

§ 36 Ausschüttungsgleiche Erträge

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

(1) ¹Ausschüttungsgleiche Erträge sind die folgenden nach den §§ 37 bis 41 ermittelten positiven Einkünfte, die von einem Spezial-Investmentfonds nicht zur Ausschüttung verwendet werden:

1. Kapitalerträge nach § 20 des Einkommensteuergesetzes mit Ausnahme der steuerfrei thesaurierbaren Kapitalerträge,
2. Erträge aus der Vermietung und Verpachtung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten sowie Gewinne aus der Veräußerung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten und
3. sonstige Erträge.

²Keine ausschüttungsgleichen Erträge sind die inländischen Beteiligungseinnahmen und die sonstigen inländischen Einkünfte mit Steuerabzug, wenn die Transparenzoption nach § 30 wahrgenommen wurde.

(2) Steuerfrei thesaurierbare Kapitalerträge sind

1. Erträge aus Stillhalterprämien nach § 20 Absatz 1 Nummer 11 des Einkommensteuergesetzes,
2. Gewinne nach § 20 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1, 3 und 7 des Einkommensteuergesetzes; ausgenommen sind Erträge aus Swap-Verträgen, soweit sich die Höhe der getauschten Zahlungsströme nach Kapitalerträgen nach § 20 Absatz 1 Nummer 1 oder Nummer 7 des Einkommensteuergesetzes bestimmt, und
3. Gewinne aus der Veräußerung von Investmentanteilen und Spezial-Investmentanteilen.

(3) Sonstige Erträge sind Einkünfte, die nicht unter die §§ 20, 21 und 23 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 des Einkommensteuergesetzes fallen.

(4) ¹Die ausschüttungsgleichen Erträge sind nach § 37 mit der Maßgabe zu ermitteln, dass Einnahmen und Werbungskosten insoweit den Anlegern zugerechnet werden, wie diese zum Zeitpunkt des Zuflusses der Einnahmen oder des Abflusses der Werbungskosten Spezial-Investmentanteile an dem Spezial-Investmentfonds halten. ²Die ausschüttungsgleichen Erträge gelten mit dem Ablauf des Geschäftsjahres als zugeflossen, in dem sie vereinnahmt worden sind. ³Bei einer Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen vor Ablauf des Geschäftsjahres gelten die ausschüttungsgleichen Erträge im Zeitpunkt der Veräußerung als zugeflossen. ⁴Bei Teilausschüttung der in den Absätzen 1 und 5 genannten Erträge innerhalb von vier Monaten nach Ablauf des Geschäftsjahres sind die ausschüttungsgleichen Erträge dem Anleger abweichend von Satz 2 im Zeitpunkt der Teilausschüttung zuzurechnen. ⁵Reicht die Ausschüttung nicht aus, um die Kapitalertragsteuer gemäß § 50 einschließlich der bundes- oder landesgesetzlich geregelten Zuschlagsteuern zur Kapitalertragsteuer gegenüber sämtlichen, am Ende des Geschäftsjahres beteiligten Anlegern einzubehalten, gilt auch die Teilausschüttung den Anlegern mit dem Ablauf des Geschäftsjahres, in dem die Erträge vom Spezial-Investmentfonds erzielt worden sind, als zugeflossen und für den Steuerabzug als ausschüttungsgleicher Ertrag.

(5) ¹Die steuerfrei thesaurierbaren Kapitalerträge gelten mit Ablauf des 15. Geschäftsjahres nach dem Geschäftsjahr der Vereinnahmung als ausschüttungsgleiche Erträge und zu diesem Zeitpunkt als zugeflossen, soweit sie die Verluste der Vorjahre übersteigen und nicht bis zum Ende des 15. Geschäftsjahres oder in den vorherigen Geschäftsjahren ausgeschüttet wurden. ²Absatz 4 ist auf die steuerfrei thesaurierbaren Kapitalerträge nicht anzuwenden.

(6) Wird nicht spätestens vier Monate nach Ablauf des Geschäftsjahres des Spezial-Investmentfonds eine Ausschüttung der Erträge des abgelaufenen Geschäftsjahres vorgenommen, so gelten diese Erträge als nicht zur Ausschüttung verwendet.

Autor: Ronald *Buge*, Rechtsanwalt, POELLATH, Berlin

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

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu § 36	1	E. Erläuterungen zu Abs. 4: Zurechnung und Zufluss	20
B. Erläuterungen zu Abs. 1: Ausschüttungsgleiche Erträge .	5	F. Erläuterungen zu Abs. 5: Zuflussfiktion bei steuerfrei thesaurierbaren Kapitalerträgen	25
C. Erläuterungen zu Abs. 2: Steuerfrei thesaurierbare Kapitalerträge	10	G. Erläuterungen zu Abs. 6: Nichtausschüttungsfiktion . . .	30
D. Erläuterungen zu Abs. 3: Sonstige Erträge	15		

1 A. Allgemeine Erläuterungen zu § 36

Grundinformation zu § 36: § 36 regelt die Ermittlung der ausschüttungsgleichen Erträge und der nicht zu den ausschüttungsgleichen Erträgen gehörenden stfrei thesaurierbaren Kapitalerträge.

Abs. 1 definiert die ausschüttungsgleichen Erträge. Abs. 2 definiert die nicht zu den ausschüttungsgleichen Erträgen gehörenden stfrei thesaurierbaren Kapitalerträge. Abs. 3 definiert die zu den ausschüttungsgleichen Erträgen gehörenden sonstigen Erträge. Abs. 4 regelt eine besitzzeitanteilige Zurechnung sowie Besonderheiten des Zuflusses von ausschüttungsgleichen Erträgen bei Veräußerung der Spezial-Investmentanteile. Abs. 5 enthält eine Zuflussfiktion für thesaurierte stfrei thesaurierbare Kapitalerträge. Abs. 6 enthält eine Nichtausschüttungsfiktion, wenn innerhalb der ersten vier Monate nach Ende eines Geschäftsjahres keine Ausschüttungen vorgenommen werden.

Rechtsentwicklung und zeitlicher Geltungsbereich des § 36:

- ▶ *InvStRefG v. 19.7.2016* (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731): § 36 wurde mit dem *InvStRefG v. 19.7.2016* eingeführt. § 36 knüpft an die Begrifflichkeit der ausschüttungsgleichen Erträge iSv. § 1 Abs. 3 Satz 3 *InvStG aF* an. Die stfrei thesaurierbaren Kapitalerträge greifen die in § 1 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 *InvStG aF* geregelten Fälle auf, in denen keine ausschüttungsgleichen Erträge vorlagen.

Dabei wird allerdings die Unterscheidung zwischen finanzinnovativen Gestaltungen und „echten“ Veräußerungsgewinnen (§ 1 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 Buchst. a–f InvStG aF) zugunsten der neu eingeführten Ausschüttungsfiktion in Abs. 5 aufgegeben. Abs. 3 definiert erstmals den Begriff der sonstigen Erträge, der zwar bereits im InvStG aF verwendet, dort aber gesetzlich nicht definiert war. Abs. 4 Satz 2 entspricht § 2 Abs. 1 Satz 2 InvStG aF. Abs. 4 Satz 3 enthält eine besondere Zuflussfiktion für ausschüttungsgleiche Erträge bei Veräußerung der Spezial-Investmenterträge. Damit und mit dem neu eingefügten Abs. 4 Satz 1 wird der frühere Ertragsausgleich (§ 9 InvStG aF) ersetzt. Abs. 4 Sätze 4 und 5 betreffen den KapErtrStAbzug bei Teilausschüttung und entsprechen § 2 Abs. 1 Sätze 3 und 4 InvStG aF. Abs. 6 entspricht § 1 Abs. 3 Satz 5 InvStG aF, wobei allerdings nunmehr auf die tatsächliche Ausschüttung und nicht mehr auf den Ausschüttungsbeschluss abgestellt wird. Ohne Vorbild im InvStG aF ist Abs. 4, der den Ertragsausgleich (§ 9 InvStG aF) ersetzt.

- ▶ *WElektroMobFördG („JStG 2019“)* v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17): Mit dem WElektroMobFördG („JStG 2019“) wurden in Abs. 4 die Regelungen zum Zufluss ausschüttungsgleicher Erträge im Zeitpunkt der Veräußerung der Spezial-Investmenterträge eingefügt (zuvor galt auch in diesem Fall ein Zufluss am Ende des Geschäftsjahres). Ferner wurden mit den die Teilausschüttung betreffenden Abs. 4 Sätze 4 und 5 das nach § 2 Abs. 1 Sätze 3 und 4 InvStG aF geltende Konzept für Teilausschüttungen wieder eingeführt.
- ▶ *Regierungsentwurf zum JStG 2024* v. 5.6.2024: Nach dem RegE JStG 2024 soll Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Var. 1 dahingehend geändert werden, dass sämtliche Einkünfte iSv. § 21 EStG als ausschüttungsgleiche Erträge erfasst werden, was insbes. Besteuerungslücken im Hinblick auf Einkünfte aus der Veräußerung von Miet- und Pachtzinsen (§ 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG) schließen soll (vgl. RegE JStG 2024, 166; die amtliche Gesetzesbegründung verweist – im Kontext von § 36 uE unzutreffend – auf § 49 Abs. 1 Nr. 6 EStG). Insoweit besteht eine gewisse Parallele zur ebenfalls mit dem JStG 2024 geplanten Einfügung von § 6 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 (vgl. § 6 Anm. 1). Ferner sollen durch einen neu einzufügenden Abs. 3 Satz 2 Veräußerungsgewinne iSv. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG unabhängig von Haltefristen als sonstige Erträge erfasst werden. Hiervon sollen insbes. Geschäfte mit Kryptowerten (zulässige Vermögensgegenstände gem. § 26 Nr. 4 Buchst. n) erfasst werden (vgl. RegE JStG 2024, 166). Zugleich soll mit einem neu einzufügenden Abs. 3 Satz 3 (mit Folgeänderung in Abs. 1 Satz 1 Nr. 3) für Devisentermingeschäfte mit tatsächlicher Lieferung eine Möglichkeit zur stfreien Thesaurierung geschaffen werden (sog. stfrei thesaurierbare sonstige Erträge), wobei die Regelungen für stfrei thesaurierbare Kapitalerträge entsprechend anzuwenden sind (Abs. 3 Satz 4 idF des RegE JStG 2024). Damit wird die bisherige Verwaltungsauffassung (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.18a) gesetzlich verankert. Schließlich soll die besitzzeitanteilige Zurechnung (Abs. 4) auch für stfrei thesaurierbare Kapitalerträge (und stfrei thesaurierbare sonstige Erträge) gelten (Streichung von Abs. 5 Satz 2).
- ▶ *Zeitlicher Geltungsbereich*: Wie das gesamte neugefasste InvStG gilt § 36 ab dem 1.1.2018 (Art. 11 Abs. 3 InvStRefG).
 - ▷ *WElektroMobFördG („JStG 2019“)*: Die Neuregelungen durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) sind ab dem 1.1.2020 anzuwenden (§ 57 Abs. 1 Satz 1 Nr. 11).

