

Herrmann/Heuer/Raupach

# EStG KStG

## Kommentar zum Einkommen- und Körperschaftsteuergesetz

Gesamt-  
verantwortliche  
Herausgeber

**Prof. Dr. Johanna Hey**  
Universität zu Köln

**Michael Wendt**  
Dipl.-Finw., Vors. Richter am BFH aD,  
Rechtsanwalt/Steuerberater, YPOG,  
Köln

**Dr. Martin Klein**

Dipl.-Finw., Rechtsanwalt/Steuerberater/  
Fachanwalt für Steuerrecht  
Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

Mitherausgeber

Prof. Dr. Heribert M. Anzinger  
Universität Ulm

Dr. Winfried Bergkemper  
Richter am BFH aD, Lenggries

Dr. Uwe Clausen  
Rechtsanwalt/Fachanwalt für Steuerrecht,  
O&R Oppenhoff & Rädler, München

Jens Intemann  
Dipl.-Finw., Vors. Richter am FG, Hannover

Dr. Mathias Link, LL.M.  
Rechtsanwalt/Steuerberater,  
PricewaterhouseCoopers, Frankfurt a. M.

Prof. Dr. Andreas Musil †  
Universität Potsdam

Dr. Jens Reddig  
Richter am BFH, München

Prof. Dr. Tibor Schober  
Richter am FG, Cottbus

Prof. Dr. Thomas Stapperfend  
Präsident des FG Berlin-Brandenburg,  
Cottbus

Prof. Dr. Susanne Tiedchen  
Vors. Richterin am FG, Cottbus

Rainer Wendl  
Vors. Richter am BFH, München

Dr. Sven-Christian Witt  
Dipl.-Kfm., Richter am BFH,  
München

Begründet von

Alfons Mrozek †  
Senatspräsident  
des Reichsfinanzhofs

Albert Kennerknecht †  
Ministerialrat  
im Reichsfinanzministerium

fortgeführt von

Carl Herrmann †  
Rechtsanwalt, Ministerialrat  
im Reichsrechnungshof  
Dr. Gerhard Heuer †  
Rechtsanwalt

Prof. Dr. Arndt Raupach  
Rechtsanwalt

Autoren

siehe nächste Blätter

**ertragsteuerrecht.de**

**ottoschmidt**

**Zitierempfehlung:**

Klein in Herrmann/Heuer/Raupach, § 15 EStG Anm. 15

Bei Wiederholung:

Klein in HHR, § 15 EStG Anm. 16

*Bibliografische Information  
der Deutschen Nationalbibliothek*

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <https://portal.dnb.de> abrufbar.

---

Verlag Dr. Otto Schmidt KG  
Gustav-Heinemann-Ufer 58, 50968 Köln  
Tel. 02 21/9 37 38-01, Fax 02 21/9 37 38-943  
[info@otto-schmidt.de](mailto:info@otto-schmidt.de)  
[www.otto-schmidt.de](http://www.otto-schmidt.de)

ISBN 978-3-504-23063-0

©1950/2024 by Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das verwendete Papier ist aus chlorfrei gebleichten Rohstoffen hergestellt, holz- und säurefrei, alterungsbeständig und umweltfreundlich.

Einbandgestaltung: Jan P. Lichtenford, Mettmann  
Satz: Schäper, Bonn  
Druck: Legoprint, Lavis (Italien)

# Inhaltsverzeichnis

## Band 1

Autorenverzeichnis

Vorwort

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

### Texte

Einführung zum EStG

Dokumentation zur Rechtsentwicklung der Einkommensteuer

## Kommentierung des Einkommensteuergesetzes

### I. Steuerpflicht

§ 1 Steuerpflicht

§ 1a [Fiktive unbeschränkte Steuerpflicht von EU-/EWR-Angehörigen]

### II. Einkommen

#### 1. Sachliche Voraussetzungen für die Besteuerung

§ 2 Umfang der Besteuerung, Begriffsbestimmungen

§ 2a Negative Einkünfte mit Bezug zu Drittstaaten

§ 2b *Negative Einkünfte aus der Beteiligung an Verlustzuweisungsgesellschaften und ähnlichen Modellen*

#### 2. Steuerfreie Einnahmen

§ 3 [Steuerfreie Einnahmen]  
Allgemeine Erläuterungen zu § 3  
Kommentierungen der Nr. 1 bis Nr. 72  
ABC der steuerfreien Einnahmen

§ 3a Sanierungserträge

§ 3b Steuerfreiheit von Zuschlägen für Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit

§ 3c Anteilige Abzüge

## Band 2

### 3. Gewinn

Vor §§ 4–7

§ 4 Gewinnbegriff im Allgemeinen

§ 4a Gewinnermittlungszeitraum, Wirtschaftsjahr

§ 4b Direktversicherung

§ 4c Zuwendungen an Pensionskassen

§ 4d Zuwendungen an Unterstützungskassen

- § 4e Beiträge an Pensionsfonds
- § 4f Verpflichtungsübernahmen, Schuldbeiträge und Erfüllungsübernahmen
- § 4g Bildung eines Ausgleichspostens bei Entnahme nach § 4 Absatz 1 Satz 3
- § 4h Betriebsausgabenabzug für Zinsaufwendungen (Zinsschranke)
- § 4i Sonderbetriebsausgabenabzug bei Vorgängen mit Auslandsbezug
- § 4j Aufwendungen für Rechteüberlassungen
- § 5 Gewinn bei Kaufleuten und bei bestimmten anderen Gewerbetreibenden

### **Band 3**

- § 5a Gewinnermittlung bei Handelsschiffen im internationalen Verkehr
- § 5b Elektronische Übermittlung von Bilanzen sowie Gewinn- und Verlustrechnungen
- § 6 Bewertung
- § 6a Pensionsrückstellung
- § 6b Übertragung stiller Reserven bei der Veräußerung bestimmter Anlagegüter
- § 6c Übertragung stiller Reserven bei der Veräußerung bestimmter Anlagegüter bei der Ermittlung des Gewinns nach § 4 Absatz 3 oder nach Durchschnittssätzen
- § 6d Euroumrechnungsrücklage
- § 6e Fondsetablierungskosten als Anschaffungskosten
- § 7 Absetzung für Abnutzung oder Substanzverringerung
- § 7a Gemeinsame Vorschriften für erhöhte Absetzungen und Sonderabschreibungen
- Anhang zu § 7a Kommentierung des Investitionszulagengesetzes 2010 (InvZulG 2010)
- § 7b Sonderabschreibungen für Mietwohnungsneubau
- § 7c Sonderabschreibung für Elektronutfahrzeuge und elektrisch betriebene Lastenfahräder
- § 7d *Erhöhte Absetzungen für Wirtschaftsgüter, die dem Umweltschutz dienen*
- § 7e *Bewertungsfreiheit für Fabrikgebäude, Lagerhäuser und landwirtschaftliche Betriebsgebäude*
- § 7f *Bewertungsfreiheit für abnutzbare Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens privater Krankenhäuser*
- § 7g Investitionsabzugsbeträge und Sonderabschreibungen zur Förderung kleiner und mittlerer Betriebe
- § 7h Erhöhte Absetzungen bei Gebäuden in Sanierungsgebieten und städtebaulichen Entwicklungsbereichen
- § 7i Erhöhte Absetzungen bei Baudenkmalen
- § 7k *Erhöhte Absetzungen für Wohnungen mit Sozialbindung*

---

**Band 4**

- 4. Überschuss der Einnahmen über die Werbungskosten
  - § 8 Einnahmen
  - § 9 Werbungskosten
  - § 9a Pauschbeträge für Werbungskosten
- 4a. Umsatzsteuerrechtlicher Vorsteuerabzug
  - § 9b [Umsatzsteuerrechtlicher Vorsteuerabzug]
- 4b. Kinderbetreuungskosten
  - § 9c *Kinderbetreuungskosten*
- 5. Sonderausgaben
  - § 10 [Sonderausgaben]
  - § 10a Zusätzliche Altersvorsorge
  - § 10b Steuerbegünstigte Zwecke
  - § 10c Sonderausgaben-Pauschbetrag
  - § 10d Verlustabzug
  - § 10e *Steuerbegünstigung der zu eigenen Wohnzwecken genutzten Wohnung im eigenen Haus*
  - § 10f *Steuerbegünstigung für zu eigenen Wohnzwecken genutzte Baudenkmale und Gebäude in Sanierungsgebieten und städtebaulichen Entwicklungsbereichen*
  - § 10g *Steuerbegünstigung für schutzwürdige Kulturgüter, die weder zur Einkunftserzielung noch zu eigenen Wohnzwecken genutzt werden*
  - § 10h *Steuerbegünstigung der unentgeltlich zu Wohnzwecken überlassenen Wohnung im eigenen Haus*
  - § 10i *Vorkostenabzug bei einer nach dem Eigenheimzulagengesetz begünstigten Wohnung*
- 6. Vereinnahmung und Verausgabung
  - § 11 [Zufluss und Abfluss von Einnahmen und Ausgaben]
  - § 11a Sonderbehandlung von Erhaltungsaufwand bei Gebäuden in Sanierungsgebieten und städtebaulichen Entwicklungsbereichen
  - § 11b Sonderbehandlung von Erhaltungsaufwand bei Baudenkmalen
- 7. Nicht abzugsfähige Ausgaben
  - § 12 [Nicht abzugsfähige Ausgaben]
- 8. Die einzelnen Einkunftsarten
  - a) Land- und Forstwirtschaft (§ 2 Absatz 1 Satz 1 Nr. 1)
    - § 13 Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft
    - § 13a Ermittlung des Gewinns aus Land- und Forstwirtschaft nach Durchschnittssätzen
    - § 13b Gemeinschaftliche Tierhaltung
    - § 14 Veräußerung des Betriebs
    - § 14a *Vergünstigungen bei der Veräußerung bestimmter land- und forstwirtschaftlicher Betriebe*

**Band 5**

- b) Gewerbebetrieb (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2)
  - § 15 Einkünfte aus Gewerbebetrieb
  - § 15a Verluste bei beschränkter Haftung
  - § 15b Verluste im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen
  - § 16 Veräußerung des Betriebs
  - § 17 Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften
- c) Selbständige Arbeit (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3)
  - § 18 [Selbständige Arbeit]
- d) Nichtselbständige Arbeit (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4)
  - § 19 [Nichtselbständige Arbeit]
  - § 19a Sondervorschrift für Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit bei Vermögensbeteiligungen

**Band 6**

- e) Kapitalvermögen (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5)
  - § 20 [Kapitalvermögen]
  - Anhang zu § 20 Kommentierung des Investmentsteuergesetzes
- f) Vermietung und Verpachtung (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6)
  - § 21 [Vermietung und Verpachtung]
  - § 21a *Pauschalierung des Nutzungswerts der selbstgenutzten Wohnung im eigenen Haus*
- g) Sonstige Einkünfte (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7)
  - § 22 Arten der sonstigen Einkünfte
  - § 22a Rentenbezugsmitteilungen an die zentrale Stelle
  - § 23 Private Veräußerungsgeschäfte
- h) Gemeinsame Vorschriften
  - § 24 [Entschädigungen und nachträgliche Einkünfte]
  - § 24a Altersentlastungsbetrag
  - § 24b Entlastungsbetrag für Alleinerziehende
  - § 24c *Jahresbescheinigung über Kapitalerträge und Veräußerungsgewinne aus Finanzanlagen*

**III. Veranlagung**

- § 25 Veranlagungszeitraum, Steuererklärungspflicht
- § 26 Veranlagung von Ehegatten
- § 26a Einzelveranlagung von Ehegatten
- § 26b Zusammenveranlagung von Ehegatten
- § 26c *Besondere Veranlagung für den Veranlagungszeitraum der Eheschließung*
- § 27 *Zusammenveranlagung mit Kindern*
- § 28 Besteuerung bei fortgesetzter Gütergemeinschaft

- § 29 *Durchschnittssätze*
- § 30 *Besteuerung bei Auslandsbeziehungen*

#### IV. Tarif

- § 31 Familienleistungsausgleich
- § 32 Kinder, Freibeträge für Kinder
- § 32a Einkommensteuertarif
- § 32b Progressionsvorbehalt
- § 32c *Tarifermäßigung bei Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft [neu]*
- § 32c *Tarifglättung bei Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft*
- § 32d *Gesonderter Steuertarif für Einkünfte aus Kapitalvermögen*

#### Band 7

- § 33 Außergewöhnliche Belastungen
- § 33a *Außergewöhnliche Belastung in besonderen Fällen*
- § 33b *Pauschbeträge für behinderte Menschen, Hinterbliebene und Pflegepersonen*
- § 33c *Kinderbetreuungskosten*
- § 34 Außerordentliche Einkünfte
- § 34a *Begünstigung der nicht entnommenen Gewinne*
- § 34b *Steuersätze bei Einkünften aus außerordentlichen Holznutzungen*

#### V. Steuerermäßigungen

1. Steuerermäßigung bei ausländischen Einkünften
  - § 34c *[Steuerermäßigung bei ausländischen Einkünften]*
  - § 34d *Ausländische Einkünfte*
2. Steuerermäßigung bei Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft
  - § 34e *Steuerermäßigung bei Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft*
  - 2a. *Steuerermäßigung für Steuerpflichtige mit Kindern bei Inanspruchnahme erhöhter Absetzungen für Wohngebäude oder der Steuerbegünstigungen für eigen genutztes Wohneigentum*
    - § 34f *Steuerermäßigung für Steuerpflichtige mit Kindern bei Inanspruchnahme erhöhter Absetzungen für Wohngebäude oder der Steuerbegünstigungen für eigen genutztes Wohneigentum*
  - 2b. Steuerermäßigung bei Zuwendungen an politische Parteien und an unabhängige Wählervereinigungen
    - § 34g *[Steuerermäßigung bei Zuwendungen an politische Parteien und an unabhängige Wählervereinigungen]*
3. Steuerermäßigung bei Einkünften aus Gewerbebetrieb
  - § 35 *[Steuerermäßigung bei Einkünften aus Gewerbebetrieb]*

4. Steuerermäßigung bei Aufwendungen für haushaltsnahe Beschäftigungsverhältnisse und für die Inanspruchnahme haushaltsnaher Dienstleistungen
  - § 35a Steuerermäßigung bei Aufwendungen für haushaltsnahe Beschäftigungsverhältnisse, haushaltsnahe Dienstleistungen und Handwerkerleistungen
5. Steuerermäßigung bei Belastung mit Erbschaftsteuer
  - § 35b Steuerermäßigung bei Belastung mit Erbschaftsteuer
6. Steuerermäßigung für energetische Maßnahmen bei zu eigenen Wohnzwecken genutzten Gebäuden
  - § 35c Steuerermäßigung für energetische Maßnahmen bei zu eigenen Wohnzwecken genutzten Gebäuden

## VI. Steuererhebung

1. Erhebung der Einkommensteuer
  - § 36 Entstehung und Tilgung der Einkommensteuer
  - § 36a Beschränkung der Anrechenbarkeit der Kapitalertragsteuer
  - § 37 Einkommensteuer-Vorauszahlung
  - § 37a Pauschalierung der Einkommensteuer durch Dritte
  - § 37b Pauschalierung der Einkommensteuer bei Sachzuwendungen
2. Steuerabzug vom Arbeitslohn (Lohnsteuer)
  - § 38 Erhebung der Lohnsteuer
  - § 38a Höhe der Lohnsteuer
  - § 38b Lohnsteuerklassen, Zahl der Kinderfreibeträge
  - § 39 Lohnsteuerabzugsmerkmale
    - § 39a Freibetrag und Hinzurechnungsbetrag
    - § 39b Einbehaltung der Lohnsteuer
    - § 39c Einbehaltung der Lohnsteuer ohne Lohnsteuerabzugsmerkmale
    - § 39d *Durchführung des Lohnsteuerabzugs für beschränkt einkommensteuerpflichtige Arbeitnehmer*
    - § 39e Verfahren zur Bildung und Anwendung der elektronischen Lohnsteuerabzugsmerkmale
    - § 39f Faktorverfahren anstelle Steuerklassenkombination III/V
  - § 40 Pauschalierung der Lohnsteuer in besonderen Fällen
    - § 40a Pauschalierung der Lohnsteuer für Teilzeitbeschäftigte und geringfügig Beschäftigte
    - § 40b Pauschalierung der Lohnsteuer bei bestimmten Zukunftssicherungsleistungen
  - § 41 Aufzeichnungspflichten beim Lohnsteuerabzug
    - § 41a Anmeldung und Abführung der Lohnsteuer
    - § 41b Abschluss des Lohnsteuerabzugs
    - § 41c Änderung des Lohnsteuerabzugs
  - § 42 *Lohnsteuer-Jahresausgleich*
    - § 42a *Gemeinsamer Lohnsteuer-Jahresausgleich für Ehegatten*

