

§ 6e Fondsetablierungskosten als Anschaffungskosten

idF des WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17)

(1) ¹Zu den Anschaffungskosten von Wirtschaftsgütern, die ein Steuerpflichtiger gemeinschaftlich mit weiteren Anlegern gemäß einem von einem Projektanbieter vorformulierten Vertragswerk anschafft, gehören auch die Fondsetablierungskosten im Sinne der Absätze 2 und 3. ²Haben die Anleger in ihrer gesellschaftsrechtlichen Verbundenheit keine wesentlichen Möglichkeiten zur Einflussnahme auf das Vertragswerk, gelten die Wirtschaftsgüter im Sinne von Satz 1 als angeschafft.

(2) ¹Fondsetablierungskosten sind alle auf Grund des vorformulierten Vertragswerks neben den Anschaffungskosten im Sinne von § 255 des Handelsgesetzbuchs vom Anleger an den Projektanbieter oder an Dritte zu zahlenden Aufwendungen, die auf den Erwerb der Wirtschaftsgüter im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 gerichtet sind. ²Zu den Anschaffungskosten der Anleger im Sinne des Absatzes 1 Satz 2 gehören darüber hinaus alle an den Projektanbieter oder an Dritte geleisteten Aufwendungen in wirtschaftlichem Zusammenhang mit der Abwicklung des Projekts in der Investitionsphase. ³Zu den Anschaffungskosten zählen auch die Haftungs- und Geschäftsführungsvergütungen für Komplementäre, Geschäftsführungsvergütungen bei schuldrechtlichem Leistungsaustausch und Vergütungen für Treuhandkommanditisten, soweit sie auf die Investitionsphase entfallen.

(3) Absatz 1 Satz 1 und Absatz 2 sind sinngemäß in den Fällen anzuwenden, in denen Fondsetablierungskosten vergleichbare Kosten außerhalb einer gemeinschaftlichen Anschaffung zu zahlen sind.

(4) Im Fall des § 4 Absatz 3 sind die Absätze 1 bis 3 entsprechend anzuwenden.

(5) § 15b bleibt unberührt.

Autoren: Andreas Kortendick, LL.M., Steuerberater, Köln;

Dipl.-Kfm. Dr. Tammo Lüken, Steuerberater, Hamburg

Mitherausgeber: Michael Wendt, Vors. Richter am BFH aD, München

Anm. |

Anm.

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 6e

I. Grundinformation zu § 6e	1	IV. Geltungsbereich des § 6e	
II. Rechtsentwicklung und zeitlicher Geltungsbereich des § 6e	2	1. Sachlicher Geltungsbereich	5
III. Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit des § 6e		2. Persönlicher Geltungsbereich	6
1. Bedeutung des § 6e	3	V. Verhältnis des § 6e zu anderen Vorschriften	7
2. Verfassungsmäßigkeit des § 6e	4	VI. Verfahrensfragen zu § 6e	8

**B. Erläuterungen zu Abs. 1:
Erweiterung des steuerbilanziellen Anschaffungskostenbegriffs
und Anschaffungsfiktion**

<p>I. Erweiterung des steuerbilanziellen Anschaffungskostenbegriffs um Fondsetablerungskosten bei Erwerberfonds (Abs. 1 Satz 1)</p> <p>1. Anschaffung von Wirtschaftsgütern (Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1) 11</p> <p>2. Gemeinschaftliche Anschaffung durch Steuerpflichtigen mit weiteren Anlegern (Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1)</p> <p> a) Steuerpflichtiger 12</p> <p> b) Begriff des Anlegers 13</p> <p> c) Gemeinschaftliche Tatbestandsverwirklichung 14</p> <p>3. Beschränkung auf Erwerbe bei vorformuliertem Vertragswerk (Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1)</p> <p> a) Vorformuliertes Vertragswerk</p> <p> aa) Merkmal zur Definition einer spezifischen Modellhaftigkeit 17</p> <p> bb) Vertragswerk 18</p>	<p> cc) Vorformuliertes Vertragswerk 19</p> <p> b) Projektanbieter 20</p> <p> c) Erfasste und nicht erfasste Investitionsstrukturen 21</p> <p>4. Rechtsfolge: Erweiterung des steuerbilanziellen Anschaffungskostenbegriffs (Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2) 24</p>
<p>II. Anschaffungsfiktion (Abs. 1 Satz 2)</p>	
<p>1. Keine wesentlichen Einflussnahmemöglichkeiten der Anleger auf das Vertragswerk (Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1) 25</p> <p>2. Wirtschaftsgüter iSv. Satz 1 (Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2) 28</p> <p>3. Rechtsfolgen: Anschaffungsfiktion und erweiterter Anschaffungskostenbegriff (Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2) 29</p>	

**C. Erläuterungen zu Abs. 2:
Begriff und Umfang der Fondsetablerungskosten**

<p>I. Fondsetablerungskosten bei allen Erwerberfonds (Abs. 2 Satz 1)</p> <p>1. Grundlegende Eigenschaften der Fondsetablerungskosten 32</p> <p>2. Sachlicher und zeitlicher Umfang . 33</p> <p>II. Zusätzliche Fondsetablerungskosten bei bestimmten Erwerberfonds (Abs. 2 Satz 2)</p> <p>1. Sachlicher Umfang 36</p>	<p>2. Zeitlicher Umfang (Investitionsphase) 39</p> <p>III. Haftungs-, Treuhand und Geschäftsführungsvergütungen als Anschaffungskosten (Abs. 2 Satz 3)</p> <p>1. Sachlicher Umfang 42</p> <p>2. Zeitlicher Umfang (Investitionsphase) 45</p>
---	---

**D. Erläuterungen zu Abs. 3:
Sinngemäße Anwendung bei Einzelinvestments 48**

**E. Erläuterungen zu Abs. 4:
Anwendung bei Einnahmenüberschussrechnung 51**

**F. Erläuterungen zu Abs. 5:
Anwendbarkeit des § 15b 52**

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 6e

Schrifttum: *Beck*, Neue Rechtsprechung zum anschaffungsnahen Aufwand und zur Abzugsfähigkeit der Eigenkapitalvermittlungsprovision, DStR 2001, 2061; *Kempermann*, Anmerkung zu BFH v. 28.6.2001 – IV R 40/97, DStR 2001, 1381; *Arndt*, Abzugsverbot von Eigenkapitalvermittlungsprovisionen geschlossener Immobilienfonds, BB 2002, 1617; *Beck*, Neue Rechtsentwicklung bei geschlossenen Immobilienfonds, FR 2002, 446; *Meyer-Scharenberg*, Konsequenzen der Erwerbseigenschaft von Kapitalanlegern geschlossener Fonds für den Umfang der Anlaufverluste, DB 2002, 1520; *Heß*, Der neue Fondserlass – Neue Regelungen im Einkommensteuerrecht für Bauherren- und Erwerbermodelle sowie geschlossene Fonds, DStR 2003, 1953; *Beck*, Der 5. Bauherrenenerlass und das BMF-Schreiben vom 5.8.2003 zum Medienerlass, in *Moritz*, Handbuch Finanz- und Vermögensberatung, Heidelberg 2004, 655; *Fleischmann/Meyer-Scharenberg*, Endlich veröffentlicht: Der neue Bauherren- und Fondserlass, DStR 2004, 20; *Meyer-Scharenberg*, Zur Anwendbarkeit des fünften Bauherrenenerlasses auf Blindpools, DStR 2004, 1729; *von Cölln*, BFH-Urteile zur Anwendung des BMF-Schreibens vom 20.10.2003 auf gewerblich tätige geschlossene Fonds, RdF 2011, 421; *Wittwer*, Anmerkung BFH v. 14.4.2011 – IV R 15/09, DStR 2011, 1020; *Lüdicke*, Steuerliche Rahmenbedingungen, in *Lüdicke/Arndt*, Geschlossene Fonds, München, 6. Aufl. 2013, 71; *Müller-Horn*, Anmerkung zu FG Hamburg v. 8.12.2015 – 6 K 184/12, EFG 2016, 367; *Kahlert/Schmidt*, Die neue Steuerfreiheit des Sanierungsertrags – Fragen und Antworten, DStR 2017, 1897; *Keller*, Berücksichtigung von Fondsetablierungskosten seit Inkrafttreten von § 15b EStG – Grundsatzentscheidung des BFH vom 26.4.2018 – IV R 33/15, StuB 2018, 761; *Kleinert*, BFH: Abziehbarkeit der Fondsetablierungskosten bei modellhafter Gestaltung eines geschlossenen gewerblichen Fonds nach Inkrafttreten des § 15b EStG, RdF 2018, 262; *Riedel*, Anmerkung zu BFH v. 26.4.2018 – IV R 33/15, FR 2018, 1145; *Wendt*, Berücksichtigung von Fondsetablierungskosten bei modellhafter Gestaltung seit Inkrafttreten von § 15b EStG, BFH/PR 2018, 236; *Levedag*, § 57 Gewinnermittlung und -verteilung, in *Gummert/Weipert*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 2, München, 5. Aufl. 2019; *Levedag*, § 71 Steuerliche Hinweise zur Publikums-KG, in *Gummert/Weipert*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 2, München, 5. Aufl. 2019; *Thiemann*, Rechtssichere Anwendung des Steuerrechts – Verfassungsrechtliche Anforderungen und verfahrensrechtliche Optionen, StuW 2019, 295; *Zapf*, Jahressteuergesetz 2.0: Der Regierungsentwurf ist da – Eine Analyse praxisrelevanter Gesetzesänderungen im Ertrag- und Grunderwerbsteuerrecht, FR 2019, 804; *Haselmann/Cropp/Hundrieser*, Verfassungswidrigkeit der rückwirkenden Anwendung des § 6e EStG, DStR 2020, 2580; *U. Prinz*, Fondsetablierungskosten im „Verfassungsstreit“, DB 2020, 2720; *Rüsch*, Zweifelsfragen bei der Umqualifizierung von BA/WK in AK durch die Neuregelung von § 6e EStG für „Fondsetablierungskosten“, DStR 2020, 1172; *Wagner*, § 17 Die Beteiligung an Publikums-Kommanditgesellschaften, in *Assmann/Schützel/Buck-Heeb*, Handbuch des Kapitalanlagerechts, München, 5. Aufl. 2020; *Pfirmsmann*, Anmerkung zu BFH v. 17.11.2020 – I R 2/18, HFR 2021, 744.

I. Grundinformation zu § 6e

1

§ 6e wurde durch das Gesetz zur weiteren steuerlichen Förderung der Elektromobilität und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (Anm. 2) in das EStG eingefügt. Mit der Vorschrift sollte die sog. estl. Vertragsgeflecht-Rspr. des BFH bezüglich modellhafter Fondsgestaltungen gesetzlich verankert werden, nachdem der BFH diese für Zeiträume ab Inkrafttreten des § 15b für nicht mehr anwendbar erklärt hatte (BFH v. 26.4.2018 – IV R 33/15, BStBl. II 2020, 645). Die Norm ist inhaltlich und teilweise auch im Wortlaut eng angelehnt an den sog. 5. Bauherrenenerlass („Fondserlass“) der FinVerw. (BMF v. 20.10.2003 – IV C 3 – S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2005, 546), in welchem verwaltungsseitig (ua.) diese Vertragsregeln dieser Vertragsgeflecht-Rspr. festgelegt wurden. Mit der Vorschrift des § 6e wird spezialgesetzlich für bestimmte modellhafte

Fondsgestaltungen geregelt, inwieweit Aufwendungen im Zusammenhang mit der Begr. des Fonds und dessen Investitionsaktivitäten sofort als BA abziehbar oder – abw. von allgemeinen (steuerbilanziellen) Grundsätzen – zu aktivieren sind. Diese Beurteilung erfolgt nicht aus der Perspektive des bilanzierenden Fonds, sondern (in Durchbrechung des Einheitsgrundsatzes und des Maßgeblichkeitsprinzips gem. § 5 Abs. 1 Satz 1) des Anlegers. Umgesetzt wird dies (wiederum auf Ebene des Fonds) durch die Erweiterung des steuerbilanziellen AK-Begriffs dem Grunde nach (Abs. 1). Erfasst werden dabei sowohl Gestaltungen, in denen aus Fondsperspektive fertige WG erworben, als auch solche, in denen WG hergestellt werden (zB Immobilien, Filme). Der erweiterte AK-Begriff der Höhe nach wird grds. abstrakt formuliert und nur hinsichtlich bestimmter Haftungs-, Geschäftsführungs- und Treuhandvergütungen konkret festgelegt (Abs. 2). Diese Grundsätze werden auch für vergleichbare Fälle außerhalb von Fondsgestaltungen für anwendbar erklärt (Abs. 3). Auch gelten sie unabhängig von der Gewinnermittlungsart, sind also nicht nur im Rahmen des BV-Vergleichs (§ 4 Abs. 1), sondern auch im Rahmen der Einnahmenüberschussrechnung gem. § 4 Abs. 3 anwendbar (Abs. 4). § 6e sperrt nicht die nachgelagerte Anwendung des § 15b (Abs. 5). Über den Verweis in § 9 Abs. 5 Satz 2 gilt die gesamte Vorschrift entsprechend bei Überschusseinkünften.

2 II. Rechtsentwicklung und zeitlicher Geltungsbereich des § 6e

Rechtsentwicklung vor dem WElektroMobFördG („JStG 2019“): Die Frage der estl. Behandlung von Aufwendungen im Zusammenhang mit der Konzeption/Entwicklung, dem Vertrieb und der Gründung von modellhaften (Fonds-)Gestaltungen sowie deren Investitionsaktivitäten als sofort abziehbare BA bzw. WK oder als zu aktivierende AHK beschäftigte die Rspr. seit den 1980er Jahren.

- ▶ *Rechtsprechung des BFH zu Bauherrenmodellen:* Die vom II. Senat des BFH (BFH v. 18.9.1985 – II B 24-29/85, BStBl. II 1985, 627) für Zwecke der GrEST im Kontext sog. Bauherrenmodelle begründete Rspr. wurde vom IX. Senat für die ESt übernommen (BFH v. 14.11.1989 – IX R 197/84, BStBl. II 1990, 299; sog. estl. Vertragsgeflecht-Rspr., vgl. *Levedag* in *BeckOK*, § 15b Rz. 76 [6/2021]). Dabei ging es zunächst im Kern um die Frage, ob die Anleger als „Bauherren“ iSd. § 15 Abs. 1 EStDV qualifizieren, wovon wiederum der Umfang der sofort abziehbaren WK abhing.
- ▶ *Rechtsprechung des BFH zu (geschlossenen) Fonds:* In der Folgezeit wurde diese Rspr. für in entsprechender Weise strukturierte PersGes. (geschlossene Immobilienfonds) für anwendbar erklärt (für vermögensverwaltende PersGes.: BFH v. 11.1.1994 – IX R 82/91, BStBl. II 1995, 166; BFH v. 8.5.2001 – IX R 10/96, BStBl. II 2001, 720; für gewerbliche Mitunternehmerschaft iSd. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 1: BFH v. 28.6.2001 – IV R 40/97, BStBl. II 2001, 717). Ab dem Jahre 2001 begründete der BFH seine Rspr. zu modellhaft gestalteten geschlossenen Fonds explizit mit § 42 AO, so dass diese vorrangig missbrauchsvermeidenden Charakter annahm (vgl. BFH v. 8.5.2001 – IX R 10/96, BStBl. II 2001, 720; BFH v. 28.6.2001 – IV R 40/97, BStBl. II 2001, 717; BFH v. 14.4.2011 – IV R 15/09, BStBl. II 2011, 706; BFH v. 14.4.2011 – IV R 8/10, BStBl. II 2011, 709). Die von den Initiatoren der Fondsstrukturen installierten Vertragsgeflechte dienten nach Auffassung des BFH regelmäßig nur der missbräuchlichen Schaffung sofort abziehbarer Ausgaben und wurden dementsprechend vom Gericht für estl. Zwecke auf ihren tatsächlichen wirtschaftlichen Gehalt zurückgeführt: Die in gesonderten

Verträgen für einzelne Dienstleistungen vereinbarten „Gebühren“ stünden aufgrund der modellimmanenten Verknüpfung aller Verträge regelmäßig in wirtschaftlichem Zusammenhang mit der Erlangung des Eigentums an dem jeweiligen WG und seien entsprechend als AK zu beurteilen (vgl. BFH v. 8.5.2001 – IX R 10/96, BStBl. II 2001, 720). Für diese Beurteilung sei auf die Gesellschafterperspektive abzustellen, die für PersGes. grds. maßgebliche Einheitsbetrachtung (sowie ggf. die Maßgeblichkeit der HBil. für die StBil. gem. § 5 Abs. 1 Satz 1) müsse zum Zwecke einer sachlich zutreffenden Besteuerung gegenüber dem Gedanken der Vielheit der Gesellschafter zurücktreten (vgl. BFH v. 28.6.2001 – IV R 40/97, BStBl. II 2001, 717; BFH v. 14.4.2011 – IV R 8/10, BStBl. II 2011, 709).

- ▶ *Bauherrenerlasse der Finanzverwaltung*: Die Rspr. bezüglich der Ermittlung der Einkünfte geschlossener Fonds wurde von der FinVerw. sukzessive in den sog. Bauherrenerlass (erstmalig explizit im sog. 4. Bauherrenerlass, vgl. BMF v. 31.8.1990 – IV B 3 - S 2253 a – 49/90, BStBl. I 1990, 366; zuletzt im sog. 5. Bauherrenerlass („Fondserlass“), vgl. BMF v. 20.10.2003 – IV C 3 - S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2005, 546) übernommen und verallgemeinert (sog. Film- und Fernsehfonds wurden in einem gesonderten Erl. geregelt, vgl. BMF v. 23.2.2001, BStBl. I 2001, 175; geändert durch BMF v. 5.8.2003 – IV A 6 - S 2241 – 81/03, BStBl. I 2001, 406).
- ▶ *Sperrwirkung des § 15b*: Diese über längere Zeit unverändert gebliebenen strechtl. Rahmenbedingungen wurden grundlegend durch das Ur. des IV. Senats (BFH v. 26.4.2018 – IV R 33/15, BStBl. II 2020, 645) in Frage gestellt (zumindest für gewerbliche Fonds, vgl. *Wendt*, BFH/PR 2018, 236). Das Gericht erkannte, dass für Jahre seit Inkrafttreten des § 15b die auf § 42 AO gestützte Rspr. zur Berücksichtigung von Fondsetablierungskosten bei modellhafter Gestaltung unabhängig davon, ob im Einzelfall die Voraussetzungen des § 15b tatsächlich vorliegen, nicht mehr angewendet werden könne und entsprechend die allgemeinen Grundsätze der Unterscheidung (in AK einerseits und BA andererseits) maßgeblich seien (BFH v. 26.4.2018 – IV R 33/15, BStBl. II 2020, 645). Dieses Ur. entzog im Erg. auch den entsprechenden Regelungen des Fondserlasses die Grundlage und machte aus Sicht der FinVerw. die Einf. des § 6e notwendig (s. Anm. 3). Die Veröffentlichung des Urteils im BStBl. II erfolgte erst fast ein Jahr nach Verabschiedung des WElektroMobFördG („JStG 2019“). Unklar bleibt, weshalb die Veröffentlichung zu diesem Zeitpunkt – nach Einf. dieses „Nichtanwendungsgesetzes“ – überhaupt noch erfolgt ist.

WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17): Erstmalige Einfügung des § 6e.

Zeitlicher Geltungsbereich: Die Vorschrift ist auch in Wj. anzuwenden, die vor dem 18.12.2019 enden (§ 52 Abs. 14a). Auch die entsprechende Anwendung gem. § 9 Abs. 5 Satz 2 erfolgt ebenso für VZ vor 2019 (§ 52 Abs. 16b Satz 3). Zur verfassungsrechtl. Zulässigkeit s. Anm. 4.

III. Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit des § 6e

1. Bedeutung des § 6e

3

Gesetzgeberischer Zweck: Die Vorschrift des § 6e ist eine konstitutiv wirkende (vgl. *Oellerich* in *BeckOK*, § 6e Rz. 3 [6/2021]) spezifische Missbrauchsvermeidungsnorm, der primär – ähnlich wie § 15b (s. § 15b Anm. 4) – eine präventive

Funktion zukommt. Die Vorschrift ist als „Nichtanwendungsgesetz“ (*Rüsch in Blümich*, § 6e Rz. 4 [5/2021]) bezüglich BFH v. 26.4.2018 (BFH v. 26.4.2018 – IV R 33/15, BStBl. II 2020, 645) zu verstehen. Durch die Vorschrift soll im Erg. der Status Quo der estl. Behandlung geschlossener Fonds hinsichtlich der „Fondsetablierungskosten“ gewahrt werden (BRDrucks. 356/19, 98). Entsprechend dürfte der Anwendungsbereich der Vorschrift (s. Anm. 5, 6) tendenziell eng auszulegen sein.

- ▶ *Kein allgemeiner Rechtsgrundsatz*: Soweit davon ausgegangen wird, dies erfolge durch erstmalige Definition einer „seit langem bestehende[n] und gefestigte[n] Rechtsauffassung“ (BRDrucks. 356/19, 98), darf uE nicht übersehen werden, dass es sich bei der estl. Vertragsgeflecht-Rspr. des BFH keinesfalls um einen allgemeinen Grundsatz der stl. Gewinn- bzw. Überschussermittlung handelt. Vielmehr basierte diese spätestens seit 2001 auf der allgemeinen Missbrauchsvermeidungsnorm des § 42 AO (s. Anm. 2). Auch die von der FinVerw. vorgenommene Verallgemeinerung im Rahmen des Fondserlasses (BMF v. 20.10.2003 – IV C 3 - S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2005, 546) lässt dies nicht zu einem allg. gültigen Rechtsgrundsatz werden. Daneben ist zu beachten, dass die bisher entwickelten Grundsätze in der Praxis sehr unterschiedlich, insbes. nicht bundeseinheitlich, angewendet werden. Es fällt daher jedenfalls schwer, eine seit Langem bestehende und gefestigte Rechtsanwendung auszumachen.
- ▶ *Bezugnahme auf Fondserlass und BFH-Rechtsprechung*: In der (knappen) Gesetzesbegründung (BRDrucks. 356/19, 98 ff.), welche insoweit die einzig verfügbare Quelle darstellt (die Norm war weder Gegenstand der parlamentarischen Debatte noch [dokumentierter] Beratungen im Finanzausschuss), werden der Fondserlass (BMF v. 20.10.2003 – IV C 3 - S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2005, 546) sowie zentrale Urte. der estl. Vertragsgeflecht-Rspr. (BFH v. 14.11.1989 – IX R 197/84, BStBl. II 1990, 299; BFH v. 8.5.2001 – IX R 10/96, BStBl. II 2001, 720; BFH v. 28.6.2001 – IV R 40/97, BStBl. II 2001, 717; BFH v. 26.4.2018 – IV R 33/15, BStBl. II 2020, 645) umfassend in Bezug genommen und teilweise wörtlich wiedergegeben, Gleiches gilt in Teilen für den Gesetzestext. Entsprechend wird diesen Quellen im Sinne einer (zumindest partiellen) „Rechtskontinuität“ (*Kahlerlert/Schmidt*, DStR 2017, 1897, zu § 3a) Bedeutung bei der Auslegung der Vorschrift zur Ergründung des gesetzgeberischen Willens zukommen (s. auch *Rüsch in Blümich*, § 6e Rz. 4 [5/2021]). Gleichwohl muss der in der Gesetzesbegründung dokumentierte gesetzgeberische Wille im Gesetz selbst einen hinreichend klaren Ausdruck gefunden haben (allg. *Englisch in Tipke/Lang*, 24. Aufl. 2020, Rz. 5.52, 5.60 f.; s. auch Anm. 4). Insgesamt scheinen materielle Änderungen im Vergleich zur bisherigen Erlasslage mit der gesetzlichen Regelung grds. nicht intendiert zu sein (auch im Rahmen der Darstellung der Haushaltsauswirkungen der vorgeschlagenen Gesetzesänderung ging das BMF von der insoweit vollständigen Neutralität der Gesetzesänderung aus, vgl. BTDrucks. 19/13436, 74).

Bedeutung für die Praxis: Die Praxis hatte sich, zumindest ggü. der FinVerw., bereits seit dem Jahre 2003 an den Regelungen des Fondserlasses (BMF v. 20.10.2003 – IV C 3 - S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2005, 546) zu orientieren. In Kombination mit dem seit 2005 geltenden § 15b bestanden damit für Projektanbieter nur noch sehr eingeschränkte Möglichkeiten, modellhafte Gestaltungen zu konzipieren, die primär auf die Zuweisung möglichst hoher stl. Anfangsverluste gerichtet waren.

Doch auch für die heutzutage üblichen, auf Rendite und wirtschaftliche Attraktivität statt auf hohe Verlustzuweisungen ausgerichteten Fonds sind Auswirkungen

denkbar. Schließlich entstehen auch bei diesen Fonds Aufwendungen, die von der Vorschrift erfasst werden könnten, obschon diese aus wirtschaftlicher Notwendigkeit und nicht mit dem Ziel der Generierung negativer Einkünfte für die Anleger entstehen (zB bei *Private Equity*- oder *Venture Capital*-Fonds, dazu auch BMF v. 17.7.2007 – IV B 2 - S 2241 – b/07/0001, BStBl. I 2007, 542 Rz. 12; vgl. allerdings OFD Rheinland v. 8.1.2007 – S 2241 - 1002 – St 222, DB 2007, 135). Dies betrifft in der Sache insbes. die sog. *Management Fee*, welche der Fonds nicht nur in den ersten Jahren, sondern über seine gesamte Laufzeit (typischerweise quotal bemessen an dem Zeichnungskapital des Fonds und in im Zeitablauf abnehmender Höhe) an den Fondsmanager für die Übernahme der laufenden Geschäftsführung leistet. In der Praxis hatten sich diesbezüglich – seitens der FinVerw. nicht bundeseinheitlich – verschiedene Ansätze zur estl. Behandlung herausgebildet (vgl. *Zapf*, FR 2019, 804). Dabei wurde regelmäßig einzelfallbezogen entschieden und – losgelöst von der estl. Vertragsflecht-Rspr. – teilweise eine am Verursachungsprinzip orientierte anteilige Aktivierung dieser Aufwendungen vorgenommen. Häufig erfolgte aus den o.g. Gründen aber auch zutr. keine Aktivierung. Diesem Aspekt wird durch die gesetzliche Regelung und insbes. die explizite Adressierung dieser Aufwandsposition (Abs. 2 Satz 3, s. Anm. 42, 45) zunehmende praktische Relevanz beizumessen sein.

Wirtschaftliche Bedeutung: Grundsätzlich ergibt sich aus der Anwendung der Norm ein zeitlicher Effekt, der für die stpfl. Anleger (*ceteris paribus*) grds. mit einem Zinsnachteil und zusätzlich ggf. mit Progressionseffekten (bei natürlichen Personen als Anleger) einhergeht: Aufwendungen werden in AK umqualifiziert und können nicht sofort als BA abgezogen werden. Diese „zusätzlichen“ AK wirken sich estl. entweder im Zeitablauf im Wege der AfA gem. §§ 7 ff. oder (im Falle nicht abnutzbarer WG) im Zeitpunkt der Veräußerung des WG durch einen höheren Buchwert (und damit geringeren Veräußerungsgewinn) aus.

Darüber hinaus können sich Auswirkungen auf die (gesamte) Nachsteuerrendite des Fondsinvestments aus dem Zusammenspiel des § 6e mit anderen stl. Normen ergeben. Dies betrifft insbes. Fonds, die Anteile an KapGes. erwerben, verwalten und veräußern (*Private Equity*- und *Venture Capital*-Fonds, dazu auch *Zapf*, FR 2019, 804). Sofern Anleger aus diesen Fonds Einkünfte iSd. § 20 erzielen, wirkt die entsprechende Anwendung der Vorschrift (über § 9 Abs. 5 Satz 2) aufgrund des WK-Abzugsverbots (§ 20 Abs. 9 Halbs. 2; vorbehaltlich § 32d Abs. 2 Nr. 3) vorteilhaft. Hingegen kommt es im Falle von Anlegern, bei denen § 8b KStG auf die erzielten Einkünfte Anwendung findet, zu einem negativen Definitiveffekt (laufende BA unterliegen keiner Abzugsbeschränkung [§ 8b Abs. 3 Satz 2 KStG], als AK hingegen wirken sich die Aufwendungen zu 95 % [§ 8b Abs. 2 Satz 1 iVm. Abs. 3 Satz 1 KStG] bzw. zu 100 % [§ 8b Abs. 3 Satz 3 KStG] nicht aus).

Systematische Einordnung: Die Vorschrift ist Teil der laufenden Gewinnermittlungsvorschriften der §§ 4–7k. Sie ergänzt die allgemeine Bewertungsvorschrift § 6 bezüglich der Bewertung von WG in den Fällen des § 4 Abs. 1 und Abs. 3 (bezüglich Abs. 3 in § 6e Abs. 4 geregelt, s. Anm. 51). Dies ist vor dem Hintergrund des intendierten Regelungsziels (s. Anm. 3) zweckdienlich (wenngleich die in Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 enthaltene Anschaffungsfiktion, dazu Anm. 29, keine Bewertungsfrage ieS darstellt). Für den spezifischen Geltungsbereich erweitert die Vorschrift den (gem. §§ 4, 6 Abs. 1 Nr. 1) maßgeblichen handelsrechtl. AK-Begriff gem. § 255 Abs. 1 HGB, um damit im Erg. bestimmte Aufwendungen von sofort abziehbaren BA in (sich estl. erst im Zeitablauf auswirkende) AK umzuqualifizieren. Die

Vorschrift wirkt dementsprechend auf der Ebene der Einkünfteermittlung. Sie gilt grds. unmittelbar für alle Gewinneinkünfte iSd. § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und über die in § 9 Abs. 5 Satz 2 enthaltene Verweisung entsprechend für Überschusseinkünfte iSd. § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2. In ihrer Wirkungsweise ist die Vorschrift damit § 6 Abs. 1 Nr. 1a bezüglich sog. anschaffungsnaher HK nicht unähnlich (vgl. *Schindler in Kirchhof*, 20. Aufl. 2021, § 6e Rz. 4). Wegen der zugrundeliegenden anlegerbezogenen Betrachtungsweise (s. Anm. 12) bewirkt die Norm eine (auf die Tatbestandsebene beschränkte, s. Anm. 12, 24) Durchbrechung des Grundsatzes der Einheitsbetrachtung (PersGes. als Subjekt der Einkünfteerzielung, -ermittlung und -qualifikation, s. § 15 Anm. 90).

4 2. Verfassungsmäßigkeit des § 6e

Leistungsfähigkeitsprinzip: Gegenüber dem HBil-Recht eigenständige stl. Bewertungsvorschriften sind grds. verfassungsrechtl. unbedenklich (s. § 6 Anm. 3). Die Vorschrift des § 6e hat regelmäßig keinen Einfluss auf den Gewinn der Totalperiode (außer im Falle – allerdings steuersystematisch folgerichtiger – Definitiveffekte, s. Anm. 3). Die Aufwendungen wirken sich grds. in anderen VZ aus, bleiben aber nicht insgesamt unberücksichtigt. Entsprechend drängt sich – analog zu § 15b (s. § 15b Anm. 6; auch FG Hamb. v. 20.2.2020 – 2 K 293/15, EFG 2020, 713, rkr.) – ein Verstoß gegen das Leistungsfähigkeitsprinzip nicht auf.

Normenklarheit und -bestimmtheit: Unzweifelhaft ist die Vorschrift – insbes. ohne vorherige Befassung mit den dahinterstehenden Themenkomplexen und deren Historie (s. Anm. 2) – schwer verständlich (zB hinsichtlich des Anwendungsbereichs von Abs. 1 Satz 1 einerseits und Satz 2 andererseits, s. Anm. 28) und beschreibt den Tatbestand mittels zahlreicher unbestimmter Typusbegriffe. Ob darin allerdings ein Verstoß gegen das verfassungsrechtl. Bestimmtheitsgebot bzw. den Grundsatz der Normenklarheit (allg. *Hey in Tipke/Lang*, 24. Aufl. 2020, Rz. 3.244) begründet liegt, dürfte angesichts der hohen vom BVerfG daran gestellten Anforderungen (vgl. *Hey in Tipke/Lang*, 24. Aufl. 2020, Rz. 3.246 f.; auch *Thiemann, StuW* 2019, 295 [296]) fraglich sein. Die verwendeten unbestimmten Begriffe sind (unter Rückgriff auf die frühere BFH-Rspr. sowie die Norm des § 15b und die dazu ergangenen Rspr.) bestimmbar, die grundsätzliche Regelungsaussage der Norm wird – mit Rücksicht auf einen gewissen Auslegungsspielraum – hinreichend klar. Ebenso wie § 15b (s. § 15b Anm. 7) ist die Norm zumindest als nicht zu unbestimmt anzusehen. Etwaige Unsicherheiten bei der Auslegung sollten in jedem Fall nicht zu einer Schlechterstellung der Stpfl. im Vergleich zur Rechtslage vor Einf. der Norm führen.

Rückwirkungsverbot: Die Vorschrift ist auch auf Zeiträume (Wj.) anwendbar, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des WElektroMobFördG („JStG 2019“) bereits abgelaufen waren. Bezüglich der insoweit bereits entstandenen Steuern (§§ 25 Abs. 1, 36; §§ 30, 31 KStG) ist entsprechend eine (echte) Rückwirkung denkbar, welche grds. einem verfassungsrechtl. Verbot unterläge (zumindest soweit die Vorschrift für den Stpfl. belastende Wirkung entfaltet; dies ist konkret nicht immer der Fall, s. Anm. 3).

- *Gefestigte Auffassung in Rechtsprechung und Verwaltung:* In der Gesetzesbegründung wird ausgeführt, dass diese rückwirkende Anwendung der Norm notwendig sei, da die bisherige Auffassung von Rspr. und Verwaltung schon über einen Zeitraum von zehn Jahren ununterbrochen gegolten habe und diese

Auffassung nunmehr gesetzlich festgeschrieben werden solle (BRDrucks. 356/19, 111). Gemäß LfSt. Nds. (LfSt. Nds. v. 28.1.2020 – S 2000 – 90 – St 236, juris) entspreche dies sogar der „(...) bislang schon vom Gesetzgeber vertretene[n] Auffassung“. Dies ist im Hinblick auf die estl. Vertragsgeflecht-Rspr. per se zutr. (s. Anm. 2). Gleichwohl gab es – anders als von der Gesetzesbegründung unterstellt (BRDrucks. 356/19, 99) – zu keinem Zeitpunkt eine gefestigte, ständige BFH-Rspr., welche ein Nebeneinander von estl. Vertragsgeflecht-Rspr. und § 15b eindeutig bejahte, und welche durch BFH v. 26.4.2018 (BFH v. 26.4.2018 – IV R 33/15, BStBl. II 2020, 645) geändert worden wäre (s. *U. Prinz*, DB 2020, 2720 [2721]). Der IV. Senat des BFH hatte ein solches Nebeneinander einzig im Rahmen eines obiter dictum in BFH v. 12.5.2016 (BFH v. 12.5.2016 – IV R 1/13, BStBl. II 2017, 489, Rz. 42) angedeutet und formuliert dementsprechend vorsichtig in der Begr. zu BFH v. 26.4.2018 (BFH v. 26.4.2018 – IV R 33/15, BStBl. II 2020, 645, „Soweit das [Urteil v. 12.5.2016 – IV R 1/13, BStBl. II 2017, 489] anders zu verstehen sein sollte, hält der Senat daran jedenfalls nicht fest“). Auf die zudem sehr uneinheitliche Anwendung der von der FinVerw. und der Rspr. formulierten Grundsätze in der Praxis wird hingewiesen (s. Anm. 3). Diese wird nicht als gefestigt angesehen.

- ▶ *Zeitraum vom 11.11.2005 bis 11.7.2018*: Für diesen Zeitraum (erstmalige Geltung des § 15b bis zur Veröffentlichung des BFH v. 26.4.2018 – IV R 33/15, BStBl. II 2020, 645, auf der Website des BFH) dürfte vor dem Hintergrund ihrer konstitutiven Wirkung (s. Anm. 3) von einer grds. nicht mehr verfassungsrechtl. zulässigen echten Rückwirkung der Norm auszugehen sein (so auch *U. Prinz*, DB 2020, 2720 [2721]; *Haselmann/Cropp/Hundrieser*, DStR 2020, 2580; *Schiffers* in *Korn*, § 6e Rz. 11 [2/2020]; *Zapf*, FR 2019, 804 [807]; differenzierend *Rüsch* in *Blümich*, § 6e Rz. 17 [5/2021]; aA *Kulosa* in *Schmidt*, 40. Aufl. 2021, § 6e Rz. 2; *Schindler* in *Kirchhof*, 20. Aufl. 2021, § 6e Rz. 7; im Erg. auch *Oellerich* in *BeckOK*, § 6e Rz. 6 [6/2021]). Der vom IV. Senat in BFH v. 26.4.2018 (BFH v. 26.4.2018 – IV R 33/15, BStBl. II 2020, 645) formulierte Leitsatz („Für Jahre seit Inkrafttreten des § 15b EStG kann die auf § 42 AO gestützte Rechtsprechung zur Berücksichtigung von Fondsetablierungskosten bei modellhafter Gestaltung nicht mehr angewendet werden.“) ist insofern eindeutig. In diesem Zeitraum wird uE regelmäßig auch ein schützenswertes Interesse der Stpfl. vorgelegen haben (aA *Schindler* in *Kirchhof*, 20. Aufl. 2021, § 6e Rz. 7; *Rüsch* in *Blümich*, § 6e Rz. 18 [5/2021]; *Oellerich* in *BeckOK*, § 6e Rz. 6 [6/2021]). Hierfür sollte auch unschädlich sein, dass es sich im Erg. „nur“ um eine durch das Urt. (BFH v. 26.4.2018 – IV R 33/15, BStBl. II 2020, 645) nachträglich bekannt gewordene und damit ggf. nur „potenzielle“ Schutzwürdigkeit handelte. Obschon die Verdrängungswirkung des § 15b gegenüber der estl. Vertragsgeflecht-Rspr. – soweit ersichtlich – zuvor weder in der Rspr. oder im Schrifttum eingehend thematisiert wurde, erscheint dieser Zusammenhang hinreichend dafür, dass der Stpfl. auf eine abschließende Regelung des Themenkomplexes seitens des Gesetzgebers durch Einführung des § 15b vertrauen konnte. Eine davon abweichende Handhabung durch die Finanzverwaltung (unveränderte Anwendung des Fondserlasses) kann dem nicht entgegenstehen (so auch *U. Prinz*, DB 2020, 2720 [2721]). Selbst wenn dies anders gesehen würde, bliebe das Ergebnis in vielen Fällen unverändert: soweit die Vorschrift zu Lasten des Stpfl. über die bisherige Erlasslage hinausgeht (s. *Rüsch* in *Blümich*, § 6e Rz. 18 [5/2021]; s. Anm. 33) oder soweit bezüglich der Anwendung der estl. Vertragsgeflecht-Rspr. keine einheitliche gelebte Praxis bestand (Regelfall)

und/oder die Anwendung der Rspr. dem Grunde nach nicht höchstrichterlich geklärt war (s. *Haselmann/Cropp/Hundrieser*, DStR 2020, 2580 [2585] für das Beispiel *Private Equity*-Fonds), dürfte unabhängig von vorstehenden Erwägungen in jedem Fall eine unzulässige echte Rückwirkung vorliegen.