- ▷ *RegE zum JStG 2024*: Für die Neuregelungen aufgrund des JStG 2024 sind unterschiedliche Anwendungszeitpunkte vorgesehen:
- Die besitzzeitanteilige Zurechnung von stfrei thesaurierbaren Kapitalerträgen (Streichung Abs. 5 Satz 2) soll ab dem 1.1.2025 anzuwenden sein (§ 57 Abs. 9 Nr. 2 idF des RegE JStG 2024).
 - Die Erfassung sämtlicher Einkünfte iSv. § 21 EStG als ausschüttungsgleiche Erträge (Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 idF des RegE JStG 2024) soll auf Einkünfte anwendbar sein, die einem Spezial-Investmentfonds in einem Geschäftsjahr zufließen, das nach dem 31.12.2024 beginnt (§ 57 Abs. 9 Nr. 4 idF des RegE JStG 2024).
 - Gewinne aus Devisentermin-Liefergeschäften sollen stfrei thesaurierbare sonstige Erträge sein können (Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und Abs. 3 Satz 3 idF des RegE JStG 2024), wenn der obligatorische Vertrag in Geschäftsjahren des Spezial-Investmentfonds abgeschlossen wird, die nach dem 31.12.2024 beginnen (§ 57 Abs. 9 Nr. 5 idF des RegE JStG 2024). Es fehlt allerdings an einer besonderen Anwendungsregelung für Abs. 3 Satz 4 idF des RegE JStG 2024 (entsprechende Anwendung der Vorschriften über stfrei thesaurierbare Kapitalerträge). Daher gilt insoweit Art. 45 Abs. 1 RegE JStG 2024 (Inkrafttreten am Tag nach der Verkündung). Damit geht Abs. 3 Satz 4 idF des RegE JStG 2024 zunächst gleichsam „ins Leere“ und bekommt erst mit Anwendung der übrigen Regelungen zu stfrei thesaurierbaren sonstigen Erträgen einen sinnvollen Anwendungsbereich.
 - Die Erfassung von Veräußerungsgewinnen iSv. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG unabhängig von Haltefristen als sonstige Erträge (Abs. 3 Satz 2 idF des RegE JStG 2024) soll für WG gelten, die auf Grund eines obligatorischen Rechtsgeschäfts angeschafft wurden, das in Geschäftsjahren des Spezial-Investmentfonds abgeschlossen wurde, die nach dem 31.12.2024 beginnen (§ 57 Abs. 9 Nr. 6 idF des RegE JStG 2024). Die Anknüpfung an den Anschaffungsvorgang sollte verfassungsrechtl. unproblematisch sein (vgl. BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvL 14/02, 2 BvL 2/04, 2 BvL 13/05, BStBl. II 2011, 76; vgl. § 23 EStG Anm. 11 mwN).

Bedeutung des § 36: § 36 definiert mit dem Begriff der ausschüttungsgleichen Erträge einen weiteren zentralen Begriff der Besteuerung von Anlegern eines Spezial-Investmentfonds und ergänzt damit § 35. Die ausschüttungsgleichen Erträge sind auch ein zentrales Element des Transparenzprinzips, denn anders als beim Trennungsprinzip, bei dem der Anteilseigner nur im Fall der Gewinnausschüttung und auch nur in Höhe dieser Gewinnausschüttung Einkünfte erzielt, rechnet § 36 den Anlegern Erträge auch ohne Ausschüttung zu. Diese Transparenz wird jedoch durch die Möglichkeit zur teilweisen stfreien Thesaurierung von bestimmten Kapitalerträgen (Abs. 2) durchbrochen.

Geltungsbereich des § 36: § 36 gilt für in- und ausländ. Spezial-Investmentfonds und deren Anleger sowie gem. § 53 für Altersvorsorgevermögensfonds und deren Anleger.

Verhältnis des § 36 zu anderen Vorschriften:

- ▶ *Verhältnis zu § 6 iVm. § 29 Abs. 1*: Wenn in Abschnitt 2 von Einkünften des Spezial-Investmentfonds die Rede ist, sind damit nicht die gem. § 6 iVm. § 29 Abs. 1 stbaren Einkünfte gemeint. Zur Ermittlung der ausschüttungsgleichen Erträge

erfolgt vielmehr eine virtuelle Ermittlung von Einkünften des Spezial-Investmentfonds unter Zugrundelegung des Welteinkommensprinzips (s. Anm. 5, 15).

- ▶ *Verhältnis zu § 30:* Abs. 2 Satz 1 regelt systematisch zutr., dass Zurechnungsbeträge iSv. § 35 Abs. 3 nicht zu den ausschüttungsgleichen Erträgen gehören, ohne allerdings den Begriff „Zurechnungsbeträge“ zu verwenden.
- ▶ *Verhältnis zu § 33:* § 33 kennt zwar auch die § 30 nachgebildete Immobilien-Transparenzoption. Die im Rahmen der Immobilien-Transparenzoption den Anlegern zugerechneten Erträge werden allerdings nicht von Abs. 2 Satz 1 erfasst. Dies ist gleichwohl aus systematischen Gründen geboten (s. Anm. 10; § 33 Anm. 15).
- ▶ *Verhältnis zu § 34:* Abs. 1 konkretisiert § 34 Abs. 1 Nr. 2.
- ▶ *Verhältnis zu § 35:* Den ausschüttungsgleichen Erträgen liegen ebenso wie den ausgeschütteten Erträgen zunächst die gem. §§ 37–41 ermittelten Einkünfte des Spezial-Investmentfonds zugrunde. Dieser Gleichlauf wird lediglich durch die Besonderheit der steuerneutral thesaurierbaren Kapitalerträge (Abs. 2) durchbrochen. Anders als § 35 benennt § 36 ausdrücklich die für Zwecke der Ertragsermittlung stbaren Einkünfte. Dies gilt auch für § 35 (s. § 35 Anm. 5). § 35 Abs. 5 regelt ähnlich wie § 36 Abs. 6 eine besitzzeitanteilige Zurechnung.
- ▶ *Verhältnis zu §§ 37 bis 41:* §§ 37 bis 41 stellen die Grundlage für die Ermittlung der ausschüttungsgleichen (und der ausgeschütteten) Erträge dar.
- ▶ *Verhältnis zu §§ 42, 43:* §§ 42, 43 stellen ausschüttungsgleiche (und ausgeschüttete) Erträge auf Anlegerebene ganz oder teilweise stfrei.
- ▶ *Verhältnis zu § 49:* Während der Besitzzeit versteuerte ausschüttungsgleiche Erträge mindern den Veräußerungsgewinn (§ 49 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1). Werden die ausschüttungsgleichen Erträge in einem späteren Geschäftsjahr während der Besitzzeit ausgeschüttet, sind sie dem Veräußerungserlös wieder hinzuzurechnen (§ 49 Abs. 3 Satz 3; s. zum Ganzen § 49 Anm. 15).
- ▶ *Verhältnis zu § 51:* Die Besteuerungsgrundlagen gem. § 35 sind gesondert und einheitlich festzustellen.

Einstweilen frei.

2–4

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Ausschüttungsgleiche Erträge

5

Nach §§ 37 bis 41 ermittelte positive Einkünfte (Abs. 1 Satz 1): Ausgangspunkt für die Ermittlung der ausschüttungsgleichen Erträge sind die nach §§ 37–41 ermittelten Einkünfte. Insoweit bestehen keine Unterschiede zu § 35, weil beiden Vorschriften im Grundsatz der gleiche Ertragsbegriff zugrunde liegt (*Kloster in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 36 Rz. 15, 20; *Berger in Berger/Steck/Lübbehüsen*, 2010, § 1 Rz. 269; vgl. auch § 35 Anm. 5). Ebenso wie bei § 35 handelt es sich auch bei § 36 um eine Regelung zu einer lediglich virtuellen Einkünfteermittlung, die dem Zweck dient, die ausschüttungsgleichen (und ausgeschütteten) Erträge zu ermitteln (*Brandl in Kretschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 36 Rz. 21). Die so ermittelten Einkünfte sind nicht auf Ebene des Spezial-Investmentfonds zu versteuern. Ob und inwieweit der Spezial-Investmentfonds Einkünfte zu versteuern hat, richtet sich ausschließlich nach §§ 6, 7 iVm. § 29 Abs. 1 sowie §§ 30, 33.

- ▶ *Erfasste Einkünfte:* Anders als § 35 benennt § 36 ausdrücklich, welche Einkünfte auf Ebene des Spezial-Investmentfonds für Zwecke der Ermittlung der aus-

schüttungsgleichen Erträge erfasst werden. Aus der Gesamtschau mit Abs. 3 ergibt sich, dass dabei nahezu sämtliche Einkünfte iSv. § 2 Abs. 1 EStG zu erfassen sind und das Welteinkommensprinzip gilt (s. Anm. 15).