- § 42b Lohnsteuer-Jahresausgleich durch den Arbeitgeber
  - § 42c *Örtliche Zuständigkeit der Finanzämter im Lohnsteuerverfahren*
  - § 42d Haftung des Arbeitgebers und Haftung bei Arbeitnehmerüberlassung
  - § 42e Anrufungsauskunft
  - § 42f Lohnsteuer-Außenprüfung
  - § 42g Lohnsteuer-Nachschau
3. Steuerabzug vom Kapitalertrag (Kapitalertragsteuer)
- Vor § 43
- § 43 Kapitalerträge mit Steuerabzug
  - § 43a Bemessung der Kapitalertragsteuer
  - § 43b Bemessung der Kapitalertragsteuer bei bestimmten Gesellschaften
  - § 44 Entrichtung der Kapitalertragsteuer
  - § 44a Abstandnahme vom Steuerabzug
  - § 44b Erstattung der Kapitalertragsteuer
  - § 44c *Erstattung von Kapitalertragsteuer an bestimmte Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen*
  - § 44d *Bemessung der Kapitalertragsteuer bei bestimmten Kapitalgesellschaften*
  - § 45 Ausschluss der Erstattung von Kapitalertragsteuer
  - § 45a Anmeldung und Bescheinigung der Kapitalertragsteuer
  - § 45b Angaben zur Bescheinigung und Abführung der Kapitalertragsteuer
  - § 45c Zusammengefasste Mitteilung zur Bescheinigung und Abführung der Kapitalertragsteuer
  - § 45d Mitteilungen an das Bundeszentralamt für Steuern
  - § 45e Ermächtigung für Zinsinformationsverordnung
4. Veranlagung von Steuerpflichtigen mit steuerabzugspflichtigen Einkünften
- § 46 Veranlagung bei Bezug von Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit
  - § 46a *Besondere Behandlung von Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb oder Kapitalvermögen im Sinne des § 43 Abs. 1 Nr. 5*
5. Abschlusszahlung
- § 47 *[Abschlusszahlung]*

## VII. Steuerabzug bei Bauleistungen

- § 48 Steuerabzug
- § 48a Verfahren
- § 48b Freistellungsbescheinigung
- § 48c Anrechnung
- § 48d Besonderheiten im Fall von Doppelbesteuerungsabkommen

## Band 8

## VIII. Besteuerung beschränkt Steuerpflichtiger

- § 49 Beschränkt steuerpflichtige Einkünfte

Anhang zu § 49 Betriebsstättengewinnaufteilungsverordnung – BsGaV

§ 50 Sondervorschriften für beschränkt Steuerpflichtige

§ 50a Steuerabzug bei beschränkt Steuerpflichtigen

**IX. Sonstige Vorschriften, Bußgeld-, Ermächtigungs- und Schlussvorschriften**

§ 50b Prüfungsrecht

§ 50c Entlastung vom Steuerabzug in bestimmten Fällen

§ 50d Anwendung von Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung

§ 50e Bußgeldvorschriften; Nichtverfolgung von Steuerstraftaten bei geringfügiger Beschäftigung in Privathaushalten

§ 50f Bußgeldvorschriften

§ 50g Entlastung vom Steuerabzug bei Zahlungen von Zinsen und Lizenzgebühren zwischen verbundenen Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten der Europäischen Union

§ 50h Bestätigung für Zwecke der Entlastung von Quellensteuern in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft

§ 50i Besteuerung bestimmter Einkünfte und Anwendung von Doppelbesteuerungsabkommen

§ 50j Versagung der Entlastung von Kapitalertragsteuern in bestimmten Fällen

§ 51 Ermächtigungen

§ 51a Festsetzung und Erhebung von Zuschlagsteuern

Anhang zu § 51a Solidaritätszuschlaggesetz 1995; Kirchensteuern

§ 52 Anwendungsvorschriften

§ 52a *Anwendungsvorschriften zur Einführung einer Abgeltungsteuer auf Kapitalerträge und Veräußerungsgewinne*

§ 52b *Übergangsregelungen bis zur Anwendung der elektronischen Lohnsteuerabzugsmerkmale*

§ 53 *Sondervorschrift zur Steuerfreistellung des Existenzminimums eines Kindes in den Veranlagungszeiträumen 1983 bis 1995*

§ 53a *Sondervorschrift zum Abzug von Aufwendungen für Dienstleistungen zur Beaufsichtigung oder Betreuung eines Kindes*

§ 53b *Sondervorschriften zum Abzug von Kinderbetreuungskosten für Kalenderjahre vor 1984*

§ 54 *Sondervorschrift zum Abzug des Kinderfreibetrags für die Veranlagungszeiträume 1983 bis 1985*

§ 55 Schlussvorschriften (Sondervorschriften für die Gewinnermittlung nach § 4 oder nach Durchschnittssätzen bei vor dem 1. Juli 1970 angeschafftem Grund und Boden)

§ 56 Sondervorschriften für Steuerpflichtige in dem in Artikel 3 des Einigungsvertrages genannten Gebiet

§ 57 Besondere Anwendungsregeln aus Anlass der Herstellung der Einheit Deutschlands

- § 58 Weitere Anwendung von Rechtsvorschriften, die vor Herstellung der Einheit Deutschlands in dem in Artikel 3 des Einigungsvertrages genannten Gebiet gegolten haben
- § 59 *Überleitungsregelungen für den Lohnsteuerabzug für Arbeitnehmer und Arbeitgeber in dem in Artikel 3 des Einigungsvertrages genannten Gebiet*
- § 60 *Tariffreibetrag im Lohnsteuerverfahren*
- § 61 *Entlastung bei niedrigen Erwerbseinkommen im Lohnsteuerverfahren*

## **X. Kindergeld**

Vor §§ 62–78

- § 62 Anspruchsberechtigte
- § 63 Kinder
- § 64 Zusammentreffen mehrerer Ansprüche
- § 65 Andere Leistungen für Kinder
- § 66 Höhe des Kindergeldes, Zahlungszeitraum
- § 67 Antrag
- § 68 Besondere Mitwirkungspflichten und Offenbarungsbefugnis
- § 69 Datenübermittlung an die Familienkassen
- § 70 Festsetzung und Zahlung des Kindergeldes
- § 71 Vorläufige Einstellung der Zahlung des Kindergeldes
- § 72 Festsetzung und Zahlung des Kindergeldes an Angehörige des öffentlichen Dienstes
- § 73 *Zahlung des Kindergeldes an andere Arbeitnehmer*
- § 74 Zahlung des Kindergeldes in Sonderfällen
- § 75 Aufrechnung
- § 76 Pfändung
- § 76a *Kontenpfändung und Pfändung von Bargeld*
- § 77 Erstattung von Kosten im Vorverfahren
- § 78 Übergangsregelungen

## **XI. Altersvorsorgezulage**

Vor § 79

- § 79 Zulageberechtigte
- § 80 Anbieter
- § 81 Zentrale Stelle
- § 81a Zuständige Stelle
- § 82 Altersvorsorgebeiträge
- § 83 Altersvorsorgezulage
- § 84 Grundzulage
- § 85 Kinderzulage
- § 86 Mindesteigenbeitrag
- § 87 Zusammentreffen mehrerer Verträge

- § 88 Entstehung des Anspruchs auf Zulage
- § 89 Antrag
- § 90 Verfahren
- § 90a *Anmeldeverfahren*
- § 91 Datenerhebung und Datenabgleich
- § 92 Bescheinigung
- § 92a Verwendung für eine selbstgenutzte Wohnung
- § 92b Verfahren bei Verwendung für eine selbst genutzte Wohnung
- § 93 Schädliche Verwendung
- § 94 Verfahren bei schädlicher Verwendung
- § 95 Sonderfälle der Rückzahlung
- § 96 Anwendung der Abgabenordnung, allgemeine Vorschriften
- § 97 Übertragbarkeit
- § 98 Rechtsweg
- § 99 Ermächtigung

## **XII. Förderbetrag zur betrieblichen Altersversorgung**

- § 100 Förderbetrag zur betrieblichen Altersversorgung

## **XIII. Mobilitätsprämie**

Vor §§ 101–109

- § 101 Bemessungsgrundlage und Höhe der Mobilitätsprämie
- § 102 Anspruchsberechtigung
- § 103 Entstehung der Mobilitätsprämie
- § 104 Antrag auf die Mobilitätsprämie
- § 105 Festsetzung und Auszahlung der Mobilitätsprämie
- § 106 Ertragsteuerliche Behandlung der Mobilitätsprämie
- § 107 Anwendung der Abgabenordnung
- § 108 Anwendung von Straf- und Bußgeldvorschriften der Abgabenordnung
- § 109 Verordnungsermächtigung

## **XIV. Sondervorschriften zur Bewältigung der Corona-Pandemie**

- § 110 Anpassung von Vorauszahlungen für den Veranlagungszeitraum 2019
- § 111 Vorläufiger Verlustrücktrag für 2020 und 2021

## **XV. Energiepreispauschale**

Vor §§ 112–122

- § 112 Veranlagungszeitraum, Höhe
- § 113 Anspruchsberechtigung
- § 114 Entstehung des Anspruchs
- § 115 Festsetzung mit der Einkommensteuerveranlagung
- § 116 Anrechnung auf die Einkommensteuer
- § 117 Auszahlung an Arbeitnehmer

- § 118 Energiepreispauschale im Einkommensteuer-Vorauszahlungsverfahren
- § 119 Steuerpflicht
- § 120 Anwendung der Abgabenordnung
- § 121 Anwendung von Straf- und Bußgeldvorschriften der Abgabenordnung
- § 122 Nichtberücksichtigung als Einkommen bei Sozialleistungen, Unpfändbarkeit

#### **XVI. Besteuerung der Gas-/Wärmepreisbremse**

- § 123 Grundsatz der Besteuerung
- § 124 Einstieg und Milderungszone
- § 125 Zufluss und Besteuerung
- § 126 Anwendung von Straf- und Bußgeldvorschriften der Abgabenordnung

### **Band 9**

#### **Texte**

Einführung zum KStG

Dokumentation zur Rechtsentwicklung der Körperschaftsteuer

### **Kommentierung des Körperschaftsteuergesetzes**

#### **Erster Teil: Steuerpflicht**

- § 1 Unbeschränkte Steuerpflicht
- § 1a Option zur Körperschaftsbesteuerung
- § 2 Beschränkte Steuerpflicht
- § 3 Abgrenzung der Steuerpflicht bei nichtrechtsfähigen Personenvereinigungen und Vermögensmassen sowie bei Realgemeinden
- § 4 Betriebe gewerblicher Art von juristischen Personen des öffentlichen Rechts
- § 5 Befreiungen
- § 6 Einschränkung der Befreiung von Pensions-, Sterbe-, Kranken- und Unterstützungskassen
- § 6a Einkommensermittlung bei voll steuerpflichtigen Unterstützungskassen

#### **Zweiter Teil: Einkommen**

Erstes Kapitel: Allgemeine Vorschriften

- § 7 Grundlagen der Besteuerung
- § 8 Ermittlung des Einkommens
- § 8a Betriebsausgabenabzug für Zinsaufwendungen bei Körperschaften (Zinsschranke)
- § 8b Beteiligung an anderen Körperschaften und Personenvereinigungen
- § 8c Verlustabzug bei Körperschaften
- § 8d Fortführungsgebundener Verlustvortrag
- § 9 Abziehbare Aufwendungen
- § 10 Nichtabziehbare Aufwendungen

**Band 10**

- § 11 Auflösung und Abwicklung (Liquidation)
  - § 12 Entstrickungs- und Wegzugsbesteuerung
  - § 13 Beginn und Erlöschen einer Steuerbefreiung
  - Zweites Kapitel: Sondervorschriften für die Organshaft
    - § 14 Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien als Organgesellschaft
    - § 15 Ermittlung des Einkommens bei Organshaft
    - § 16 Ausgleichszahlungen
    - § 17 Andere Kapitalgesellschaften als Organgesellschaft
    - § 18 *Ausländische Organträger*
    - § 19 Steuerabzug bei dem Organträger
  - Drittes Kapitel: Sondervorschriften für Versicherungsunternehmen, Pensionsfonds und Bausparkassen
    - Vor §§ 20–21b KStG
    - § 20 Schwankungsrückstellungen, Schadenrückstellungen
    - § 21 Beitragsrückerstattungen
    - § 21a Deckungsrückstellungen
    - § 21b *Zuteilungsrücklage bei Bausparkassen*
  - Viertes Kapitel: Sondervorschriften für Genossenschaften
    - § 22 Genossenschaftliche Rückvergütung
- Dritter Teil: Tarif; Besteuerung bei ausländischen Einkunftsteilen**
- § 23 Steuersatz
  - § 24 Freibetrag für bestimmte Körperschaften
  - § 25 Freibetrag für Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften sowie Vereine, die Land- und Forstwirtschaft betreiben
  - § 26 Steuerermäßigung bei ausländischen Einkünften
- Vierter Teil: Nicht in das Nennkapital geleistete Einlagen und Entstehung und Veranlagung**
- § 27 Nicht in das Nennkapital geleistete Einlagen
  - § 28 Umwandlung von Rücklagen in Nennkapital und Herabsetzung des Nennkapitals
  - § 29 Kapitalveränderungen bei Umwandlungen
  - § 30 Entstehung der Körperschaftsteuer
  - § 31 Steuererklärungspflicht, Veranlagung und Erhebung der Körperschaftsteuer
  - § 32 Sondervorschriften für den Steuerabzug
  - § 32a Erlass, Aufhebung oder Änderung von Steuerbescheiden bei verdeckter Gewinnausschüttung oder verdeckter Einlage

**Fünfter Teil: Ermächtigungs- und Schlussvorschriften**

- § 33 Ermächtigungen
- § 34 Schlussvorschriften
- § 35 Sondervorschriften für Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen in dem in Artikel 3 des Einigungsvertrages genannten Gebiet

**Sechster Teil: Sondervorschriften für den Übergang vom Anrechnungsverfahren zum Halbeinkünfteverfahren**

- § 36 Endbestände
- § 37 Körperschaftsteuerguthaben und Körperschaftsteuererminderung
- § 38 Körperschaftsteuererhöhung
- § 39 Einlagen der Anteilseigner und Sonderausweis
- § 40 *Umwandlung, Liquidation und Verlegung des Sitzes*

**Stichwortverzeichnis**



# Anhang zu § 20 EStG – Kommentierung des Investmentsteuergesetzes

Schrifttumsverzeichnis zum InvStG

Einführung zum InvStG

## **Kapitel 1 Allgemeine Regelungen**

- § 1 Anwendungsbereich
- § 2 Begriffsbestimmungen
- § 3 Gesetzlicher Vertreter
- § 4 Zuständige Finanzbehörden, Verordnungsermächtigung
- § 5 Prüfung der steuerlichen Verhältnisse
- § 5a Übertragung von Wirtschaftsgütern in einen Investmentfonds