- **Zeitraum vom 11.7.2018 bis 7.11.2019:** Mit Veröffentlichung des Urts. (BFH v. 26.4.2018 – IV R 33/15, BStBl. II 2020, 645) am 11.7.2018 wurde das schützenswerte Vertrauen der Stpfl. in die sofortige Abziehbarkeit von Fondsetablierungskosten weiter verstärkt; eine Rückwirkung dürfte auch für diesen Zeitraum nicht möglich sein. Es ist nicht ersichtlich, dass einer der vom BVerfG anerkannten Ausnahmefälle für eine zulässige Rückwirkung vorliegt, insbes. handelt es sich nicht um einen Fall der „Wiederherstellung der früheren Rechtslage nach einem günstigen Rechtsprechungswechsel“ (vgl. *Hey in Tipke/Lang*, 24. Aufl. 2020, Rz. 3.269), da zuvor keine gefestigte ständige BFH-Rspr., welche ein Nebeneinander von estl. Vertragsgeflecht-Rspr. und § 15b eindeutig bejahete, existierte. Das Vertrauen der Stpfl. in die Verdrängungswirkung des § 15b gegenüber der estl. Vertragsgeflecht-Rspr. dürfte allerdings spätestens mit Beschlussfassung im BTag (stRspr. des BVerfG, zuletzt BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvL 14/02, BStBl. II 2011, 76; auch BFH v. 8.11.2006 – I R 69, 70/05, BStBl. II 2007, 662; krit. *Hey in Tipke/Lang*, 24. Aufl. 2020, Rz. 3.270) über das WElektroMobFördG („JStG 2019“) am 7.11.2019 entfallen sein (vgl. auch *Oellerich in BeckOK*, § 6e Rz. 6 [6/2021]). Für innerhalb dieses Zeitraums entstandene Aufwendungen kann die Norm entsprechend nicht zur Anwendung gelangen: Für den VZ 2018 (zur Veranlagungszeitraumrechtsprechung des BVerfG s. allg. *Hey in Tipke/Lang*, 24. Aufl. 2020, Rz. 3.262) ist von einer echten und damit in jedem Fall unzulässigen Rückwirkung der Norm auszugehen (so auch *Oellerich in BeckOK*, § 6e Rz. 6 [6/2021]). Soweit die Aufwendungen dem VZ 2019 zuzuordnen sind, ist von einer unechten Rückwirkung auszugehen (vgl. *Oellerich in BeckOK*, § 6e Rz. 6.1 [6/2021]). Doch auch eine solche muss verhältnismäßig sein – und die für eine Zulässigkeit notwendigen Rechtfertigungsgründe einer unechten Rückwirkung sind jener für echte Rückwirkungen mittlerweile weitgehend angenähert (s. BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvL 14/02, BStBl. II 2011, 76; BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05, BStBl. II 2011, 86; vgl. allg. *Hey in Tipke/Lang*, 24. Aufl. 2020, Rz. 3.271 f.). Im Falle des § 6e sind derartige Gründe nicht ersichtlich, so dass für den genannten Zeitraum von einer zwar unechten, aber dennoch unzulässigen Rückwirkung auszugehen sein dürfte.

IV. Geltungsbereich des § 6e

5 1. Sachlicher Geltungsbereich

Die Vorschrift ist Teil der Gewinnermittlungsvorschriften der §§ 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 iVm. 4–7k und gilt damit grds. für alle betrieblichen Einkunftsarten. Aufgrund der Verweisung in § 8 Abs. 1 Satz 1 KStG gilt die Vorschrift grds. auch für Zwecke der KSt.

Gewinnermittlungsart unerheblich: Die Vorschrift ist unmittelbar anwendbar bei BV-Vergleich gem. § 4 Abs. 1 sowie § 5 Abs. 1 Satz 1, Abs. 6. Bei Gewinnermittlung gem. § 4 Abs. 3 (Einnahmenüberschussrechnung) ist die Vorschrift aufgrund der expliziten Anordnung in § 6e Abs. 4 entsprechend anzuwenden.

Entsprechende Geltung für Überschusseinkünfte: Qua expliziter Anordnung in § 9 Abs. 5 Satz 2 gilt die Vorschrift bei Einkünften gem. § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 entsprechend.

Fonds: Sachlich erfasst werden soll insbes. der Typusbegriff des „Fonds“. Der Begriff wird zwar in der Vorschrift nicht explizit bzw. solitär verwendet, sondern findet sich nur als Teil des Begriffs der „Fondsetablierungskosten“ wieder. Gleichwohl wird der Begriff im Rahmen der Gesetzesbegründung umfangreich in Bezug genommen. Zudem beschreibt die Vorschrift in Abs. 1 abstrakt die eine „Fonds-konstruktion“ (BRDrucks. 356/19, 100) kennzeichnende kollektive, rechtl. verbundene Tatbestandsverwirklichung (s. Anm. 14). In den Kategorien des deutschen Aufsichtsrechts beschränkt sich der sachliche Anwendungsbereich auf Alternative Investmentfonds (AIF) iSd. § 1 Abs. 3 KAGB, die als PersGes. – in praxi ausschließlich als GmbH & Co. KG – strukturiert sind. Ob diese offen oder geschlossen ausgestaltet sind (§ 1 Abs. 5 KAGB), ist hingegen nicht entscheidend, wenngleich in der Sache regelmäßig nur geschlossene Fonds betroffen sein dürften (ebenso *Rüsch in Blümich*, § 6e Rz. 9 [5/2021]). Die Qualifikation als AIF iSd. KAGB ist jedoch nicht Voraussetzung für die Anwendung oder Nichtanwendung der Vorschrift (s. Anm. 7). Keine Bedeutung für die Anwendung der Vorschrift kommt der Form der Investitionstätigkeit oder der Art der Investitionsgüter zu.

Einzelinvestments: Die Vorschrift ist gem. Abs. 3 in Teilen (Abs. 1 Satz 1 sowie Abs. 2) sinngemäß auch auf Sachverhalte außerhalb von Fondsstrukturen, in denen auf mit Fondsetablierungskosten vergleichbare Kosten zu zahlen sind, anzuwenden (s. Anm. 48).

2. Persönlicher Geltungsbereich

6

Persönlicher Geltungsbereich: Die Vorschrift gilt für unbeschränkt stpfl. und beschränkt stpfl. natürliche Personen (§ 1) sowie Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen (§§ 1 Abs. 1, 2 Nr. 1, 8 Abs. 1 KStG). Die Rechtsfolgen der Anwendung der Vorschrift werden im Falle einer gemeinschaftlichen Investition iSd. Abs. 1 allerdings auf der Ebene der Fonds-PersGes. (s. Anm. 5) als Subjekt der Einkünfterzielung, -ermittlung und -qualifikation (Grundsatz der Einheitsbetrachtung) gezogen (s. Anm. 12, 24). Eine unmittelbare Anwendung der Vorschrift im Rahmen der Gewinn- bzw. Überschussermittlung auf Ebene einer natürlichen Person oder Körperschaft kommt lediglich im Falle von Einzelinvestments iSd. Abs. 3 (s. Anm. 48), bei betrieblichen Anlegern einer vermögensverwaltenden Fonds-PersGes. (Zebragesellschaft, s. Anm. 8) oder im Falle eines einzigen in Deutschland stpfl. Anlegers einer ausländ. Fonds-PersGes. in Betracht (mangels gemeinsam festzustellender Einkünfte, § 180 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 AO).

Räumlicher Anwendungsbereich (Auslandsbeziehungen): Die Vorschrift kommt uneingeschränkt auch im Outbound-Fall, also bei Fonds-PersGes. mit Ort der Geschäftsleitung im Ausland oder im Ausland belegenen Einzelinvestments iSd. Abs. 3, zur Anwendung, sofern und soweit daran im Inland unbeschränkt stpfl. natürliche Personen oder Körperschaften beteiligt sind. Entsprechendes gilt im Inbound-Fall bezüglich beschränkt stpfl. natürlicher Personen oder Körperschaften. In beiden Fällen können DBA dazu führen, dass die Anwendung der Vorschrift ins Leere läuft.

7 V. Verhältnis des § 6e zu anderen Vorschriften

Verhältnis zu anderen Vorschriften des EStG:

- ▶ *Verhältnis zu § 4 Abs. 3:* Abs. 4 legt die entsprechende Anwendung des § 6e fest (s. Anm. 51).
- ▶ *Verhältnis zu § 5:* Als Bewertungsvorschrift hat § 6e im Rahmen der stl. Gewinnermittlung durch BV-Vergleich auch im Falle einer handelsrechtl. Buchführungspflicht Vorrang vor den Vorgaben des Handelsrechts (§ 5 Abs. 6). Im Hinblick auf die in der Vorschrift angelegte Anschaffungsfiktion gem. Abs. 1 Satz 2 (s. Anm. 29) liegt hingegen eine nicht in § 5 Abs. 6 vorgesehene Durchbrechung des Maßgeblichkeitsgrundsatzes gem. § 5 Abs. 1 Satz 1 vor (Bilanzierung dem Grunde nach).
- ▶ *Verhältnis zu § 6:* Die Vorschrift stellt eine streng auf ihren spezifischen Anwendungsbereich beschränkte Erweiterung des § 6 Abs. 1 Nr. 1 dar.
- ▶ *Verhältnis zu § 9:* § 9 Abs. 5 Satz 2 legt fest, dass § 6e entsprechend für die Beurteilung von WK im Rahmen der Überschusseinkünfte gilt.
- ▶ *Verhältnis zu § 15b:* Die Anwendung des § 6e im Rahmen der Gewinnermittlung sperrt aufgrund der expliziten Anordnung in Abs. 5 nicht eine (nachgelagerte) Anwendung des § 15b (s. Anm. 52). Vor dem Hintergrund des engen inhaltlichen und entstehungsgeschichtlichen Zusammenhangs der Normen (s. Anm. 2) kann für die Auslegung einzelner Merkmale des § 6e auch auf Rspr. zu § 15b zurückgegriffen werden, sofern mit diesen hinreichend ähnliche Regelungszwecke verfolgt werden (s. Anm. 19).

Verhältnis zum KStG: Aufgrund der Verweisung in § 8 Abs. 1 Satz 1 KStG gilt die Vorschrift grds. auch für Zwecke der KSt (s. aber Anm. 5, 6).

Verhältnis zum GewStG: Im Falle gewerblicher Fonds-PersGes. gilt die Vorschrift aufgrund der Verweisung in § 7 Satz 1 GewStG auch für Zwecke der GewSt (auf Ebene der Fonds-PersGes.). Im Falle vermögensverwaltender Fonds-PersGes. (oder bei Einzelinvestments gem. § 6e Abs. 3) kann sich über § 7 Satz 1 GewStG auch Relevanz für die Ermittlung des Gewerbeertrags des (betrieblichen) Anlegers ergeben (s. Anm. 5, 6). Zu den Auswirkungen von an Mitunternehmer gezahlten Sondervergütungen s. Anm. 42.

Verhältnis zur AO:

- ▶ *Verhältnis zu § 42 AO:* Da der IV. Senat des BFH (BFH v. 26.4.2018 – IV R 33/15, BStBl. II 2020, 645, Rz. 32) die Anwendung des § 42 AO (in der bis zum 31.12.2007 geltenden Fassung) in einem „missbrauchsverdächtigen Feld“ bereits unter (alleiniger) Geltung des § 15b als gesperrt ansah (zur Anknüpfung an die Weiterentwicklung der Rspr. anderer BFH-Senate zum Verhältnis spezieller Missbrauchsvorschriften und § 42 AO a.F. durch das Ur. vgl. *Kleinert*, RdF 2018, 262; auch *Riedel*, FR 2018, 1145), wird dies erst recht gelten, wenn mit § 6e eine zweite spezielle Missbrauchsbestimmung eingeführt wurde. Sofern § 6e denn rückwirkend anwendbar wäre (s. Anm. 4), wäre mithin im Erg. ein Rückgriff auf § 42 AO (a.F.) zur Umqualifizierung von Aufwendungen in AK grds. nicht mehr möglich (so auch *Schindler* in *Kirchhof*, 20. Aufl. 2021, § 6e Rz. 10; zur ausnahmsweisen Anwendung im Falle des Missbrauchs einer Spezialvorschrift vgl. allerdings FG Hamb. v. 27.6.2017 – 6 K 127/16, EFG 2017, 1718, Rev. Az. BFH I R 52/17). Bezüglich der seit dem 1.1.2008 geltenden Fassung des § 42 AO hat der I. Senat des BFH zwischenzeitlich entschieden, dass

einzelsteuergesetzliche Vorschriften zur Verhinderung von Steuerumgehungen, die tatbestandlich nicht einschlägig sind, die Anwendung des § 42 AO nicht ausschließen (BFH v. 17.11.2020 – I R 2/18, FR 2021, 695, Rz. 20). Allerdings seien bei der Prüfung des Vorliegens eines Missbrauchs iSd. § 42 Abs. 2 AO diejenigen Wertungen des Gesetzgebers, die den von ihm geschaffenen einzelsteuergesetzlichen Umgehungsverhinderungsvorschriften zugrunde liegen, zu berücksichtigen (vgl. BFH v. 17.11.2020 – I R 2/18, FR 2021, 695, Rz. 21). Dementsprechend dürfte sich durch die Neufassung des § 42 AO im Ergebnis wenig geändert haben (vgl. *Pfirmsmann*, HFR 2021, 744). Bezogen auf § 6e bedeutet dies, dass es in Fällen, in denen die Tatbestandsvoraussetzungen des § 6e erfüllt sind, zu keiner darüberhinausgehenden, auf § 42 AO gestützten, Umqualifizierung von Aufwendungen in AK kommen kann. Bei Nichterfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 6e könnte § 42 AO n.F. hingegen mangels „Abschirmwirkung“ zwar zur Anwendung gelangen. Dies sollte uE gleichwohl insoweit unverändert keinesfalls zu einem automatischen „Wiederaufleben“ bzw. „Weiterleben“ der estl. Vertragsgeflecht-Rspr. in Gestalt des Fondserlasses führen. Schließlich muss iRd. (einzelfallbezogenen) Angemessenheitsprüfung des Vorliegens eines Missbrauchs iSd. § 42 Abs. 2 AO der mit § 15b sowie nunmehr mit § 6e dokumentierte „Wertungsstandard“ (allg. *Drüen* in *Tipke/Kruse*, Vor § 42 Rz. 13a [8/2021] mit Verweis auf *Gosch* in *Kirchhof*, 20. Aufl. 2021, § 50d Rz. 30a) beachtet werden, so dass § 42 AO in Fondsfällen typischerweise leerlaufen dürfte. Insbesondere bei Nichtvorliegen eines vorformulierten Vertragswerks iSd. § 6e (spezifische Modellhaftigkeit, s. Anm. 17) kann grundsätzlich auch kein Missbrauch iSd. § 42 AO angenommen werden. Überdies werden vielfach gewichtige außersteuerliche Gründe (§ 42 Abs. 2 Satz 2 AO) anzuführen sein. Dies gilt insbesondere bei Fonds mit Investorenpartizipation (s. Anm. 21), nicht zuletzt da sich in diesen Fällen die Fondsstruktur und damit einhergehend die vereinbarten Aufwendungen dem Grunde und der Höhe nach als Erg. eines Verhandlungsprozesses zwischen den Fondsmanagern und den Anlegern darstellen.

Verhältnis zum HGB:

- ▶ *Verhältnis zu § 255 HGB*: Für ihren spezifischen Geltungsbereich (s. Anm. 5, 6) erweitert die Vorschrift den handelsrechtl. AK-Begriff gem. § 255 Abs. 1 HGB (ausschließlich) für Zwecke der stl. Gewinnermittlung.
- ▶ *Verhältnis zu § 274 HGB*: Durch die Vorschrift kommt es zu temporären Differenzen zwischen den Wertansätzen in HBil. und StBil. der Fonds-PersGes. Im Falle einer gewerblichen Fonds-PersGes. können die (ausschließlich mit ihren gewstl. Auswirkungen bewerteten) Differenzen als aktive latente Steuern in der HBil. angesetzt werden (§§ 264a, 274 Abs. 1 Satz 2 HGB).

Verhältnis zum KAGB: Es besteht keine formelle Bindung an die Regelungen des KAGB (s. Anm. 5). Eine mittelbare Bindungswirkung kann sich allerdings durch die Verknüpfung der Klassifikation nach KAGB mit dem Anwendungsbereich des InvStG (§ 1 InvStG) ergeben (s. „Verhältnis zum InvStG“).

Verhältnis zum InvStG: Auf vom InvStG erfasste Investmentfonds findet § 6e keine unmittelbare Anwendung (s. Anm. 14).

8 VI. Verfahrensfragen zu § 6e

Feststellungsverfahren: Die unter Berücksichtigung der Vorschrift auf Ebene der Fonds-PersGes. (s. Anm. 24) ermittelten Einkünfte sind Gegenstand der gesonderten und einheitlichen Feststellung gem. § 180 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a AO. Dies gilt auch bei der entsprechenden Anwendung der Vorschrift gem. § 9 Abs. 5 Satz 2 im Rahmen der Ermittlung der Überschusseinkünfte einer vermögensverwaltenden PersGes.

Zebragesellschaften: Auf Ebene der Gesellschaft ist (einheitlich, s. Anm. 24) über das Vorliegen der Voraussetzungen der Vorschrift zu entscheiden (§ 9 Abs. 5 Satz 2). Der betriebliche Anleger hat dann im Hinblick auf die anteiligen WG der vermögensverwaltenden Fonds-PersGes. § 6e unmittelbar im Rahmen der Aufstellung seiner eigenen StBil. anzuwenden (s. allg. BMF v. 29.4.1994 – IV B 2 - S 2241 – 9/94; IV A 4 - S 0341 – 11/94, BStBl. I 1994, 282, Rz. 5). In der Praxis wird die Fonds-PersGes. allerdings regelmäßig eine die Überschussermittlung ergänzende Gewinnermittlung (gem. §§ 4 Abs. 1, 5) erstellen, deren Erg. als Hinweis im nachrichtlichen Teil der gesonderten und einheitlichen Feststellung der Überschusseinkünfte aufgenommen wird und vom betrieblichen Anleger (und von dem für ihn zuständigen FA) übernommen werden kann, sofern der angegebene Betrag nicht offensichtlich unzutreffend ist (s. allg. BMF v. 29.4.1994 – IV B 2 - S 2241 – 9/94; IV A 4 - S 0341 – 11/94, BStBl. I 1994, 282, Rz. 6).

Verbindliche Auskunft: Bei Erfüllung der allgemeinen Voraussetzungen spricht nichts gegen die Erteilung einer verbindlichen Auskunft gem. § 89 Abs. 2 AO bezüglich § 6e berührender Rechtsfragen. Grundsätzlich sollen verbindliche Auskünfte iSd. § 89 Abs. 2 AO nicht erteilt werden in Angelegenheiten, bei denen die Erzielung eines StVorteils im Vordergrund steht (zB Prüfung von Steuersparmodellen, vgl. AEAO v. 31.1.2014, BStBl. I 2014, 290 zu § 89 AO, Rz. 3.5.4 Satz 1). Davon ist allerdings die Frage der Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit einer gesetzlichen Norm – auch wenn sie der Vermeidung von seitens des Gesetzgebers als missbräuchlich eingestuft Gestaltungen dient – zu unterscheiden. Eine solche muss möglich sein (zu § 15b s. § 15b Anm. 20), zumindest sofern nicht die (wiederum) missbräuchliche Umgehung der Missbrauchsvorschrift (s. Anm. 7) Gegenstand des Auskunftsverfahrens ist.

Mitwirkungspflicht gem. § 93 AO: Analog zu den Modellinitiatoren bei § 15b (s. § 15b Anm. 20) dürften Projektanbieter (s. Anm. 20) zur Mitwirkung verpflichtet sein, zB zur Klärung der Frage, ob es sich um ein vorformuliertes Vertragswerk iSd. Vorschrift handelt.

