Anrechnung und den Abzug ausländ. Steuer (§ 47) relevanten Beträge (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 37.6, 37.8 und 37.9). Aus der Verwendung des Wortes „insbesondere“ folgt, dass darüber hinaus auch alle stl. Bestimmungen zu berücksichtigen sind, aus welchen sich unterschiedliche stl. Wirkungen bei den Anlegern ergeben können (Aigner in Moritz/Jesch/Mann, 2. Aufl. 2020, § 37 Rz. 28).

Nichtbeanstandung der von der Auffassung des BMF abweichenden Zusammenfassung von Erträgen ohne Quellensteuerbelastung, mit tatsächlicher Quellensteuerbelastung und mit fiktiver Quellensteuerbelastung einer Ertragskategorie: Die FinVerw. (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 37.10, 37.11) will für Geschäftsjahre eines Spezial-Investmentfonds, die vor dem 1.10.2022 endeten, grds. nicht beanstanden, wenn Erträge ohne Quellensteuerbelastung, mit tatsächlicher Quellensteuerbelastung und mit fiktiver Quellensteuerbelastung einer Ertragskategorie einheitlich für die Verlustverrechnung nach § 41 sowie für die Anrechnung und den Abzug von ausländ. Steuern nach § 47 für alle von der jeweiligen Kapitalverwaltungsgesellschaft verwalteten Spezial-Investmentfonds von ebendiesem BMF-Schreiben abweichend, aber in sich folgerichtig umgesetzt und nicht willkürliche zusammengefasst werden. Eine einmal gewählte abweichende Zusammenfassung ist bis zu einem Wechsel zu der vom BMF vorgesehenen Zusammenfassung unverändert beizubehalten und von der Kapitalverwaltungsgesellschaft der zuständigen Finanzbehörde schriftlich mitzuteilen und zu erläutern. Auch der Wechsel zu der dem BMF-Schreiben entsprechenden Zusammenfassung ist der zuständigen Finanzbehörde mitzuteilen.

6–9 Einstweilen frei.

10 C. Erläuterungen zu Abs. 2: Gliederung von Spezial-Investmenterträgen bei Dach-Spezial-Investmentfonds

Gliederung von Spezial-Investmenterträgen bei Dach-Spezial-Investmentfonds nach Art der Einkünfte des Ziel-Spezial-Investmentfonds und nach den steuerlichen Wirkungen bei Anlegern des Dach-Spezial-Investmentfonds (Abs. 2 Satz 1): Vor dem Hintergrund, dass Spezial-Investmentfonds keine stl. transparenten Rechtsgebilde, sondern eigenständige KStSubjekte sind und deshalb grds. das sog. Trennungsprinzip und nicht das Transparenzprinzip Anwendung findet (s. BRDrucks. 503/20, 118), regelt Abs. 2 erstmals explizit die Semitransparenz von Spezial-Investmentfonds in mehrstufigen Spezial-Investmentfonds-Strukturen. Der Gesetzgeber hält dies gleichwohl für eine gesetzliche Klarstellung, da es gesetzgeberischer Wille bei der InvStReform gewesen sei, dass bei den Spezial-Investmentfonds das bisherige Besteuerungssystem in seinen wesentlichen Merkmalen fortgeführt werde. Das bis Ende 2017 geltende InvestG 2004 habe hierzu zwar auch keine explizite Regelung enthalten, aber es sei herrschende Meinung gewesen, dass die Semitransparenz über mehrere Fondsstufen (doppelte bzw. mehrfache Semitransparenz) anzuwenden war (BRDrucks. 503/20, 118). Das mag überzeugen, wo sich die durchgehende Semitransparenz zugunsten von Stpfl. auswirkt, weil zB ohne eine solche durchgehende Semitransparenz an einen Dach-Spezial-Investmentfonds ausgeschüttete Gewinne ausschließlich in vollem Umfang stpfl. Spezial-Investmenterträge iSd. § 34 Abs. 1 Nr. 1 InvStG iVm. § 20 Abs. 1 Nr. 3a EStG wären. Wirkt sie sich belastend aus (zB in dem in der Begr. des Entwurfs des JStG 2020 genannten Fall von Aktienveräußerungsverlusten auf Ebene des Ziel-Spezial-Investmentfonds, s. BRDrucks. 503/20, 118), fehlte es an einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage, und insoweit ist die nunmehr ausdrückliche Regelung in Abs. 2 nicht nur klarstellend. Der Gesetzgeber räumt das ein, indem er die Neuregelung als aus fiskalischer Sicht geboten bezeichnet (BRDrucks. 503/20, 1189). Zur Herstellung dieser mehrstufigen Semitransparenz sieht Abs. 2 Satz 1 vor, dass Spe-

zial-Investmenterträge, die einem Dach-Spezial-Investmentfonds zufließen oder die als zugeflossen gelten, grds. nach der Art der Einkünfte des Ziel-Spezial-Investmentfonds und nach den stl. Wirkungen bei den Anlegern des Dach-Spezial-Investmentfonds zu gliedern sind. Ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge, die ein Dach-Spezial-Investmentfonds aus der Anlage in einen Ziel-Spezial-Investmentfonds erzielt, behalten damit für die Zwecke der Anlegerbesteuerung des Dach-Spezial-Investmentfonds ihren durch die originäre Einkunftsquelle des Ziel-Spezial-Investmentfonds bestimmten Ertragscharakter bei (doppelte bzw. mehrfache Semitransparenz bei mehr als zweistufigen Dach-Ziel-Spezial-Investmentfonds-Konstruktionen, vgl. BRDrucks. 503/20, 119).