## **Kapitel 2 Investmentfonds**

### **Abschnitt 1 Besteuerung des Investmentfonds**

- § 6 Körperschaftsteuerpflicht eines Investmentfonds
- § 7 Erhebung der Kapitalertragsteuer gegenüber Investmentfonds
- § 8 Steuerbefreiung aufgrund steuerbegünstigter Anleger
- § 9 Nachweis der Steuerbefreiung
- § 10 Investmentfonds oder Anteilklassen für steuerbegünstigte Anleger; Nachweis der Steuerbefreiung
- § 11 Erstattung von Kapitalertragsteuer an Investmentfonds durch die Finanzbehörden
- § 12 Leistungspflicht gegenüber steuerbegünstigten Anlegern
- § 13 Wegfall der Steuerbefreiung eines Anlegers
- § 14 Haftung bei unberechtigter Steuerbefreiung oder -erstattung
- § 15 Gewerbesteuer

### **Abschnitt 2 Besteuerung des Anlegers eines Investmentfonds**

- § 16 Investorerträge
- § 17 Erträge bei Abwicklung eines Investmentfonds
- § 18 Vorabpauschale
- § 19 Gewinne aus der Veräußerung von Investmentanteilen
- § 20 Teilfreistellung
- § 21 Anteilige Abzüge aufgrund einer Teilfreistellung
- § 22 Änderung des anwendbaren Teilfreistellungssatzes

### **Abschnitt 3 Verschmelzung von Investmentfonds**

§ 23 Verschmelzung von Investmentfonds

### **Abschnitt 4 Verhältnis zu Besteuerungsregelungen für Spezial-Investmentfonds**

§ 24 Kein Wechsel zu den Besteuerungsregelungen für Spezial-Investmentfonds

## **Kapitel 3 Spezial-Investmentfonds**

### **Abschnitt 1 Voraussetzungen und Besteuerung eines Spezial-Investmentfonds**

§ 25 Getrennte Besteuerungsregelungen

§ 26 Anlagebestimmungen

§ 27 Rechtsformen von inländischen Spezial-Investmentfonds

§ 28 Beteiligung von Personengesellschaften

§ 29 Steuerpflicht des Spezial-Investmentfonds

§ 30 Inländische Beteiligungseinnahmen und sonstige inländische Einkünfte mit Steuerabzug

§ 31 Steuerabzug und Steueranrechnung bei Ausübung der Transparenzoption

§ 32 Haftung bei ausgeübter Transparenzoption

§ 33 Inländische Immobilienerträge und sonstige inländische Einkünfte ohne Steuerabzug

### **Abschnitt 2 Besteuerung des Anlegers eines Spezial-Investmentfonds**

§ 34 Spezial-Investmenterträge

§ 35 Ausgeschüttete Erträge und Ausschüttungsreihenfolge

§ 36 Ausschüttungsgleiche Erträge

§ 37 Ermittlung der Einkünfte

§ 38 Vereinnahmung und Verausgabung

§ 39 Werbungskosten, Abzug der Direktkosten

§ 40 Abzug der Allgemeinkosten

§ 41 Verlustverrechnung

§ 42 Steuerbefreiung von Beteiligungseinkünften und inländischen Immobilienerträgen

§ 43 Steuerbefreiung aufgrund von Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung, der Hinzurechnungsbesteuerung und der Teilfreistellung

§ 44 Anteilige Abzüge aufgrund einer Steuerbefreiung

§ 45 Gewerbesteuer bei Spezial-Investmenterträgen

§ 46 Zinsschranke

§ 47 Anrechnung und Abzug von ausländischer Steuer

§ 48 Fonds-Aktiengewinn, Fonds-Abkommensgewinn, Fonds-Teilfreistellungsgewinn

§ 49 Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen, Teilwertansatz

§ 50 Kapitalertragsteuer

§ 51 Feststellung der Besteuerungsgrundlagen

**Abschnitt 3 Wegfall der Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds**

§ 52 Wegfall der Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds

**Kapitel 4 Altersvorsorgevermögenfonds**

§ 53 Altersvorsorgevermögenfonds

**Kapitel 5 Verschmelzung von Spezial-Investmentfonds und Altersvorsorgevermögenfonds**

§ 54 Verschmelzung von Spezial-Investmentfonds und Altersvorsorgevermögenfonds

**Kapitel 6 Bußgeldvorschriften, Anwendungs- und Übergangsvorschriften**

§ 55 Bußgeldvorschriften

§ 56 Anwendungs- und Übergangsvorschriften zum Investmentsteuerreformgesetz

§ 57 Anwendungsvorschriften



## 1 A. Allgemeine Erläuterungen zu § 26

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

### Rechtsentwicklung und zeitlicher Geltungsbereich des § 26:

- ▶ *InvStRefG v. 19.7.2016* (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731): § 26 beruht weitgehend auf § 1 Abs. 1b InvStG aF. Mit dieser Vorschrift sollte ihrerseits der bis 2013 geltende Begriff des Investmentvermögens iSv. § 1 Satz 2 InvG aF für stl. Zwecke perpetuiert werden (vgl. amtliche Begr. zum AIFM-StAnpG in BTDrucks. 18/68, 35). Es kann daher zur Auslegung von § 26 auch auf Verwaltungsanweisungen und Literatur zum InvStG aF sowie zum InvG aF zurückgegriffen werden (vgl. auch *Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 26 InvStG 2018 Rz. 6; einschränkend *Kretzschmann/Albrecht* in *Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 26 Rz. 9). Die Beschränkung auf maximal 100 Anleger in Nr. 8 Satz 1 geht auf § 15 Abs. 1 Satz 1 InvStG aF und § 16 Satz 1 InvStG aF zurück. Die ausdrückliche Erwähnung von PersGes. in Nr. 8 Satz 1 ist ohne Vorbild im bisherigen Recht. Abweichend von § 15 Abs. 1 Satz 1 InvStG aF und § 16 Satz 1 InvStG aF ist gem. Nr. 8 Sätze 2 ff. nunmehr die Beteiligung von natürlichen Personen nur noch unter bestimmten Voraussetzungen möglich.
- ▶ „*JStG 2018*“ v. 11.12.2018 (BGBl. I 2018, 2338; BStBl. I 2018, 1377): Der Schwellenwert in Nr. 5 Satz 2 wurde an den ebenfalls mit diesem Gesetz geänderten Schwellenwert in der Definition des Immobilienfonds in § 2 Abs. 9 (s. dazu § 2 Anm. 20f.) angepasst.
- ▶ *FoStoG v. 3.6.2021* (BGBl. I 2021, 1498; BStBl. I 2021, 803): Mit dem FoStoG wurden im KAGB ua. Infrastruktur-Sondervermögen als eine Form offener inländ. Publikums-AIF eingeführt (vgl. §§ 260a ff. KAGB). Für diese sowie für offene inländ. Spezial-AIF mit festen Anlagebedingungen (§ 284 KAGB) wurden die – ebenfalls mit dem FoStoG eingeführten – Infrastruktur-Projektgesellschaften (§ 1 Abs. 9 Nr. 23a KAGB) zulässige Anlagegegenstände (§ 260b Abs. 1 Nr. 1 KAGB bzw. § 284 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. h KAGB). Ferner wurden mit dem FoStoG Kryptowerte iSv. § 1 Abs. 11 Satz 4 KWG für offene inländ. Spezial-AIF mit festen Anlagebedingungen als Anlagegegenstände zugelassen (vgl. § 284 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. j KAGB). Mit der Aufnahme in den Katalog zulässiger Vermögensgegenstände in Nr. 4 Buchst. j und n wurden diese Änderungen stl. nachvollzogen. Daneben wurden Infrastruktur-Projektgesellschaften von der 20 %-Grenze in Nr. 5 Satz 1 ausgenommen (vgl. Nr. 5 Satz 2), während für Kryptowerte eine eigene 20 %-Grenze in Nr. 5 Satz 4 eingeführt wurde, die ebenfalls aufsichtsrechtl. Vorgaben stl. nachvollzieht (vgl. § 284 Abs. 2 Nr. 3 KAGB). Schließlich wurde auch die Grenze für eine maximal zulässige Kreditaufnahme zur Finanzierung von Immobilien in Nr. 7 Satz 2 an die aufsichtsrechtl. Änderungen durch das FoStoG (vgl. § 284 Abs. 4 Satz 3 KAGB) angepasst.
- ▶ *JStG 2022 v. 16.12.2022* (BGBl. I 2022, 2294, BStBl. I 2023, 7): Mit den Änderungen durch das JStG 2022 erfolgte eine Neujustierung zulässiger gewerblicher Tätigkeiten von Spezial-Investmentfonds. Die Änderungen in § 26 sind dabei im Zusammenhang mit den Änderungen in § 29 Abs. 1 (Verweis auf § 15) und Abs. 4 (Abschaffung der subjektiven GewStBefreiung) zu sehen. Mit diesen Änderungen soll es (Immobilien-)Spezial-Investmentfonds ermöglicht werden, in größerem Umfang Einnahmen aus der Erzeugung oder Lieferung von Strom zu

erzielen, ohne dass dies zu einem Verlust des Status als Spezial-Investmentfonds führt. Hintergrund ist, dass der Gesetzgeber die Immobilienbesitzer oder die Bauherren von Neubauten zunehmend dazu verpflichtet, Anlagen zur Erzeugung von erneuerbaren Energien und Ladeinfrastruktur für Elektromobilität zu schaffen. Die Neuregelung soll entsprechende Hemmnisse für Spezial-Investmentfonds beseitigen (BTDrucks. 20/4729, 148). Im Einzelnen wurde der Verweis auf § 15 Abs. 2 und 3 aus dem bisherigen Einleitungssatz gestrichen und die Bagatellgrenze des § 15 Abs. 3 in Nr. 7a Satz 1 als eine neue Anlagebestimmung aufgenommen, deren wesentliche Verletzung nach wie vor zum Statusverlust führen kann. Daneben wurde Nr. 7a Satz 2 eine weitere Grenze für eine zulässige aktive unternehmerische Bewirtschaftung von 10 % der Einnahmen des Investmentfonds aufgenommen, wenn die Einnahmen aus der Erzeugung oder Lieferung von Strom aus dem Betrieb von Anlagen zur Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien oder aus dem Betrieb von Ladestationen für Elektrofahrzeuge oder Elektrofahrräder stammen und im Zusammenhang mit der VuV von Immobilien stehen. Die Regelung orientiert sich an § 9 Nr. 1 Satz 3 Buchst. b GewStG (vgl. BTDrucks. 20/4729, 148). Der Spezial-Investmentfonds verliert dann zwar nicht seinen Status, wird aber gem. § 29 Abs. 1 iVm. § 15 Abs. 4 gewstpfl., wobei es im Erg. wegen der Kürzungsmöglichkeit gem. § 9 Nr. 1 Satz 3 Buchst. b GewStG idR nicht zu einer effektiven GewStBelastung kommen dürfte (s. § 29 Anm. 5). Zur Erleichterung und im Einklang mit der bisherigen Rechtslage müssen diese Anlagebestimmungen nicht aus den Anlagebedingungen hervorgehen (Nr. 10). Schließlich wurde der veraltete Verweis auf das bereits bei Inkrafttreten des InvStRefG nicht mehr geltende EEG vom 21.7.2014 (BGBl. I 2014, 1066) in Nr. 6 Satz 2 Buchst. c auf die zum Zeitpunkt der Verabschiedung des JStG 2022 geltende Fassung des EEG (insbes. unter Berücksichtigung der Änderungen durch Art. 1 des Gesetzes zur Einführung von Ausschreibungen für Strom aus erneuerbaren Energien und zu weiteren Änderungen des Rechts der erneuerbaren Energien v. 13.10.2026, BGBl. I 2016, 2258) korrigiert.

- ▶ *WachsChG v. 27.3.2024* (BGBl. I 2024 Nr. 108; BStBl. I 2024, 666): Die 10 %-Grenze in Nr. 7a Satz 2 wurde parallel zur Änderung von § 9 Nr. 1 Satz 3 Buchst. b GewStG auf 20 % angehoben.
- ▶ *Diskussionsentwurf des BMF für ein Gesetz zur Förderung von Investitionen von Fonds in erneuerbare Energien und Infrastruktur v. 21.4.2024* (s. dazu auch Einf. InvStG Anm. 4): Der DiskE sieht verschiedene Änderungen in § 26 vor. Nr. 4 Buchst. h soll dahingehend geändert werden, dass nicht mehr nur Investmentanteile an OGAW und in- und ausländ. Investmentfonds, die die Voraussetzungen von Nr. 1 bis Nr. 7 erfüllen müssen, zulässige Vermögensgegenstände sind, sondern Investmentanteile an sämtlichen in- und ausländ. Investmentfonds von Spezial-Investmentfonds erworben werden können (s. Anm. 25). Ferner soll die Ausnahme in Nr. 6 Satz 2 Buchst. c für EEG-Gesellschaften erweitert werden und sollen Beteiligungen von mindestens 10 % auch bei Infrastruktur-Projektgesellschaften zulässig sein (Nr. 6 Satz 2 Buchst. d idF DiskE; s. Anm. 50). Der Katalog der Ausnahmen in Nr. 6 Satz 2 Buchst. a–d entspricht damit dem Katalog der Ausnahmen in § 15 Abs. 2 Satz 2 idF DiskE, wonach eine aktive unternehmerische Bewirtschaftung von Beteiligungen an diesen Gesellschaften keine GewStPflicht eines Investmentfonds begründen soll, was aufgrund von § 29 Abs. 1 auch für Spezial-Investmentfonds gelten würde. In Nr. 7a Satz 1 sollen zudem Einnahmen aus der aktiven unternehmerischen Be-

wirtschaftung von Beteiligungen an diesen Gesellschaften nicht mehr in die allgemeine Obergrenze von 5 % einbezogen werden. Diese Änderung ist uE jedoch deklaratorisch. In Nr. 7a Satz 2 soll die 20 %-Grenze vollständig aufgehoben werden (s. Anm. 57). Daneben sieht der der DiskE noch Änderungen im KAGB vor, die Auswirkungen auf § 26 haben. So sollen ua. Gegenstände, die der Erzeugung, der Umwandlung, dem Transport oder der Speicherung von Energie aus erneuerbaren Energien oder Gegenstände, die für Landstationen für Elektromobilität erforderlich sind, Bewirtschaftungsgegenstände iSv. § 231 Abs. 3 KAGB sein (mit Folgeänderung in § 1 Abs. 19 Nr. 22 KAGB; s. Anm. 25).

- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich:* Wie das gesamte neugefasste InvStG gilt § 26 ab dem 1.1.2018 (Art. 11 Abs. 3 InvStRefG).
- ▷ „JStG 2018“: Die mit dem „JStG 2018“ v. 11.12.2018 (BGBl. I 2018, 2338; BStBl. I 2018, 1377) geänderten Vorschriften sind grds. auf Investorsträger anzuwenden, die nach dem 10.8.2018 – zu diesem Zeitpunkt leitete die BReg. den Gesetzentwurf dem BRat zu – zufließen (§ 56 Abs. 1 Satz 5). Hierin liegt eine verfassungsrechtl. zulässige sog. unechte Rückwirkung (so BTDrucks. 19/4455, 68f.; § 56 Anm. 1). Unseres Erachtens kann dies nicht auf Spezial-Investorsträger übertragen werden. Die mit der Regelung des § 56 Abs. 1 Satz 5 verbundene Rückwirkung gebietet eine restriktive Auslegung. Die Änderungen in Nr. 5 Satz 2 sind daher entsprechend der allgemeinen Inkrafttretensregel in Art. 20 Abs. 1 des „JStG 2018“ ab dem Tag nach der Verkündung, das war der 15.12.2018, anzuwenden (glA Wenzel in Brandis/Heuermann, § 26 InvStG 2018 Rz. 5 [11/2023]). Zwar sieht § 56 Abs. 1a für vor dem 1.1.2019 aufgelegte Aktien-, Misch- und Immobilienfonds iSv. § 2 Abs. 6, 7, 9 vor, dass deren Anlagebedingungen auch dann den Vorgaben der mit dem „JStG 2018“ geänderten § 2 Abs. 6, 7, 9 genügen, wenn sie die Voraussetzungen von § 2 Abs. 6, 7, 9 aF erfüllen. Hiermit soll vermieden werden, dass Investmentfonds, die ihre Anlagebedingungen bereits an die Vorgaben des InvStG idF des InvStRefG angepasst haben, ihre Anlagebedingungen nochmals anpassen müssen (BTDrucks. 19/5595, 82; s. § 56 Anm. 1). Unseres Erachtens kann auch diese Vorschrift – obwohl sie in der amtlichen Begr. als „Klarstellung“ bezeichnet wird (vgl. BTDrucks. 19/5595, 82) – nicht erweiternd auf Spezial-Investmentfonds ausgedehnt werden. Demzufolge müssten Spezial-Investmentfonds, auch wenn sie vor dem 1.1.2019 aufgelegt wurden, ihre Anlagebedingungen bis zum 15.12.2018 an die geänderte Rechtslage anpassen. Die FinVerw. gewährt allerdings eine großzügige Übergangsregelung, so dass diese Problematik im Erg. nicht relevant werden sollte (s. Anm. 45).
- ▷ *FoStoG:* Die mit dem FoStoG geänderten Vorschriften sind ab dem 2.8.2021 anzuwenden (§ 57 Abs. 4). Zu diesem Zeitpunkt war die RL (EU) 2019/1160, die mit dem FoStoG umgesetzt werden sollte, umzusetzen. Auch die Vorschriften, die nicht unmittelbar der Umsetzung dieser Richtlinie dienen, sollten – mit wenigen Ausnahmen (vgl. Art. 19 Abs. 1–4 FoStoG) – ebenfalls zu diesem Zeitpunkt in Kraft treten (vgl. Art. 19 Abs. 5 FoStoG sowie BTDrucks. 19/27631, 86, 117). Allerdings nimmt § 57 Abs. 4 nur diejenigen Vorschriften in Bezug, die im RegE des FoStoG enthalten waren (Änderungen in Nr. 4 Buchst. j, Nr. 5 Satz 2 und Nr. 7 Satz 2). Die Kryptowerte betreffenden Änderungen (Nr. 4 Buchst. n, Nr. 5 Satz 4) wurden erst durch den FinAussch. eingefügt, der aber offenbar die erforderliche Folgeänderung

in § 57 Abs. 4 für entbehrlich gehalten hat (vgl. dazu BTDrucks. 19/28868, 148). Gleichwohl sollten diese Änderungen aufgrund der allgemeinen Inkrafttretensregel in Art. 19 Abs. 5 FoStoG uE ebenfalls ab dem 2.8.2021 anzuwenden sein (glA Bödecker in BeckOK, § 26 Rz. 19 [4/2024]).

- ▷ *JStG 2022*: Die mit dem JStG 2022 geänderten Vorschriften sind ab dem 1.1.2023 anzuwenden (§ 57 Abs. 7).
- ▷ *WachsChG*: Die durch das WachsChG geänderte Vorschrift ist nach dem 27.3.2024 anzuwenden (§ 57 Abs. 8 Satz 1).
- ▷ *DiskE des BMF für ein Gesetz zur Förderung von Investitionen von Fonds in erneuerbare Energien und Infrastruktur*: Die mit dem DiskE geänderten Vorschriften in § 26 sollen ab dem 1.1.2025 anzuwenden sein (§ 57 Abs. 8 Satz 1 idF DiskE).

#### **Bedeutung des § 26:**

- ▶ *Anwendungsbereich der Spezial-Investmentfondsbesteuerung*: § 26 stellt die zentrale Vorschrift für Spezial-Investmentfonds dar und umreißt damit den Anwendungsbereich der Vorschriften über die Spezial-Investmentfondsbesteuerung.
- ▶ *Wahlrecht*: § 26 gewährt letztlich ein (nur faktisches) Wahlrecht (s. § 24 Anm. 5), durch spezifische Ausgestaltung der Anlagebedingungen die Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds gezielt herbeizuführen oder zu vermeiden. Allerdings kann dieses Wahlrecht nur bei Neuauflegung eines Investmentfonds ausgeübt werden, weil ein nachträglicher Wechsel in das Besteuerungssystem des Kapitels 3 nicht zulässig ist (vgl. § 24). Liegen die Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds vor, besteht hingegen kein Wahlrecht mehr. Der Spezial-Investmentfonds muss dann zwingend die Besteuerungsregeln des Kapitels 3 anwenden (vgl. § 24 Anm. 5; § 25 Anm. 5).

**Geltungsbereich des § 26:** § 26 gilt für in- und ausländ. Spezial-Investmentfonds sowie gem. § 53 für Altersvorsorgevermögensfonds.

#### **Verhältnis des § 26 zu anderen Vorschriften:**

- ▶ *Verhältnis zu § 2*: Nach § 2 Abs. 16 gelten optierende PersGes. iSv. § 1a KStG für Zwecke von § 26 nicht als KapGes. Sie sind also insbesondere für Zwecke von Nr. 4 Buchst. m., Nr. 5, Nr. 6 und Nr. 8 nicht als KapGes. anzusehen.
- ▶ *Verhältnis zu § 5*: Nach § 5 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ist eine Überprüfung der stl. Verhältnisse zur Ermittlung der Voraussetzungen für eine Besteuerung als Spezial-Investmentfonds, dh. insbes. der Vorgaben von § 26, zulässig.
- ▶ *Verhältnis zu § 27*: § 27 regelt, dass inländ. Spezial-Investmentfonds nur in bestimmten Rechtsformen gebildet werden können und ergänzt somit die Vorgaben von § 26 in dieser Hinsicht.
- ▶ *Verhältnis zu § 28*: § 28 Abs. 1 enthält eine Nr. 8 Satz 1 ergänzende Vorschrift über die Beteiligung von PersGes. § 28 Abs. 2 bestimmt die Führung des Anteilsregisters sowohl für unmittelbar als auch mittelbar über PersGes. gehaltene Spezial-Investmentanteile. § 28 Abs. 3 ergänzt Nr. 9 und regelt Pflichten für den Fall, dass die Vorgaben von Nr. 8 nicht mehr eingehalten werden (können).
- ▶ *Verhältnis zu § 29 Abs. 1*: Durch den Verweis auf § 15 Abs. 3 iVm. Abs. 2 ist ein Spezial-Investmentfonds nach wie vor gewstbefreit, wenn er die Anlagebestimmung in Nr. 7a Satz 1 einhält und von der Möglichkeit der Nr. 7a Satz 2 keinen Gebrauch macht.

- ▶ *Verhältnis zu § 29 Abs. 3:* § 29 Abs. 3 regelt den Ausschluss von DBA-Schachtelprivilegien und anderen Regelungen, die eine Beteiligung von mindestens 10 % an einer KapGes. voraussetzen, wenn die 10 %-Grenze gem. Nr. 6 überschritten wird.
- ▶ *Verhältnis zu § 52:* § 52 greift zum einen das Tatbestandsmerkmal „nicht wesentlich ... verstößt“ auf und regelt die Rechtsfolgen von Verstößen gegen die Vorgaben von § 26. Es ist nicht recht nachvollziehbar, warum § 52 systematisch nicht nach § 28, sondern in einem eigenen Abschnitt am Ende des Kapitels 3 platziert wurde.
- ▶ *Verhältnis zu § 53:* Altersvorsorgevermögensfonds müssen ebenfalls die Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds erfüllen (§ 53 Abs. 1 Nr. 2).
- ▶ *Verhältnis zum KAGB:* Während der aufsichtsrechtl. und der stl. Begriff des Spezial-Investmentvermögens zunächst nach § 2 Abs. 3 und Abs. 5 Satz 2 InvG aF und §§ 15, 16 InvStG aF identisch waren, ergab sich mit dem Wegfall der 100-Anleger-Grenze für aufsichtsrechtl. Zwecke durch das InvÄndG ein erstes Auseinanderfallen der aufsichtsrechtl. und der stl. Begrifflichkeiten. Denn die 100-Anleger-Grenze wurde mit dem JStG 2008, mit dem das InvÄndG stl. umgesetzt wurde, ausschließlich für stl. Zwecke in §§ 15, 16 InvStG aF verankert. Mit der Umsetzung der AIFM-Richtlinie fielen die Begriffe dann vollständig auseinander. § 1 Abs. 4 Satz 1 KAGB bestimmt seither, dass Spezial-AIF solche AIF sind, deren Anteile nur an professionelle und semiprofessionelle Anleger vertrieben werden dürfen. §§ 15, 16 InvStG idF des AIFM-StAnpG hielten gleichwohl an der überkommenen Begrifflichkeit des InvG idF vor den Änderungen durch das InvÄndG (max. 100 Anleger, die keine natürlichen Personen sind) fest. Das InvStG 2018 hält ebenfalls noch an der 100-Anleger-Grenze fest, lässt im Übrigen aber unter bestimmten Voraussetzungen die Beteiligung von natürlichen Personen zu (vgl. Nr. 8 Sätze 2 ff., Anm. 60). Dies ändert jedoch nichts daran, dass ein Spezial-AIF (einschließlich der Spezial-AIF mit festen Anlagebedingungen gem. § 284 KAGB) oder – allgemeiner gesprochen – jedes Investmentvermögen iSd. KAGB, das in den Anwendungsbereich des InvStG 2018 fällt, unabhängig von und zusätzlich zu etwaigen zusätzlichen aufsichtsrechtl. Vorgaben die Anforderungen des § 26 erfüllen muss, um für stl. Zwecke als Spezial-Investmentfonds angesehen werden zu können (*Helios/Mann*, DB Sonderausgabe Nr. 1/2016, 18; vgl. auch *Jetter in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 5 [7/2023]).

2–4 Einstweilen frei.

## 5 B. Erläuterungen zum Einleitungssatz: Merkmale eines Spezial-Investmentfonds

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

**Kein wesentlicher Verstoß gegen Anlagebestimmungen:** Dieses Tatbestandsmerkmal war in § 1 Abs. 1b InvStG aF nicht enthalten, sondern nur in den ent-

sprechenden Sanktionsvorschriften (§ 1 Abs. 1d und § 15 Abs. 3 Satz 1, ggf. iVm. § 16 Satz 8 InvStG aF). Dieses Merkmal erlangt uE im Rahmen des § 26 auch keine eigenständige Bedeutung (aA *Kretzschmann/Albrecht in Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 26 Rz. 27). Es wird vielmehr in § 52 Abs. 1 Satz 1 aufgegriffen. Dort sind auch die Rechtsfolgen eines wesentlichen Verstoßes geregelt (s. § 52 Anm. 5).

Einstweilen frei.

6–9

## C. Erläuterungen zu Nr. 1: Investmentaufsicht

10

**Investmentaufsicht:** Das Erfordernis einer Aufsicht über Vermögen zur gemeinschaftlichen Kapitalanlage geht auf § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 1 InvStG aF zurück, der seinerseits das gleich lautende Merkmal in § 2 Abs. 9 InvG aF aufgreift.

- ▶ *Begriff:* Nach überkommener, auf § 2 Abs. 9 InvG aF (und letztlich auch § 136 Abs. 1 Nr. 1 InvG aF) zurückgehender Auffassung ist eine Investmentaufsicht eine staatliche Aufsicht, die gerade (auch) dem Schutz der Investmentanleger dienen soll. Eine Investmentaufsicht ist somit namentlich dann anzunehmen, wenn vor der Auflegung die Bonität der Investmentgesellschaft, die Zuverlässigkeit und die fachliche Eignung der leitenden Personen (Zulassungsaufsicht) sowie nach der Auflegung die Beachtung der Vorgaben aus dem Gesetz oder den Vertragsbedingungen, der Satzung, den Anlagebedingungen oder vergleichbaren Bestimmungen zur Strukturierung des Portfolios (zB Anlagegrenzen) kontrolliert werden (laufende Überwachungsaufsicht). An einer Investmentaufsicht sollte es hingegen bei einer bloßen Registrierungspflicht im jeweiligen Sitzstaat oder dann fehlen, wenn aufsichtsrechtl. Handeln nur der Integrität und Funktionsfähigkeit des Marktes oder der Überprüfung stl. Voraussetzungen dienen soll. Gegebenenfalls müssen die betreffenden ausländ. Regelungen unter Berücksichtigung der Verwaltungspraxis in dem jeweiligen Land herangezogen werden.

**Zur Rechtslage vor dem AIFM-StAnpG:** BaFin 14/2008 (WA) v. 22.12.2008 – WA 41 – Wp 2136 – 2008/0001, Abschn. I.3; BMF v. 18.9.2009 – IV C 1 - S 1980 – 1/08/10019, 2009/0539738, BStBl. I 2009, 931 Rz. 5; ähnlich bereits BMF v. 2.6.2005 – IV C 1 - S 1980 – 1 – 87/05, BStBl. I 2005, 728 Rz. 6; *Köndgen in Berger/Steck/Lübbehüsen*, 2010, § 2 InvG Rz. 64.

**Zur Rechtslage nach dem AIFM-StAnpG:** *Wenzel in Brandis/Heuermann*, § 1 InvStG 2004 Rz. 32 (4/2017).

- ▶ *Unseres Erachtens* kann der bisherige Begriff grds. auch für Zwecke der Nr. 1 übernommen werden (glA *Bödecker in BeckOK*, § 26 Rz. 41 [4/2024]). Dies scheint auch die FinVerw. so zu sehen. Allerdings scheint es aus Sicht der FinVerw. ausreichend, wenn entweder eine Zulassungsaufsicht oder eine laufende Überwachungsaufsicht vorliegt (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.7).
- ▶ *Bedeutung der AIFM-Richtlinie:* Der Begriff der Investmentaufsicht muss darüber hinaus aber auch im Licht der AIFM-Richtlinie gesehen werden. Diese sieht primär eine Regulierung der Manager und nicht der von diesen verwalteten AIF vor (vgl. Erwägungsgrund 10 der AIFM-Richtlinie), was auch im Gesetzeswortlaut Niederschlag gefunden hat (s. „Adressat der Investmentaufsicht“). Vor diesem Hintergrund können nicht nur Vorgaben zur Portfoliostruktur (Anlagegrenzen), sondern auch Vorgaben für die Manager zum Schutze der Anleger der von ihnen verwalteten AIF, wie sie sich aus der AIFM-Richtlinie ergeben,

konstitutiv für eine Investmentaufsicht sein (glA BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.8). Namentlich unterliegen daher auch die bloß registrierten AIFM (Art. 3 Abs. 2 AIFM-Richtlinie, § 2 Abs. 4 KAGB) einer Investmentaufsicht, denn die Registrierung erlegt den registrierten AIFM gleichwohl Pflichten zum Schutz der Anleger auf und gibt den Aufsichtsbehörden Eingriffsbefugnisse, wenn diese Pflichten verletzt werden (vgl. Art. 3 Abs. 3 und 4, Art. 46 AIFM-Richtlinie; § 2 Abs. 4, §§ 42, 44 Abs. 1, 4 bis 9 KAGB; glA *Kretzschmann/Albrecht* in *Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 26 Rz. 28; aA *Bödecker* in *BeckOK*, § 26 Rz. 43 [4/2024]; *Jetter* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 34 [7/2023]; wohl auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.8). Darin liegt letztlich auch die in der amtlichen Gesetzesbegründung geforderte „mittelbare Produktaufsicht“ (vgl. BTDrucks. 18/8739, 99). Die Aufsicht nach dem KAGB sowie die Aufsicht über AIFM in den Mitgliedstaaten der EU stellt daher stets eine Investmentaufsicht iSv. Nr. 1 dar (glA *Bödecker* in *BeckOK*, § 26 Rz. 43 [4/2024]; *Jetter* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 33 [7/2023]). Eine allgemeine Finanzmarktaufsicht, eine bloße Börsenaufsicht, aber auch eine allgemeine Gewerbeaufsicht reichen hingegen nach wie vor nicht für eine Investmentaufsicht aus (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.7).