- ▷ *Kapitalerträge (Abs. 1 Satz 1 Nr. 1)*: Hiervon sind sämtliche Einkünfte aus Kapitalvermögen iSv. § 20 EStG mit Ausnahme der stfrei thesaurierbaren Kapitalerträge iSv. Abs. 2 erfasst. Dazu gehören ferner die kraft Verweisung den Einkünften iSv. § 20 Abs. 1 EStG zugeordneten Ausschüttungen von REIT-AG und von anderen REIT-Körperschaften, -Personenvereinigungen oder -Vermögensmassen (§ 19 Abs. 1 REITG) sowie Hinzurechnungsbeiträge (§ 10 Abs. 2 Satz 1 AStG; vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.6). Ferner gehören auch Gewinne aus der Veräußerung partiarischer Darlehen und aus der Vereinnahmung des Auseinandersetzungsguthabens bei einer stillen Beteiligung (§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4, Satz 2 Halbs. 2 EStG) zu den ausschüttungsgleichen Erträgen, weil diese Einkünfte nicht von Abs. 2 Nr. 2 erfasst werden (*Kloster in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 36 Rz. 24; vgl. auch *Höring* in BeckOK, § 36 Rz. 30 [4/2024]; *Brandl in Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 36 Rz. 28). Die Vorschrift entspricht damit § 1 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 InvStG aF, enthält allerdings nicht mehr die in § 1 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 Buchst. a–f InvStG aF geregelten (Rück-)Ausnahmen.
- ▷ *Insbesondere Spezial-Investmenterträge*: Da Spezial-Investmenterträge zu den Einnahmen iSv. § 20 Abs. 1 Nr. 3a EStG gehören, stellen sie auf Ebene eines Dach-Spezial-Investmentfonds bei Thesaurierung gem. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 grds. ausschüttungsgleiche Erträge dar. Das gilt jedoch im Erg. nur für ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge eines Ziel-Spezial-Investmentfonds, weil Gewinne aus der Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen gem. Abs. 2 Nr. 3 zu den stfrei thesaurierbaren Kapitalerträgen gehören (s. Anm. 10). Spezial-Investmenterträge kommt bei mehrstufigen Strukturen jedoch eine „Doppelnatur“ zu: Sie behalten darüber hinaus für die Zwecke der Anlegerbesteuerung des Dach-Spezial-Investmentfonds ihren durch die originäre Einkunftsquelle des Ziel-Spezial-Investmentfonds bestimmten Ertragscharakter bei (doppelte bzw. mehrfache Semi-Transparenz; vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.7, 36.9).
- ▷ *Immobilien erträge (Abs. 1 Satz 1 Nr. 2)*: Die Vorschrift geht über den früheren § 1 Abs. 3 Satz 3 Nr. 2 InvStG aF insoweit hinaus, als nunmehr auch Gewinne aus der Veräußerung von Grundstücken und grundstückgleichen Rechten außerhalb der Zehn-Jahres-Frist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG erfasst werden (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.12; zum Hintergrund s. BTDrucks. 18/8045, 105). Die Formulierung ist an § 6 Abs. 4 Satz 1 angepasst. Auf die Erläuterungen zu § 6 kann daher verwiesen werden (s. § 6 Anm. 25). Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 erfasst allerdings anders als § 6 Abs. 4 auch ausländ. Immobilien erträge (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.14; *Jetter/Stadler in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 36 Rz. 11 [10/2020]; *Höring* in BeckOK, § 36 Rz. 40 [4/2024]; *Brandl in Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 36 Rz. 34; Welteinkommensprinzip, s. Anm. 15). In Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 fehlt allerdings eine § 6 Abs. 4 Satz 3 vergleichbare Regelung, wonach Wertveränderungen vor dem 1.1.2018 stfrei sind, wenn der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung mehr als zehn Jahre beträgt. Die FinVerw. will diese Regelung gleichwohl auch für Zwecke der §§ 37 ff. anwenden (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.13, 56.37). Unseres Erach-

tens ist dies verfassungsrechtl. geboten (vgl. auch *Jetter/Stadler in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 36 Rz. 12 [10/2020]; aA *Kloster in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 36 Rz. 27 f.; *Höring in BeckOK*, § 36 Rz. 41 [4/2024]; *Brandl in Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 36 Rz. 37). Ferner sollen ab dem 1.1.2025 nicht mehr nur Einkünfte aus VuV von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten, sondern sämtliche Einkünfte aus VuV iSv. § 21 EStG als ausschüttungsgleiche Erträge erfasst werden (vgl. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 idF des RegE JStG 2024; vgl. Anm. 1). Hiermit sollen insbes. Besteuerungslücken bei Einkünften aus der Veräußerung von Miet- und Pachtzinsforderungen geschlossen werden (vgl. RegE JStG 2024, 166).

- ▷ *Sonstige Erträge (Abs. 1 Satz 1 Nr. 3)*: Sonstige Erträge gehörten auch schon nach § 1 Abs. 3 Satz 3 Nr. 2 InvStG aF zu den ausschüttungsgleichen Erträgen. Sie sind jedoch nunmehr erstmals in Abs. 3 definiert (s. Anm. 15). Mit dem RegE JStG 2024 soll die Möglichkeit zur stfreien Thesaurierung von Gewinnen aus Devisentermin-Liefergeschäften geschaffen werden (vgl. Anm. 1). Derartige stfrei thesaurierbare sonstige Erträge gehören nicht mehr zu den ausschüttungsgleichen Erträgen.
- ▷ *Positive Einkünfte*: Es werden nur positive Einkünfte als ausschüttungsgleiche Erträge erfasst. Verluste des Spezial-Investmentfonds können den Anlegern somit nicht zugerechnet werden. Diese werden vielmehr nach Maßgabe von § 41 mit positiven Erträgen des Spezial-Investmentfonds verrechnet. Bei bilanzierenden Anlegern sind aber ggf. Teilwertabschreibungen möglich (BTDrucks. 18/8045, 105; vgl. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.2).

Nicht zur Ausschüttung verwendet (Abs. 1 Satz 1): Entscheidend ist, dass die Erträge tatsächlich nicht ausgeschüttet, dh. thesauriert werden, unabhängig davon, ob die Anlagebedingungen dies auch so vorsehen (vgl. *Höring in BeckOK*, § 36 Rz. 97 [4/2024]). Praktisch bedeutsamer dürfte allerdings die Fiktion in Abs. 6 sein. Werden Erträge nach Ablauf der Vier-Monats-Frist ausgeschüttet, so liegen gleichwohl ausschüttungsgleiche Erträge der Vorjahre vor, die nicht zu den ausgeschütteten Erträgen gehören und stfrei ausgeschüttet werden können (s. Anm. 30; § 35 Anm. 5).

Transparenzoption (Abs. 1 Satz 2):

- ▷ *Inländische Beteiligungseinnahmen und sonstige inländische Einkünfte mit Steuerabzug*, wenn die Transparenzoption nach § 30 wahrgenommen wurde: Siehe § 30 Anm. 1 ff. Diese gehören nicht zu den ausschüttungsgleichen Erträgen (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 30.18). Es ist nicht recht nachvollziehbar, warum der Gesetzgeber in Abs. 1 Satz 2 trotz identischen Wortlauts nicht auf den in § 35 Abs. 3 definierten Begriff „Zurechnungsbeträge“ zurückgegriffen hat. Die Regelung dürfte aber deklaratorischen Charakter haben, weil die inländ. Beteiligungseinnahmen und sonstigen inländ. Einkünfte mit StAbzug bei Ausübung der Transparenzoption bereits gar nicht mehr dem Spezial-Investmentfonds zuzurechnen sind und demzufolge auch nicht zu den Einkünften iSv. §§ 37 ff. gehören können (*Jetter/Stadler in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 36 Rz. 16 [10/2020]; s. auch § 35 Anm. 5).
- ▷ *Immobilien-Transparenzoption?*: Bei Ausübung der Immobilien-Transparenzoption (§ 33 Abs. 3 Sätze 3 ff.) werden den Anlegern des Dach-Spezial-Investmentfonds die in den ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen des Ziel-Spezial-Investmentfonds enthaltenen inländ. Immobilienerträge und sonstigen inländ. Einkünfte ohne StAbzug unmittelbar zugerechnet (s. § 33 Anm. 15).

Vergleichbar der Situation bei der Transparenzoption gem. § 30 gehören sie damit jedenfalls nicht mehr zu den Einkünften iSv. §§ 37 ff. des Dach-Spezial-Investmentfonds (*Jetter/Stadler in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 36 Rz. 17 [10/2020]; s. auch § 35 Anm. 5) und können damit im Fall der Thesaurierung auf Ebene des Dach-Spezial-Investmentfonds auf Anlegerebene nicht mehr als ausschüttungsgleiche Erträge des Dach-Spezial-Investmentfonds erfasst werden. Die Auffassung der FinVerw., es handele sich nach wie vor um ausschüttungsgleiche Erträge, es ändere sich lediglich das Zurechnungssubjekt (so BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.17; wohl auch *Brandl in Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 36 Rz. 40), ist daher unzutreffend. Zum einen trifft das nicht für sämtliche Anleger des Dach-Spezial-Investmentfonds zu (vgl. § 33 Abs. 3 Satz 4; s. § 33 Anm. 15). Zum anderen besteht wie dargelegt ein Unterschied zwischen zugerechneten ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen des Ziel-Spezial-Investmentfonds (soweit diese inländ. Immobilienerträge und sonstige inländ. Einkünfte ohne StAbzug enthalten) und den – aus Sicht des Anlegers für die Anwendung von § 36 relevanten – ausschüttungsgleichen Erträgen des Dach-Spezial-Investmentfonds. Eine gesetzgeberische Klärstellung wäre daher wünschenswert.

Rechtsfolgen des Abs. 1: Da Abs. 1 eine Legaldefinition ist, ist die primäre Rechtsfolge, dass es sich bei den in Satz 1 genannten Erträgen mit Ausnahme der stfrei thesaurierbaren Kapitalerträge (Abs. 2) und der Zurechnungsbeträge (Abs. 1 Satz 2) um ausschüttungsgleiche Erträge handelt. Die weiteren Rechtsfolgen ergeben sich insbes. aus § 34 Abs. 1 Nr. 2 und § 20 Abs. 1 Nr. 3a EStG. Bilanzierende Anleger haben zur Abbildung der ausschüttungsgleichen Erträge in der StBil. einen aktiven Ausgleichsposten zu bilden, der im Zeitpunkt der Veräußerung ergebnismindernd aufzulösen ist (s. dazu § 49 Anm. 15). Bei betrieblichen Anlegern, die eine Einnahmenüberschussrechnung vornehmen, ist ein entsprechender Merkposten aufzuzeichnen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.53).

6–9 Einstweilen frei.

10 C. Erläuterungen zu Abs. 2: Steuerfrei thesaurierbare Kapitalerträge

Kapitalerträge: Abs. 2 erfasst nur Kapitalerträge, dh. Einkünfte aus Kapitalvermögen. Einkünfte iSv. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 oder 3 oder Teile davon können daher nicht stfrei thesauriert werden. Die Regelung entspricht damit aber im Grundsatz der Regelung in § 1 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 InvStG aF, die ebenfalls nur Kapitalerträge erfasste.

Stillhalterprämien (Abs. 2 Nr. 1): Siehe § 20 EStG Anm. 400 f. Stillhalterprämien gehörten schon bislang gem. § 1 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 InvStG aF nicht zu den ausschüttungsgleichen Erträgen.

Veräußerungsgewinne (Abs. 2 Nr. 2 und 3):

- *Gewinne* können auch *Verluste* sein (§ 2 Abs. 14). Veräußerungsverluste iSv. Abs. 2 Nr. 2 bilden aber einen eigenen Verrechnungskreis gem. § 41 Abs. 1 (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 41.3 iVm. Anlage 1, Kategorie 10; *Brandl in Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 36 Rz. 44; s. auch Anm. 25).