Abweichende Bestimmungen in Kapitel 3 (Abs. 2 Satz 1 letzter Teilsatz): Die in Satz 1 angeordnete Semitransparenz gilt nach dem letzten Teilsatz von Satz 1 nur, soweit in Kapitel 3 (des InvStG) keine abweichenden Bestimmungen getroffen werden. Abweichende Spezialregelungen enthalten insbes. § 30 Abs. 4 Satz 2 (s. § 30 Anm. 20) und § 33 Abs. 2 Satz 4 (s. § 33 Anm. 15).

Kein Ansatz von Spezial-Investmenterträge nach § 34 Abs. 1 Nr. 1 und 2 als steuerfrei thesaurierbare Kapitalerträge iSd. § 36 Abs. 2 (Abs. 2 Satz 2): Abs. 2 Satz regelt, dass ein Dach-Spezial-Investmentfonds von einem Ziel-Spezial-Investmentfonds ausgeschüttete Erträge nach § 35 und ausschüttungsgleiche Erträge nach § 36 Abs. 1 nicht stfrei thesaurieren kann (s. zu Auswirkungen auf den Ausweis BMF, Anwendungsfragen, Rz. 37.12). Damit können nur Gewinne, die ein Dach-Spezial-Investmentfonds aus der Veräußerung von unmittelbar gehaltenen Spezial-Investmentanteilen erzielt hat, nach § 36 Abs. 2 Nr. 3 stfrei thesauriert werden (s. mit einem instruktiven Beispiel BRDrucks. 503/20, 119).

Einstweilen frei.

11–14

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Absetzungsbeträge, Zurechnungsbeträge und Immobilien-Zurechnungsbeträge bei Dach-Spezial-Investmentfonds

15

Ausschüttung von Absetzungsbeträgen (Abs. 3 Satz 1): Abs. 3 Satz 1 erstreckt die doppelte bzw. mehrfache Semitransparenz auch auf Absetzungsbeträge iSd. § 35 Abs. 4. Ein Dach-Spezial-Investmentfonds, dem sie zufließen, kann sie unter den Voraussetzungen des § 35 Abs. 4 Satz 2 als solche ausschütten.

- *Absetzungsbeträge iSd. § 35 Abs. 4:* Siehe § 35 Anm. 20.
- *Unter den Voraussetzungen des § 35 Abs. 4 Satz 2:* Siehe § 35 Anm. 20. Die Voraussetzungen des § 35 Abs. 4 Satz 2 wirken damit auf der Ebene zweier (oder mehrerer bei mehrfachen Dach-Ziel-Spezial-Investmentfonds-Konstruktionen) Investmentfonds: Erforderlich ist zunächst, dass der Ziel-Spezial-Investmentfonds die Absetzungsbeträge zusammen mit den dazugehörigen Immobilieneinnahmen innerhalb von vier Monaten nach Ablauf seines Geschäftsjahres an den Dach-Spezial-Investmentfonds ausschüttet. Darüber hinaus muss der Dach-Spezial-Investmentfonds diese Immobilieneinnahmen innerhalb von vier Monaten nach Ablauf seines Geschäftsjahres an seine Anleger weiter ausschütten (s. BRDrucks. 503/20, 119).

Zurechnungsbeträge und Immobilien-Zurechnungsbeträge (Abs. 3 Satz 2): Die mehrstufige Semitransparenz erstreckt sich nicht auf Zurechnungsbeträge und Im-

mobilen-Zurechnungsbeträge, die einem Dach-Spezial-Investmentfonds zufließen, um eine stl. Doppelbegünstigung auf Anlegerebene zu vermeiden (s. BRDrucks. 503/20, 119, auch mit einem zusammenfassenden Beispiel).

- ▶ *Zurechnungsbeträge*: Siehe § 35 Abs. 3 und dazu § 35 Anm. 15.
- ▶ *Immobilien-Zurechnungsbeträge*: S. § 35 Abs. 3a und dazu § 35 Anm. 17.
- ▶ *Rechtsfolge „nicht als solche auszuschütten“*: Zugeflossene Zurechnungsbeträge und Immobilien-Zurechnungsbeträge stehen nicht als solche zur Ausschüttung zur Verfügung. Das heißt nicht, dass die Beträge niemals ausgeschüttet werden können. Die Beträge gehen vielmehr zunächst in der Substanz des Dach-Spezial-Investmentfonds unter. Der Dach-Spezial-Investmentfonds kann nach § 35 Abs. 2 Satz 2 Substanzbeträge (erst dann) an seine Anleger ausschütten, wenn er zuvor alle vorhandenen Erträge an seine Anleger ausgeschüttet hat, ohne dass es dann aber darauf ankommt, aus welchen Quellen (also ob aus einer Ausschüttung eines Ziel-Spezial-Investmentfonds oder aus Kapitaleinlagen der Anleger) die Substanzbeträge stammen. Siehe dazu auch Böcker in Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein, 2023, § 37 Rz. 25).