**Adressat der Investmentaufsicht** kann entweder der Investmentfonds oder dessen Manager sein (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.8; *Kretzschmann/Albrecht* in *Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 26 Rz. 29). Letzteres wurde erst mit dem AIFM-StAnpG eingeführt und stellt eine direkte Reaktion auf die AIFM-Richtlinie dar, die gerade nicht die AIF regulieren wollte (vgl. Erwägungsgrund 10 der AIFM-Richtlinie).

**Sitzstaat:** Die Investmentaufsicht muss in dem Sitzstaat des Investmentfonds bestehen. Unterliegt der Investmentfonds in seinem Sitzstaat keiner Aufsicht, würde er aber bei Vertrieb seiner Anteile in einem anderen Staat der dortigen Investmentaufsicht unterliegen, sind die Voraussetzungen von Nr. 1 gleichwohl nicht erfüllt (glA *Bödecker* in *BeckOK*, § 26 Rz. 44 [4/2024]; *Jetter* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 26 [7/2023]; *Kretzschmann/Albrecht* in *Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 26 Rz. 30).

**Unterstellsein:** Die Investmentaufsicht muss auf den Investmentfonds auch tatsächlich anwendbar sein, dh., der Investmentfonds muss von den betreffenden Regelungen seines Sitzstaats auch erfasst sein. Gewisse Erleichterungen in der Aufsicht dürften noch unschädlich sein. Liegt allerdings eine vollständige Befreiung von der Aufsicht vor, ist der Investmentfonds der Aufsicht nicht mehr „unterstellt“.

**Konzerneigene AIF (Nr. 1 Satz 2)** sind zwar vom Anwendungsbereich des KAGB ausgenommen (§ 2 Abs. 3 KAGB), fallen aber gleichwohl in den Anwendungsbereich des InvStG 2018 (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 3). Die fehlende Investmentaufsicht ist gem. Nr. 1 Satz 2 unschädlich, so dass konzerneigene AIF trotz Nicht-Beaufsichtigung Spezial-Investmentfonds bilden können.

11–14 Einstweilen frei.

## 15 D. Erläuterungen zu Nr. 2: Rückgaberecht

**Rückgaberecht:** Nr. 2 geht auf § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 2 Satz 1 InvStG aF zurück, der seinerseits das Erfordernis aus § 2 Abs. 9 InvG aF aufgegriffen hat. Während bei § 2 Abs. 9 InvG aF Rückgaberecht und Investmentaufsicht im Verhältnis der

Alternativität standen, müssen sowohl nach § 1 Abs. 1b Satz 2 InvStG aF als auch nach § 26 beide Merkmale kumulativ vorliegen.

- ▶ *Begriff*: Mit dem Rückgaberecht ist das Recht eines Anlegers gemeint, seinen Anteil gegen Zahlung des Verkehrswerts zurückgeben oder anderweitig (durch Kündigung) aus dem Investmentfonds auszuschneiden (vgl. BTDrucks. 18/68, 40), wobei auch Sachwertauskehrungen zulässig sind. Markübliche Rücknahmeabschlüsse, Abzüge für Transaktionskosten etc. bleiben unberücksichtigt, wenn sie 15 % des Nettoinventarwerts nicht überschreiten. Außerdem kann die Rückgabe über Rückkaufgesellschaften abgewickelt werden (vgl. dazu BaFin 14/2008 (WA) v. 22.12.2008 – WA 41 – Wp 2136 – 2008/0001, Abschn. I.2; Bödecker in BeckOK, § 26 Rz. 54 [4/2024]; Jetter in Beckmann/Scholtz/Vollmer, § 26 Rz. 44, 48 [7/2023]).
- ▶ *Recht des Anlegers*: Es muss sich um ein Recht des Anlegers handeln. Steht die Annahme eines Rückgabebegehrens hingegen im freien Ermessen des Investmentvermögens oder dessen Verwalters, liegt kein Rückgaberecht iSv. Nr. 2 vor (BaFin v. 12.11.2009 – WA 41 – Wp 2136 – 2008/0001, 2009/0534438, Abschn. II Ziff. 13; Jetter in Beckmann/Scholtz/Vollmer, § 26 Rz. 41 [7/2023]; Kretzschmann/Albrecht in Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein, 2023, § 26 Rz. 32). Ferner stellt ein Recht des Investmentfonds zum zwangsweisen Rückkauf, auch wenn er zum Nettoinventarwert erfolgt, kein Rückgaberecht iSv. Nr. 2 dar. Gleiches gilt, wenn der Investmentfonds berechtigt ist, freie Liquidität im Wege des Anteilsrückkaufs an seine Anleger auszuschütten.
- ▶ *Teilfonds/Anteilsklassen*: Bei Teilfonds ist für das Rückgaberecht auf den jeweiligen Teilfonds abzustellen, Anteilsklassen bleiben hingegen unberücksichtigt. Im Übrigen kommt es nicht auf Vereinbarungen mit einzelnen Anlegern an, sondern auf ein für die Mehrheit der Anteile geltendes Recht (BaFin 14/2008 (WA) v. 22.12.2008 – WA 41 – Wp 2136 – 2008/0001, Abschn. I.2). Sogenannte *Side Pockets*, dh. Anteile ohne Rückgaberecht, die im Zuge des Erwerbs illiquider Vermögensgegenstände ausgegeben und nach Veräußerung dieser Vermögensgegenstände wieder in Anteile mit Rückgaberecht umgetauscht werden, sind uE hingegen unschädlich, sofern *Side Pockets* auf 30 % des Werts des Investmentfonds begrenzt sind (aA Kretzschmann/Albrecht in Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein, 2023, § 26 Rz. 34).

**Jährliche Ausübung**: Das Rückgaberecht muss jährlich ausgeübt werden können (anders noch BaFin 14/2008 (WA) v. 22.12.2008 – WA 41 – Wp 2136 – 2008/0001, Abschn. I.2 zu § 2 Abs. 9 InvG aF: einmal innerhalb von zwei Jahren). Damit ist Spezial-Investmentfonds grds. auch der Erwerb illiquider Vermögensgegenstände möglich, bei denen ein tägliches Rückgaberecht nicht möglich ist.

- ▶ *Mindesthaltefristen* von mehr als einem Jahr sind nach dem Gesetzeswortlaut nicht mehr zulässig (anders noch BaFin 14/2008 (WA) v. 22.12.2008 – WA 41 – Wp 2136 – 2008/0001, Abschn. I.2 zu § 2 Abs. 9 InvG aF: keine zeitliche Beschränkung). Nach der amtlichen Begr. zum AIFM-StAnpG sollen allerdings gesetzlich vorgesehene Mindesthaltefristen von über einem Jahr unschädlich sein (BTDrucks. 18/68, 40; vgl. Bödecker in BeckOK, § 26 Rz. 56 [4/2024]; weitergehend Wenzel in Brandis/Heuermann, § 26 InvStG 2018 Rz. 29 [11/2023]; Jetter in Beckmann/Scholtz/Vollmer, § 26 Rz. 45 [7/2023]).
- ▶ *Rückgabefristen*, dh. die Frist zwischen Rückgabeerklärung und Rückgabetermin, können uE auch länger als ein Jahr sein, sofern es mindestens einen Rück-

gabetermin im Jahr gibt (wohl glA *Jetter* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 46 [7/2023]). Anders dürfte dies bei einer Auszahlung erst nach Ablauf eines bestimmten Zeitraums nach der Rückgabe (häufig ebenfalls als Rückgabefrist bezeichnet) sein (aA wohl *Wenzel* in *Brandis/Heuermann*, § 26 InvStG 2018 Rz. 29 [11/2023]; ebenso BaFin 14/2008 (WA) v. 22.12.2008 – WA 41 – Wp 2136 – 2008/0001, Abschn. I.2, allerdings zu § 2 Abs. 9 InvG aF). Die Auszahlung sollte uE relativ zeitnah zur Rückgabe erfolgen, es sei denn, der Rücknahmepreis wird bei einem längeren Zeitraum marktüblich verzinst (glA *Kretzschmann/Albrecht* in *Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 26 Rz. 33).

- ▶ *Eine Aussetzung der Rücknahme* ist unschädlich, wenn außergewöhnliche Umstände iSv. § 98 Abs. 2 Satz 1 KAGB vorliegen, die eine Aussetzung unter Berücksichtigung der Interessen der Anleger erforderlich erscheinen lassen und wenn die Aussetzung nicht mehr als 36 Monate andauert. Gleiches gilt während der Abwicklungsphase eines Investmentfonds, wenn diese höchstens 60 Monate oder eine gesetzlich vorgeschriebene längere Frist andauert (BMF v. 23.10.2014 – IV C 1 - S 1980 – 1/13/10007:007 2014/0939400, DStR 2014, 2346 Rz. 1; glA BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.9 ff. mit weiteren Vorgaben für die Liquidationsphase). Unschädlich dürften ebenfalls sog. Redemption Gates (§ 98 Abs. 1b KAGB) sein (*Bödecker* in *BeckOK*, § 26 Rz. 58 [4/2024]).

**Eine Börsennotierung** ist – anders als nach § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 2 Satz 2 InvStG aF – nicht mehr einem Rückgaberecht gleichgestellt. Aufgrund der Anforderungen an die Anleger (Nr. 8), dürfte die Börsennotierung von Spezial-Investmentfondsanteilen ohnehin kaum praktikabel sein (BTDrucks. 18/8045, 95).

16–19 Einstweilen frei.

## 20 E. Erläuterungen zu Nr. 3: Risikomischung

**Die Anlage nach dem Grundsatz der Risikomischung** war Wesensmerkmal des Investmentbegriffs in § 1 Satz 2 InvG aF, und war auch in § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 4 InvStG aF enthalten. Es handelt sich dabei um einen unbestimmten Rechtsbegriff (s. im Einzelnen *Köndgen* in *Berger/Steck/Lübbehüsen*, 2010, § 1 InvG Rz. 23 ff. mwN). Die Risikodiversifizierung muss objektiver Geschäftszweck des Investmentfonds sein und darf nicht nur zufällig herbeigeführt werden (vgl. BaFin 14/2008 (WA) v. 22.12.2008 – WA 41 – Wp 2136 – 2008/0001, Abschn. I.1.b; glA *Jetter* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 57 [7/2023]; *Gottschling* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 85; *Kretzschmann/Albrecht* in *Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 26 Rz. 41; aA *Bödecker* in *BeckOK*, § 26 Rz. 81 [4/2024]).

**Drei-Objekt-Grenze (Nr. 3 Satz 2):** Während das InvG aF den Grundsatz der Risikomischung nicht weiter konkretisierte, greift Nr. 3 Satz 2 (wie zuvor schon § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 4 Satz 2 InvStG aF) die bisherige Verwaltungspraxis zum InvG aF auf, wonach eine Risikomischung regelmäßig vorliegt, wenn das Vermögen in mehr als drei Vermögensgegenstände mit unterschiedlichen Anlagerisiken angelegt ist (so bereits BaFin 14/2008 (WA) v. 22.12.2008 – WA 41 – Wp 2136 – 2008/0001, Abschn. I.1b zum InvG aF).

- ▶ *Regelvermutung:* Nr. 3 Satz 2 stellt aber nur eine Regelvermutung auf. Es muss gleichwohl stets eine quantitative und qualitative Risikomischung vorliegen. In Anlehnung an die Auffassung der BaFin zum bisherigen Recht dürfte es daran

fehlen, wenn die Gesamtentwicklung des Fonds durch Preisbewegungen eines einzigen Vermögensgegenstands oder durch die Entwicklung eines einzelnen Anlagerisikos über Gebühr beeinflusst wird. Dies soll der Fall sein, wenn die Anlage in einen Vermögensgegenstand oder ein Anlagerisiko 50 bis 60 % des Werts des Fonds übersteigt (BaFin v. 28.7.2009 – WA 41 – Wp 2136 – 2008/0001, Abschn. IV; aA *Patzner/Kempf* in *Patzner/Döser/Kempf*, Investmentrecht, 3. Aufl. 2017, § 1 InvStG aF Rz. 66).

**Beispiele (nach BaFin v. 28.7.2009 – WA 41 – Wp 2136 – 2008/0001, Abschn. IV):**

Ein Investmentfonds ist zu 50 % in Daimler-Aktien, zu 49 % in Porsche-Aktien und zu jeweils 0,5 % in Deutsche Bank- und Commerzbank-Aktien investiert. Er hält damit formal Aktien von vier verschiedenen Emittenten. Die Wertentwicklung hängt aber letztlich nur von zwei Werten (Daimler und Porsche) ab, so dass keine Risikomischung vorliegt.

Ein Investmentfonds ist zu 30 % in physischem Gold und darüber hinaus ausschließlich in 1:1-Zertifikaten von mindestens drei unterschiedlichen Emittenten angelegt, die alle die Entwicklung des Goldpreises abbilden. Es werden zwar mehr als drei Vermögensgegenstände erworben, die jedoch alle das gleiche Anlagerisiko (Wertentwicklung des Goldpreises) abbilden, so dass ebenfalls keine Risikomischung vorliegt.

Bei OGAW geht die FinVerw. aber idR davon aus, dass diese risikogemischt sind (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.15; vgl. auch BMF v. 23.10.2014 – IV C 1 - S 1980 – 1/13/10007:007 2014/0939400, DStR 2014, 2346 Rz. 2 zum bisherigen Recht).

- ▶ **Ausnahmen:** Unschädlich ist es, wenn in der Anfangs- oder Liquidationsphase die Risikomischung nicht eingehalten werden kann (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.16). Bei Immobilienfonds soll die Risikomischung in Anlehnung an § 244 KAGB innerhalb von vier Jahren vorliegen müssen, bei anderen Fonds innerhalb von sechs Monaten. War der Investmentfonds aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen an der Einhaltung des Grundsatzes der Risikomischung gehindert, kann in Ausnahmefällen auch eine substantiiert dargelegte Absicht ausreichen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.17f.). Unschädlich ist es ferner, wenn der Grundsatz der Risikomischung in bestimmten Sonderfällen (Rückgabe von mehr als 49 % der Anteile, Verschmelzung, grundlegende Änderung der Anlagestrategie, zB Umwandlung eines Rentenfonds in einen Aktienfonds) während einer Übergangsphase nicht eingehalten, aber anschließend unverzüglich wieder hergestellt wird (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.16; vgl. zusammenfassend auch BMF v. 23.10.2014 – IV C 1 - S 1980 – 1/13/10007:007 2014/0939400, DStR 2014, 2346 Rz. 2).

**Mittelbare Risikomischung (Nr. 3 Satz 3):** Die Vorschrift geht auf § 2 Abs. 8 Satz 2 InvG aF zurück und war auch bereits in § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 4 InvStG aF enthalten. Sie ist nur von Bedeutung, wenn der Investmentfonds nicht bereits nach Satz 1 oder Satz 2 risikogemischt ist (*Gottschling* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 98).