- ▶ § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, 3, 7 EStG (Abs. 2 Nr. 2 Halbs. 1): Es werden nicht sämtliche Veräußerungsgewinne iSv. § 20 Abs. 2 EStG, sondern nur diejenigen iSv. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, 3, 7 EStG erfasst (s. dazu § 20 EStG Anm. 430 ff., 470 ff., 510 ff.). Wegen des Verweises auf § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG in § 19 Abs. 2 REITG gehört auch der Gewinn aus der Veräußerung von Aktien einer REIT-AG und Anteilen an anderen REIT-Körperschaften, -Personenvereinigungen und -Vermögensmassen zu den stfrei thesaurierbaren Kapitalerträgen. Dies entspricht im Grundsatz der früheren Rechtslage gem. § 1 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 InvStG aF.
- ▷ *Beteiligungen iSv. § 17 EStG*: Unseres Erachtens liegen auch in den Fällen des § 17 EStG stfrei thesaurierbare Kapitalerträge vor, dh., § 20 Abs. 8 EStG bleibt für Zwecke von Abs. 2 Nr. 2 unberücksichtigt (glA *Jetter/Stadler in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 36 Rz. 21, 30 [10/2020]; aA *Kloster in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 36 Rz. 38; *Wenzel in Brandis/Heuermann*, § 36 InvStG 2018 Rz. 28 [3/2020]; *Brandl in Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 36 Rz. 54; s. Anm. 15).
- ▷ *Finanzinnovative Gestaltungen*: Wesentlicher Unterschied zur Rechtslage nach dem InvStG aF ist jedoch, dass die (Rück-)Ausnahmen in § 1 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 Buchst. a–f InvStG aF, mit denen sog. finanzinnovative Gestaltungen als ausschüttungsgleiche Erträge erfasst werden sollten, nicht in das neue Recht übernommen wurden. Somit gehören nunmehr auch derartige Erträge zu den stfrei thesaurierbaren Kapitalerträgen und nicht mehr zu den ausschüttungsgleichen Erträgen. Der Gesetzgeber wollte auf diese komplexe Unterscheidung aus Gründen der Vereinfachung verzichten (BTDrucks. 18/8045, 105 f.). Beweggrund dürfte sicher auch gewesen sein, dass aufgrund der Zuflussfiktion in Abs. 5 keine dauerhafte Thesaurierung mehr möglich ist. Dies gilt allerdings nicht für im Veräußerungserlös enthaltene Stückzinsen, weil Zinsen periodengerecht abzugrenzen (vgl. § 38 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1, Abs. 8) und daher als ausschüttungsgleiche Erträge zu erfassen sind (*Jetter/Stadler in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 36 Rz. 25 [10/2020]).
- ▷ *Devisentermin-Liefergeschäfte*: Die FinVerw. will zudem Devisentermingeschäfte, die auf die tatsächliche (physische) Lieferung der Fremdwährung ausgerichtet sind, unter wirtschaftlicher Betrachtungsweise wie Termingeschäfte iSv. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a EStG und damit als stfrei thesaurierbare Kapitalerträge behandeln, obwohl es sich bei der physischen Lieferung an sich um ein Geschäft iSv. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 oder Nr. 3 EStG und damit um sonstige Erträge iSv. Abs. 3 handelt (vgl. zu Termingeschäften auch § 20 EStG Anm. 470 ff.). Voraussetzung ist, dass der Spezial-Investmentfonds glaubhaft machen kann, dass die betroffenen Devisentermingeschäfte der Absicherung von Vermögensgegenständen dienen und hierfür faktisch ein Differenzausgleich angestrebt wird (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.18a; s. auch Anm. 15 zu den geplanten Änderungen durch den RegE JStG 2024).
- ▶ *Swaps (Abs. 2 Nr. 2 Halbs. 2)*: Eine Rückausnahme ist hingegen für Einkünfte aus *Swap*-Verträgen vorgesehen, bei der sich die Höhe der getauschten Zahlungsströme nach Kapitalerträgen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 oder 7 EStG bestimmt. Der Gesetzgeber will hiermit Umgehungsgestaltungen vermeiden (BTDrucks. 18/8045, 106). Der Sache nach handelt es sich um Aktien- und Zinsswaps, aus denen Einkünfte gem. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG erzielt werden (s. § 20 EStG

Anm. 481), die an sich unter die stfrei thesaurierbaren Kapitalerträge fallen würden. Es muss sich um Erträge aus Swap-Verträgen handeln, die bei wirtschaftlicher Betrachtung ein Surrogat für Zinsen oder Dividenden darstellen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.22). Sie sind in der Kategorie 1 der Anlage 1 zu BMF, Anwendungsfragen, Rz. 37.5 ff (Ertragskategorien) zu erfassen. Zinssurrogate sind allerdings nicht im Rahmen der Zinsschranke (§ 46 Abs. 1 Satz 1) zu erfassen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.24), ebenso Dividendensurrogate nicht als Kapitalerträge iSv. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 und 9 EStG im Rahmen von § 42 (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.25). Demzufolge können positive und negative Zahlungsströme aus derartigen Swaps auch uneingeschränkt verrechnet werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.26). Aktienswaps bilden idR neben dem Dividendenrisiko auch das Kursrisiko ab. Auch bei Zinsswaps können die Leistungen von der Wertentwicklung des Basiswerts abhängen. Insoweit muss eine Aufteilung vorgenommen werden (vgl. BTDrucks. 18/8045, 106; BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.27, s. zum Ganzen auch die Beispiele in Rz. 36.28 ff.).

- *(Spezial-)Investmentanteile (Abs. 2 Nr. 3):* Gewinne aus der Veräußerung von (Spezial-)Investmentanteilen und Anteilen an Kapital-Investmentgesellschaften fielen schon früher nicht unter die ausschüttungsgleichen Erträge, weil sie zu den Einkünften iSv. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG gehörten (vgl. § 8 Abs. 5 Satz 1, § 19 Abs. 3 Satz 1 InvStG aF). Abs. 2 Nr. 3 stellt insoweit keine Neuregelung dar. Erfasst werden nur Einkünfte iSv. § 16 Abs. 1 Nr. 3 iVm. § 19 und § 34 Abs. 1 Nr. 3 iVm. § 49. Laufende Einkünfte, dh. Ausschüttungen und Vorabpauschalen eines anderen Investmentfonds (§ 16 Abs. 1 Nr. 1, 2 iVm. § 18) bzw. ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge eines Ziel-Spezial-Investmentfonds (§ 34 Abs. 1 Nr. 1, 2 iVm. §§ 35, 36) gehören nicht zu den stfrei thesaurierbaren Erträgen (s. Anm. 5). Werden die Veräußerungsgewinne ausgeschüttet, stellen sie ausgeschüttete Erträge dar (s. § 35 Anm. 5) und gehören damit auf Ebene des vereinnahmenden Dach-Spezial-Investmentfonds im Fall der Thesaurierung zu den ausschüttungsgleichen Erträgen (s. Anm. 5), können also auf Ebene des vereinnahmenden Dach-Spezial-Investmentfonds nicht mehr stfrei thesauriert werden. Gleiches gilt bei fiktivem Zufluss gem. Abs. 5 Satz 1, wobei es sich dann auf Ebene des Dach-Spezial-Investmentfonds um ausschüttungsgleiche Erträge handelt (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.8 mit Beispiel in Rz. 36.11). Die FinVerw. will es allerdings nicht beanstanden, wenn in Geschäftsjahren des Dach-Spezial-Investmentfonds, die vor dem 1.1.2022 endeten, stfrei thesaurierbare Kapitalerträge, die von einem Ziel-Spezial-Investmentfonds an einen Dach-Spezial-Investmentfonds ausgeschüttet werden oder die einem Dach-Spezial-Investmentfonds aus einem Ziel-Spezial-Investmentfonds nach Abs. 5 Satz 1 als zugeflossen gelten, davon abweichend auf Ebene des Dach-Spezial-Investmentfonds den stfrei thesaurierbaren Kapitalerträgen und nicht den ausschüttungsgleichen Erträgen zugeordnet werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.10).

Einkünfteermittlung: Abs. 2 enthält – anders als Abs. 1 Satz 1 und § 35 Abs. 1 – keine Aussage, nach welchen Grundsätzen stfrei thesaurierte Kapitalerträge zu ermitteln sind; uE müssen auch insoweit §§ 37–41 gelten. Dies folgt zum einen daraus, dass ausgeschüttete Erträge auch die zu stfrei thesaurierbaren Kapitalerträgen führenden Einkünftebestandteile umfassen können. Zum anderen enthalten § 38 Abs. 2 und 3 ausdrückliche Regelungen über die Zuordnung von Kosten zu stfrei thesaurierbaren Kapitalerträgen (glA BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.19).

Rechtsfolge des Abs. 2: Da es sich bei Abs. 2 um eine Legaldefinition handelt, ist die primäre Rechtsfolge, dass stfrei thesaurierbare Kapitalerträge vorliegen. Die weiteren Rechtsfolgen ergeben sich insbes. aus Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, dh., die stfrei thesaurierbaren Kapitalerträgen gehören nicht zu den ausschüttungsgleichen Erträgen, und Abs. 5 (s. Anm. 25). Werden stfrei thesaurierbare Kapitalerträge vor Ablauf der 15-Jahres-Frist des Abs. 5 ausgeschüttet, handelt es sich um ausgeschüttete Erträge (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.21; s. § 35 Anm. 5).

Einstweilen frei.

11–14

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Sonstige Erträge

15

Obwohl der Begriff der sonstigen Erträge bereits im InvStG aF verwendet wurde (vgl. § 1 Abs. 3 Satz 2, Satz 3 Nr. 2 InvStG aF), fehlte seinerzeit eine gesetzliche Definition. Einzelheiten waren umstritten.

Berger in Berger/Steck/Lübbheusen, 2010, § 1 Rz. 308 ff.; *Bauderer/Mundel in Haase*, 2. Aufl. 2015, § 1 Rz. 317 f.; *Gottschling/Schatz in Moritz/Jesch*, 2015, § 1 Rz. 257 f. jeweils mwN; vgl. auch BMF v. 18.8.2009 – IV C 1 - S 1980 – 1/08/10019, 2009/0539738, BStBl. I 2009, 931 Rz. 14.

Abs. 3 enthält erstmals eine Definition der sonstigen Erträge.

Einkünfte: Der Begriff „Einkünfte“ in Abs. 3 hat eine zentrale Bedeutung, da es sich bei den sonstigen Erträgen um einen Auffangtatbestand für die den ausschüttungsgleichen Erträgen zugrunde liegenden Einkünfte handelt. Er konkretisiert damit mittelbar auch den Begriff der nach §§ 37–41 ermittelten Einkünfte in Abs. 1, dh. der virtuell für Zwecke der Ermittlung der ausschüttungsgleichen (und der ausgeschütteten, vgl. § 35 Anm. 5) Erträge ermittelten Einkünfte des Spezial-Investmentfonds. Es handelt sich dabei um Einkünfte iSv. § 2 Abs. 1 Satz 1 EStG, dh. die weltweit erzielten Einkünfte des Spezial-Investmentfonds (Welteinkommensprinzip; vgl. auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.39). Der Spezial-Investmentfonds wird somit für Zwecke der Ermittlung der ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge fiktiv wie ein unbeschränkt Stpfl. behandelt. Das § 6 iVm. § 29 Abs. 1 zugrunde liegende Inlandsprinzip spielt keine Rolle, weil es bei ausschüttungsgleichen (und ausgeschütteten) Erträgen nicht darum geht, welche Einkünfte auf Ebene des Spezial-Investmentfonds stbar und stpfl. sind, sondern um die Ermittlung der auf Anlegerebene stbaren und stpfl. ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge.