Feststellungslast: Diese dürfte regelmäßig die FinVerw. treffen (vgl. *Rüsch in Blümich*, § 6e Rz. 41 [5/2021]; zu § 15b s. § 15b Anm. 20).

9–10 Einstweilen frei.

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Erweiterung des steuerbilanziellen Anschaffungskostenbegriffs und Anschaffungsfiktion

I. Erweiterung des steuerbilanziellen Anschaffungskostenbegriffs um Fondsetablierungskosten bei Erwerberfonds (Abs. 1 Satz 1)

1. Anschaffung von Wirtschaftsgütern (Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1)

11

Anschaffung: Entsprechend dem allgemeinen Anschaffungs begriff (s. § 6 Anm. 162f.) muss tatbestandlich ein bestehendes WG von einem Dritten erworben werden. Der Anschaffungsvorgang iSd. § 255 HGB (s. § 6 Anm. 163) muss nicht notwendigerweise vollendet sein, der Beginn der Planung des Erwerbsvorgangs ist ausreichend (Beginn des AK-Zeitraums, s. § 6 Anm. 164). Im Umkehrschluss werden Lebenssachverhalte, die nach allgemeinen stl. Grundsätzen als Herstellung (s. § 6 Anm. 165) zu beurteilen sind, nicht von Abs. 1 Satz 1 erfasst (aber ggf. von Abs. 1 Satz 2, s. Anm. 28).

Wirtschaftsgüter: Gegenstand der Anschaffung müssen WG (s. § 5 Anm. 550–565) sein. Es ist unerheblich, ob es sich um WG des AV (s. § 6 Anm. 151) oder des UV handelt, ob diese materiell oder immateriell, abnutzbar oder nicht abnutzbar sind, da der Gesetzeswortlaut insofern keine Einschränkung vorsieht. Auch die Anschaffung eines einzelnen WG ist uE ausreichend, da die Norm zwar im Plural formuliert ist, ansonsten aber unspezifisch bleibt (kein „mehrere“ oder „Vielzahl“ an WG).

2. Gemeinschaftliche Anschaffung durch Steuerpflichtigen mit weiteren Anlegern (Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1)

a) Steuerpflichtiger

12

Steuerpflichtige können nur natürliche Personen (§ 1 Abs. 1) oder Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen (§ 1 Abs. 1 KStG iVm. § 8 Abs. 1 Satz 1 KStG) sein. Aus der Verwendung der Formulierung „und weitere“ ergibt sich, dass der Stpfl. auch „Anleger“ (s. Anm. 13) sein muss, gemeint sind mithin (nur) die Gesellschafter der Fonds-PersGes. (s. Anm. 14).

Anlegerbezogene Betrachtungsweise: Die Bezugnahme auf den (einzelnen) stpfl. Anleger ist uE im Sinne der Festlegung einer Vielheitsbetrachtung zu verstehen. Vom estl. Grundsatz der Einheitsbetrachtung, gemäß derer die Verhältnisse auf Ebene der Fonds-PersGes. als Subjekt der Einkünfteerzielung, -ermittlung und -qualifikation maßgeblich sind (s. § 15 Anm. 90), stellt die Vorschrift mithin eine Ausnahme dar (zu weiteren Beispielen gesellschafterbezogener Betrachtung s. § 15 Anm. 94). Diese anlegerbezogene Betrachtung ergibt sich aus dem restlichen Normaufbau (s.u. „Funktion/Reichweite“) und setzt einen der Kerngedanken der für die Vorschrift maßgeblichen estl. Vertragsgeflecht-Rspr. des BFH (s. Anm. 2) um. Der Gedanke der Vielheit der Gesellschafter hat gegenüber der Einheit der Gesellschaft Vorrang, wenn dadurch eine zutreffende Besteuerung der Gesellschafter erreicht wird. Entsprechend ist für die stl. Beurteilung, ob eine gegebene Leistung/Zahlung als AHK oder sofort abziehbare BA/WK zu behandeln ist, gerade nicht die Gesellschaftsperspektive (und damit die in der HB abgebildete tatsächliche Zivilrechtsslage), sondern die Anlegerperspektive maßgeblich (vgl. BFH v. 28.6.2001 – IV R 40/97, BStBl. II 2001, 717; BFH v. 14.4.2011 – IV R 8/10, BStBl. II 2011, 709).

- ▶ **Funktion/Reichweite:** Aus Anlegersicht ist zu prüfen, ob der von der Norm geforderte strukturelle Tatbestand erfüllt ist (s. Anm. 17 ff.). In diesem Fall wird der in gesamthänderischer Verbundenheit verwirklichte Sachverhalt – die zivilrechtl. Tatsache des Erwerbs von Vermögenswerten erfolgt auf Ebene der Fonds-PersGes. als rechtl. selbständige Trägerin von Rechten und Pflichten (s. Anm. 14) – für Zwecke der ESt entsprechend im Sinne einer finalen Betrachtung aus der Perspektive des Anlegers behandelt (s. auch Abs. 2, in welchem die „vom Anleger“ zu zahlenden Aufwendungen als Ausgangspunkt der zu bestimmenden Fondsetablierungskosten dienen, dazu s. Anm. 32).
- ▶ **Keine vollständige Transparenz:** Ungeachtet der Maßgeblichkeit der Anlegerperspektive für die Beurteilung eines Sachverhalts erfolgt auf Rechtsfolgenseite nach allgemeinen Grundsätzen eine einheitliche Entsch. und Umsetzung auf Gesellschaftsebene (s. Anm. 24) sowie die Aufteilung und Zurechnung der resultierenden Einkünfte auf die einzelnen Anleger. Dies entspricht im Erg. auch der von der FinVerw. bislang vertretenen Sichtweise (vgl. BMF v. 20.10.2003 – IV C 3 - S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2005, 546, Rz. 32 Satz 1; Rz. 33).

13 b) Begriff des Anlegers

Es handelt sich um einen stl. Typusbegriff, den die FinVerw. bereits in der Vergangenheit ohne weitere Konkretisierung genutzt hatte (BMF v. 20.10.2003 – IV C 3 - S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2005, 546; BMF v. 17.7.2007 – IV B 2 - S 2241 – b/07/0001, BStBl. I 2007, 542).

Persönliche Voraussetzungen: Im Hinblick auf den Regelungszweck der Vorschrift ist uE regelmäßig von einem Anleger auszugehen, wenn ein – nicht mit dem „Projektanbieter“ (dazu s. Anm. 20) identischer bzw. diesem nahestehender – Rechtsträger (natürliche Person, Körperschaft oder PersGes.) zivilrechtl. Gesellschafter der Fonds-PersGes. ist und dieser Eigenkapital gegen Gewährung eines erfolgsbezogenen Entgelts (Beteiligung am Gesellschaftsvermögen, Gewinn und Verlust) überlässt.

Steuerpflicht: Der Anleger muss nicht unbedingt auch Stpfl. iSd. EStG sein, so dass zB auch im Inland nicht stpfl. ausländ. Gesellschafter sowie andere PersGes. erfasst werden.

Keine Bindungswirkung des Aufsichtsrechts: In der Praxis wird es häufig zu einem faktischen Gleichlauf mit dem aufsichtsrechtl. Anlegerbegriff gem. § 1 Abs. 1 Sätze 1 und 2 KAGB (vgl. Auslegungsschreiben zum Anwendungsbereich des KAGB und zum Begriff des „Investmentvermögens“ der BaFin v. 14.6.2013 [geändert am 9.3.2015] – Q 31 – Wp 2137 – 2013/0006, Rz. 2, 4; auch *Verfürth/Emde* in *Emde/Dornseifer/Dreibus*, 2. Aufl. 2019, § 1 KAGB Rz. 49 ff.) kommen. Eine Bindungswirkung besteht allerdings nicht.

Keine Anleger: Folgende Gesellschafter sind in typischen als GmbH & Co. KG ausgestalteten Fonds-PersGes. (s. Anm. 5) vorzufinden, nach vorstehenden Grundsätzen aber nicht als Anleger iSd. Norm anzusehen:

- ▶ **Komplementär-GmbH:** Beteiligung zumeist ohne Beteiligung am Vermögen, Gewinn und Verlust und damit nicht zu Investitionszwecken (so zum Aufsichtsrecht *Verfürth/Emde* in *Emde/Dornseifer/Dreibus*, 2. Aufl. 2019, § 1 KAGB Rz. 53).
- ▶ **Geschäftsführender Kommanditist:** Siehe „Komplementär-GmbH“. Dies gilt auch im Falle einer gesellschaftsrechtl. notwendigen Minimalbeteiligung (wie-

derum zum Aufsichtsrecht: Auslegungsschreiben zum Anwendungsbereich des KAGB und zum Begriff des „Investmentvermögens“ der BaFin v. 14.6.2013 [geändert am 9.3.2015] – Q 31 – Wp 2137 – 2013/0006, Rz. 4).

- ▶ *Carry-Vehikel* werden regelmäßig von den „Projektanbietern“/Initiatoren beherrscht (aufsichtsrechtl. differenziert die BaFin-Verwaltungspraxis, ob die Beteiligung des Vehikels zu Anlagezwecken erfolgt, vgl. *Verfürth/Emde* in *Emde/Dornseifer/Dreibus*, 2. Aufl. 2019, § 1 KAGB Rz. 53).
- ▶ *Team-Vehikel*, sofern diese von den „Projektanbietern“/Initiatoren beherrscht werden (s. „Carry-Vehikel“).

c) Gemeinschaftliche Tatbestandsverwirklichung

14

Die Anschaffung der WG (s. Anm. 11) muss tatbestandlich dergestalt erfolgen, dass der Stpfl. (s. Anm. 12) nicht solitär, sondern gemeinschaftlich verbunden mit anderen Anlegern (s. Anm. 13, 14) tätig wird. Mit diesem Tatbestandsmerkmal wird im Kern der zentrale sachliche Regelungsbereich (s. Anm. 5), dh. die kollektive Investitionstätigkeit, beschrieben, ohne allerdings das Wort „Fonds“ explizit zu benutzen (in der Gesetzesbegründung wird allerdings implizit „gemeinschaftlich“ mit „Fondskonstruktion“ gleichgesetzt, vgl. BRDrucks. 356/19, 98).

Gemeinschaftlich: Der Begriff setzt uE voraus, dass mehrere Personen als Gesellschafter oder Gemeinschaftler rechtl. verbunden sind, die im Rahmen dieser Verbundenheit den gesetzlichen Tatbestand verwirklichen und entsprechend unmittelbar an den resultierenden Einkünften beteiligt sind (iSd. § 180 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a AO; vgl. dazu allg. *Ratschow* in *Klein*, 15. Aufl. 2020, § 180 AO Rz. 6 mwN; allg. zur Mitunternehmerschaft iSd. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 s. § 15 Anm. 411; auch *Wacker* in *Schmidt*, 40. Aufl. 2021, § 15 Rz. 171 mwN; zu vermögensverwaltender PersGes. BFH v. 20.11.2018 – VIII R 39/15, BStBl. II 2019, 239, Rz. 18, 26). Erfasst werden nicht nur Bruchteilsgemeinschaften (iSd. § 741 BGB), sondern auch und insbes. Gesamthandsgemeinschaften, einschließlich der Gesamthandsgesellschaften (GbR, oHG und KG, vgl. *Leuschner* in *MüKo BGB*, 9. Aufl. 2021, Vor § 21 BGB Rz. 10). Im Erg. entspricht der Begriff dem an anderen Stellen im EstG verwendeten Terminus „(Personen-)gesellschaft oder Gemeinschaft“ (§ 6b Abs. 10 Satz 10, § 7g Abs. 7, § 15b Abs. 4 Sätze 4 und 5 sowie § 18 Abs. 1 Nr. 4).

- ▶ *Praktische Relevanz der Personengesellschaft:* In der Praxis werden die von der Vorschrift erfassten Fonds ausschließlich als Gesamthandsgesellschaft – spezifisch: (GmbH & Co.) KG – strukturiert. Soweit das KAGB anwendbar ist (s. Anm. 5, 7), ergibt sich dies aus dem darin vorgesehenen Typenzwang (§§ 44 Abs. 1 Nr. 7, 124ff. 149ff. KAGB). Auch bereits im BMF-Schr. v. 20.10.2003 (BMF v. 20.10.2003 – IV C 3 - S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2005, 546) wurde zwar in der Überschrift eine weite Definition des geschlossenen Fonds vorgenommen („gesellschafts- sowie gemeinschaftsrechtlich verbundene Personenzusammenschlüsse“), materiell wurde dann jedoch nur noch auf „Gesellschaften“ abgestellt.
- ▶ *Bruchteilsgemeinschaften:* Als Bruchteilsgemeinschaften strukturierte „geschlossene Fonds“ sind in der Praxis irrelevant. Die insofern weite Formulierung der Vorschrift dürfte vor allem historische Gründe haben (Immobilienfonds der ersten Generation wurden noch als Bruchteilsgemeinschaften strukturiert, vgl. zB BFH v. 2.10.1985 – II R 86/83, BStBl. II 1986, 28). Zwar sieht das KAGB für Investmentvermögen der Vertragsform (§ 1 Abs. 10 KAGB) auch die sog. Mitigentumslösung (vgl. *Nietsch* in *Emde/Dornseifer/Dreibus*, 2. Aufl. 2019, § 92

KAGB Rz. 17) vor (§ 92 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 KAGB), bei der eine Bruchteilsgemeinschaft an den Vermögensgegenständen des Sondervermögens gebildet wird (vgl. K. Schmidt in MüKo BGB, 8. Aufl. 2020, § 741 BGB Rz. 50 ff.). Diese Investmentvermögen werden jedoch durch § 1 Abs. 2 iVm. § 6 Abs. 1 Satz 1 InvStG als eigenständige KStSubjekte (Zweckvermögen gem. § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG) fingiert, so dass Abs. 1 Satz 1 wiederum nicht zur Anwendung gelangen kann (s. „Körperschaftlich verfasste Fonds“).

- ▶ *Körperschaftlich verfasste Fonds*: Ist der Fonds selbst Steuersubjekt (iSd. KStG), ist die Vorschrift nicht anwendbar, da es estl. an der geforderten gemeinschaftlichen Tatbestandsverwirklichung mehrerer Personen fehlt (ebenso Oellerich in BeckOK, § 6e Rz. 38 [6/2021]; Rüschi in Blümich, § 6e Rz. 12 [5/2021]; aA Schiffrers in Korn, § 6e Rz. 20 [2/2020]). Die Beschränkung auf als PersGes. strukturierte Fonds ergibt sich zudem bereits aus dem entstehungsgeschichtlichen Kontext der Vorschrift (s. Anm. 2).
- ▶ *Ausländische Fonds*: Im Falle ausländ. Fondsstrukturen wird ein Rechtstypenvergleich notwendig sein (s. allg. zu ausländ. PersGes. § 15 Anm. 15).

Mindestens zwei Anleger: Aus dem insoweit eindeutigen Wortlaut der Vorschrift ergibt sich, dass nur Strukturen mit mindestens zwei Anlegern (von denen wiederum mindestens einer ein Stpfl. sein muss) erfasst werden. Im Falle von treuhänderisch gehaltenen Anteilen wird uE auf die Anzahl der Treugeber abzustellen sein (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 AO).

Erwerberfonds: Der von der Vorschrift tatbestandlich vorausgesetzte Erwerb von WG (s. Anm. 11) erfolgt zivilrechtl.-tatsächlich auf Ebene der Fonds-PersGes. (vgl. BRDrucks. 356/19, 98). In der Sache werden daher von Abs. 1 Satz 1 uE die vor Schaffung der Vorschrift im Fondserlass als „Erwerberfonds“ („Fonds, der ein fertig gestelltes und nutzungsbereites Wirtschaftsgut erwirbt“, BMF v. 20.10.2003 – IV C 3 - S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2005, 546, Rz. 46) bezeichneten Fonds (präziser: „originäre Erwerberfonds“, vgl. Heß, DStR 2003, 1953 [1957]) erfasst.

15–16 Einstweilen frei.

3. Beschränkung auf Erwerbe bei vorformuliertem Vertragswerk (Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1)

a) Vorformuliertes Vertragswerk

17 aa) Merkmal zur Definition einer spezifischen Modellhaftigkeit

Das Tatbestandsmerkmal des „vorformulierten Vertragswerks“ zielt uE übergeordnet auf eine spezifische Modellhaftigkeit bestimmter Fondsgestaltungen ab, sowohl im Sinne eines Strukturmerkmals als auch im Erg. als notwendige Bedingung für das Funktionieren des Modells (vgl. BFH v. 14.11.1989 – IX R 197/84, BStBl. II 1990, 299; BFH v. 14.4.2011 – IV R 15/09, BStBl. II 2011, 706, Rz. 25). Es handelt sich um das zentrale, stets einzelfallabhängig zu prüfende Tatbestandsmerkmal der Norm. Schließlich wurde von der Rspr. mit dieser spezifischen Modellhaftigkeit die von allgemeinen Grundsätzen abweichende stl. Behandlung bestimmter Aufwendungen gerechtfertigt, welche nunmehr als Rechtsfolge in Abs. 1 Satz 1 (s. Anm. 24) festgelegt ist.

Modellhaftigkeit: Durch die Teilmerkmale „(einheitliches) Vertragswerk“ (s. Anm. 18) einerseits und „vorformuliert“ (s. Anm. 19) andererseits werden un-

terschiedliche Aspekte der Modellhaftigkeit beschrieben. Der objektiv-notwendige Tatbestand des Vorliegens eines (einheitlichen) Vertragswerks wird ergänzt durch das subjektiv-hinreichende Merkmal, ob dieses als Teil eines aus Anlegersicht von einem Projektanbieter vorgefertigten, nicht beeinflussbaren Konzeptes besteht. Ein solches Verständnis lässt sich aus der für die Auslegung der Vorschrift heranzuziehenden estl. Vertragsgeflecht-Rspr. des BFH entnehmen, in welcher Begrifflichkeiten und Bedeutung geprägt wurden:

- ▶ *Begriffsursprung:* Das Tatbestandsmerkmal „von einem Projektanbieter vorformulierten Vertragswerk“ ist fast wörtlich dem Leitsatz des BFH v. 14.11.1989 (BFH v. 14.11.1989 – IX R 197/84, BStBl. II 1990, 299) entnommen. Dieses erging allerdings nicht zu einem Fonds, sondern zu einem Bauherrenmodell (s. Anm. 2) und knüpfte an die frühere Rspr. zur Abgrenzung des estl. Bauherrn (§ 15 Abs. 1 EStDV) vom Erwerber außerhalb modellhafter Strukturen an (vgl. BFH v. 22.2.1967 – VI R 87/66, BStBl. III 1967, 316; BFH v. 15.3.1973 – VIII R 150/70, BStBl. II 1973, 593; BFH v. 22.4.1980 – VIII R 149/75, BStBl. II 1980, 441). Entsprechend fand sich die Formulierung auch schon weitgehend wortgleich im sog. Gesamtobjekte betreffenden Abschn. I. des Fondserlasses (BMF v. 20.10.2003 – IV C 3 - S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2005, 546, Rz. 1 Satz 1).
- ▶ *Verwendung im Fondskontext:* Auch in den spezifisch zu Fonds-Sachverhalten ergangenen Ur. des BFH wurde die Formulierung in Bezug genommen (vgl. BFH v. 11.1.1994 – IX R 82/91, BStBl. II 1995, 166) bzw. sinngemäß (BFH v. 8.5.2001 – IX R 10/96, BStBl. II 2001, 720) oder wörtlich (BFH v. 28.6.2001 – IV R 40/97, BStBl. II 2001, 717; BFH v. 14.4.2011 – IV R 15/09, BStBl. II 2011, 706; BFH v. 14.4.2011 – IV R 8/10, BStBl. II 2011, 709) übernommen.
- ▶ *Fondserlass:* In dem Fonds betreffenden Abschn. II des Fondserlass hatte die FinVerw. eine andere Formulierung genutzt („Vorgabe“ eines „einheitlichen Vertragswerks“ durch den Initiator, vgl. BMF v. 20.10.2003 – IV C 3 - S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2005, 546, Rz. 33). Durch die gleichzeitige Bezugnahme auf die BFH-Rspr. (BFH v. 8.5.2001 – IX R 10/96, BStBl. II 2001, 720; BFH v. 28.6.2001 – IV R 40/97, BStBl. II 2001, 717) wird jedoch deutlich, dass damit keine inhaltlichen Unterschiede intendiert waren. Auch die Gesetzesbegründung verwendet die Formulierung des Fondserlasses (vgl. BRDrucks. 356/19, 99), obschon in Abs. 1 Satz 1 das „vorformulierte Vertragswerk“ benannt wird.