- ▶ **Andere Vermögen:** Zwar spricht Nr. 3 Satz 3 von einem oder mehreren „anderen Investmentfonds“. Gleichwohl lässt die FinVerw. – ebenso wie bei § 2 Abs. 8 Satz 2 InvG aF und § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 4 Satz 3 InvStG aF – eine Durchschau auf die von Immobilien-Gesellschaften, Immobilien-Holdinggesellschaften, ÖPP-Projektgesellschaften und EEG-Gesellschaften (vgl. dazu auch Nr. 6 Satz 2 Buchst. c, Anm. 50) unmittelbar oder mittelbar gehaltenen Vermögensgegenstände zu (s. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.20; glA *Jetter* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 65 [7/2023]; *Gottschling* in *Moritz/Jesch/*

*Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 103 ff.; *Kretzschmann/Albrecht in Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 26 Rz. 49; vgl. zur bisherigen Rechtslage BaFin 14/2008 (WA) v. 22.12.2008 – WA 41 – Wp 2136 – 2008/0001, Abschn. I.1b; BMF v. 18.8.2009 – IV C 1 - S 1980 – 1/08/10019, 2009/0539738, BStBl. I 2009, 931 Rz. 8). Unseres Erachtens sollte dies auch für die mit dem FoStoG eingeführten Infrastruktur-Projektgesellschaften gelten. Damit dürften namentlich die im Immobilienbereich häufig anzutreffenden Master-Holdinggesellschaften auch weiterhin zulässig sein, sofern diese als Immobilien-Gesellschaften anzusehen sind (vgl. auch *Jetter in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 64 [7/2023]). Auf eine bestimmte Beteiligungshöhe kommt es allerdings nicht an (*Bödecker in BeckOK*, § 26 Rz. 110 [4/2024]). Eine mittelbare Risikomischung dürfte hingegen nicht bei Derivaten möglich sein, auch wenn diese sich auf einen risikogemischten Basiswert beziehen (*Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 26 InvStG 2018 Rz. 14; krit. *Jetter in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 67 [7/2023]). Bei vermögensverwaltenden PersGes. sollte uE aber stets eine Durchschau stattfinden (glA *Patzner/Kempff in Patzner/Döser/Kempff*, Investmentrecht, 3. Aufl. 2017, § 1 InvStG aF Rz. 69; *Jetter in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 69 [7/2023]; *Gottschling in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 106; krit. *Bödecker in BeckOK*, § 26 Rz. 115 [4/2024]).

- ▶ **Erheblichkeit:** Der Investmentfonds muss Anteile an einem oder mehreren anderen Investmentfonds in mehr als nur unerheblichem Umfang halten. Eine fehlende Risikomischung kann daher nicht durch eine nur unerhebliche Beimischung anderer risikogemischter Vermögen kompensiert werden. Dies soll jedenfalls dann gewahrt sein, wenn das Vermögen des Investmentfonds zu mindestens 50 % aus einem oder mehreren anderen risikogemischten Investmentfonds besteht (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.19; vgl. auch BMF v. 23.10.2014 – IV C 1 - S 1980 – 1/13/10007:007, 2014/0939400, DStR 2014, 2346 Rz. 2). Unseres Erachtens sollte auch unterhalb dieses Schwellenwerts von Erheblichkeit ausgegangen werden können (vgl. BaFin v. 12.11.2009 – WA 41 – Wp 2136 – 2008/0001, 2009/0534438, Abschn. II Ziff. 16 zum bisherigen Recht: 30 %; glA *Jetter in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 68 [7/2023]; *Gottschling in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 102; *Kretzschmann/Albrecht in Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 26 Rz. 48; aA *Wenzel in Brandis/Heuermann*, § 26 InvStG 2018 Rz. 33 [11/2023]). Ferner ist ein Investmentfonds, der ausschließlich Anteile an einem anderen risikogemischten Investmentfonds hält (*Master-Feeder-Struktur*), aufgrund von Nr. 3 Satz 3 selbst risikogemischt. Eine Beherrschung des anderen Investmentfonds ist gleichwohl nicht erforderlich und vom Gesetz auch nicht vorgesehen (aA offenbar *Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 26 InvStG 2018 Rz. 14).

21–24 Einstweilen frei.

## 25 F. Erläuterungen zu Nr. 4: Zulässige Vermögensgegenstände

**90 %-Grenze:** Die 90 %-Grenze entsprach der Verwaltungsauffassung zum InvG aF (BaFin 14/2008 (WA) v. 22.12.2008 – WA 41 – Wp 2136 – 2008/0001, Abschn. I.1c) und wurde in § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 5 InvStG aF gesetzlich festgeschrieben. Allerdings kommt es – anders als nach der bisherigen Verwaltungspra-

xis der BaFin – allein auf die tatsächliche Anlage an und nicht mehr (auch) darauf, dass der objektive Geschäftszweck auf eine entsprechende Anlage gerichtet ist (Mann in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 26 InvStG 2018 Rz. 15; *Gottschling* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 112; *Wenzel* in *Brandis/Heuermann*, § 26 InvStG 2018 Rz. 38 [11/2023]). Nach Auffassung der FinVerw. soll die 90 %-Grenze dafür sorgen, dass nicht jede geringfügige Abweichung einen Verstoß begründet; es dürfen jedoch im Rahmen der verbleibenden 10 % nicht planmäßig und dauerhaft unzulässige Vermögensgegenstände erworben werden: Dies würde ein Indiz für die billigende Inkaufnahme eines wesentlichen Verstoßes darstellen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.21). Zumindest Letzteres findet im Gesetzeswortlaut keine Stütze (glA Mann in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 26 InvStG 2018 Rz. 15; *Jetter* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 74 [7/2023]; *Gottschling* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 120; *Kretzschmann/Albrecht* in *Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensell/Klein*, 2023, § 26 Rz. 52).

**Unmittelbarkeit?:** Nach der Verwaltungsauffassung zum InvG aF (BaFin 14/2008 (WA) v. 22.12.2008 – WA 41 – Wp 2136 – 2008/0001, Abschn. I.1c) mussten die zulässigen Vermögensgegenstände unmittelbar gehalten werden. Nr. 6 geht allerdings ausdrücklich davon aus, dass Vermögensgegenstände auch mittelbar über PersGes. gehalten werden können. Die FinVerw. ist der Auffassung, dass bei vermögensverwaltenden PersGes. daher eine „Durchschau“ zu erfolgen habe (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.29; krit. *Bödecker* in *BeckOK*, § 26 Rz. 127 ff. [4/2024]). Dies dürfte wegen § 2 Abs. 16 auch für optierende PersGes. iSv. § 1a KStG gelten.

**Wertpapiere (Nr. 4 Buchst. a):** Mit der Bezugnahme auf Wertpapiere iSv. § 193 KAGB und sonstige Anlageinstrumente iSv. § 198 KAGB soll sichergestellt werden, dass ein Spezial-Investmentfonds in sämtliche für OGAW zulässige Vermögensgegenstände investieren darf (BTDrucks. 18/8739, 99). Der Verweis auf § 198 KAGB erfasst nur die dort genannten Vermögensgegenstände, nicht jedoch die 10 %-Grenze (BTDrucks. 18/8739, 100; glA *Bödecker* in *BeckOK*, § 26 Rz. 153 [4/2024]). Der weitere Wertpapierbegriff in § 284 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a KAGB gilt nicht mehr (*Jetter* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 78 [7/2023]; *Bödecker* in *BeckOK*, § 26 Rz. 152 [4/2024]; *Kretzschmann/Albrecht* in *Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensell/Klein*, 2023, § 26 Rz. 57). Die FinVerw. beanstandete es allerdings nicht, wenn ein Spezial-Investmentfonds derartige Wertpapiere, die sich am 31.12.2017 in seinem Bestand befanden, bis zum 30.6.2018 behielt (BMF v. 21.12.2017 – IV C 1 - S 1980 – 1/16/10010:016, 2017/1058518, DStR 2018, 194 Rz. 5). Die Vorschrift ist aufsichtsrechtl. auszulegen und umfasst daher auch Anteile an geschlossenen Fonds, ggf. auch in der Rechtsform einer PersGes., sofern diese als Wertpapier ausgestaltet sind (§ 193 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 KAGB; glA *Jetter* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 80 [7/2023]; *Bödecker* in *BeckOK*, § 26 Rz. 155 [4/2024]; *Gottschling* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 138; *Kretzschmann/Albrecht* in *Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensell/Klein*, 2023, § 26 Rz. 65; zweifelnd *Stadler/Mager*, DStR 2016, 697 [703]; vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.22, 5. Spiegelstrich). Gleiches gilt für Investmentanteile, wenn diese als Wertpapier ausgestaltet sind, jedoch nicht die Vorgaben von Nr. 4 Buchst. h erfüllen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.26). Börsennotierte Anteile an in- oder ausländ. REIT sind Wertpapiere (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.22, 1. Spiegelstrich). Sofern Anteile an Verbriefungszweckgesellschaften die Voraussetzungen von § 193 oder § 198 KAGB erfüllen, sind sie auch dann zulässige Vermögensgegenstände, wenn damit an sich nicht zulässige Vermögensgegenstände verbrieft

werden. Die gegenteilige Auffassung in BTDrucks. 18/8739, 100 hat im Gesetzeswortlaut keine Stütze (glA *Bindl/Mager*, BB 2016, 2711 [2718]; *Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 26 InvStG 2018 Rz. 16; *Gottschling* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 129, 139; *Wenzel* in *Brandis/Heuermann*, § 26 InvStG 2018 Rz. 39 [11/2023]; *Bödecker* in *BeckOK*, § 26 Rz. 158 [4/2024]; *Kretzschmann/Albrecht* in *Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 26 Rz. 69; wohl auch *Stadler/Bindl*, DStR 2016, 1953 [1961]).

**Geldmarktinstrumente (Nr. 4 Buchst. b):** Der Begriff der Geldmarktinstrumente umfasst sämtliche liquiden Forderungen, die auf einem Sondermarkt für kurzfristige Schuldforderungen gehandelt werden (*Köndgen* in *Berger/Steck/Lübbehüsen*, 2010, § 2 InvG Rz. 15). Der Begriff umfasst in jedem Fall die in § 194 und § 198 Nr. 2 KAGB genannten Instrumente, ist darauf aber nicht beschränkt (*Jetter* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 85 [7/2023]). Zu Einzelfällen s. *Gottschling* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 146.

**Derivate (Nr. 4 Buchst. c):** Der Begriff der Derivate ist uE weit iSv. § 2 Abs. 2 WpHG zu verstehen (glA *Jetter* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 87 [7/2023]; *Bödecker* in *BeckOK*, § 26 Rz. 174 [4/2024]; *Gottschling* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 149; *Kretzschmann/Albrecht* in *Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 26 Rz. 71; vgl. auch *Köndgen* in *Berger/Steck/Lübbehüsen*, 2010, § 2 InvG Rz. 16 zum bisherigen Recht). Insbesondere besteht keine Beschränkung auf die in § 197 KAGB genannten Derivate (glA BaFin v. 22.7.2013 – WA 41 – Wp 2137 – 2013/0001, FAQ Eligible Assets, Teil 2 Ziff. 1 zu § 284 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c KAGB; *Jetter* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 86 [7/2023]; *Kretzschmann/Albrecht* in *Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 26 Rz. 71). Zu Einzelfällen s. *Gottschling* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 153.

**Bankguthaben (Nr. 4 Buchst. d):** Bankguthaben sind unbedingt rückzahlbare Sicht- oder Termineinlagen bei in- oder ausländ. Kreditinstituten, sofern der Rückzahlungsanspruch nicht verbrieft ist (dann Wertpapiere oder Geldmarktinstrumente). Sie können auf Euro oder auf Fremdwährung lauten. Die Beschränkungen von § 195 KAGB sind nicht zu beachten (*Kretzschmann/Albrecht* in *Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 26 Rz. 72; vgl. auch *Köndgen* in *Berger/Steck/Lübbehüsen*, 2010, § 2 InvG Rz. 21).

**Immobilien (Nr. 4 Buchst. e):** Die Regelung in Buchst. e entspricht der Definition der Immobilie in § 1 Abs. 19 Nr. 21 Satz 1 KAGB. Maßgeblich sind insoweit sachenrechtl. Grundsätze (*Köndgen* in *Berger/Steck/Lübbehüsen*, 2010, § 2 InvG Rz. 23). Von diesem Begriff sollten uE allerdings sämtliche für Immobilien-Sondervermögen erwerbbarer Vermögensgegenstände iSv. § 231 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1–6 KAGB erfasst sein, insbes. auch Nießbrauchrechte (vgl. dazu auch § 1 Abs. 19 Nr. 21 Satz 2 KAGB; *Jetter* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 92 [7/2023]; *Kretzschmann/Albrecht* in *Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 26 Rz. 74).

**Immobilien-Gesellschaften (Nr. 4 Buchst. f):** Gemäß § 1 Abs. 19 Nr. 22 KAGB sind Immobilien-Gesellschaften, die nach dem Gesellschaftsvertrag oder der Satzung nur Immobilien (§ 1 Abs. 19 Nr. 21 KAGB) sowie die zur Bewirtschaftung der Immobilien erforderlichen Gegenstände erwerben dürfen. Auf die Rechtsform der Immobilien-Gesellschaft kommt es dabei nicht an. Erfasst werden insbes. auch PersGes. Mit dem DiskE des BMF für ein Gesetz zur Förderung von Investitionen von Fonds in erneuerbare Energien und Infrastruktur (s. Anm. 1) soll der Kreis

der Bewirtschaftungsgegenstände in § 231 Abs. 3 KAGB erweitert (s. unten bei Nr. 4 Buchst. g) und in § 1 Abs. 19 Nr. 22 KAGB ein Verweis auf diese Vorschrift aufgenommen werden.

- ▶ *Weitere Tätigkeiten:* Die Definition in § 1 Abs. 19 Nr. 22 KAGB ist uE zu eng. Auch insoweit müssen sämtliche für Immobilien-Sondervermögen erwerbbarer Immobilien-Gesellschaften iSv. §§ 234 f. KAGB erfasst sein, dh. insbes. auch Immobilien-Holdinggesellschaften, die Anteile an anderen Immobilien-Gesellschaften halten (vgl. § 235 Abs. 1 Nr. 2 KAGB; glA BMF, Anwendungsfragen, Rz. 2.35; Jetter in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 99 [7/2023]; Bödecker in *BeckOK*, § 26 Rz. 193 [4/2024]; Gottschling in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 165; Kretzschmann/Albrecht in *Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 26 Rz. 76). Unabhängig davon müssen die (einschränkenden) Voraussetzungen der §§ 231 ff. KAGB nicht eingehalten werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.23; glA Jetter in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 96 [7/2023]). Tätigkeiten, die für die Gesellschaft neben den einer mittelbar oder unmittelbar gehaltenen Immobilie innewohnenden Risiken weitere wesentliche Risiken begründen, zB der Erwerb von immobilienbesicherten Darlehensforderungen, der Betrieb eines Hotels oder andere gewerbliche Tätigkeiten, führen hingegen zum Ausschluss der Eigenschaft als Immobilien-Gesellschaft (BaFin v. 22.7.2013 – WA 41 – Wp 2137 – 2013/0001, FAQ Eligible Assets, Teil 2 Ziff. 8).
- ▶ *Das sog. Satzungserfordernis*, dh. dass sich die Begrenzungen für Immobilien-Gesellschaften aus dem Gesellschaftsvertrag oder der Satzung ergeben müssen, sollte uE insbes. bei ausländ. Immobilien-Gesellschaften nicht allzu streng gehandhabt werden. Es sollte ausreichen, wenn sich die für Immobilien-Gesellschaften geltenden Beschränkungen im Auslegungswege ermitteln lassen (glA Jetter in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 95 [7/2023]; Gottschling in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 166; krit. *Kretzschmann/Albrecht in Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 26 Rz. 75).
- ▶ *Investmentfonds:* Ein AIF, der sowohl die Voraussetzungen für eine Immobilien-Gesellschaft als auch für einen Investmentfonds erfüllt, kann auch dann als Immobiliengesellschaft erworben werden, wenn er die Voraussetzungen von Nr. 4 Buchst. h oder i nicht erfüllt (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.23; vgl. auch BaFin v. 16.10.2017 – WA 42 – QB 4100 – 2016/005 zur Einstufung einer Immobilien-Gesellschaft als AIF).
- ▶ *Aktive unternehmerische Bewirtschaftung:* Eine aktive unternehmerische Bewirtschaftung ist bei Beteiligungen an Immobilien-Gesellschaften ungeachtet Nr. 7a Satz 1 unschädlich (§ 15 Abs. 2 Satz 2 iVm. § 29 Abs. 1, s. auch Anm. 57).