Keine Einkünfte gem. §§ 20, 21, 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG: Diese Einkünfte gehören nicht zu den sonstigen Erträgen, weil sie bereits anderweitig in Abs. 1 Satz 1 geregelt sind. Hieraus ergibt sich der subsidiäre Charakter der sonstigen Erträge.

- ▶ *Einkünfte aus Kapitalvermögen (§ 20 EStG)* fallen gem. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 unter die ausschüttungsgleichen Erträge, soweit es sich nicht um stfrei thesaurierbare Kapitalerträge (Abs. 2) handelt.
- ▶ *Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung (§ 21 EStG):* Einkünfte aus VuV von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten gehören nicht zu den sonstigen Erträgen, weil sie in Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Var. 1 erwähnt sind. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Var. 1 verweist allerdings nicht auf § 21 EStG und ist enger als dieser. Einkünfte iSv. § 21 EStG, die nicht zu den Einkünften iSv. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Var. 1 gehören, sind damit keine sonstigen Erträge und auch keine ausschüttungsgleichen (oder ausgeschütteten) Erträge. Allerdings soll mit dem

RegE JStG 2024 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Var. 1 dahingehend geändert werden, dass sämtliche Einkünfte iSv. § 21 EStG zu den ausschüttungsgleichen Erträgen gehören. Damit sollen insbes. Besteuerungslücken im Hinblick auf Einkünfte aus der Veräußerung von Miet- und Pachtzinsen (§ 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG) geschlossen werden (vgl. RegE JStG 2024, 166). Im Übrigen dürfte die praktische Relevanz allerdings eher gering sein, weil zB Schiffe (§ 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG), bewegliches BV (§ 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG) oder Immaterialgüterrechte (§ 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG) nicht zu den für Spezial-Investmentfonds zulässigen Vermögensgegenständen gehören (s. § 26 Anm. 25).

- ▶ *Grundstücksveräußerungsgewinne* (§ 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG): Gewinne aus der Veräußerung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten gehören nicht zu den sonstigen Erträgen, weil sie bereits in Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Var. 2 erwähnt sind. Auch Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Var. 2 verweist nicht auf § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG, ist aber weiter als dieser, weil er auch Veräußerungen außerhalb der Zehn-Jahres-Frist erfasst. Dies sollte unschädlich sein.
- ▶ *Verbleibende Anwendungsfälle:*
 - ▷ *Einkünfte aus Gewerbebetrieb* (§ 15 EStG) können sonstige Erträge sein. Allerdings dürfte eine gewerbliche Tätigkeit (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2 EStG) des Spezial-Investmentfonds idR nur selten vorkommen, weil Einkünfte aus aktiver unternehmerischer Bewirtschaftung im Grundsatz weniger als 5 % und nur in Ausnahmefällen bis zu 20 % der Einnahmen des Spezial-Investmentfonds betragen dürfen (§ 26 Nr. 7a, vgl. § 26 Anm. 57). Hierunter können aber Gewinnanteile einschließlich der Veräußerungsgewinne aus gewerblichen PersGes. (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG, ggf. iVm. §§ 15 Abs. 3, 16 EStG) fallen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.39 f.; glA BMF v. 18.8.2009 – IV InvStG aF Recht). Soweit in den Gewinnanteilen aus einer gewerblichen PersGes. Einkünftebestandteile enthalten sind, die zu den streifen thesaurierbaren Kapitalerträgen gehören (zB Kapitalerträge iSv. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 EStG), ist eine streifen thesaurierung iSv. Abs. 2 nicht möglich (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.40). Unseres Erachtens dürfte dies de lege lata zutr. sein. Gleichwohl sollte insoweit eine Gesetzesänderung erwogen werden (vgl. auch *Jetter/Stadler in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 36 Rz. 29 [10/2020]). Die FinVerw. will es nicht beanstanden, wenn in Geschäftsjahren des Spezial-Investmentfonds, die vor dem 1.1.2022 endeten, die in den Gewinnanteilen und Veräußerungsgewinnen aus gewerblichen PersGes. enthaltenen streifen thesaurierbaren Kapitalerträge den streifen thesaurierbaren Kapitalerträgen iSv. Abs. 2 InvStG und nicht den ausschüttungsgleichen Erträgen zugeordnet werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.40). Allerdings will die FinVerw. § 3 Nr. 40 EStG, § 8b KStG iVm. § 42 anwenden, soweit entsprechende Kapitalerträge in den Gewinnanteilen enthalten sind (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.40). Die gewerblichen Einkünfte können neben den anderen, nicht gewerblichen Einkünften bezogen werden (keine Infektion), insbes. ist der Spezial-Investmentfonds auch für Zwecke der Einkünfteermittlung gem. §§ 37–41 nicht kraft Rechtsform gewerblich. Die Einkünfte aus Gewerbebetrieb sind zudem nach § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG zu ermitteln (§ 37 Satz 1).
 - ▷ *Private Veräußerungsgeschäfte:* Da nur Gewinne iSv. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG ausgeschlossen sind, können Gewinne aus privaten Veräußerungsgeschäften iSv. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3 EStG sonstige Erträge sein. Dies

ist namentlich bei Gewinnen aus der Veräußerung von Edelmetallen (§ 26 Nr. 4 Buchst. k), Fremdwährungsbeständen (§ 26 Nr. 4 Buchst. d) oder Kryptowerten (§ 26 Nr. 4 Buchst. n) innerhalb der Jahresfrist (§ 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG) denkbar (*Jetter/Stadler in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 36 Rz. 31 [10/2020]; s. dazu § 23 EStG Anm. 141 f.). Außerhalb der Jahresfrist sind derartige Gewinne nicht stbar, sofern kein Gewerbebetrieb vorliegt (s. dazu § 15 EStG Anm. 1170). Allerdings sieht der RegE JStG 2024 vor, dass Gewinne aus privaten Veräußerungsgeschäften iSv. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG ohne Rücksicht auf Haltefristen zu den ausschüttungsgleichen Erträgen gehören sollen. Dies gilt auch, wenn die Haltefrist gem. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 4 EStG zehn Jahre beträgt (vgl. Abs. 3 Satz 2 idF des RegE JStG 2024). Gewinne aus der Veräußerung von Gegenständen des täglichen Gebrauchs (§ 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 EStG) dürften gleichwohl nicht zu den ausschüttungsgleichen Erträgen gehören. Allerdings dürften Gegenstände des täglichen Gebrauchs idR keine zulässigen Vermögensgegenstände iSv. § 26 Nr. 4 und damit für Spezial-Investmentfonds ohnehin nicht erwerbbar sein. Hiermit soll auch eine administrative Vereinfachung erreicht werden, weil die entsprechenden Fristen nicht mehr überwacht werden müssen (RegE JStG 2024, 166).

- ▷ *Sonstige Einkünfte gem. § 22 Nr. 3 EStG*: Von den sonstigen Einkünften kommen insbes. Einkünfte aus Wertpapierleihe oder Pensionsgeschäften in Betracht (*Höring in BeckOK*, § 36 Rz. 71 [4/2024]), allerdings nur, soweit diese auch nach § 22 Nr. 3 EStG stbar sind. § 2 Nr. 2 Halbs. 2 KStG ist nicht anwendbar. Zwar gehören Einkünfte gem. § 2 Nr. 2 Halbs. 2 KStG zu den inländ. Beteiligungseinnahmen (§ 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2). Die Einkünfte des Spezial-Investmentfonds werden für Zwecke der Ermittlung der ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge jedoch fiktiv so ermittelt, als ob der Spezial-Investmentfonds unbeschränkt stpfl. ist. Ferner können unter § 22 Nr. 3 EStG Einkünfte aus VuV von Betriebsvorrichtungen und Bewirtschaftungsgegenständen (§ 26 Nr. 4 Buchst. g) fallen (*Jetter/Stadler in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 36 Rz. 32 [10/2020]; vgl. auch *Berger in Berger/Steck/Lübbehüsen*, 2010, § 1 Rz. 284, 310 mwN).
- ▷ *Keine Tätigkeitseinkünfte*: Praktisch ausgeschlossen ist die Erzielung von Tätigkeitseinkünften gem. §§ 18, 19 EStG durch Spezial-Investmentfonds, eher fernliegend ebenso Einkünfte aus LuF (§ 13 EStG) oder Einkünfte iSv. § 22 Nr. 1, 1a, 4, 5 EStG.
- ▷ *Veräußerungsgewinne iSv. § 17 EStG* gehören nicht zu den sonstigen Erträgen (*Jetter/Stadler in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 36 Rz. 21, 30 [10/2020]; *Brandl in Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 36 Rz. 54; vgl. nunmehr auch BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.39; aA noch Entwurf BMF v. 16.12.2019 – IV C 1 – S 1980 – 1/19/10008:005, Rz. 36.35; ebenfalls aA *Kloster in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 36 Rz. 38; *Wenzel in Brandis/Heuermann*, § 36 InvStG 2018 Rz. 28 [3/2020]).

Rechtsfolge des Abs. 3: Da es sich bei Abs. 3 um eine Legaldefinition handelt, ist die primäre Rechtsfolge, dass sonstige Erträge vorliegen. Die weiteren Rechtsfolgen ergeben sich insbes. aus Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, dh., es liegen ausschüttungsgleiche Erträge vor.

Steuerfrei thesaurierbare sonstige Erträge (Änderungen durch den Regierungsentwurf eines JStG 2024): Mit dem RegE JStG 2024 sollen Gewinne aus sog. Devi-

sentermin-Liefergeschäften stfrei thesaurierbar werden. Zu diesem Zweck soll die Kategorie der stfrei thesaurierbaren sonstigen Erträge geschaffen werden (Abs. 3 Satz 3 idF des RegE JStG 2024), die ausdrücklich nicht zu den sonstigen Erträgen gehört (vgl. Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 aE idF des RegE JStG 2024). Mit dieser Änderung wird die bisherige Verwaltungspraxis zu Abs. 2 Nr. 2 Halbs. 1 (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.18a sowie Anm. 10) gesetzlich verankert.