Modellzweck: Entsprechend der estl. Vertragsgeflecht-Rspr. muss die konkrete Ausgestaltung des Modells auf das Ziel gerichtet sein, eigentliche AHK in sofort abziehbare BA/WK zu transformieren um dem Anleger eine „möglichst hohe Steuerersparnis“ (BFH v. 14.11.1989 – IX R 197/84, BStBl. II 1990, 299) zukommen zu lassen. Die mithin „gewünschte Schaffung sofort abziehbarer Ausgaben“ (BFH v. 8.5.2001 – IX R 10/96, BStBl. II 2001, 720) darf nicht nur Nebenziel sein, sondern muss den maßgeblichen Zweck der konkreten Vorformulierung eines einheitlichen Vertragswerks darstellen (BFH v. 28.6.2001 – IV R 40/97, BStBl. II 2001, 717; BFH v. 14.4.2011 – IV R 15/09, BStBl. II 2011, 706). Dies ist schließlich jener „Missbrauch“, der zuvor unter Rückgriff auf § 42 AO durch die estl. Vertragsgeflecht-Rspr. und nunmehr durch Einf. der Vorschrift vermieden werden soll (s. Anm. 3, 7). Es ist naheliegend, dass der Gesetzgeber damit – flankierend zum Anwendungsbereich des 15b (s. Anm. 52) – beabsichtigt, präventiv modellhaften Gestaltungen mit dem vorrangigen Ziel der stl. Verlustgenerierung bzw. -nutzung entgegenzuwirken.

18 **bb) Vertragswerk**

Es handelt sich um einen stl. Typusbegriff, der auch bereits im Fondserlass vorausgesetzt wurde (vgl. BMF v. 20.10.2003 – IV C 3 - S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2005, 546, Rz. 33; dazu auch *Heß*, DStR 2003, 1953 [1956]; Beispiel: Verträge über die Erstellung der rechtl. Grundlagen eines Fonds sowie Liquiditäts-, Investitions- und Prognoserechnung, Prospekterstellung, Prospektprüfung, Eigenkapitalvertrieb, Besorgung der Fremdfinanzierung, Platzierungsgarantie sowie Bauleitung und Projektkoordinierung, vgl. BFH v. 14.4.2011 – IV R 15/09, BStBl. II 2011, 706).

Vertragsbündel: Grundsätzlich bedarf es einer Mehr- bzw. Vielzahl von Einzelverträgen (ohne dass es auf die bestimmte Anzahl der Verträge und/oder der Vertragspartner ankommen würde). Diese müssen eine hinreichend konkrete Verknüpfung („Bündel von Verträgen“, BRDrucks. 356/19, 99) untereinander aufweisen, so dass der einzelne Vertrag im Rahmen des gesamten Vertragsgeflechts regelmäßig keine selbständige Bedeutung hat, sondern nur im Zusammenhang mit den anderen Verträgen wirtschaftlich sinnvoll ist (vgl. BFH v. 14.11.1989 – IX R 197/84, BStBl. II 1990, 299).

Einheitlichkeit: Die Verknüpfung der Verträge muss im Hinblick auf die Modellhaftigkeit (s. Anm. 17) bezüglich eines bestimmten Vertragsgegenstands bestehen, um ein Vertragswerk iSd. Abs. 1 Satz 1 zu konstituieren. Nur sofern es sich bei wirtschaftlicher Betrachtung – trotz bzw. entgegen der zivilrechtl. Aufspaltung in verschiedene Einzelverträge – um einen einheitlichen Vorgang (zB Anschaffung oder Herstellung eines bestimmten WG) handelte, sollten nach BFH die aus den Einzelverträgen resultierenden Aufwendungen für stl. Zwecke ebenfalls einheitlich, entsprechend ihrem wirtschaftlichen Gehalt, zu behandeln sein (vgl. BFH v. 14.11.1989 – IX R 197/84, BStBl. II 1990, 299; BFH v. 11.1.1994 – IX R 82/91, BStBl. II 1995, 166).

Hinreichende Konkretisierung der Anschaffung: Das Vertragswerk muss (aus Sicht des Anlegers) abschließend den gesamten Anschaffungsvorgang bzw. dessen Umstände regeln, wie sich aus der Verwendung der Präposition „gemäß“ ergibt (diese geht über eine reine Ursächlichkeit hinaus, anders als „aufgrund“ bzw. „auf Grund“, s. Anm. 32). Allein die abstrakte Be- oder Umschreibung eines Investitionsziels erfüllt diese Anforderung nicht, vielmehr muss auch die konkrete Umsetzung geregelt bzw. zumindest angelegt sein. Dies bedeutet indes nicht, dass das konkrete Investitionsgut bereits feststehen müsste (so auch *Rüsch* in *Blümich*, § 6e Rz. 29 [5/2021]; aA bezüglich des Fondserlasses *Meyer-Scharenberg*, DStR 2004, 1729 [1731]).

19 **cc) Vorformuliertes Vertragswerk**

Es handelt sich um ein auf Anlegerebene zu prüfendes Strukturmerkmal im Kontext einer spezifischen Modellhaftigkeit (s. Anm. 17).

Anlegerpassivität: Das Vertragswerk (s. Anm. 18) ist als vorformuliert anzusehen, wenn der Anleger nur die Wahl hat, entweder das gesamte Bündel der Verträge zu übernehmen oder sich nicht zu beteiligen (vgl. BFH v. 14.11.1989 – IX R 197/84, BStBl. II 1990, 299). Es stellt mithin auf das einseitige „Vorgeben“ des Vertragswerks durch den Initiator (vgl. auch BMF v. 20.10.2003 – IV C 3 - S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2005, 546, Rz. 33) und die damit einhergehende modellbedingte Passivität der Anleger ab. Die Anleger haben in diesem Fall keinen (unternehmeri-

schen) Einfluss auf das wirtschaftliche Konzept des Fonds (BFH v. 14.4.2011 – IV R 15/09, BStBl. II 2011, 706, Rz. 25; BFH v. 14.4.2011 – IV R 8/10, BStBl. II 2011, 709, Rz. 27). Sofern ein Anleger auf das Vertragswerk – und sei es nur in geringem Umfang – einwirken kann, dieses ggf. sogar mit dem Initiator verhandelt, fehlt es an der für den Tatbestand erforderlichen Passivität (s. Anm. 21).

Einheitliches Begriffsverständnis in § 15b: „Vorformuliert“ ist analog zum Begriff „vorgefertigt“ in § 15b Abs. 2 Satz 2 zu verstehen (so auch *Kulosa* in *Schmidt*, 40. Aufl. 2021, § 6e Rz. 3; *Schiffers* in *Korn*, § 6e Rz. 18 [2/2020]) und bedingt entsprechend, dass das Vertragswerk/Konzept – bezogen auf den Geschäftsgegenstand des Fonds/Entwicklung der Geschäftsidee als auch auf dessen Konstruktion/Vertragsgestaltung – bereits vor der eigentlichen Investitionsentscheidung des Anlegers festgelegt ist und der Anleger insofern passiv bleibt (vgl. BFH v. 6.2.2014 – IV R 59/10, BStBl. II 2014, 465, Rz. 18, 20; BFH v. 17.1.2017 – VIII R 7/13, BStBl. II 2017, 700).

Abgrenzung zum Begriff „Einflussnahmemöglichkeiten“: Wie sich bereits aus dem Normaufbau ergibt, unterscheiden sich die Begriffe „vorformuliert“ und „keine wesentlichen Einflussnahmemöglichkeiten“ (s. Anm. 25).

b) Projektanbieter

20

Abgrenzung zum Anleger: Sachlogisch muss es sich um eine andere Person als die des Anlegers/Stpfl. handeln (vgl. BFH v. 6.2.2014 – IV R 59/10, BStBl. II 2014, 465, Rz. 20 bezüglich § 15b).

Urheber des Vertragswerks: Das Vertragswerks muss „von“ einem Projektanbieter vorformuliert werden. Vorausgesetzt wird insoweit der Projektanbieter als handelnde, aktive Partei und damit als Antagonist zur passiven Person des Anlegers (vgl. BFH v. 17.1.2017 – VIII R 7/13, BStBl. II 2017, 700; s. Anm. 19). Dabei wird sich der Projektanbieter Hilfspersonen (zB Rechtsanwälte und Steuerberater) bedienen dürfen. Erfolgt die Beauftragung der Hilfspersonen durch die (bereits gegründete) Fondsgesellschaft, dürfte auch dies dem Projektanbieter zuzurechnen sein (krit. im Hinblick auf Fondserlass *Lüdicke* in *Lüdicke/Arndt*, Geschlossene Fonds, 6. Aufl. 2013, 71 [88]).

Beherrschung des Projekts: Über die reine Urheberschaft hinausgehend setzt die Norm voraus, dass das Projekt vom Anbieter inhaltlich beherrscht, maW durch diesen maßgeblich bestimmt wird (vgl. auch bereits BFH v. 18.9.1985 – II B 24-29/85, BStBl. II 1985, 627). Dieser allein bestimmende Einfluss ist uE bereits dann nicht mehr gegeben, wenn mindestens ein Anleger strukturell Einfluss auf die Ausgestaltung des Fonds nehmen kann. Selbst wenn sich dies aus Sicht wiederum anderer (minderheitlich beteiligter) Anleger immer noch als „vorformuliert“ darstellte, so erfolgte dies doch nicht mehr (nur) „von einem Projektanbieter“. Entsprechend ist nicht jeder Initiator eines Fondsprojektes zwangsläufig als „Projektanbieter“ iSd. Vorschrift anzusehen (so aber ggf. BRDrucks. 356/19, 98).

c) Erfasste und nicht erfasste Investitionsstrukturen

21

Die Norm differenziert sachgerecht nicht nach Investitionsziel (Art des WG, s. Anm. 11) oder Durchführungsform der Investition (s. Anm. 28), sondern stellt allein auf strukturelle Merkmale ab. Diese sind grds. einzelfallbezogen zu prüfen. Grundlegende Fallgruppen können allerdings unterschieden werden.

Retailfonds: Die Anwendung der Norm kommt uE im Wesentlichen bei Strukturen infrage, wie sie der estl. Vertragsgeflecht-Rspr. des BFH (und darauf aufbauend BMF v. 20.10.2003 – IV C 3 – § 2253 a – 48/03, BStBl. I 2005, 546, Rz. 33) zugrunde lagen. Dies waren typischerweise Fonds, die einer unbestimmten Öffentlichkeit über verschiedene Vertriebskanäle (häufig Kreditinstitute) angeboten wurden und deren wirtschaftliche Attraktivität aus Anlegersicht auch und insbes. auf der sofortigen Abziehbarkeit von Aufwendungen beruhte. Diese Fonds (zB Immobilien-, Schiff-, und Windkraftfonds) wiesen typischerweise eine große Anzahl von Anlegern auf, bei denen es sich regelmäßig um Privatpersonen handelte, welche jeweils nur (relativ und absolut gesehen) geringe Anteile an dem Fonds hielten (meist über eine Treuhandstruktur) und keinerlei strukturellen Einfluss ausüben konnten und dies regelmäßig auch nicht wollten (vgl. *Keller*, StuB 2018, 761 [767]). In derartigen Fällen werden die von der Vorschrift vorausgesetzten Strukturmerkmale, insbes. die Rollenverteilung (aktiver Initiator und passiver Anleger), regelmäßig vorliegen. Bezogen auf den heutigen Regelungsrahmen des KAGB dürften damit insbes. Publikumsinvestmentvermögen (§ 1 Abs. 6 Satz 2 KAGB) von der Vorschrift erfasst sein.

Fonds mit Investorenpartizipation: Insbesondere bei Fonds mit einer deutlich geringeren Anzahl von Anlegern als bei Retailfonds (regelmäßig deutlich weniger als 100 Anleger) und entsprechend hohen relativen (aber auch absoluten) Anteilsquoten sowie der Beteiligung institutioneller (Anker-)Investoren entfernt sich die Fondsstrukturierung in der Realität regelmäßig entscheidend von der Vorstellung der Modellhaftigkeit, die der Norm zugrunde liegt. In solchen Fällen sind die (regelmäßig im Gesellschaftsvertrag und Side-Letter fixierten) sog. *Fund Terms* oftmals Erg. eines Verhandlungsprozesses zwischen den Initiatoren/Managern und den Anlegern. Insbesondere für institutionelle Investoren sowie Anker-Investoren stellt eine solche aktive Rolle bei der strukturellen Konzeptionierung des Fonds eine ökonomische Anforderung dar (und kann im Hinblick auf etwaige Investmentrichtlinien überdies aus Gründen der *Compliance* notwendig sein). Darüber hinaus ist das Verhältnis zwischen Initiator und Anleger in solchen Fällen häufig ein anderes als im Falle der Retailfonds. Die deutlich größere Nähe zu den Initiatoren/Managern wird in Fällen, in denen einzelne Anleger etwa Mitglieder eines Beirats (*Advisory Boards*) des Fonds sind, besonders deutlich und ist weit entfernt von einer typisch passiven Anlegerposition iSd. Norm. Insbesondere bei inländ. Fondsstrukturen ist von einem weitaus geringeren Grad an Anonymität auszugehen und die Zusammenarbeit zwischen Managern und Anlegern ist häufig auf Wiederholung angelegt. Im Regelungsrahmen des KAGB werden diese Eigenschaften regelmäßig nicht von Publikumsinvestmentvermögen iSd. § 1 Abs. 6 Satz 2 KAGB, sondern nur von Spezial-AIF iSd. § 1 Abs. 6 Satz 1 KAGB erfüllt. Diese dürften uE idR nicht von der Vorschrift des § 6e erfasst sein. Diese Konstellationen haben regelmäßig auch einen klaren wirtschaftlichen Fokus (originäre Renditeerwartung der Anleger). Die stl. Nutzung von Verlusten bzw. BA oder WK sind regelmäßig kein Hauptzweck solcher Fondsstrukturen und werden als solche auch nicht gegenüber den Anlegern als tragendes Element der Struktur vermarktet (s. auch Anm. 17).

► *Captive-/Corporate-Funds:* Bei Fonds mit nur einem wesentlichen Anleger ist von einer maximalen Investorenpartizipation auszugehen. Die von der Vorschrift vorausgesetzten Strukturmerkmale werden daher regelmäßig nicht erfüllt. Zudem dürfte eine Anwendung des Abs. 1 Satz 1 häufig bereits daran scheitern, dass es nicht (mindestens) noch einen weiteren Anleger gibt (s. Anm. 14).

- ▶ *Family Offices und Investment Clubs*: Die aktive Rolle der Investoren wird regelmäßig noch stärker als bei den vorerwähnten Fonds mit Investorenpartizipation vorliegen, so dass auch in diesen Fällen die Vorschrift regelmäßig nicht zur Anwendung gelangen wird.
- ▶ *Venture Capital- und Private Equity-Fonds*: Typische *Venture Capital-* und *Private Equity-*Fonds unterscheiden sich hinsichtlich der vorgenannten Punkte meist von den Retailfonds als primäre Adressaten der Norm. Bei *Venture Capital-* und *Private Equity-*Fonds gibt es regelmäßig (jedenfalls einzelne) Anleger (etwa Anker-Investoren), die vor Zeichnung ihrer Beteiligung mit den Initiatoren verhandeln, wobei diese Erg. auch im Gesellschaftsvertrag des Fonds oder sog. *Side Letters* ihren Niederschlag finden.

Einstweilen frei.

22–23

4. Rechtsfolge: Erweiterung des steuerbilanziellen Anschaffungskostenbegriffs (Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2)

24

Fondsetablerungskosten als zusätzlicher Bestandteil der steuerbilanziellen Anschaffungskosten: Abs. 1 Satz 1 sieht eine Erweiterung des steuerbilanziellen AK-Begriffs (s. § 6 Anm. 180 ff.) dem Grunde nach vor (die Erweiterung der Höhe nach erfolgt in Abs. 2 der Vorschrift, s. Anm. 33). Bestimmte Aufwendungen, die nicht bereits nach allgemeinen Grundsätzen (§ 5 Abs. 1 Satz 1 iVm. § 255 Abs. 1 HGB, § 6 Abs. 1 Nr. 1) AK sind, sondern als laufende BA qualifizieren würden, werden als „Fondsetablerungskosten“ gem. Abs. 2 zu AK umqualifiziert. Der Verweis auf den gesamten Abs. 2 ist insoweit unpräzise, als dessen Satz 2 (zusätzlich) die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen des Abs. 1 Satz 2 (s. Anm. 36) bedingt. Auch der Abs. 1 Satz 1 enthaltene Verweis auf Abs. 3 (s. Anm. 48) ergibt keinen Sinn und wird als redaktioneller Fehler anzusehen sein (ausführl. *Oellerich* in *BeckOK*, § 6e Rz. 116 [6/2021]).

Umsetzung der Erweiterung: Die Rechtsfolgen der Vorschrift sind einheitlich auf Ebene der Fonds-PersGes. umzusetzen. Dementsprechend erfolgt die Aktivierung der Fondsetablerungskosten in der StBilanz der PersGes. Dies steht nicht im Widerspruch zur anlegerbezogenen Betrachtungsweise auf Tatbestandsebene, welche im Erg. lediglich die maßgebliche Beurteilungsperspektive festlegt (s. Anm. 12). Wenn die Voraussetzungen des Abs. 1 Satz 1 erfüllt sind, wird der Stpfl. als Erwerber angesehen und soll im Erg. auch so gestellt werden. Um dies zu gewährleisten, greift dann wiederum bereits auf Ebene der Gesellschaft das steuerbilanzielle Spezialregime des § 6e (vgl. BRDrucks. 356/19, 98, 99). Die Eigenschaft des Stpfl. als Erwerber determiniert im Erg. die steuerbilanzielle Behandlung der Fondsetablerungskosten auf Ebene der Fondsgesellschaft. Dieses „Auseinanderfallen der Beurteilungs- und der Rechtsfolgenebene“ (*Arndt*, BB 2002, 1617 [1619]) ergab sich bereits aus der estl. Vertragsgeflecht-Rspr., deren Rechtsfolgen auch bereits einheitlich auf Ebene der Gesamthand (vgl. BFH v. 14.4.2011 – IV R 8/10, BStBl. II 2011, 706, Rz. 29; *Kempermann*, DStR 2001, 1381 [1384]) und nicht etwa im Ergänzungsbereich gezogen wurden (aA noch *Meyer-Scharenberg*, DB 2002, 1520; *Beck*, DStR 2001, 2061 [2063]; *Beck*, FR 2002, 446 [447]).

II. Anschaffungsfiktion (Abs. 1 Satz 2)

25 1. Keine wesentlichen Einflussnahmemöglichkeiten der Anleger auf das Vertragswerk (Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1)

Abs. 1 Satz 2 hat einen eigenen Anwendungsbereich („Hersteller-Fonds“, s. Anm. 28), setzt aber die strukturellen Grundanforderungen des Satzes 1 voraus. Sind diese nicht erfüllt, findet auch Satz 2 keine Anwendung. Anders als jene Grundanforderungen stellt das in Satz 2 zusätzlich festgelegte Erfordernis, dass keine wesentlichen Einflussnahmemöglichkeiten bestehen, regelmäßig eine niedrige Hürde im Vergleich zu den in Satz 1 festgelegten, hohen Anforderungen (die von der FinVerw. nachzuweisen sind) dar. Es handelt sich um ein konkret-tatsächliches, aus Perspektive der Fonds-PersGes. (Anleger in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit) zu prüfendes Merkmal, welches sich auf konkrete Aspekte innerhalb des vorformulierten Vertragswerks (nicht aber zwangsläufig auf das vorformulierte Vertragswerk per se) bezieht.