**Betriebsvorrichtungen und Bewirtschaftungsgegenstände (Nr. 4 Buchst. g):** Die Aufnahme von Bewirtschaftungsgegenständen iSv. § 231 Abs. 3 KAGB ist folgerichtig, weil derartige Gegenstände auch von Immobilien-Gesellschaften erworben werden dürfen. Hierzu gehören auch die Anteile an einer nicht weiter am Vermögen einer Immobilien-Gesellschaft in der Rechtsform einer KG beteiligten Komplementär-GmbH sowie Gesellschaften, die ausschließlich Bewirtschaftungsgegenstände iSv. § 231 Abs. 3 KAGB halten (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.24). Zu den Bewirtschaftungsgegenständen können ferner Anlagen zur Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien gehören. Der Betrieb dieser Anlagen stellt gleichwohl aktive unternehmerische Bewirtschaftung dar, so dass insoweit Nr. 7a zu beachten ist (s. Anm. 57; vgl. dazu auch Bödecker in *BeckOK*, § 26 Rz. 203 [4/2024]). Mit dem DiskE des BMF für ein Gesetz zur Förderung von Investitionen von Fonds in

erneuerbare Energien und Infrastruktur (s. Anm. 1) soll in § 231 Abs. 3 KAGB klargestellt werden, dass Gegenstände, die der Erzeugung, der Umwandlung, dem Transport oder der Speicherung von Energie aus erneuerbaren Energien im Sinne des § 3 Nr. 21 EEG dienen, oder Gegenstände, die für Ladestationen für Elektromobilität erforderlich sind, zu den Bewirtschaftungsgegenständen gehören. Dies entspricht der bisherigen VerwAuffassung (DiskE, 35).

**Investmentanteile (Nr. 4 Buchst. h):** Anteile an Investmentfonds iSd. Kapitels 2 sind nur noch zulässige Vermögensgegenstände, wenn es sich um OGAW handelt oder der Investmentfonds die Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds mit Ausnahme der anlegerbezogenen Voraussetzungen (Nr. 8) erfüllt. Obwohl das Gesetz von Organismen für gemeinsame „Kapitalanlagen“ in Wertpapieren spricht, sind hiermit OGAW iSv. § 1 Abs. 2 KAGB bzw. der OGAW-Richtlinie gemeint (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.25). Als Wertpapier ausgestaltete Investmentanteile können jedoch nach Nr. 4 Buchst. a erworben werden, auch wenn für diese die Voraussetzungen der Nr. 1 bis 7 nicht erfüllt sind (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.26; glA *Jetter in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 105 [7/2023]; *Gottschling in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 183; *Bödecker in BeckOK*, § 26 Rz. 211 [4/2024]). Hielt ein Spezial-Investmentfonds am 31.12.2017 Investmentanteile iSv. § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 5 Buchst. h InvStG aF, die nach Nr. 4 Buchst. h oder i nicht mehr zulässig sind, beanstandete es die FinVerw. nicht, wenn diese Anteile bis zum 30.6.2018 behalten wurden (BMF v. 21.12.2017 – IV C 1 - S 1980 – 1/16/10010:016, 2017/1058518, DStR 2018, 194 Rz. 5). Mit dem DiskE des BMF für ein Gesetz zur Förderung von Investitionen von Fonds in erneuerbare Energien und Infrastruktur (s. Anm. 1) soll Nr. 4 Buchst. h dahingehend geändert werden, dass nicht mehr nur Investmentanteile an OGAW und in- und ausl. Investmentfonds, die die Voraussetzungen von Nr. 1 bis Nr. 7 erfüllen müssen, sondern Investmentanteile an sämtlichen in- und ausl. Investmentfonds zulässige Vermögensgegenstände sein können. Damit soll vor allem die Beteiligung von Spezial-Investmentfonds an Infrastruktur-Sondervermögen iSv. §§ 260a ff. KAGB ermöglicht werden (vgl. DiskE, 30). Die Regelung ist indes nicht darauf beschränkt. Vielmehr können sämtliche Arten von Investmentfonds erworben werden, wodurch generell Investitionsmöglichkeiten erweitert und administrative Erleichterungen geschaffen werden sollen (vgl. DiskE, 30).

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

**ÖPP-Projektgesellschaften und Infrastruktur-Projektgesellschaften (Nr. 4 Buchst. j):**

- ▶ *Der Begriff der ÖPP-Projektgesellschaft* ergibt sich aus § 1 Abs. 19 Nr. 28 KAGB. Auf die Rechtsform kommt es dabei nicht an, die ÖPP-Projektgesellschaft kann also auch PersGes. sein.
- ▷ *Erforderlich ist stets eine „Öffentlich-Private-Partnerschaft“:* Dieser Begriff ist gesetzlich nicht definiert. Üblicherweise wird hierunter eine dauerhafte, in beiderseitigem Vorteil liegende, dem Gemeinwohl dienende Kooperation zwischen der öffentlichen Hand und Unternehmen der Privatwirtschaft beim Entwerfen, bei der Planung, Erstellung, Finanzierung, dem Management, Betreiben und Verwerten von bislang in staatlicher Verantwortung erbrachten öffentlichen Leistungen verstanden (vgl. amtliche Begr. zum sog. ÖPP-Beschleunigungsgesetz, BTDrucks. 15/5668, 10). § 1 Abs. 19 Nr. 28 KAGB ist allerdings nicht nur auf inländ. ÖPP beschränkt (glA *Bödecker* in

BeckOK, § 26 Rz. 225 [4/2024]; einschränkend *Kretzschmann/Albrecht in Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 26 Rz. 86: nur EU/EWR; aA *Gottschling in Moritz/Klebeck/Jesch*, 2016, § 1 KAGB Rz. 382). Die von der ÖPP-Projektgesellschaft errichteten Anlagen oder Bauwerke müssen ferner der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen. Diese können vielfältig sein (vgl. zu den möglichen Einsatzbereichen von ÖPP BTDrucks. 15/5668, 10).

- ▷ *Keine Beschränkung auf Betreiberphase*: Anders als nach dem aufgehobenen InvG können ÖPP-Projektgesellschaften auch vor der Betreiberphase erworben werden (vgl. *von Livonius/Riedl in Moritz/Klebeck/Jesch*, 2016, § 284 KAGB Rz. 69).
- ▶ *Der Begriff der Infrastruktur-Projektgesellschaft* ergibt sich aus § 1 Abs. 19 Nr. 23a KAGB. Er ist nahezu identisch mit dem Begriff der ÖPP-Projektgesellschaft, erfordert aber keine Öffentlich-Private-Partnerschaft. ÖPP-Projektgesellschaften sind somit stets auch Infrastruktur-Projektgesellschaften. Der Begriff umfasst aber auch rein privatwirtschaftlich initiierte Projekte (so ausdrücklich BTDrucks. 19/27631, 87; vgl. auch *Bödecker in BeckOK*, § 26 Rz. 226 [4/2024]). Bis zum Inkrafttreten des FoStoG (s. Anm. 1) waren Gesellschaften, deren Zweck auf die Durchführung derartiger Projekte gerichtet ist, nur im Rahmen von Buchst. m und damit insbes. nur in der Rechtsform der KapGes. und unter den weiteren Beschränkungen von Nr. 5 und 6 erwerbbar (glA *Gottschling in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 194). Im Übrigen kommt es auch bei der Infrastruktur-Projektgesellschaft nicht auf die Rechtsform an, dh., eine Infrastruktur-Projektgesellschaft kann ebenfalls PersGes. sein. Zu Konkurrenzen s. unten.

**Edelmetalle (Nr. 4 Buchst. k)**: Der Begriff der Edelmetalle umfasst investmentstl. auch Halbedelmetalle (vgl. *von Livonius/Riedl in Moritz/Klebeck/Jesch*, 2016, § 284 KAGB Rz. 70) sowie einige weitere korrosionsbeständige, idR teurere und in gleichem Maße wie Edelmetalle fungible und mit Wertaufbewahrungsfunktion ausgestattete Metalle (*Jetter in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 108 [7/2023]; *Bödecker in BeckOK*, § 26 Rz. 231 [4/2024]; *Gottschling in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 197; *Patzner/Kempff in Patzner/Döser/Kempff*, Investmentrecht, 3. Aufl. 2017, § 1 InvStG aF Rz. 81). Erfasst wird aber nur der unmittelbare Erwerb von Edelmetallen. Zertifikate auf Edelmetalle oder Finanzinstrumente, die die Wertentwicklung von Edelmetallen abbilden, können ggf. als Wertpapiere (Buchst. a) oder Derivate (Buchst. c) erworben werden (glA *Kretzschmann/Albrecht in Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 26 Rz. 89; vgl. auch BaFin v. 22.7.2013 – WA 41 – Wp 2137 – 2013/0001, FAQ Eligible Assets, Teil 1 Ziff. 2 und 5).

**Unverbriefte Darlehensforderungen (Nr. 4 Buchst. l)**: Unverbriefte Darlehensforderungen umfassen sowohl Gelddarlehensforderungen iSv. §§ 488 ff. BGB als auch Sachdarlehensforderungen iSv. §§ 607 ff. BGB, die allerdings nicht wertpapiermäßig verbrieft sein dürfen (dann Buchst. a; vgl. *Patzner/Kempff in Patzner/Döser/Kempff*, Investmentrecht, 3. Aufl. 2017, § 1 InvStG aF Rz. 82). Erfasst ist nicht nur der Erwerb, sondern auch die Vergabe von Darlehen, sofern dies keine GewStPflicht begründet (*Bindl/Mager*, BB 2016, 2711 [2718]; *Wenzel in Brandis/Heuermann*, § 26 InvStG 2018 Rz. 40 [11/2023]; *Jetter in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 110 [7/2023]; *Gottschling in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 201 f.; *Kretzschmann/Albrecht in Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 26 Rz. 90; vgl. auch *Bödecker in BeckOK*, § 26 Rz. 240 [4/2024], der allerdings die Gewerblichkeit grds. verneint).

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

- ▶ *Der Begriff der Kapitalgesellschaft* ist technisch, dh. iSv. § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG zu verstehen. Optierende PersGes. iSv. § 1a KStG sind nicht erfasst (§ 2 Abs. 16). Der Begriff umfasst allerdings auch ausländ. Gesellschaften, die aufgrund eines Rechtstypenvergleichs einer AG, GmbH oder KGaA vergleichbar sind (*Kretzschmann/Albrecht in Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 26 Rz. 91; vgl. auch *Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 26 InvStG 2018 Rz. 18 zu Nr. 5). Der Begriff soll den Begriff der Unternehmensbeteiligung aus § 2 Abs. 4 Nr. 9, 11 InvG aF (nunmehr § 284 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. i KAGB für Spezial-AIF mit festen Anlagebedingungen) ersetzen, wurde jedoch eingengt und umfasst insbes. nicht mehr Anteile an PersGes. (vgl. amtliche Begr. zum AIFM-StAnpG in BTDrucks. 18/68, 41). Anteile an (Spezial-)Investmentfonds, auch wenn sie die Rechtsform von KapGes. (zB Investment-AG) haben, fallen wegen § 6 Abs. 1 iVm. § 29 Abs. 1 für Zwecke des InvStG nicht unter Buchst. m. Sie können vielmehr gem. Buchst. h oder i erworben werden (aA *Gottschling in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 207; *Jetter in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 113 [7/2023]; *Bödecker in BeckOK*, § 26 Rz. 212, 248 [4/2024]).
- ▶ *Die Ermittlung des Verkehrswerts* muss möglich sein. Dies bedeutet, dass der Wert der Beteiligung anhand einer anerkannten Methode der Unternehmensbewertung ermittelt werden kann (*Köndgen in Berger/Steck/Lübbehüsen*, 2010, § 2 InvG Rz. 32). Insoweit wird man sich an §§ 26, 28, 32 KARBV zu orientieren haben.

**Kryptowerte (Nr. 4 Buchst. n):**

- ▶ *Der Begriff der Kryptowerte* richtet sich nach § 1 Abs. 11 Satz 4 KWG. Erfasst sind danach virtuelle Währungen, die üblicherweise als *Token* oder *Coins* bezahlt werden. Am bekanntesten dürften *Bitcoin*, *Ether*, *Litecoin* und *Ripple* sein. Der Begriff der Kryptowerte ist ein Auffangtatbestand, der auch anderen Kategorien des Finanzinstrumentebegriffs in § 1 Abs. 11 KWG zuzuordnen sein kann. Erfasst sind auch sog. Security Token und *Investment Token*, die ggf. als aktienähnliche Anteile, Schuldtitel, Vermögensanlage oder Investmentanteile iSv. § 1 Abs. 11 Satz 1 Nr. 1, 2, 3, 5 KWG einzustufen sein können (s. zum Ganzen BaFin v. 2.3.2020, Merkblatt: Hinweise zum Tatbestand des Kryptoverwahrgeschäfts, Abschn. I.1; *Schwennicke in Schwennicke/Auerbach*, KWG, 4. Aufl. 2021, § 1 Rz. 253 ff. mwN; zur stl. Behandlung s. BMF v. 10.5.2022 – IV C 1 - S 2256/19/10003:001, 2022/0493899, BStBl. I 2022, 668). Nicht erfasst sind elektronische Gutscheine für Waren und Dienstleistungen (*Utility Token*, *Schwennicke in Schwennicke/Auerbach*, KWG, 4. Aufl. 2021, § 1 Rz. 259) sowie E-Geld, Verbundzahlungssysteme und Zahlungsvorgänge von Anbietern elektronischer Kommunikationsnetze oder -dienste (vgl. § 1 Abs. 11 Satz 5 KWG).
- ▶ *Kein Wertpapier*: Ob ein Kryptowert zugleich die Voraussetzungen eines Wertpapiers erfüllt, ist einzelfallabhängig und nach Nr. 1 iVm. §§ 193, 198 KAGB zu beantworten. Die Wertpapiereigenschaft nach anderen Gesetzen (s. dazu *Schwennicke in Schwennicke/Auerbach*, KWG, 4. Aufl. 2021, § 1 Rz. 257 f. mwN) kann, muss aber nicht notwendigerweise auf §§ 193, 198 KAGB durchschlagen.

**Beteiligungen an Personengesellschaften** als solche sind grds. keine erwerbbaaren Vermögensgegenstände mehr (*Kretzschmann/Albrecht in Kretzschmann/Schwen-*

ke/Behrens/Hensel/Klein, 2023, § 26 Rz. 54; vgl. für gewerbliche PersGes. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.21; BMF v. 23.10.2014 – IV C 1 - S 1980 – 1/13/10007:007, 2014/0939400, DStR 2014, 2346 Rz. 4 zum bisherigen Recht). Zum Bestandsschutz für Unternehmensbeteiligungen s. Anm. 45.