- ▶ *Kein Nachweis des Absicherungscharakters:* Allerdings wird in der gesetzlichen Regelung auf einen Nachweis, dass die betroffenen Devisentermingeschäfte der Absicherung von Vermögensgegenständen dienen und hierfür faktisch ein Differenzausgleich angestrebt wird (s. dazu BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.18a) verzichtet, weil dieser Nachweis in der Praxis komplex war und nur mit hohem administrativem Aufwand erbracht werden konnte. Damit werden auch Devisentermin-Liefergeschäfte mit rein spekulativem Charakter den stfrei thesaurierbaren sonstigen Erträgen zugeordnet. Insoweit besteht aber ein Gleichlauf zu Abs. 2 Nr. 2 Halbs. 1, weil auch diese Vorschrift nicht zwischen Termingeschäften (mit Differenzausgleich), die zu Absicherungszwecken abgeschlossen werden, und solchen mit spekulativem Charakter differenziert (vgl. RegE JStG 2024, 167).
- ▶ *Währung:* Abs. 3 Satz 3 idF des RegE JStG 2024 erfasst jedoch nur Devisentermin-Liefergeschäfte, deren Basiswerte Währungen sind, dh. Zahlungsmittel, die von einer Zentralbank oder einer öffentlichen Stelle ausgegeben oder garantiert werden und die den gesetzlichen Status als Zahlungsmittel besitzen. Hierunter fallen nicht Kryptowerte (§ 26 Nr. 4 Buchst. n), weil diese gerade nicht von einer Zentralbank emittiert werden (vgl. § 1 Abs. 11 Satz 4 KWG). Gewinne aus Termingeschäften mit oder der Veräußerung von Kryptowerten können somit nicht stfrei thesauriert werden (RegE JStG 2024, 167 f.).
- ▶ *Entsprechende Anwendung der Vorschriften betreffend steuerfrei thesaurierbare Kapitalerträge:* Für die stfrei thesaurierbaren sonstigen Erträge sind die Vorschriften über stfrei thesaurierbare Kapitalerträge entsprechend anzuwenden (Abs. 3 Satz 4 idF des RegE JStG 2024). Hierbei ist in erster Linie die 15-Jahres-Frist in Abs. 4 Satz 1 zu nennen, aber auch § 35 Abs. 5 oder § 40 Abs. 2 Satz 2.

16–19 Einstweilen frei.

20 E. Erläuterungen zu Abs. 4: Zurechnung und Zufluss

Besitzzeitanteilige Zurechnung (Abs. 4 Satz 1): Die Regelung in Abs. 4 Satz 1 soll den früheren Ertragsausgleich (§ 9 InvStG aF) und das damit verbundene Gestaltungspotenzial ersetzen (BTDrucks. 18/8045, 106).

- ▶ *Ausschüttungsgleiche Erträge:* Abs. 4 Satz 1 betrifft nur ausschüttungsgleiche Erträge iSv. Abs. 1 Satz 1. Auf ausschüttungsgleiche Erträge, die fiktiv aufgrund des Ablaufs der 15-Jahres-Frist aus thesaurierten stfrei thesaurierbaren Kapitalerträgen entstanden sind (Abs. 5 Satz 1), ist Abs. 4 Satz 1 nicht anzuwenden (Abs. 5 Satz 2). Zu den Änderungen durch den RegE JStG 2024 s. Anm. 25.
- ▶ *Ermittlung gem. § 37:* Gemeint ist die Ermittlung der den ausschüttungsgleichen Erträgen zugrunde liegenden Einkünfte auf der Fondseingangsseite. Dass Abs. 4 Satz 1 nur § 37 erwähnt, nicht jedoch wie Abs. 1 Satz 1 die §§ 37–41, ist unschädlich (Wenzel in Brandis/Heuermann, § 36 InvStG 2018 Rz. 31 [3/2020]; Höring in BeckOK, § 36 Rz. 85 [4/2024]).

- ▶ *Halten von Spezial-Investmentanteilen:* Gemeint ist hiermit die Besitzzeit iSv. § 49, dh. der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung der Spezial-Investmentanteile (§ 49 Anm. 15).
- ▶ *Zufluss von Einnahmen/Abfluss von Werbungskosten:* Es kommt auf den Zufluss der Einnahmen und den Abfluss der WK auf Ebene des Spezial-Investmentfonds nach Maßgabe des durch § 38 modifizierten § 11 EStG an. Zu- und Abflussfiktionen sind dabei zu beachten.
- ▶ *Bei unterjährigem Hinzuerwerb* ist nach dem Hinzuerwerb keine getrennte (tranchenbezogene) Betrachtung hinsichtlich der Erträge erforderlich (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 35.47 f. mit Berechnungsbeispiel).
- ▶ *Rechtsfolge* ist die besitzzeitanteilige Zurechnung beim Anleger. Aus den ausschüttungsgleichen Erträgen eines Geschäftsjahres, die allerdings ausschließlich nach § 11 EStG iVm. § 38 ermittelt werden, müssen daher für jeden neu beigetretenen und jeden ausgeschiedenen Anleger diejenigen Einnahmen und WK herausgerechnet werden, die vor seinem Beitritt bzw. nach seinem Ausscheiden zu- bzw. abgefließen sind. Die Vorschrift stellt erhebliche Anforderungen an das Reporting des Spezial-Investmentfonds (*Wenzel in Brandis/Heuermann*, § 36 InvStG 2018 Rz. 32 [3/2020]).
- ▷ *Zeitpunktbezogene Betrachtungsweise:* Grundsätzlich gilt eine zeitpunktbezogene Betrachtungsweise, dh., es kommt auf den Tag des tatsächlichen oder fingierten Zu- oder Abflusses an (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 35.44). Dies gilt insbes. für Veräußerungsgewinne. Entscheidend ist somit lediglich, ob der Veräußerungsgewinn auf Ebene des Spezial-Investmentfonds nach dem Erwerb oder vor der Veräußerung durch den Anleger zugeflossen ist (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 35.51 f. mit Berechnungsbeispiel). Die Werte der vom Spezial-Investmentfonds gehaltenen Vermögensgegenstände spielen insoweit keine Rolle. Bei Dividenden ist ausschließlich maßgeblich, ob der Anleger am Tag des Gewinnverteilungsbeschlusses beteiligt ist. Alternativ kann bei Spezial-Investmentfonds, die die Transparenzoption nicht ausgeübt haben, auf den Tag nach dem Gewinnverteilungsbeschluss (sog. Ex-Tag) abgestellt werden. Unbeachtlich ist hingegen die Fälligkeitsbestimmung des § 58 Abs. 4 Sätze 2 und 3 AktG (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 35.49; *Wenzel in Brandis/Heuermann*, § 36 InvStG 2018 Rz. 34 [3/2020]). Bei Beteiligung des Spezial-Investmentfonds an einer PersGes. erfolgt der Zufluss in dem Zeitpunkt, in dem das Wj. der PersGes. (ggf. unterjährig) endet (vgl. § 38 Abs. 5).
- ▷ *Zeitraumbezogener Zufluss:* Insbesondere in den Fällen der periodengerechten Abgrenzung werden Aufwendungen und Erträge nur der jeweiligen Periode, dh. einem Geschäftsjahr des Spezial-Investmentfonds zugerechnet und gelten innerhalb dieser als zugeflossen (§ 38 Abs. 3 Satz 4, Abs. 4), ohne dass gesetzlich ein genauer Zeitpunkt für diesen Zufluss innerhalb des Geschäftsjahres fingiert wird. Der für die jeweilige Periode angesetzte Betrag müsste uE für Zwecke von Abs. 4 Satz 1 taggenau abgegrenzt werden (wohl glA *Wenzel in Brandis/Heuermann*, § 36 InvStG 2018 Rz. 33 [3/2020]; *Höring in BeckOK*, § 36 Rz. 88 [4/2024]; *Brandl in Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 36 Rz. 58). Gleiches dürfte für die AfA und AfS gelten (vgl. das Beispiel in BTDrucks. 18/8045, 106f.; aA möglicherweise das Beispiel in BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.45). Vgl. zu angewachsenen Mieterträgen BMF, Anwendungsfragen, Rz. 35.45 f. mit Berechnungsbeispiel.

Zufluss ausschüttungsgleicher Erträge am Geschäftsjahresende (Abs. 4 Satz 2):

Da ausschüttungsgleiche Erträge aufgrund ihrer Natur dem Anleger nicht tatsächlich zufließen können, fingiert Abs. 4 Satz 2 einen Zufluss mit Ablauf des Geschäftsjahres des Spezial-Investmentfonds, in dem sie vereinnahmt wurden. Wird der Anteil unterjährig veräußert, gilt ab 2020 die besondere Fiktion gem. Abs. 4 Satz 3 (s.u.). Unter Vereinnahmung ist die (fiktive) Erzielung (§ 2 Abs. 1 Satz 1 EStG) der gem. §§ 37–41 ermittelten Einkünfte des Spezial-Investmentfonds zu verstehen. Die Regelung in Abs. 4 Satz 2 hat vor allem für den KapErtrStAbzug Bedeutung. Wegen der Regelungen in Abs. 4 Sätze 5 und 6 gilt Abs. 4 Satz 2 im Erg. nur für den Fall der Vollthesaurierung.

Zufluss bei unterjähriger Veräußerung (Abs. 4 Satz 3):