Einflussnahmemöglichkeit auf das Vertragswerk: Ob wesentliche Einflussnahmemöglichkeiten vorliegen, ist im Hinblick auf „das Vertragswerk“ zu bestimmen. Durch die Verwendung des bestimmten Artikels „das“ knüpft Satz 2 an das vorformulierte Vertragswerk aus Satz 1 (s. Anm. 17) an und setzt dessen Existenz voraus. Die zuvor beschriebenen Merkmale dieses vorformulierten Vertragswerks gelten insofern entsprechend.

Einflussnahmemöglichkeit durch die Anleger: Durch die Verwendung des bestimmten Artikels „die“ knüpft Satz 2 an den Begriff der Anleger aus Satz 1 (s. Anm. 13) an und setzt deren Existenz voraus. Diese müssen die Einflussnahmemöglichkeiten allerdings nicht einzeln, sondern „in ihrer gesellschaftsrechtlichen Verbundenheit“ besitzen. Es geht mithin um Entsch. und Vertragsabschlüsse auf Ebene der Fonds-PersGes. (zB Verträge im Zusammenhang mit der Herstellung eines WG). Nicht gemeint sind hingegen Vertragsabschlüsse im Zusammenhang mit der Fondsstruktur als solcher (zB der Gesellschaftsvertrag der Fonds-PersGes.), da die diesbezüglichen Einflussnahmemöglichkeiten den Anlegern einzeln und nicht in gesellschaftsrechtl. Verbundenheit zustehen.

Wesentlichkeit der Einflussnahmemöglichkeiten: Wesentliche Einflussnahmemöglichkeiten sind gegeben, wenn die Anleger in ihrer gesellschaftsrechtl. Verbundenheit rechtl. und tatsächlich in der Lage sind, wesentliche Teile des Konzepts zu verändern, und entstehen nicht bereits dadurch, dass der Projektanbieter als Gesellschafter oder Geschäftsführer für den Fonds gehandelt hat oder handelt (vgl. BRDrucks. 356/19, 98, wortgleich mit BMF v. 20.10.2003 – IV C 3 - S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2005, 546, Rz. 34 Satz 2, Rz. 35 Satz 1).

► *Tatsächliche Einflussnahme:* Das Kriterium der „Einflussnahmemöglichkeit“ entstammt der estl. Vertragsgeflecht-Rspr. des BFH und wurde im Hinblick auf die Beherrschung des Baugeschehens und damit zur Beurteilung der Bauherreneigenschaft der Anleger in Immobilienfonds herangezogen (BFH v. 14.11.1989 – IX R 197/84, BStBl. II 1990, 299; BFH v. 8.5.2001 – IX R 10/96, BStBl. II 2001, 720; BFH v. 29.2.2012 – IX R 13/11, BFH/NV 2012, 1422). Inhaltlich geht es mithin um die Beherrschung der wesentlichen tatsächlichen Tätigkeiten im Rahmen der Planung und Durchführung eines Projektes mit dem Ziel der Schaffung eines WG. Entsprechend müssen die Einflussnahmemöglichkeiten uE im Hinblick auf die einzelnen von der Fonds-PersGes. (bzw. unter deren Einbeziehung) abzuschließenden, wesentlichen Verträge bestehen (vgl. auch

BFH v. 29.2.2012 – IX R 13/11, BFH/NV 2012, 1422). Die Anleger müssen alle wesentlichen Umsetzungsmaßnahmen des wirtschaftlichen Konzepts tatsächlich selbst bestimmen (vgl. BMF v. 5.8.2003 – IV A 6 - S 2241 – 81/03, BStBl. I 2003, 406, Rz. 10).

- ▶ **Rechtliche Einflussnahme:** Im typischen Fall der Kommanditgesellschaft sind die gesetzlichen Rechte eines Kommanditisten gem. § 164 HGB in jedem Fall als notwendig, können uE aber auch als hinreichend anzusehen sein (aA *Rüsch in Blümich*, § 6e Rz. 38 [5/2021]: „deutlich darüber hinaus gehen“; *Schindler in Kirchhof*, 20. Aufl. 2021, § 6e Rz. 14: „erheblich [...] hinausgehen“; *Oellerich in BeckOK*, § 6e Rz. 66 [6/2021]: weitere, wenn auch geringfügige Befugnisse ausreichend). Die FinVerw. hatte im Fondserlass gefordert, dass es „wegen der besonderen Konzeption der geschlossen Fonds“ erforderlich sei, dass die Einflussnahmemöglichkeit über die für eine Mitunternehmereigenschaft iSd. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 notwendigen „Mitwirkungsrechte der Gesellschafter“ hinausgehen müssten (vgl. BMF v. 20.10.2003 – IV C 3 - S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2005, 546, Rz. 34 Satz 1; BMF v. 5.8.2003 – IV A 6 - S 2241 – 81/03, BStBl. I 2003, 406, Rz. 10). Anders als viele andere Passagen aus dem Fondserlass wird diese Aussage in der Gesetzesbegründung allerdings nicht wiederholt. Im Erg. wird dies im Rahmen einer Gesamtschau einzelfallabhängig zu würdigen sein (idS wohl auch zur Rechtslage vor § 6e: BFH v. 29.2.2012 – IX R 13/11, BFH/NV 2012, 1422; zu § 6e auch *Kulosa in Schmidt*, 40. Aufl. 2021, § 6e Rz. 6).

Ausübung nicht maßgeblich: Das Gesetz fordert nur das Bestehen wesentlicher Einflussnahmemöglichkeiten. Auf eine tatsächliche Ausübung (oder Nichtausübung) dieser Möglichkeiten kommt es mithin nicht an (analog zur Frage der tatsächlichen Ausübung der Mitwirkungs-/Kontrollrechte im Zusammenhang mit der Mitunternehmerinitiative gem. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 1, s. § 15 Anm. 316).

Einstweilen frei.

26–27

2. Wirtschaftsgüter iSv. Satz 1 (Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2)

28

Rechtsgrundverweis: Durch die Verweisung sind grds. sämtliche in Satz 1 genannten und auf die WG bezogenen Tatbestandsmerkmale („die ein Steuerpflichtiger gemeinschaftlich mit weiteren Anlegern gemäß einem von einem Projektanbieter vorformulierten Vertragswerk anschafft“, s. Anm. 11–20) auch im Rahmen des Satzes 2 zu erfüllen.

- ▶ **Keine Anschaffung:** Das Tatbestandsmerkmal der „Anschaffung“ (s. Anm. 11) kann uE indes nicht von diesem Verweis erfasst werden. Wirtschaftsgüter iSd. Satzes 2 können nur solche sein, die nach allgemeinen Grundsätzen (aus Perspektive der Fonds-PersGes.) hergestellt werden. Dies ergibt sich unter Berücksichtigung des (in der Gesetzesbegründung insoweit auch nur angedeuteten) Telos der Vorschrift (s.u. „Herstellung eines Wirtschaftsguts nach allgemeinen Grundsätzen“) sowie der weiteren Normlogik: die rechtsfolgenrechtlich im Rahmen des Satzes 2 vorgesehene Fiktion der Anschaffung (s. Anm. 29) wäre sinnlos, wenn bereits nach allgemeinen (steuerbilanziellen) Grundsätzen eine Anschaffung vorläge.
- ▶ **Verhältnis von Abs. 1 Satz 1 und Satz 2:** Abs. 1 Satz 1 kann unabhängig von Satz 2 zur Anwendung gelangen. Gleichwohl sind die grds. separaten Anwendungsbereiche inhaltlich zusammenhängend und rechtstechnisch partiell – zumindest einseitig – verbunden: Satz 2 knüpft an Satz 1 an und erweitert bzw.

modifiziert dessen Anwendungsbereich (so auch *Rüsch*, DStR 2020, 1172). Im Erg. kann der Anleger entweder „originärer“ Erwerber iSd. Abs. 1 Satz 1 oder „fingierter (steuerlicher)“ Erwerber iSd. Abs. 1 Satz 2 sein (vgl. auch BRDrucks. 356/19, 100: „Anlegern, die nach § 6e Absatz 1 Satz 1 oder Satz 2 EStG Erwerber sind“). Dementsprechend sind auch die Merkmale „vorformuliert“ (iSd. Abs. 1 Satz 1) und „wesentliche Einflussnahmemöglichkeiten“ (iSd. Abs. 1 Satz 2) keinesfalls deckungsgleich: diese unterscheiden sich sowohl hinsichtlich Perspektive (Anleger- versus Gesellschaftsperspektive) als auch Abstraktheitsgrad (abstraktes Strukturmerkmal versus Einfluss auf konkrete Umsetzungsmaßnahmen); s. Anm. 19, 25.

Herstellung eines Wirtschaftsguts nach allgemeinen Grundsätzen: Abs. 1 Satz 2 erfasst uE die Fälle, in denen nicht bereits nach allgemeinen Grundsätzen eine Anschaffung eines (fertiggestellten und nutzungsbereiten) WG vorliegt, sondern bei denen der Fonds nach allgemeinen Grundsätzen ein WG herstellt („Herstellungs-, Modernisierungs- oder Sanierungsfonds“, BMF v. 20.10.2003 – IV C 3 - S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2005, 546, Rz. 42, 34; BMF v. 5.8.2003 – IV A 6 - S 2241 – 81/03, BStBl. I 2003, 406, Rz. 9).

- ▶ *Gesetzesbegründung:* Diese Sachverhaltskonstellation unterstellt auch die Gesetzesbegründung, wenn sie die Rechtsfolge des Satzes 2 beschreibt („In diesem Fall liegt ein Fall der Anschaffung und nicht der Herstellung vor“, BRDrucks. 356/19, 99). Zudem wird ein zentraler Satz des Fondserlasses (BMF v. 20.10.2003 – IV C 3 - S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2005, 546, Rz. 33) weitgehend wortgleich wiedergegeben („Ein Anleger in einen Fonds ist immer dann als Erwerber anzusehen“, BRDrucks. 356/19, 98). In dieser „Generalnorm“ des Fondserlasses wiederum rekurrierte die FinVerw. auf Urte. des BFH (BFH v. 8.5.2001 – IX R 10/96, BStBl. II 2001, 720; BFH v. 28.6.2001 – IV R 40/97, BStBl. II 2001, 717), welche sich ebenso (ausschließlich) mit „Herstellerfällen“ befassten.
- ▶ *Relevanz von Einflussnahmemöglichkeiten nur bei Herstellerfonds:* Dem in Satz 2 angelegten Tatbestandsmerkmal der „wesentlichen Einflussnahmemöglichkeiten“ (s. Anm. 25) hatte der BFH in der Vergangenheit keine Bedeutung beigegeben, wenn eine Herstellereigenschaft von vornherein nicht fraglich war, da der Fonds bereits nach allgemeinen Grundsätzen ein WG anschaffte und nicht herstellte (vgl. BFH v. 11.1.1994 – IX R 82/91, BStBl. II 1995, 166). Auch die FinVerw. zog das Vorliegen von Einflussnahmemöglichkeiten im Erg. primär zur Bestimmung der Herstellereigenschaft heran (vgl. BMF v. 5.8.2003 – IV A 6 - S 2241 – 81/03, BStBl. I 2003, 406, Rz. 9f.; BMF v. 20.10.2003 – IV C 3 - S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2005, 546, Rz. 33, 34 Satz 1). Lagen diese nicht vor, war der Fonds als Erwerber anzusehen (BMF v. 20.10.2003 – IV C 3 - S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2005, 546, Rz. 33, „steuerlicher Erwerberfonds“). Originäre Erwerberfonds hingegen wurden auch von der FinVerw. in der Vergangenheit im Erg. wie fingierte (stl.) Erwerberfonds behandelt, unabhängig von etwaigen Einflussnahmemöglichkeiten (vgl. BMF v. 20.10.2003 – IV C 3 - S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2005, 546, Rz. 46 Satz 1 iVm. Rz. 38-40; dazu auch *Levedag* in *Gummert/Weipert*, 5. Aufl. 2019, § 71 Rz. 107; einzig im Hinblick auf die Abziehbarkeit der Eigenkapitalvermittlungsprovision wirkten sich diese aus, Rz. 46 Satz 2 iVm. Rz. 43; vgl. auch *Fleischmann/Meyer-Scharenberg*, DStR 2004, 20 [23]; *Heß*, DStR 2003, 1953 [1957]).

3. Rechtsfolgen: Anschaffungsfiktion und erweiterter Anschaffungskostenbegriff (Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2)

Anschaffungsfiktion: Sind die Tatbestandsvoraussetzungen des Satzes 2 (s. Anm. 25 ff.) erfüllt, greift die rechtsfolgenseitig vorgesehene Fiktion („gelten“) der Anschaffung (der WG des Fonds) dem Grunde nach (vgl. *Rüsch* in *Blümich*, § 6e Rz. 34 [5/2021]; *Oellerich* in *BeckOK*, § 6e Rz. 75 [6/2021]; *Schiffers* in *Korn*, § 6e Rz. 32 [2/2020]). Dadurch wird ein nach Zivilrechtslage sowie nach allgemeinen handels- und steuerbilanziellen Grundsätzen als Herstellung zu beurteilender Sachverhalt (allg. zur Abgrenzung s. § 6 Anm. 162 ff.) für Zwecke des EStG als Anschaffung umgedeutet (s. Anm. 29; auch BRDrucks. 356/19, 99: „In diesem Fall liegt ein Fall der Anschaffung und nicht der Herstellung vor“).

- ▶ *Beurteilungsperspektive:* Der Sachverhalt ist so zu behandeln, als ob der Anleger das fertige Investitionsobjekt des Fonds selbst erworben hätte (der Anleger ist „als Erwerber anzusehen“, BRDrucks. 356/19, 98).
- ▶ *Umsetzung der Fiktion:* Der Fonds ist dadurch als fingierter (stl.) Erwerberfonds anzusehen (vgl. BMF v. 20.10.2003 – IV C 3 – S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2005, 546, Rz. 33, 38–40), welcher im Erg. wie ein originärer Erwerberfonds gem. Abs. 1 Satz 1 zu behandeln ist. Die Umsetzung der Rechtsfolgen der Vorschrift erfolgt einheitlich auf Ebene der Fonds-PersGes. (s. Anm. 24).
- ▶ *Praktische Bedeutung:* Auswirkungen hat die Vorschrift insbes. auf Fonds, welche nach allgemeinen Grundsätzen immaterielle WG des AV herstellen (zB Medienfonds). Durch die Anschaffungsfiktion wird eine Bilanzierungsfähigkeit dem Grunde nach erreicht (§ 5 Abs. 2) und der sofortige Abzug sämtlicher Aufwendungen als BA/WK verhindert.

Bewertung der fingierten Anschaffung: Da Satz 2 eine Erweiterung des Satzes 1 darstellt (s. Anm. 28), ist bei der Bewertung der fiktiv angeschafften WG ebenfalls der erweiterte AKBegriff (Fondsetablierungskosten als zusätzlicher Bestandteil der steuerbilanziellen AK, s. Anm. 24) zu berücksichtigen. Darüber hinaus sind gem. Abs. 2 Sätze 2 und 3 weitere Aufwendungen als AK zu behandeln (s. Anm. 36 ff.).

Keine Anwendung der Anschaffungsfiktion: Bestehen die vom Gesetz geforderten wesentlichen Einflussnahmemöglichkeiten, gelangt im Falle eines Herstellerfonds Abs. 1 Satz 2 nicht zur Anwendung. Da mithin weder eine fiktive noch eine originäre Anschaffung (Abs. 1 Satz 1) vorliegt, ist die Vorschrift insgesamt nicht anwendbar. Damit gelten die allgemeinen Grundsätze zur Abgrenzung von AHK einerseits und sofort abziehbaren BA/WK andererseits. Die FinVerw. hatte vor Einf. der Vorschrift für diese Fallgruppe (Herstellerfonds mit wesentlichen Einflussnahmemöglichkeiten, „investorenbestimmte Fonds“, vgl. *Beck* in *Moritz*, Handbuch Finanz- und Vermögensberatung, 2004, 655 [674]) ein fondsspezifisches Verständnis bei der Abgrenzung zwischen AHK und sofort abziehbaren BA/WK zugrunde gelegt (BMF v. 20.10.2003 – IV C 3 – S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2005, 546, Rz. 42–45). Dieses deckt sich allerdings nicht zwangsläufig mit den allgemeinen Grundsätzen. So besteht zB gem. § 255 Abs. 2 Satz 3 HGB und § 6 Abs. 1 Nr. 1b ein Wahlrecht zur Einbeziehung allgemeiner Verwaltungskosten in die HK, während die FinVerw. eine Pflicht zur anteiligen Aktivierung von Geschäftsführungsvergütungen vorsah (vgl. BMF v. 20.10.2003 – IV C 3 – S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2005, 546, Rz. 45 Satz 6).

Einstweilen frei.

30–31

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Begriff und Umfang der Fondsetablierungskosten

I. Fondsetablierungskosten bei allen Erwerberfonds (Abs. 2 Satz 1)

32 1. Grundlegende Eigenschaften der Fondsetablierungskosten

Abs. 2 Satz 1 enthält eine Legaldefinition der Fondsetablierungskosten für Fälle des Abs. 1 Satz 1. Diese ist eng angelehnt (vgl. BRDrucks. 356/19, 99) an Rz. 9 des Fondserlasses (BMF v. 20.10.2003 – IV C 3 - S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2005, 546; gem. Rz. 38 Satz 2 bzw. Rz. 46 Satz 1 für Fonds für entsprechend anwendbar erklärt). „Fondsetablierungskosten“ war vor Einf. der Norm kein von der FinVerw. verwendeter, sondern ein in der Praxis entwickelter und von der jüngeren Rspr. (vgl. FG Hamb. v. 18.6.2015 – 2 K 145/13, EFG 2015, 1911; nachfolgend BFH v. 26.4.2018 – IV R 33/15, BStBl. II 2020, 645; FG Hamb. v. 16.2.2016 – 2 K 54/13, EFG 2016, 747, rkr.; FG Hamb. v. 15.9.2016 – 2 K 223/13, EFG 2017, 47, rkr.) geprägter Begriff.

Ursächlichkeit des vorformulierten Vertragswerks: Die in Frage stehenden Aufwendungen (zum sachlichen Umfang s. Anm. 33) müssen „auf Grund“ des Vertragswerks gem. Abs. 1 Satz 1 entstehen. Mithin ist eine Kausalität des Vertragswerks (s. Anm. 18) für die Entstehung der Aufwendungen notwendig, aber auch hinreichend. Eine weitergehende Konkretisierung (zB hinsichtlich der Höhe der Aufwendungen, der genauen Leistungsbeschreibung oder des konkreten Vertragspartners) ist nicht notwendig. Es ist ausreichend, wenn diese im Vertragswerk dem Grunde nach angelegt sind. Dementsprechend können individuelle, im Vertragswerk nicht angelegte und auch nicht durch dieses bedingte, Aufwendungen des Anlegers (zB Rechts- und Beratungskosten im Zusammenhang mit der Anteilszeichnung) in keinem Fall Fondsetablierungskosten sein, sondern sind nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen.