- ▶ *Bei vermögensverwaltenden Personengesellschaften* (einschließlich gewerblich geprägten PersGes.) gestattet die FinVerw. eine Durchschau auf die von der PersGes. gehaltenen Vermögensgegenstände. Dies gilt jedoch nicht für Immobilien-Gesellschaften in der Rechtsform einer vermögensverwaltenden PersGes.; diese sind vielmehr nach Nr. 4 Buchst. f erwerbbar (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.29). Eine Durchschau findet uE auch dann nicht statt, wenn der Anteil an der vermögensverwaltenden PersGes. als Wertpapier (zB geschlossener Fonds gem. § 193 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 KAGB) qualifiziert. Er ist dann als Wertpapier (Buchst. a) ohne Rücksicht auf die von der PersGes. gehaltenen Vermögensgegenstände erwerbbar. Dem steht nicht entgegen, dass das BMF auch bei AIF in der Rechtsform einer vermögensverwaltenden oder gewerblich geprägten PersGes. „durchschauen“ will (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.29). Ein AIF in der Rechtsform einer PersGes. ist nur dann Wertpapier, wenn er zusätzlich die Voraussetzungen von § 193 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 KAGB erfüllt.
- ▶ *Anteile an gewerblichen Personengesellschaften* (nicht jedoch gewerblich geprägte PersGes.) können jedenfalls dann erworben werden, wenn sie in eine andere Kategorie von Nr. 4 fallen, insbes. als Wertpapier (zB geschlossener Fonds gem. § 193 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 KAGB; glA Haug, Ubg 2017, 303 [304]), Beteiligungen an Immobilien-Gesellschaften oder ÖPP-Projektgesellschaften qualifizieren (glA Bindl/Mager, BB 2016, 2711 [2718]). Anteile an gewerblichen PersGes., die in keine dieser Kategorien fallen, sollten uE gleichwohl im Rahmen der 10 %igen Öffnungsquote erwerbbar sein (glA Kretzschmann/Albrecht in Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein, 2023, § 26 Rz. 56; Patzner/Kempff in Patzner/Döser/Kempff, Investmentrecht, 3. Aufl. 2017, § 1 InvStG aF Rz. 84; vgl. auch Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 26 InvStG 2018 Rz. 15; vgl. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.21, wonach aber ein bewusstes Ausnutzen der Öffnungsquote unzulässig sein soll). Letzteres gilt allerdings nicht für bestandsgeschützte Anteile an PersGes. iSv. Nr. 5 Satz 3 (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.25).
- ▶ *Optierende Personengesellschaften* (§ 1a KStG) gelten für Zwecke von § 26 nicht als KapGes. (§ 2 Abs. 16). UE müssen daher die vorstehenden Grundsätze auch für optierende PersGes. gelten (wohl glA Haug, FR 2021, 410 [413]).

**Konkurrenzen:** Vermögensgegenstände können uE in mehrere Kategorien von Nr. 4 fallen. Für die Erwerbbarkeit ist es ausreichend, dass der betreffende Vermögensgegenstand zumindest in eine Kategorie zulässiger Vermögensgegenstände fällt (vgl. Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 26 InvStG 2018 Rz. 16; Jetter in Beckmann/Scholtz/Vollmer, § 26 Rz. 75 [7/2023]; Bödecker in BeckOK, § 26 Rz. 146 [4/2024]). So können zB nach Nr. 4 Buchst. h oder i nicht erwerbbar Investmentanteile als Anteile an Immobilien-Gesellschaften (Nr. 4 Buchst. f) erworben werden, wenn sie die Voraussetzungen dafür erfüllen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.23). Ebenso können Investmentanteile, die nicht die Vorgaben von Nr. 4 Buchst. h erfüllen, aber als Wertpapier ausgestaltet sind, nach Nr. 4 Buchst. a erworben werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.26). Bei Beteiligungen an KapGes. müssen die Anforderungen der Nr. 5 und 6 auch dann erfüllt

sein, wenn die Beteiligung an der KapGes. auch noch in eine andere Kategorie fällt (vgl. *Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 26 InvStG 2018 Rz. 18; *Bödecker* in *BeckOK*, § 26 Rz. 146 [4/2024]; s. dazu im Einzelnen Anm. 45, 50). Der Begriff der Infrastruktur-Projektgesellschaft ist zwar weiter als der der ÖPP-Projektgesellschaft. Gleichwohl sind ÖPP-Projektgesellschaften uE immer auch Infrastruktur-Projektgesellschaften. Dies hat Bedeutung für Nr. 5.

26–44 Einstweilen frei.

#### 45 G. Erläuterungen zu Nr. 5: 20 %-Grenze für Beteiligungen an Kapitalgesellschaften

**Die 20 %-Grenze** für Beteiligungen an KapGes. geht auf die 20 %-Grenze für Unternehmensbeteiligungen in § 90h Abs. 4 Satz 1 InvG aF (jetzt § 284 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 KAGB für Spezial-AIF mit festen Anlagebedingungen) zurück (vgl. amtliche Begr. zum AIFM-StAnpG in *BTDrucks.* 18/68, 41 f.; *BMF v. 23.10.2014 – IV C 1 – S 1980 – 1/13/10007:007, 2014/0939400, DStR 2014, 2346 Rz. 4*).

**Der Wert des Investmentfonds** ergibt sich aus den aktuellen (Kurs-)Werten der Vermögensgegenstände abzüglich der aufgenommenen Kredite und sonstigen Verbindlichkeiten (vgl. amtliche Begr. zum AIFM-StAnpG in *BTDrucks.* 18/68, 42; *BaFin v. 1.12.2009 – WA 41 – Wp 2136 – 2008/0053, Fragenkatalog zu § 53 InvG aF, Rz. II.6*; glA *Jetter* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 126 [7/2023]; *Kretzschmann/Albrecht* in *Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 26 Rz. 101).

**Der Begriff der Beteiligung an Kapitalgesellschaften** ist wie in Nr. 4 Buchst. m, also technisch iSv. § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG (einschließlich vergleichbarer ausländ. Rechtsformen, aber ohne optierende PersGes. iSv. § 1a KStG), zu verstehen (s. Anm. 25). Es ist unerheblich, ob die Beteiligung an der KapGes. auch in eine andere Kategorie zulässiger Vermögensgegenstände gem. Nr. 4 fällt. Der Begriff umfasst daher insbes. Beteiligungen an Immobilien-Gesellschaften oder ÖPP-Projektgesellschaften in der Rechtsform einer KapGes. Anteile an (Spezial-)Investmentfonds fallen wegen § 6 Abs. 1 iVm. § 29 Abs. 1 auch dann nicht hierunter, wenn der (Spezial-)Investmentfonds die Rechtsform einer KapGes. (zB Investment-AG) hat (*BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.27, 26.33*; glA *Gottschling* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 222; *Wenzel* in *Brandis/Heuermann*, § 26 InvStG 2018 Rz. 44 [11/2023]; *Jetter* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 122 [7/2023]; *Bödecker* in *BeckOK*, § 26 Rz. 257 [4/2024]; *Kretzschmann/Albrecht* in *Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 26 Rz. 98 f.).

**Beteiligungen an EEG-Gesellschaften** iSv. Nr. 6 Satz 2 Buchst. c fallen uneingeschränkt unter die 20 %-Grenze. Eine nennenswerte Finanzierung der Erzeugung erneuerbarer Energien durch Spezial-Investmentfonds dürfte daher kaum möglich sein. Gleiches galt bis zum Inkrafttreten des FoStoG (s. Anm. 1) für ÖPP-Projektgesellschaften. Allerdings stellen diese nunmehr einen Unterfall der Infrastruktur-Projektgesellschaft dar, so dass sie uE gem. Nr. 5 Satz 2 erwerbbar sind. Sofern eine EEG-Gesellschaft allerdings zugleich die Voraussetzungen einer Infrastruktur-Projektgesellschaft erfüllt, muss die 20 %-Grenze auch insoweit unanwendbar sein.

**Keine Börsennotierung (Nr. 5 Satz 1):** Die 20 %-Grenze gilt nicht für börsennotierte Beteiligungen an KapGes. Diese sind (auch) Wertpapiere iSv. Nr. 4 Buchst. a

und können daher unbegrenzt erworben werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.33). Der Begriff des organisierten Marktes bestimmt sich nach § 1 Abs. 19 Nr. 29 KAGB, für die fehlende Börsenzulassung kann auf den Begriff des „nicht notierten Unternehmens“ iSv. § 1 Abs. 19 Nr. 27 KAGB (jeweils iVm. § 2 Abs. 1) zurückgegriffen werden (*Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 26 InvStG 2018 Rz. 18; aA *Kretzschmann/Albrecht in Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 26 Rz. 100: § 261 Abs. 1 Nr. 4 KAGB).

**Immobilien-Gesellschaften und Infrastruktur-Projektgesellschaften (Nr. 5 Satz 2):** Beteiligungen an Immobilien-Gesellschaften (Nr. 4 Buchst. f) und Infrastruktur-Projektgesellschaften (Nr. 4 Buchst. j) sind nicht in die 20 %-Grenze einzubeziehen.

- ▶ *Nach Inkrafttreten des FoStoG* (s. Anm. 1) ist lediglich erforderlich, dass die Anlagebedingungen vorsehen, dass die Investmentfonds das bei ihnen angelegte Geld (auch) in Immobilien, Immobilien-Gesellschaften oder in Infrastruktur-Projektgesellschaften anlegen. Eine Mindestquote für diese Vermögensgegenstände müssen die Anlagebedingungen nicht mehr vorsehen. Aufgrund der gesetzgeberischen Intention (vgl. BTDrucks. 19/27631, 112) können die Anlagebedingungen somit auch den Erwerb von Anteilen an anderen Immobilienfonds (vgl. § 2 Abs. 9 Satz 4) und Anteilen an Gesellschaften iSv. § 2 Abs. 9 Satz 6 vorsehen. Da der Begriff der Infrastruktur-Projektgesellschaft stets auch ÖPP-Projektgesellschaften erfasst, sind uE nunmehr auch ÖPP-Projektgesellschaften ohne Begrenzung erwerbbar. Gleiches muss gelten, wenn eine EEG-Gesellschaft (Nr. 6 Satz 2 Buchst. c) zugleich die Voraussetzungen einer Infrastruktur-Projektgesellschaft erfüllt. Umgekehrt dürften reine Infrastruktur-Projektgesellschaften, die weder zugleich ÖPP-Projektgesellschaften noch EEG-Gesellschaften sind, nur sehr eingeschränkt erwerbbar sein, weil eine korrespondierende Ausnahme in Nr. 6 Satz 2 für Infrastruktur-Projektgesellschaften fehlt. Es ist daher zweifelhaft, ob die Investition von Spezial-Investmentfonds in Infrastrukturprojekte dadurch tatsächlich erleichtert wird.
- ▶ *Bis zum Inkrafttreten des FoStoG* (s. Anm. 1) galt Nr. 5 Satz 2 zum einen nur für Immobilien-Gesellschaften und zum anderen – anders als noch § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 6 Satz 2 InvStG aF – nur für Fonds, die nach ihren Anlagebedingungen mehr als 50 % ihres Aktivvermögens in Immobilien oder Immobilien-Gesellschaften anlegen. Zwar entsprach diese Formulierung § 2 Abs. 9 Satz 1 (allerdings ohne den Begriff „fortlaufend“), es war jedoch uE zweifelhaft, ob auch im Übrigen auf § 2 Abs. 9 zurückgegriffen werden konnte, insbes. ob die zusätzlichen Regelungen in § 2 Abs. 9 Sätze 4ff. anwendbar sind. Die Höhe des Aktivvermögens ist uE gleichwohl nach § 2 Abs. 9a zu ermitteln. Dies scheint auch Auffassung der FinVerw. zu sein, denn sie will „alternativ“ den Wert des Investmentfonds gem. § 2 Abs. 9a Satz 2 als Bemessungsgrundlage zulassen. Unabhängig davon beanstandete es die FinVerw. bis zum 31.12.2021 nicht, wenn in den Anlagebedingungen nur allg. eine Anlage in Immobilien vorgesehen war (s. zum Ganzen BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.32). Diese Nichtbeanstandungsregelung dürfte mit dem Inkrafttreten des FoStoG überholt sein (glA *Bödecker in BeckOK*, § 26 Rz. 258 [4/2024]; *Jetter in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 124 [7/2023]).

**Bestandsschutzregelung für Unternehmensbeteiligungen (Nr. 5 Satz 3):** Der Begriff der Unternehmensbeteiligung bestimmt sich nach § 2 Abs. 4 Nr. 9, 11 InvG aF (bzw. nunmehr inhaltsgleich § 284 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. i KAGB). Die Bestandsschutzregelung betrifft vor allem Anteile an gewerblichen PersGes., insbes. ge-

schlossenen Fonds (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.34). Sofern diese allerdings als Wertpapiere iSv. § 193 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 KAGB qualifizieren, fallen sie bereits von vornherein nicht in den Anwendungsbereich von Nr. 5, sondern sind als Wertpapiere (Nr. 4 Buchst. a) ohne Einschränkungen erwerbbar. Der relevante Zeitpunkt ist aus § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 6 Satz 3 InvStG aF übernommen und stellt auf den Gesetzesbeschluss des Deutschen BTag zum AIFM-StAnpG ab. Das sollte verfassungsrechtl. unproblematisch sein. Maßgeblich ist insoweit der Erwerb des wirtschaftlichen Eigentums (*Haisch/Helios*, FR 2014, 313 [323]; *Kretzschmann/Albrecht* in *Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 26 Rz. 105; enger BMF v. 4.6.2014 – IV C 1 - S 1980 – 1/13/10007:002, 2014/0500897, FR 2014, 715 Rz. 7; aA *Jetter* in *Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 26 Rz. 125 [7/2023]; dingliches Rechtsgeschäft). Bestandsgeschützte Anteile an PersGes. iSv. Nr. 5 Satz 3 sind nicht zusätzlich auf die Öffnungsquote anzurechnen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 26.35).

**Kryptowerte (Nr. 5 Satz 4):** Für Kryptowerte (Nr. 4 Buchst. n) gilt in Anlehnung an die aufsichtsrechtl. Vorgaben (§ 284 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 KAGB) ebenfalls eine 20 %-Grenze. Es handelt sich dabei jedoch um eine eigenständige Grenze, die unabhängig von der 20 %-Grenze in Nr. 5 Satz 1 ist. Auf diese Grenze sind daher weder Beteiligungen an KapGes. iSv. Nr. 5 Satz 1 noch bestandsgeschützte Unternehmensbeteiligungen iSv. Nr. 5 Satz 3 anzurechnen.

46–49 Einstweilen frei.

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

**Die 10 %-Grenze** in Nr. 6 ist aus § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 7 InvStG aF übernommen worden. Sie wurde mit dem AIFM-StAnpG erstmals eingeführt.

**Zweck:** Trotz gewisser Ähnlichkeiten mit den emittentenbezogenen Anlagegrenzen für OGAW in § 210 KAGB (bzw. § 64 InvG aF) dient die Grenze in Nr. 6 nicht der Risikostreuung (glA *Gottschling* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 239). Zweck ist vielmehr, die Möglichkeiten zur unternehmerischen Einflussnahme weitgehend auszuschließen und die Nutzung von Schachtelprivilegien nach DBA sowie die Anwendung der Mutter-Tochter-Richtlinie auszuschließen (vgl. amtliche Begr. zum AIFM-StAnpG, BTDrucks. 18/68, 42). Zu den Folgen bei Überschreiten der 10 %-Grenze s. § 29 Anm. 15; § 52 Anm. 5.

### Grundfall (Nr. 6 Satz 1):

► **Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft:** Ebenso wie bei Nr. 5 ist dieser Begriff wie in Nr. 4 Buchst. m, also technisch iSv. § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG (einschließlich vergleichbarer ausländ. Rechtsformen), zu verstehen. Aufgrund von § 2 Abs. 16 gilt allerdings der Anteil an einer optierenden PersGes. iSv. § 1a KStG auch für Zwecke von Nr. 6 Satz 1 nicht als Beteiligung an einer KapGes. Demzufolge können auch mehr als 10 % der Anteile an einer optierenden PersGes. erworben werden (aA möglicherweise *Haug*, FR 2021, 410 [413]). Anteile an (Spezial-)Investmentfonds fallen wegen § 6 Abs. 1 iVm. § 29 Abs. 1 nicht unter Nr. 6, auch wenn der (Spezial-)Investmentfonds die Rechtsform einer KapGes. (zB Investment-AG) hat (glA *Gottschling* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 26 Rz. 250; *Wenzel* in *Brandis/Heuermann*, § 26 InvStG 2018 Rz. 47 [11/2023]; *Kretzschmann/Albrecht* in *Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 26 Rz. 111). Nach Auffassung der FinVerw. soll dies bei Invest-