- ▶ *Rechtsentwicklung und Bedeutung:* Nach Abs. 4 Satz 2 idF vor den Änderungen durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 sollte die Zuflussfiktion „ungeachtet einer vorherigen Anteilsveräußerung“ gelten. Der Gesetzgeber wollte damit Steuerumgehungen durch Anteilsveräußerungen vor dem stl. Stichtag verhindern (BTDrucks. 18/8045, 106). Damit ergab sich aber das Problem, dass dem veräußernden Anleger nach seinem Ausscheiden aus dem Spezial-Investmentfonds noch ausschüttungsgleiche Erträge als zugeflossen galten. Hätte der Anleger sämtliche Spezial-Investmentanteile veräußert, hätten dem Spezial-Investmentfonds am Geschäftsjahresende keine Geldbeträge mehr zur Verfügung gestanden, von denen KapErtrSt hätten einbehalten und abgeführt werden können. Aus diesem Grund wollte der Gesetzgeber den Zuflusszeitpunkt ausschüttungsgleicher Erträge auf den Veräußerungszeitpunkt vorverlegen (vgl. BTDrucks. 19/13436, 179 f.). Unseres Erachtens zeigt sich hierin eine grundlegende Schwäche des neuen Rechts im Hinblick auf den KapErtrStAbzug im Veräußerungsfall. Bei einer echten Veräußerung, also der Übertragung der Spezial-Investmentanteile auf einen Dritten, gibt es keine Zahlungen, die der Spezial-Investmentfonds leistet und von denen er eine KapErtrSt einbehalten und abführen könnte. Der Veräußerungspreis wird vielmehr vom Erwerber unmittelbar an den Veräußerer gezahlt (*Jetter/Stadler in Beckmann/Scholtz/Vollmer*, § 36 Rz. 43 [10/2020]; s. dazu auch § 50 Anm. 5). Im Grundsatz ist das unproblematisch, denn der Veräußerungsgewinn gehört zu den stpfl. Investmenterträgen iSv. § 34, ist also vom Veräußerer zu versteuern, sofern dieser unbeschränkt stpfl. ist. Erfolgt die Veräußerung zudem unter fremden Dritten, ist davon auszugehen, dass der Veräußerungspreis im Grundsatz dem Nettovermögenswert der veräußerten Spezial-Investmentanteile entspricht, der wiederum etwaige bis zum Zeitpunkt der Veräußerung vereinnahmte ausschüttungsgleiche Erträge (und thesaurierte stfrei thesaurierbare Kapitalerträge) enthält. Vor diesem Hintergrund bedürfte es überhaupt keiner Zurechnung von (anteiligen) ausschüttungsgleichen Erträgen für das Jahr der Veräußerung. Unseres Erachtens sollte daher auf die Regelung in Abs. 4 Satz 2 ebenso wie auf den StAbzug gem. § 50 auf Veräußerungsgewinne ersatzlos verzichtet werden. Sie führen nur zu einer unnötigen Verkomplizierung. Bei Spezial-Investmentfonds ist stets eine Veranlagung durchzuführen, so dass der KapErtrStAbzug nicht zur Vereinfachung beiträgt. Ferner sind Investmenterträge, insbes. ausschüttungsgleiche Erträge und Veräußerungsgewinne nur bei unbeschränkt stpfl. Anlegern zu versteuern. Die Erwägung des Gesetzgebers, die Durchsetzung von StAnsprüchen gegenüber ausländ. Anlegern könnte schwierig sein (so ausdrücklich BTDrucks. 19/13436, 179), liegt daher auch neben der Sache: Investmenterträge unterliegen bei ausländ. Anlegern nicht der

beschränkten StPflcht (vgl. § 34 Anm. 5). Gegenüber inländ. Anlegern sollte die Durchsetzung von StAnsprüchen hingegen problemlos möglich sein.

- ▶ *Zeitpunkt der Veräußerung:* Was als Veräußerung gilt, bestimmt sich nach § 2 Abs. 13. Es werden also insbes. auch Anteilsrückgaben erfasst. Maßgeblich ist uE der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums.
- ▶ *Ausschüttungsgleiche Erträge:* Abs. 4 Satz 3 betrifft nur die – zeitanteilig abzugrenzenden (Abs. 4 Satz 1) – ausschüttungsgleichen Erträge des (laufenden) Geschäftsjahres, in dem die Veräußerung erfolgt. Die ausschüttungsgleichen Erträge des abgelaufenen Geschäftsjahres sind bereits mit Ablauf dieses Geschäftsjahres gem. Abs. 4 Satz 2 zugeflossen (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.54). Werden die Spezial-Investmentanteile jedoch innerhalb der ersten vier Monate des Geschäftsjahres veräußert, beabsichtigt der Spezial-Investmentfonds danach – jedoch noch vor Ablauf der Vier-Monats-Frist des Abs. 6 – eine Teilausschüttung, die nicht unter Abs. 4 Satz 5 fällt, will es die FinVerw. nicht beanstanden, wenn die auf die veräußerten Spezial-Investmentanteile entfallende KapErtrSt entweder erst zum 10. des auf die Veräußerung der Spezial-Investmentanteile folgenden Monats oder mit der tatsächlichen Teilausschüttung angemeldet und abgeführt wird (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.55).
- ▶ *Rechtsfolgen:*
 - ▷ *Zufluss ausschüttungsgleicher Erträge:* Abweichend von Abs. 4 Satz 2 kommt es zu einem vorzeitigen Zufluss ausschüttungsgleicher Erträge. Diese Rechtsfolge betrifft allerdings nur den veräußernden Anleger und gilt auch nur im Hinblick auf die veräußerten Spezial-Investmentanteile. Soweit der Anleger nicht sämtliche Spezial-Investmentanteile veräußert, bleibt es im Hinblick auf die nicht veräußerten Spezial-Investmentanteile bei einem Zufluss gem. Abs. 4 Satz 2 am Geschäftsjahresende (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.44, 36.56). Durch die unterjährige Veräußerung kommt es auch nicht zu einem fiktiven Geschäftsjahresende des Spezial-Investmentfonds und es muss insoweit auch keine Feststellungserklärung (§ 51) abgegeben werden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.46).
 - ▷ *Kapitalertragsteuerabzug:* Der Zufluss bewirkt die Verpflichtung zum KapErtrStAbzug. Die KapErtrSt einschließlich der bundes- oder landesgesetzlich geregelten Zuschlagsteuern ist grds. aus dem Veräußerungserlös zu entrichten (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.48), und zwar auch in den vorstehend genannten Fällen, dass die Spezial-Investmentanteile innerhalb der ersten vier Monate eines Geschäftsjahres, aber noch vor einer geplanten Teilausschüttung erfolgen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.55). In den Fällen einer sog. echten Veräußerung, dh. einer Übertragung auf einen Dritten, dürfte dies durch den Spezial-Investmentfonds nur durchsetzbar sein, indem er die Wirksamkeit einer Übertragung von seiner Zustimmung abhängig macht (was allerdings auch aus anderen Gründen ratsam sein kann) und diese Zustimmung nur erteilt werden darf, wenn der Erwerber sich verpflichtet, einen Teil des Veräußerungserlöses, der dem KapErtrStAbzug entspricht, nicht an den Veräußerer, sondern an den Spezial-Investmentfonds zu zahlen. Die FinVerw. will es nicht beanstanden, wenn die KapErtrStAnmeldung für die Fälle einer unterjährigen Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen erst nach Ablauf des Geschäftsjahres im Rahmen der KapErtrStAnmeldung für die ausgeschütteten oder ausschüttungsgleichen Erträge abgegeben wird und die entsprechende KapErtrSt zusammen mit der

auf diese ausgeschütteten oder ausschüttungsgleichen Erträge entfallenden KapErtrSt abgeführt wird (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.49). Diese im Grundsatz zwar zu begrüßende Nichtbeanstandungsregelung zeigt zugleich die Fragwürdigkeit der Regelung des Abs. 4 Satz 3 (krit. zur Regelung im Hinblick auf die Umsetzung im StAbzugsverfahren *Höring* in BeckOK, § 36 Rz. 106 [4/2024]). Unabhängig davon will es die FinVerw. nicht beanstanden, wenn für Geschäftsjahre, die vor dem 1.1.2021 begannen, der vorgezogene Zuflusszeitpunkt nach Abs. 4 Satz 3 für die Zwecke der Erhebung der KapErtrSt unberücksichtigt bleibt und hinsichtlich der veräußerten Spezial-Investmentanteile erst am Geschäftsjahresende von einem Zufluss ausgegangen wird (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.47).

- ▷ *Vermeidung der Doppelbelastung*: Wesentlicher Regelungsgehalt von Abs. 4 Satz 3 dürfte damit die Vermeidung einer doppelten stl. Belastung sein. Da sowohl der Veräußerungsgewinn als auch die ausschüttungsgleichen Erträge bei unbeschränkt stpfl. Anlegern der Besteuerung unterliegen, die im Zeitpunkt der Veräußerung aufgelaufenen ausschüttungsgleichen Erträge sich aber im Nettovermögenswert und damit im Veräußerungspreis niederschlagen, kann es zu einer doppelten stl. Belastung kommen. Diese wird uE auch für die gem. Abs. 4 Satz 3 zugerechneten ausschüttungsgleichen Erträge durch § 49 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 vermieden. Durch die Regelung in Abs. 4 Satz 3 sollten die ausschüttungsgleichen Erträge unmittelbar (dh. in der „juristischen Sekunde“) vor der Veräußerung und damit noch „während der Besitzzeit“ als zugeflossen gelten. Hiervon dürfte auch die FinVerw. ausgehen (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 49.39 mit Berechnungsbeispiel in Rz. 49.40). Problematischer dürfte dies nach der zuvor geltenden Rechtslage sein, wonach die ausschüttungsgleichen Erträge ungeachtet einer etwaigen Veräußerung am Geschäftsjahresende zufließen sollten (vgl. Abs. 4 Satz 2 aF). Unseres Erachtens hätten auch nach der alten Rechtslage diese ausschüttungsgleichen Erträge für Zwecke von § 49 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 zur Vermeidung einer doppelten stl. Belastung als während der Besitzzeit zugeflossen betrachtet werden und den Veräußerungsgewinn entsprechend mindern müssen (wohl glA Entwurf BMF v. 16.12.2019 – IV C 1 - S 1980 – 1/19/10008:005, Rz. 49.28 ff. mit vergleichbarem Berechnungsbeispiel zur zuvor geltenden Rechtslage).

Zuflussfiktion bei Teilausschüttung (Abs. 4 Sätze 4 und 5):

- ▶ *Grundsatz (Abs. 4 Satz 4)*: Im Fall der Teilausschüttung (und damit zugleich auch Teilthesaurierung) bestimmt Abs. 4 Satz 4 zunächst den Grundsatz, dass der Zeitpunkt der Teilausschüttung sowohl für den Zufluss der (teil-)ausgeschütteten Erträge als auch für den Zufluss der ausschüttungsgleichen Erträge maßgeblich ist. Die ausgeschütteten Erträge können dabei anders als ausschüttungsgleiche Erträge auch Einkünfte des Spezial-Investmentfonds iSv. Abs. 2 umfassen, die im Fall der Thesaurierung zu den stfrei thesaurierbaren Kapitalerträgen gehören würden. Unseres Erachtens ist der Spezial-Investmentfonds dabei in seiner Entsch. frei, inwieweit er ggf. auch derartige Ertragskomponenten ausschüttet (vgl. § 35 Anm. 10).
- ▶ *Reicht die Teilausschüttung für den Kapitalertragsteuerabzug nicht aus*, gilt abweichend davon auch die Teilausschüttung am Geschäftsjahresende als zugeflossen und für Zwecke des KapErtrStAbzugs als ausschüttungsgleicher Ertrag (Abs. 4 Satz 5). Da die Teilausschüttung als ausschüttungsgleicher Ertrag gilt,

gilt dies uE auch für in der Teilausschüttung enthaltene Kapitalerträge iSv. Abs. 2 (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.50; vgl. auch *Kloster in Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 36 Rz. 58). Der Anleger hat sie gleichwohl zu versteuern. Der Betrag der Teilausschüttung muss allerdings bei sämtlichen Anlegern zur Deckung der KapErtrSt (einschließlich Zuschlagsteuern) ausreichen. Ist dies nur für einen Anleger nicht der Fall, was wegen der anlegerindividuellen Ermittlung der ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge durchaus denkbar ist, muss für sämtliche Anleger die Rechtsfolge des Abs. 4 Satz 5 gelten (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.50 mit Berechnungsbeispiel in Rz. 36.51).