Anleger als Zahlender, Projektanbieter oder Dritter als Zahlungsempfänger: Zum Begriff des Anlegers s. Anm. 13, zum Begriff des Projektanbieters s. Anm. 20. Trotz der Verwendung des Verbs „zahlen“ ist nicht ausschließlich auf den tatsächlichen Geldfluss abzustellen. Es ist uE vielmehr eine wirtschaftliche Betrachtungsweise vorzunehmen. Nicht zuletzt aufgrund der für die gesamte Vorschrift geltenden anlegerbezogenen Betrachtungsweise (s. Anm. 12) ist entscheidend, dass der Anleger die Aufwendungen wirtschaftlich getragen hat. Irrelevant ist hingegen, ob er diese an den Initiator oder einen Dritten (bspw. Rechtsanwälte, andere Dienstleister) unmittelbar gezahlt hat oder ob er lediglich eine Einzahlung (Einlage) in die Fonds-PersGes. vorgenommen hat und diese die Zahlungen an den Initiator oder Dritte veranlasst hat. Auch die Gesetzesbegründung geht anscheinend von der Austauschbarkeit der Begriffe „geleistet“ und „zu zahlenden“ aus (vgl. BRDrucks. 356/19, 99). Dies entsprach auch der von der FinVerw. vor Einf. der Norm vertretenen Rechtsauffassung (vgl. BMF v. 20.10.2003 – IV C 3 - S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2005, 546, Rz. 38 Satz 3; die gesetzliche Formulierung entspricht im Wesentlichen dem diesem Satz 3 nachfolgenden Satz 4 der Rz. 38).

Anwendung bei allen Erwerberfonds: Unmittelbare Anwendung findet die Vorschrift wortlautgemäß bei originären Erwerberfonds gem. Abs. 1 Satz 1. Auch im Falle fingierter (stl.) Erwerberfonds iSd. Abs. 1 Satz 2 kommt die Vorschrift über die dort vorgesehene Fiktion grds. zur Anwendung (s. Anm. 29). Dies ergibt sich auch aus der durch die Verwendung des Konjunkionaladverbs „darüber hinaus“

erfolgte Verknüpfung des (unmittelbar anwendbaren) Abs. 2 Satz 2 (s. Anm. 36) mit Abs. 2 Satz 1. Aufgrund des weitreichenden Gleichlaufs von Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 im Hinblick auf den sachlichen Umfang (s. Anm. 36) wird Abs. 2 Satz 1 im Falle fingierter (stl.) Erwerberfonds iSd. Abs. 1 Satz 2 allerdings im Erg. nur relevant werden, soweit neben bzw. im Rahmen der Herstellung eines WG auch (andere) WG angeschafft werden (zB ein Immobilienfonds, der Grund und Boden erwirbt und darauf ein Gebäude errichtet).

2. Sachlicher und zeitlicher Umfang

33

Die Vorschrift erweitert den stl. AK-Begriff der Höhe nach (s. Anm. 24). Fondsetablierungskosten können demnach nur solche Aufwendungen sein, die nicht bereits nach allgemeinen Maßstäben AK sind, sondern als laufende BA qualifizieren würden. Diese Voraussetzung ist bereits in Abs. 1 Satz 1 angelegt („Zu den Anschaffungskosten [...] gehören auch“). Die Bezugnahme auf AK iSv. § 255 HGB ist zutr., da die handelsrechtl. Definition des AK-Begriffs auch für das StRecht maßgeblich ist (s. § 6 Anm. 180).

Finalität der Aufwendungen aus Anlegerperspektive: Der Begriff der Fondsetablierungskosten entzieht sich einer allgemeinen Definition und ist entsprechend einzelfallabhängig zu bestimmen (vgl. BMF v. 20.10.2003 – IV C 3 - S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2005, 546, Rz. 38 Satz 2 iVm. Rz. 9 mit beispielhafter Aufzählung). Die Aufwendungen müssen (aus Sicht des Anlegers) auf den Erwerb der WG gerichtet sein. Unabhängig von der Bezeichnung der Aufwendungen und/oder der vertraglichen Gestaltung (s. Anm. 32) ist der Beurteilung eine rein wirtschaftliche Betrachtungsweise zugrunde zu legen. Die damit erforderliche Finalität (vgl. *Kulosa* in *Schmidt*, 40. Aufl. 2021, § 6e Rz. 7) und entsprechende Zweckgerichtetheit der Aufwendungen – eine reine kausale oder anderweitige Verknüpfung mit der Anschaffung von WG, zB über das Vertragswerk oder durch zeitliche Nähe, ist nicht ausreichend – ergibt sich bereits aus der allgemeinen AK-Definition gem. § 255 Abs. 1 HGB (s. § 6 Anm. 183). Das Gesetz fordert eine wirtschaftliche Verknüpfung mit dem anzuschaffenden WG. Kosten, die keinen unmittelbaren oder nur einen entfernten Zusammenhang mit dem Erwerb des WG haben, sind keine Fondsetablierungskosten iSd. Norm. Die mit Abs. 2 Satz 1 intendierte Erweiterung beschränkt sich dementsprechend darauf, dass die Beurteilung nicht aus der Perspektive des Bilanzierenden (Fonds-PersGes.), sondern aus jener des Anlegers erfolgt (anlegerbezogene Betrachtungsweise, s. Anm. 12; so auch *Oellerich* in *BeckOK*, § 6e Rz. 86 [6/2021]). Doch auch aus Anlegersicht stehen bspw. Kosten im Zusammenhang mit der Strukturierung des Fonds regelmäßig nicht mit dem Erwerb des WG selbst in Zusammenhang und stellen daher keine aktivierungspflichtigen Kosten iSd. Norm dar. Insofern mag der Begriff der Fondsetablierungskosten in Teilen irreführend sein.

- ▶ *Keine horizontale Aufteilung der Aufwendungen:* Aufwendungen können nur vollumfänglich als entweder Fondsetablierungskosten oder sofort abziehbare BA qualifizieren. Eine anteilige Zurechnung („Aufspaltung“) ist nicht möglich (vgl. BRDrucks. 356/19, 99; BFH v. 14.11.1989 – IX R 197/84, BStBl. II 1990, 299; auch *Oellerich* in *BeckOK*, § 6e Rz. 88.1 [6/2021]; *Schindler* in *Kirchhof*, 20. Aufl. 2021, § 6e Rz. 17; s. allerdings Anm. 39).
- ▶ *Vertikale Aufteilung der Aufwendungen:* Anders zu beurteilen ist uE der Fall, in dem durch den Fonds mehrere WG angeschafft werden. In diesem Fall wird

eine Aufteilung der Fondsetablierungskosten auf die einzelnen WG geboten sein. Soweit dabei eine Aufteilung nach dem Veranlassungszusammenhang nicht möglich sein sollte (insbes. bei Aufwendungen mit Gemeinkostencharakter), wird eine Zurechnung mittels Vereinfachungen, etwa im Wege einer sachgerechten Schätzung, erfolgen müssen (dazu auch *Oellerich* in *BeckOK*, § 6e Rz. 90 [6/2021]). Als Zurechnungsschlüssel können zB die AK iSd. § 255 Abs. 1 HGB der einzelnen WG (im jeweiligen VZ) herangezogen werden. Alternativ könnte eine zweistufige Aufteilung erfolgen, bei der (ggf. veranlagungszeitraumbezogen) den WG zunächst die Einzelkosten und dann die Gemeinkosten nach den jeweiligen Einzelkostenquoten (Einzelkosten je WG/Summe aller Einzelkosten) zugerechnet werden (analog BFH v. 14.4.2011 – IV R 52/09, BStBl. II 2011, 929). Auch eine Orientierung am insgesamt vorgesehenen Investitionsvolumen (vgl. *Schindler* in *Kirchhof*, 20. Aufl. 2021, § 6e Rz. 17) erscheint denkbar, macht aber ggf. eine aufwendigere, periodenübergreifende Betrachtung notwendig.

Keine Aufwendungen der laufenden Nutzung und Verwaltung: Nicht als Fondsetablierungskosten anzusehen sind jene Aufwendungen, die der Nutzung und Verwaltung des jeweiligen WG dienen, da diese bereits sachlogisch nicht auf den Erwerb dieser WG gerichtet sein können (diese können allerdings ggf. noch gem. Abs. 2 Sätze 2 und 3 in Fondsetablierungskosten umqualifiziert werden, s. Anm. 36 ff., 42). Die Gesetzesbegründung formuliert in Übereinstimmung mit dem Fondserlass, dass ein (fiktiver) (Einzel-)Erwerber außerhalb einer modellhaften Fonds-/Vertragsgestaltung diese Aufwendungen ebenfalls sofort als BA abziehen können müsste (vgl. BRDrucks. 356/16, 99; BMF v. 20.10.2003 – IV C 3 – S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2005, 546, Rz. 39, 46, Voraussetzungen und Detailregelungen in Rz. 40 iVm. 11-20; BFH v. 14.11.1989 – IX R 197/84, BStBl. II 1990, 299; BFH v. 14.4.2011 – IV R 15/09, BStBl. II 2011, 706). Soweit sich dies auf die in der Modellhaftigkeit begründeten „systembedingten Nebenaufwendungen“ (BFH v. 11.1.1994 – IX R 82/91, BStBl. II 1995, 166) bezieht – mithin Aufwendungen, die insbes. einer „Kaufpreismotomisierung“ (*Wittwer*, DStR 2011, 1020 [1023]) dienen und außerhalb einer modellhaften Fonds-/Vertragsgestaltung bereits dem Grunde nach nicht anfallen können (zB Marketingaufwand, Konzeptionskosten, Treuhandvergütungen) – ist diese Einschränkung zutr. Gleichwohl ist auch in diesem Fall zu prüfen, ob die Aufwendungen die notwendige Finalität im Hinblick auf den Erwerb der WG besitzen (s.o.). Soweit es sich allerdings um Aufwendungen handelt, die in der grundlegenden Investitionsstruktur (PersGes.) per se begründet sind (zB Gründungskosten, Kosten der Erstellung des Gesellschaftsvertrags, Abschlusserstellung und -prüfung), kann diese „Kontrollüberlegung“ (*Oellerich* in *BeckOK*, § 6e Rz. 87 [6/2021]) uE nicht zur Anwendung gelangen.

Zeitlicher Umfang: Aufgrund der Finalität der Aufwendungen ist der Zeitpunkt der Entstehung der Aufwendungen grds. unbeachtlich. Analog zu AK iSd. § 255 Abs. 1 HGB können sowohl vor dem Anschaffungszeitpunkt entstandene Aufwendungen (im Sinne von Vorlaufkosten, *Kulosa* in *Schmidt*, 40. Aufl. 2021, § 6 Rz. 51; BFH v. 13.10.1983 – IV R 160/78, BStBl. II 1984, 101; allg. s. § 6 Anm. 164) als auch zeitlich nach der Anschaffung entstandene Aufwendungen (§ 255 Abs. 1 Satz 2 HGB; s. § 6 Anm. 206) Fondsetablierungskosten darstellen. Mithin muss die Prüfung, ob Fondsetablierungskosten vorliegen, grds. in jedem VZ (erneut) vorgenommen werden. Eine Beschränkung auf eine „Investitionsphase“ ist im Erwerbsfall insofern nicht notwendig (anders im Herstellungsfall, s. Anm. 39).

II. Zusätzliche Fondsetablierungskosten bei bestimmten Erwerberfonds (Abs. 2 Satz 2)

1. Sachlicher Umfang

36

Abs. 2 Satz 2 knüpft an Satz 1 an („darüber hinaus“) und setzt die in Abs. 1 Satz 1 sowie Abs. 2 Satz 1 begonnene spezialgesetzliche Erweiterung des AK-Begriffs für Fälle des Abs. 1 Satz 2 (fingierte Erwerberfonds) fort. Analog zu Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 stellt Abs. 2 Satz 2 eine Erweiterung des Abs. 2 Satz 1 dar (s. Anm. 32).

Anleger als Leistender, Projektanbieter und Dritter als Empfänger der Aufwendungen: Anders als in Abs. 2 Satz 1 stellt die Vorschrift auf die (an den Projektanbieter oder an Dritte) „geleisteten“ (nicht: „zu zahlenden“) Aufwendungen ab. Materielle Auswirkungen sind damit allerdings uE nicht verbunden, da auch das „zahlen“ in Abs. 1 Satz 1 wirtschaftlich und damit im Sinne von „leisten“ zu verstehen ist (s. Anm. 32). Die darüber hinaus verwendeten unterschiedlichen Tempora der in den Sätzen verwendeten Partizipien dürften im Zusammenhang mit dem zeitlich grds. unbegrenzten Umfang der Aufwendungen iSd. Abs. 1 Satz 1 (s. Anm. 33) einerseits und der auf die Investitionsphase (s. Anm. 39) beschränkten Aufwendungen iSd. Abs. 1 Satz 2 andererseits stehen.

Wirtschaftlicher Zusammenhang mit der Projektabwicklung: Anders als im Falle des Abs. 1 Satz 1 ist kein finaler Zusammenhang, sondern ein „wirtschaftlicher Zusammenhang“, welcher mit der „Abwicklung des Projekts“ bestehen muss, notwendig. Der sachliche Umfang der einzubeziehenden Aufwendungen erstreckt sich damit weitgehend uneingeschränkt auf auch nur mittelbar im Zusammenhang mit dem Investitionsgut des Fonds bzw. dessen Erwerb stehende Aufwendungen (erfasst werden davon zB Eigenkapitalvermittlungsprovisionen, vgl. BRDrucks. 356/19, 99; zu weiteren Beispielen *Kulosa* in *Schmidt*, 40. Aufl. 2021, § 6e Rz. 8; ausführl. auch *Oellerich* in *BeckOK* § 6e Rz. 96b.1 [6/2021]; zur zeitlichen Begrenzung s. Anm. 39). Aufgrund der Anknüpfung des Abs. 2 Satz 2 an Satz 1 wird gleichwohl eine Ursächlichkeit des Vertragswerks (s. Anm. 32) zu fordern sein, so dass insbesondere individuelle Aufwendungen des Anlegers (zB Rechts- und Beratungskosten im Zusammenhang mit der Anteilszeichnung) in keinem Fall Fondsetablierungskosten sein können, sondern nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen sind.

Inhaltsgleichheit mit Abs. 2 Satz 1: Inhaltlich entsprechen sich die beiden Regelungen weitgehend (glA *Rüsch* in *Blümich*, § 6e Rz. 53 [5/2021]). Abs. 2 Satz 2 stellt sich als eine – erkennbar weite und von einem gesetzgeberischen Vorsichtsgedanken geprägte – angepasste Formulierung des Abs. 2 Satz 1 dar, mit welcher auch berücksichtigt wird, dass der im Falle fingierter (stl.) Erwerberfonds iSd. Abs. 1 Satz 2 vorzufindende Sachverhalt (insbes. die zivilrechtl. Vertragsgestaltung und damit die Bezeichnung der Vergütungen) auf eine Herstellung eines WG ausgeichtet ist und damit prima facie der Abs. 1 Satz 1 zugrundeliegenden Zweckgerichtetheit der Aufwendungen (s. Anm. 33) – anders als bei originären Erwerberfällen – ggf. nicht unmittelbar zugänglich ist.

- ▶ *Verwendung im Fondserlass:* Die gesetzliche Formulierung des Abs. 2 Satz 2 entspricht einem Satz aus dem Fondserlass (BMF v. 20.10.2003 – IV C 3 - S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2005, 546, Rz. 38 Satz 1). Dort wird in dem sich anschließenden Rz. 38 Satz 2 auf die Rz. 9 des Erl. verwiesen, welche wiederum eine dem BFH (BFH v. 14.11.1989 – IX R 197/84, BStBl. II 1990, 299) entlehnte,

beispielhafte Aufzählung von Aufwendungen, die im Bauherrenmodell als AK zu beurteilen sind, sofern der Stpfl. als Erwerber (und nicht als Bauherr) anzusehen ist, enthält. Der – ebenfalls dem BFH (BFH v. 14.11.1989 – IX R 197/84, BStBl. II 1990, 299) entlehnte – Einleitungssatz der Rz. 9 des Fondserlasses beschreibt die AK abstrakt als „Aufwendungen, die auf den Erwerb des Grundstücks mit dem bezugsfertigen Gebäude gerichtet sind“. Genau dies wiederum entspricht im Wesentlichen der in Abs. 2 Satz 1 übernommenen Formulierung (s. Anm. 33).

- ▶ *Keine Aufwendungen der laufenden Nutzung und Verwaltung:* Entsprechend sollte uE auch im Rahmen des Abs. 2 Satz 2 der Grundsatz gelten, dass Aufwendungen, die nicht auf den Erwerb eines WG gerichtet sind und die auch ein (fiktiver) (Einzel-)Erwerber außerhalb einer modellhaften Fonds-/Vertragsgestaltung sofort als BA abziehen könnte, nicht den AK zuzurechnen sind (s. Anm. 33; offen gelassen *Kulosa* in *Schmidt*, 40. Aufl. 2021, § 6e Rz. 8). Dies entspricht auch der bisherigen Auffassung der FinVerw. (vgl. BMF v. 20.10.2003 – IV C 3 - S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2005, 546, Rz. 39).

37–38 Einstweilen frei.

39 2. Zeitlicher Umfang (Investitionsphase)

Gemäß Abs. 2 Satz 2 müssen Aufwendungen einen sachlichen (wirtschaftlichen) Zusammenhang mit der Projektabwicklung und zusätzlich einen zeitlichen Zusammenhang mit der Investitionsphase aufweisen. Anders als im Falle der Aufwendungen gem. Abs. 2 Satz 1 ist damit prima facie eine zeitliche Limitation vorgesehen, die eine notwendige Begrenzung des ansonsten nahezu „grenzenlosen“ Begriffs der „Projektabwicklung“ darstellt. Nicht erfasst werden dementsprechend Aufwendungen, die vor- oder nachlaufend zur Investitionsphase anfallen.

Tatsächliches Merkmal: Die Investitionsphase ist als tatsächliches, nicht als rein formales Zeitbezugsmerkmal zu verstehen. Der Zeitraum ist nicht anhand etwaiger Festlegungen im Gesellschaftsvertrag zu bestimmen, sondern anhand tatsächlich verwirklichter Sachverhalte. Es handelt sich um einen universellen, jede Form der Investitionstätigkeit (Anschaffung und/oder Herstellung) umfassenden Oberbegriff für den Zeitraum vor dem Beginn der „Nutzungsphase“ (*Heß*, DStR 2004, 1953) bzw. „Bewirtschaftungsphase“ (*von Cölln*, RdF 2011, 421). Im Falle von originären Erwerberfonds kann dieser Zeitraum sehr kurz bzw. sogar nichtexistent sein (vgl. zum Fondserlass *Fleischmann/Meyer-Scharenberg*, DStR 2004, 20). Es handelt sich um ein wirtschaftsgutbezogenes Merkmal.

Beginn: Relevant wird regelmäßig der Beginn der konkreten Planungs- und Vorbereitungshandlungen (durch den Projektanbieter) im Hinblick auf den späteren (stl. fingierten) Erwerbsvorgang (analog zum AK-Zeitraum, s. § 6 Anm. 164) sein. Da es sich um ein wirtschaftsgutbezogenes Merkmal handelt, sind anlegerbezogene (zB Einwerbung oder Beitritt) ebenso wie fondsbezogene Zeitpunkte (zB Gründung und/oder Tätigkeitsaufnahme der Fonds-PersGes.; aA ggf. FG Hamb. v. 8.12.2015 – 6 K 184/12, EFG 2016, 367, rkr. für die Rechtslage vor Einf. der Norm) grds. nicht maßgeblich.