Einstweilen frei.

21–24

F. Erläuterungen zu Abs. 5: Zuflussfiktion bei steuerfrei thesaurierbaren Kapitalerträgen

25

Steuerfrei thesaurierbare Kapitalerträge: Zum Begriff s. Anm. 15. Aufgrund von Abs. 3 Satz 4 i d F des RegE JStG 2024 gilt die Zuflussfiktion des Abs. 5 auch für die stfrei thesaurierbaren sonstigen Erträge (Abs. 3 Satz 3 i d F des RegE JStG 2024), die mit dem RegE JStG 2024 eingeführt werden sollen.

Ablauf von 15 Geschäftsjahren nach Vereinnahmung: „Vereinnahmung“ meint den Zufluss der stfrei thesaurierbaren Kapitalerträge, der gem. § 38 zu bestimmen ist. Erfasst werden aber nur stfrei thesaurierbare Kapitalerträge, die nach dem 31.12.2017 zufließen. Außerordentliche Alterträge iSv. § 56 Abs. 8 Satz 2 bleiben von der Zuflussfiktion des Abs. 5 unberührt (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.58; *Mann in Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 36 InvStG 2018 Rz. 11; *Höring in BeckOK*, § 36 Rz. 128 [4/2024]; *Brandl in Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 36 Rz. 67). Das Geschäftsjahr, in dem die Vereinnahmung erfolgt, wird dabei nicht mitgezählt. Im Geschäftsjahr 01 vereinnahmte stfrei thesaurierbare Kapitalerträge gelten daher erst mit Ablauf des Geschäftsjahres 16 als zugeflossen. Anlegerwechsel führen nicht zu einem Neubeginn der Frist (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.62). Bei einer Verschmelzung von Spezial-Investmentfonds gehen die zum Stichtag noch thesaurierten stfrei thesaurierbaren Kapitalerträge des übertragenden Spezial-Investmentfonds auf den übernehmenden Spezial-Investmentfonds über, ohne dass eine neue 15-Jahres-Frist zu laufen beginnt (s. zum Ganzen BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.64 ff. mit Berechnungsbeispiel mit abweichenden Geschäftsjahren und Rumpfgeschäftsjahren).

Rechtsfolgen des Abs. 5:

- ▶ **Ausschüttungsgleiche Erträge:** Die stfrei thesaurierbaren Kapitalerträge gelten mit Ablauf der 15-Jahres-Frist als ausschüttungsgleiche Erträge. Dies gilt allerdings nur für positive stfrei thesaurierbare Kapitalerträge. Verluste werden im Einklang mit der Regelung in Abs. 1 Satz 1 nicht in ausschüttungsgleiche Erträge umqualifiziert, allerdings ggf. im Zeitpunkt der Umqualifikation von positiven thesaurierten stfrei thesaurierbaren Erträgen mit diesen verrechnet (s. „Keine Verluste aus Vorjahren“).
- ▶ **Zuflussfiktion:** Die umqualifizierten ausschüttungsgleichen Erträge gelten zudem auch als zugeflossen, soweit sie nicht mit Verlusten verrechnet werden können (s. „Keine Verluste aus Vorjahren“). Indem Abs. 5 Satz 1 auf den Ablauf des Geschäftsjahres abstellt, wird ein Gleichlauf mit der allgemeinen Zuflussregel in Abs. 4 Satz 2 hergestellt.

- ▶ *Keine Ausschüttungsfiktion:* Die als ausschüttungsgleiche Erträge fingierten stfrei thesaurierbaren Kapitalerträge gelten nach Abs. 5 Satz 1 nur als zugeflossen, nicht als ausgeschüttet. Für Zwecke der Verwendungsreihenfolge in § 35 Abs. 2 gelten sie daher als ausschüttungsgleiche Erträge der Vorjahre und nicht als ausgeschüttete Erträge.
- ▶ *Keine besitzzeitanteilige Zurechnung (Abs. 5 Satz 2):* Anders als „reguläre“ ausschüttungsgleiche Erträge gilt für die als ausschüttungsgleiche Erträge fingierten stfrei thesaurierbaren Kapitalerträge keine besitzzeitanteilige Zurechnung gem. Abs. 4 Satz 2. Es erfolgt somit eine Zurechnung entsprechend der Beteiligungsverhältnisse am Ende des Geschäftsjahres, in dem die 15-Jahres-Frist abläuft (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.61). Bei zwischenzeitlicher Veräußerung eines Teils der von einem Anleger gehaltenen Spezial-Investmentanteile vor Ablauf der 15-Jahres-Frist verringert sich der Bestand der stfrei thesaurierbaren Kapitalerträge allerdings anteilig (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.58). Der RegE JStG 2024 sieht vor, Abs. 5 Satz 2 zu streichen, so dass die besitzzeitanteilige Zurechnung ab dem Jahr 2025 (vgl. § 57 Abs. 9 Nr. 2 idF des RegE JStG 2024) auch für stfrei thesaurierbare Kapitalerträge gilt.
- ▶ *Einschränkungen:*
 - ▷ *Keine Ausschüttung:* Die stfrei thesaurierbaren Kapitalerträge müssen zum Zeitpunkt des Ablaufs der 15-Jahres-Frist noch thesauriert sein. Wurden sie zuvor ausgeschüttet, werden sie mit der Ausschüttung zu ausgeschütteten Erträgen (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.21; s. § 35 Anm. 5). Der Spezial-Investmentfonds kann dabei lediglich innerhalb der 2. Ausschüttungsgruppe (§ 35 Abs. 2 Satz 2) entscheiden, ob und inwieweit stfrei thesaurierte Kapitalerträge ausgeschüttet werden (vgl. auch § 35 Anm. 25). Zur Berücksichtigung der zwischenzeitlichen Ausschüttungen ist die Fifo-Methode anzuwenden (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.57). Im Übrigen hat Abs. 5 Satz 1 keine Auswirkungen auf die Ermittlung der für eine Ausschüttung zur Verfügung stehenden stfrei thesaurierbaren Kapitalerträge (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.60).
 - ▷ *Keine Verluste aus Vorjahren:* Da stfrei thesaurierbare Kapitalerträge auch Verluste umfassen können (s. Anm. 10), erfolgen die Umqualifikation thesaurierter stfrei thesaurierbarer Kapitalerträge und ihr Zufluss nur insoweit, als keine Verluste aus Vorjahren vorhanden sind. Die Gewinne und Verluste sind dabei getrennt voneinander zu erfassen. Bei Ablauf des 15. Geschäftsjahres werden zunächst vorhandene Verluste (Verlustvortrag) mit den in ausschüttungsgleiche Erträge umqualifizierten thesaurierten stfrei thesaurierbaren Kapitalerträgen verrechnet. Übersteigen die Verluste die umqualifizierten ausschüttungsgleichen Erträge, erfolgt kein Zufluss. Es mindert sich lediglich der verbleibende Verlustvortrag (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.57; s. zum Ganzen das Beispiel in BTDrucks. 18/8045, 107 f.).

26–29 Einstweilen frei.

30 G. Erläuterungen zu Abs. 6: Nichtausschüttungsfiktion

Keine Ausschüttung der Erträge des abgelaufenen Geschäftsjahres: Es handelt sich um ein negatives Tatbestandsmerkmal. Anders als die Vorgängerregelung in § 1 Abs. 3 Satz 5 InvStG aF stellt Abs. 6 auf die tatsächliche Ausschüttung und

nicht mehr auf den bloßen Ausschüttungsbeschluss ab (vgl. BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.69). Der Gesetzgeber wollte hiermit ein weiteres Hinauszögern der Besteuerung der ausschüttungsgleichen Erträge vermeiden (BTDrucks. 18/8045, 108). Es ist uE fraglich, ob der Regelung in § 1 Abs. 3 Satz 5 InvStG aF unter der Ägide des neuen Rechts noch maßgebliches Steuerstundungspotential zugekommen wäre. Der Steuerstundungseffekt bezog sich nach bisherigem Recht vor allem auf den Umstand, dass auf ausschüttungsgleiche Erträge, soweit nicht der sog. inländ. Dividendenanteil (§ 7 Abs. 3 ff. InvStG aF) betroffen war oder ein Fall der Teilausschüttung gem. § 2 Abs. 1 Satz 3 InvStG aF vorlag, keine KapErSt einzuhalten war. Durch eine Ausschüttung (oder einen Ausschüttungsbeschluss) erst nach Ablauf der 4-Monatsfrist konnte daher vor allem ein KapErStAbzug auf die in der Ausschüttung enthaltenen ausgeschütteten ausschüttungsgleichen Erträge der Vorjahre vermieden werden. Die Besteuerung fand dann erst später im Veranlagungsverfahren statt. Angesichts der Änderungen beim KapErStAbzug gem. § 50 dürfte diesem Modell der Boden entzogen sein.

Ablauf von vier Monaten nach Ablauf des Geschäftsjahres des Spezial-Investmentfonds: Die Ausschüttung darf nicht innerhalb von vier Monaten nach Ablauf des Geschäftsjahres des Spezial-Investmentfonds erfolgen. Erfolgt in diesem Zeitraum eine Ausschüttung, liegen ausgeschüttete Erträge des abgelaufenen Geschäftsjahres iSv. § 35 Abs. 1 vor. Durch Zwischenausschüttungen im laufenden Geschäftsjahr kann die Fiktion im darauffolgenden Geschäftsjahr jedoch nicht vermieden werden (*Höring* in BeckOK, § 36 Rz. 144 [4/2024]; vgl. auch *Brandl* in *Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 36 Rz. 79).

Rechtsfolge des Abs. 6: Unmittelbare Rechtsfolge von Abs. 6 ist, dass die Erträge nicht als zur Ausschüttung verwendet gelten. Da dies wiederum Tatbestandsmerkmal der ausschüttungsgleichen Erträge ist (s. Anm. 5), gehören die Erträge dann zu den ausschüttungsgleichen Erträgen, die gem. Abs. 4 Satz 2 mit Ablauf des betreffenden Geschäftsjahres, also gleichsam „rückwirkend“, als zugeflossen gelten. Werden diese Erträge nach Ablauf der Vier-Monats-Frist ausgeschüttet, so liegen ausschüttungsgleiche Erträge der Vorjahre vor, die nicht zu den ausgeschütteten Erträgen gehören und stfrei ausgeschüttet werden können (BMF, Anwendungsfragen, Rz. 36.71; glA *Kloster* in *Moritz/Jesch/Mann*, 2. Aufl. 2020, § 36 Rz. 71; *Brandl* in *Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, 2023, § 36 Rz. 81; s. § 35 Anm. 5).