Ende: Das Ende der Investitionsphase wird regelmäßig durch den Zeitpunkt der Fertigstellung des WG (§ 9a EStDV, s. § 6 Anm. 166) bzw. des Erreichens des betriebsbereiten Zustands des WG (Ende des AK-Zeitraums, s. § 6 Anm. 164, 185)

markiert (auch BFH v. 14.11.1989 – IX R 197/84, BStBl. II 1990, 299: „Zeitraum nach Bezugsfertigkeit“; differenziert *Oellerich* in *BeckOK*, § 6e Rz. 96a [6/2021]). Danach beginnt die Nutzungsphase, die in Abhängigkeit von der Art des WG in einer aktiven Bewirtschaftung, zB Vermietung/Verpachtung, oder im einfachen Halten und Verwalten des WG bestehen kann. Keine Bedeutung für die Bestimmung des Endes der Investitionsphase kommt dem *Closing* des Fonds zu (offen gelassen *Müller-Horn*, EFG 2016, 367). Zwar markiert dies aus Sicht des Anlegers den (vorerst) letzten Schritt des Prozesses der Investition in den Fonds (Einzahlung von Mitteln in den Fonds). Die anlegerbezogene Betrachtungsweise der Vorschrift (s. Anm. 13) bezieht sich jedoch gerade auf die „darunter“ liegende Ebene, mithin die Anschaffung von WG durch den Fonds.

Bildung wirtschaftsgutbezogener Investitionsphasen: Entsprechend der wirtschaftsgutbezogenen Auslegung des Merkmals „Investitionsphase“ (s.o. „Tatsächliches Merkmal“) müssen uE im Falle der Anschaffung mehrerer WG, die zeitversetzt und/oder mit unterschiedlich langen Investitionsphasen erfolgt, wirtschaftsgutindividuelle Investitionsphasen bestimmt und bei der Anwendung des Abs. 2 berücksichtigt werden (grundlegend bereits *von Cölln*, RdF 2011, 421 [424]). Damit wird die Möglichkeit der vertikalen Aufteilung (s. Anm. 32) durch die der horizontalen Aufteilung ergänzt: Die Aufwendungen werden als sofort abziehbare BA berücksichtigt, soweit diese auf ein WG in der Nutzungsphase entfallen, und als AK, soweit diese auf ein WG in der Investitionsphase entfallen. Dies wird vorrangig Aufwendungen mit Gemeinkostencharakter betreffen (insbes. die Aufwendungen gem. Abs. 2 Satz 3, s. Anm. 45). Zu möglichen Aufteilungsmaßstäben s. Anm. 33. Bei Anwendung einer einheitlichen (fondsbezogenen) Investitionsphase, die mit der Anschaffung/Herstellung des letzten WG endet, würden ggf. Aufwendungen in AK umqualifiziert, die wirtschaftlich bereits der laufenden Nutzung und Verwaltung (anderer) WG zuzuordnen sind. Dies ist indes gerade nicht Ziel der Regelung (so explizit BRDrucks. 356/19, 99).

Einstweilen frei.

40–41

III. Haftungs-, Treuhand und Geschäftsführungsvergütungen als Anschaffungskosten (Abs. 2 Satz 3)

1. Sachlicher Umfang

42

Abs. 2 Satz 3 knüpft an Satz 1 an („zählen auch“) und setzt die in Abs. 1 Satz 1 sowie Abs. 2 Satz 1 begonnene spezialgesetzliche Erweiterung des AK-Begriffs fort, und zwar sowohl für Fälle des Abs. 1 Satz 1 als auch für Fälle des Abs. 1 Satz 2 (vgl. BRDrucks. 356/19, 100). Die in Abs. 2 Satz 3 genannten Aufwendungen/Vergütungen lassen sich ggf. dem Grunde nach schon unter Abs. 2 Satz 2 subsumieren, nur insoweit kommt der Vorschrift regelmäßig deklaratorischer Charakter zu (BRDrucks. 356/19, 100: Klarstellung). Im Hinblick auf Abs. 2 Satz 1 hingegen wirkt die Vorschrift konstitutiv, da es an einem finalen Zusammenhang mit dem Erwerb des WG fehlt (vgl. *Kulosa* in *Schmidt*, 40. Aufl. 2021, § 6e Rz. 9) und es sich aufgrund des Gemeinkostencharakters der Vergütungen auch nicht um AK nach allgemeinen Grundsätzen handeln kann (§ 255 Abs. 1 Satz 1 HGB erfasst nur Einzelkosten). Der Wortlaut des Abs. 2 Satz 3 ist weitgehend identisch mit Rz. 38 Satz 5 des Fondserlasses (BMF v. 20.10.2003 – IV C 3 – S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2005, 546).

Erfasste Vergütungen: Das Gesetz benennt abschließend die dem Grunde nach erfassten Arten von Vergütungen.

- ▶ **Haftungs- und Geschäftsführungsvergütungen für Komplementäre:** Diese können nur im Falle einer Kommanditgesellschaft iSd. §§ 161 ff. HGB (oder einer vergleichbaren ausländ. PersGes.) vorliegen und basieren regelmäßig auf einer gesellschaftsrechtl. Vereinbarung. Voraussetzung ist in jedem Fall, dass die Vergütung auf Ebene der PersGes. estl. als Sondervergütung und nicht als Gewinnvorab beurteilt wird (dazu allg. *Levedag* in *Gummert/Weipert*, 5. Aufl. 2019, § 57 Rz. 199 ff.), da ansonsten von vornherein keine BA vorliegen können.
- ▶ **Vergütungen für Treuhandkommanditisten:** Auch diese können nur im Falle einer Kommanditgesellschaft iSd. §§ 161 ff. HGB (oder einer vergleichbaren ausländ. PersGes.) vorliegen. Inhaltlich handelt es sich dabei regelmäßig um Vergütungen für die Verwaltung der Anteile der Anleger (vgl. *Wagner* in *Assmann/Schütze/Buck-Heeb*, 5. Aufl. 2020, § 17 Rz. 234), die regelmäßig von einer dem Initiator nahestehenden Treuhandgesellschaft bezogen werden.
- ▶ **Geschäftsführungsvergütungen bei schuldrechtlichem Leistungsaustausch:** Diese Vergütung ist nicht auf die Rechtsform der Kommanditgesellschaft beschränkt. In jedem Fall wird es jedoch – zumindest bei PersGes. nach deutschem Recht – aufgrund des Prinzips der Selbstorganschaft nur um die Übernahme der Geschäftsführung durch einen Gesellschafter gehen. Dies sind in der Praxis im typischen Fall der als GmbH & Co. KG strukturierten Fonds (bei nicht originär gewerblichen Fonds nicht zuletzt im Hinblick auf die Vermeidung einer gewerblichen Prägung gem. § 15 Abs. 3 Nr. 2, s. dazu allg. § 15 Anm. 1444) die bedeutsamen geschäftsführenden Kommanditisten (sog. *Managing Limited Partner*), welche für die Übernahme der Tätigkeiten eine sog. *Management Fee* erhalten (ein entsprechender schuldrechtl. Leistungsaustausch kann auch im Gesellschaftsvertrag des Fonds angelegt sein, vgl. BFH v. 7.4.1987 – IX R 103/85, BStBl. II 1987, 707).

Leistender der Vergütungen: Anders als im Falle von Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 wird nicht benannt, wer die mit den Vergütungen zusammenhängenden Aufwendungen leistet. Es werden lediglich die Aufwendungen dem Grunde nach beschrieben sowie deren Empfänger benannt. Aus dem Sachzusammenhang ergibt sich jedoch, dass es sich bei sämtlichen von der Norm erfassten Arten von Vergütungen um solche handeln muss, die von der Fonds-PersGes. selbst geleistet (allerdings unverändert von den Anlegern wirtschaftlich getragen) werden.

Sondervergütungen: Im Falle gewerblicher Fonds, bei denen der Zahlungsempfänger als Mitunternehmer der Fonds-PersGes. anzusehen ist, können insbesondere die Haftungs- und Geschäftsführungsvergütungen als Sondervergütungen iSd. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Halbs. 2 der Zahlungsempfänger qualifizieren. Die Mitunternehmereigenschaft ist indes stets einzelfallabhängig zu beurteilen. Insbesondere bei den regelmäßig nicht am Gewinn und Verlust sowie an den stillen Reserven einschließlich eines Geschäftswertes beteiligten *Managing Limited Partners* typischer Fondsstrukturen dürfte es oftmals am notwendigen Mitunternehmerisiko fehlen. Sollte indes eine Mitunternehmereigenschaft vorliegen und § 6e anwendbar sein, wären diese Vergütungen auf der ersten Gewinnermittlungsstufe aufgrund der Aktivierung gem. § 6e Abs. 1 nicht (bzw. nicht sofort) als Betriebsausgaben abziehbar. Auf der zweiten Gewinnermittlungsstufe, mithin im Sonderbetriebsbereich des Zahlungsempfänger-Mitunternehmers, wären diese Vergütungen gleichwohl – in Durchbrechung des Korrespondenzprinzips – bereits

im nämlichen VZ als SonderBE zu erfassen (s. § 15 Anm. 523 „Besteuerungszeitpunkt und Erfassung der Sondervergütungen“ mwN). Damit wären die Vergütungen im Gewerbeertrag der Fonds-PersGes. zunächst „doppelt“ erfasst (einmal im Wege der Aktivierung, d.h. mangels sofortigem Betriebsausgabenabzug, auf der ersten sowie im Wege der Erfassung als Sondervergütung auf der zweiten Gewinnermittlungsstufe). Auf Ebene des seinerseits gewerbesteuerpfl. Zahlungsempfänger-Mitunternehmers käme es dann allerdings für Zwecke der GewSt (insoweit systemgerecht) im Umfang des aus dem Fonds bezogenen Gewinnanteils zu einer Kürzung gem. § 9 Nr. 2 GewStG. In der Gesamtschau handelt es sich damit um eine bloße „Verschiebung“ zwischen dem Gewerbeertrag der Fonds-PersGes. und dem des Zahlungsempfänger-Mitunternehmers. Etwaige damit einhergehende kommerzielle Implikationen wären dann ggf. kautelarjuristisch – typischerweise im Rahmen einer GewSt-Klausel – zu adressieren.

Einstweilen frei.

43–44

2. Zeitlicher Umfang (Investitionsphase)

45

Begriff der Investitionsphase: Dieser ist grds. einheitlich mit Abs. 2 Satz 2 (s. Anm. 39) auszulegen.

Bildung wirtschaftsgutbezogener Investitionsphasen: Siehe Anm. 39. Im Falle der Anschaffung mehrerer WG würden die Aufwendungen gem. Abs. 2 Satz 3 bei einer rein fondsbezogenen Investitionsphase in besonderem Ausmaß zu unsachgemäßen Ergebnissen führen. Zum einen handelt es sich um Aufwendungen mit Gemeinkostencharakter, die sachlich insbes. geeignet sind, auch der Nutzung und Verwaltung von WG zu dienen und somit bereits im Ausgangspunkt typische BA/WK sind. Zum anderen kommt diesen Aufwendungen regelmäßig materielle Bedeutung zu, da sie in Summe meist die größte Aufwandsposition darstellen und regelmäßig während der gesamten Fondslaufzeit (obschon üblicherweise im Zeitverlauf abnehmend) anfallen, mithin also gerade nicht an Anschaffungsvorgänge geknüpft sind. Insbesondere bei den originären Erwerberfonds gem. Abs. 1 Satz 1 muss ggf. sachverhaltsabhängig auch der Beginn der jeweiligen Investitionsphase (abw. vom Grundsatz, s. Anm. 39) individuell bestimmt werden (zB durch den Zeitpunkt einer „grundsätzlich gefassten Erwerbsentscheidung“, analog BFH v. 27.3.2007 – VIII R 62/05, BStBl. II 2010, 159).

Zuordnung der Vergütungen: Die Vergütungen sind im Rahmen des Abs. 2 Satz 3 nur zu berücksichtigen, soweit sie auf die Investitionsphase „entfallen“. Dabei wird auf die wirtschaftliche Verursachung auf Grundlage der jeweils maßgeblichen (gesellschafts-)vertraglichen Vereinbarung abzustellen sein. Die Zahlung und/oder buchhalterische Erfassung der Aufwendungen auf Ebene der Fonds-PersGes. bleibt dabei unbeachtlich.

Einstweilen frei.

46–47

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Sinngemäße Anwendung bei Einzelinvestments

48

Abs. 3 der Vorschrift stellt nicht bloß eine Variation der von Abs. 1 und 2 geregelten fondsbezogenen Sachverhalte dar. Geregelt werden vielmehr Einzelinvestments, die explizit außerhalb einer „Fondskonstruktion“ (vgl. BRDrucks. 356/19,

100) erfolgen. Das gesetzgeberische Ziel der Berücksichtigung derartiger Einzelinvestments wird darin gesehen, etwaige von § 15b nicht erfasste Einzelinvestments (s. § 15b Anm. 30 „Einzelinvestition“) zumindest im Rahmen des § 6e berücksichtigen zu können (vgl. *Schiffers* in *Korn*, § 6e Rz. 45 [2/2020]; *Oellerich* in *BeckOK*, § 6e Rz. 115 [6/2021]). Der dem § 6e innewohnende gesetzgeberische Vorsichtsbereich der Regelung dürfte sehr eng sein. Anwendungsbeispiele dürften fast ausschließlich im Sachgüter-, vorrangig Immobilienbereich zu finden sein, auch die Gesetzesbegründung führt als (einziges) Beispiel den Erwerb einer ETWohnung in einem von einem Bauträger sanierten Altbau, wenn dieser neben dem Verkauf auch die Finanzierung und spätere Vermietung übernehme, an (vgl. BRDrucks. 356/19, 100). Weitere Anwendungsfälle erscheinen kaum denkbar.

Rechtsgrundverweis: Auch wenn sich der in Abs. 3 enthaltene Verweis auf Abs. 1 Satz 1 vom Aufbau der Norm her (ausschließlich) auf die Rechtsfolgenrechtsseite zu beziehen scheint, so ist dies uE doch auf Tatbestandsebene als Rechtsgrundverweis zu verstehen. Mit Ausnahme der Voraussetzung der gemeinschaftlichen Tatbestandsverwirklichung (s. Anm. 14; s.u. „Außerhalb einer gemeinschaftlichen Anschaffung“) müssen daher alle Tatbestandsmerkmale des Abs. 1 Satz 1 (sinnge­mäß) erfüllt sein.

Außerhalb einer gemeinschaftlichen Anschaffung: In Abgrenzung zu Abs. 1 darf es sich nicht um eine vom Projektanbieter als kollektives Investment strukturierte Anlagemöglichkeit handeln. Dies bedeutet nicht, dass der Anleger zwangsläufig nur eine natürliche Person sein kann. Vielmehr können auch Körperschaften und insbes. PersGes. Abnehmer der Investmentmöglichkeit sein.

Anschaffung von Wirtschaftsgütern: Erfasst werden ausschließlich Sachverhalte, bei denen WG angeschafft werden (s. Anm. 11). Der Fall der (zivilrechtl.-tatsächlichen) Herstellung von WG wird an dieser Stelle – anders als im Rahmen des Abs. 1 (s. Anm. 28) – nicht separat geregelt. Entsprechend verweist Abs. 3 auch nicht auf Abs. 1 Satz 2. Dies war auch nicht notwendig, da eine etwaige Umqualifizierung (Anleger als Erwerber statt als Bauherr) bereits im Tatbestandsmerkmal des „vorformulierten Vertragswerks“ angelegt ist. Insofern kann auch (unverändert) unmittelbar auf die Grundsätze des BFH (BFH v. 14.11.1989 – IX R 197/84, BStBl. II 1990, 299) und der darauf aufbauenden Ausführungen des Fondserlasses zu Gesamtobjekten und vergleichbaren Modellen mit nur einem Kapitalanleger (BMF v. 20.10.2003 – IV C 3 - S 2253 a - 48/03, BStBl. I 2005, 546, Rz. 1-4) zurückgegriffen werden. Diese Rspr. basierte nicht auf § 42 AO und wurde daher auch nicht unmittelbar durch BFH v. 26.4.2018 (BFH v. 26.4.2018 – IV R 33/15, BStBl. II 2020, 645) verdrängt.

Vorformuliertes Vertragswerk: Das Einzelinvestment muss auch für Zwecke des Abs. 3 mit einem vorformulierten Vertragswerk (iSd. Abs. 1 Satz 1, s. Anm. 17 ff.) einhergehen (vgl. BRDrucks. 356/19, 100).

Fondsetablierungskosten vergleichbare Kosten: Voraussetzung für die Anwendung des Abs. 3 ist, dass Kosten zu zahlen sind, die Fondsetablierungskosten vergleichbar sind. Gemeint sind damit Fondsetablierungskosten iSd. Abs. 2 Satz 1 (s. Anm. 32 f.). Der Verweis auf den gesamten Abs. 2 geht insofern fehl, als die Sätze 2 und 3 in der Sache keinen Anwendungsbereich im Kontext des Abs. 3 besitzen können.

Rechtsfolge: Der Verweis auf Abs. 1 Satz 1 enthält auch die Rechtsfolge des Abs. 3, nämlich dass bei Erfüllung der Voraussetzungen auch die Fondsetablierungskosten

vergleichbaren Kosten zu den AK der vom Stpfl. angeschafften WG gehören und von diesem entsprechend nicht sofort als BA oder WK (§ 9 Abs. 5 Satz 2) abgezogen werden können.

Einstweilen frei.

49–50

E. Erläuterungen zu Abs. 4: Anwendung bei Einnahmenüberschussrechnung

51

Durch Abs. 4 wird festgelegt, dass die Vorschrift auch bei Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 3 (Einnahmenüberschussrechnung) gilt. Diese Regelung war notwendig, da im Rahmen des § 4 Abs. 3 Sätze 3 und 4 grds. auf den handelsrechtl. AK-Begriff gem. § 255 Abs. 1 HGB zurückgegriffen wird (s. § 4 Anm. 629) und entsprechend der durch die Vorschrift erweiterte steuerbilanzielle AK-Begriff explizit angeordnet werden muss (analog zu § 6 Abs. 7 Nr. 2 bezüglich anschaffungsnaher HK gem. § 6 Abs. 1 Nr. 1a).

F. Erläuterungen zu Abs. 5: Anwendbarkeit des § 15b

52

Durch Abs. 5 wird sichergestellt, dass § 15b anwendbar bleibt, wenn § 6e zur Anwendung gelangt ist. Auf den ersten Blick wirkt dies deklaratorisch (vgl. BRDrucks. 356/19, 100: Klarstellung), da die Normen nicht in einer unmittelbaren Anwendungskonkurrenz zueinander stehen. § 6e wirkt sich auf einzelne Geschäftsvorfälle im Rahmen der Gewinnermittlung (regelmäßig auf Ebene der Fonds-PersGes., s. Anm. 4, 5) aus. § 15b hingegen bezieht sich auf den anteilig dem Anleger zugewiesenen, insgesamt auf Ebene der Fonds-PersGes. erzielten Verlust, welcher dann auf seiner Ebene einer Verlustverrechnungsbeschränkung mit anderen Einkünften unterliegt (§ 15b Abs. 1). Auch weisen die Normen keinen notwendigerweise deckungsgleichen Anwendungsbereich auf (vgl. *Schiffers in Korn*, § 6e Rz. 14, 48 [2/2020]). Gleichwohl wird doch im Erg. ein und dasselbe vom Gesetzgeber als missbrauchsverdächtig identifizierte Feld (vgl. BFH v. 26.4.2018 – IV R 33/15, BStBl. II 2020, 645, Rz. 32) von gleich zwei steuergesetzlichen Spezialvorschriften behandelt. Diese beachtliche Regelungsdichte stellt den Kern der mit Einf. des § 6e intendierten Nichtanwendungsgesetzgebung (s. Anm. 3) dar, da der BFH (BFH v. 26.4.2018 – IV R 33/15, BStBl. II 2020, 645, Rz. 33) gerade von einer hinreichend substitutiven Beziehung der estl. Vertragsgeflecht-Rspr. und § 15b ausgegangen war. Abs. 5 lässt keinen Zweifel daran, dass aus Sicht des Gesetzgebers genau dies verhindert werden soll. § 6e kommt uE insoweit auch eine prohibitive Wirkung für künftige modellhafte Gestaltungen zu, die vorrangig darauf ausgerichtet sind, Verluste bzw. BA/WK steuermindernd zu nutzen.

