

Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft

Band 172

Offene Immobilienfonds im Investmentsteuerrecht

Von

Peter Bujotzek



Duncker & Humblot · Berlin

PETER BUJOTZEK

Offene Immobilienfonds im Investmentsteuerrecht

Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster durch die Professoren
Dr. Heinrich Dörner Dr. Dirk Ehlers Dr. Ursula Nelles

Band 172

Offene Immobilienfonds im Investmentsteuerrecht

Von

Peter Bujotzek



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster hat diese Arbeit
im Jahre 2006 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

D 6

Alle Rechte vorbehalten
© 2007 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0935-5383
ISBN 978-3-428-12472-5

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☉

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, die systematischen Grundlagen sowie die praxisrelevante Anwendung des Investmentsteuerrechts am Beispiel offener Immobilienfonds zu untersuchen. Die Arbeit lag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität im Sommersemester 2006 als Dissertation vor. Für die Drucklegung konnten Literatur und Rechtsprechung bis Mitte Januar 2007 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Ingo Saenger. Er hat mich während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl vielfältig mit wertvollem, fachlichem wie persönlichem Rat unterstützt. Zugleich hat er mir großzügig die nötigen Freiräume gewährt. Herrn Professor Dr. Dieter Birk, der mein Interesse für Steuerrecht geweckt und mich in seine Grundlagen eingeführt hat, gebührt mein herzlicher Dank für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens und manch andere Förderung. Ferner habe ich den Partnern und Rechtsanwälten der Sozietät P+P Pöllath + Partner zu danken. Äußerst wertvoll waren vor allem die Anregungen, die ich durch viele Gespräche von den Herren Dr. Joachim Kayser und Dr. Jens Steinmüller, LL.M. erhalten habe, sowie die praktischen Einblicke, die sie mir gewährt haben. Hierfür sowie für die Mühen des Korrekturlesens danke ich ihnen herzlich. Für Letzteres sowie für die liebevolle Unterstützung während des Dissertationsvorhabens danke ich außerdem Frau Laura Schneider, LL.M. Schließlich möchte ich Herrn Dr. Christoph Weber, EMBA dankend erwähnen.

Für die Aufnahme der Arbeit in die Reihe „Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft“ schulde ich Herrn Professor Dr. Heinrich Dörner, Herrn Professor Dr. Dirk Ehlers und Frau Professorin Dr. Ursula Nelles Dank. Dem Freundeskreis Rechtswissenschaften e. V. bin ich für die finanzielle Förderung der Veröffentlichung dankbar.

Mein größter Dank gilt meinen Eltern. Sie haben mich stets bedingungslos unterstützt und so vieles erst ermöglicht. Ihnen ist die Arbeit gewidmet.

Düsseldorf, im Januar 2007

Peter Bujotzek

Inhaltsübersicht

§ 1 Einleitung	21
A. Untersuchungsgegenstand	21
B. Ziele der Arbeit	22
C. Gang der Darstellung	23

Erster Teil

Grundlagen

§ 2 Investmentrechtliche Grundlagen	25
A. Die Investmentidee offener Immobilienfonds	25
B. Regulativer Rahmen und geschichtliche Entwicklung	26
C. Anwendungsbereich sowie Terminologie des Investmentgesetzes	33
D. Zivilrechtliche Konstruktion eines offenen Immobilienfonds	38
E. Anlagegrundsätze	52
F. Ausschüttungspolitik	62
§ 3 Investmentsteuerrechtliche Grundlagen	63
A. Systematische Ausgangsüberlegungen	63
B. Anwendungsbereich des Investmentsteuergesetzes	73
C. Systematik des Investmentsteuergesetzes	74
D. Besteuerungsmechanismen des Investmentsteuergesetzes	75

Zweiter Teil

Einzelheiten der Besteuerung von Immobilien-Investmentvermögen und ihren Anlegern

§ 4 Reguläre laufende Ertragsbesteuerung der Anleger	99
A. Privatanleger	99
B. Betriebliche Anleger	131
C. Besonderheiten bei ausländischen Portfolioanlagen	141
D. Fazit	155
§ 5 Ermittlung der steuerpflichtigen Einkünfte	159
A. Ermittlung der Investorsträger (Abzug der Werbungskosten des Investmentvermögens)	160

B. Ermittlung der Einkünfte der Anleger (Abzug der Werbungskosten bzw. Betriebsausgaben der Anleger)	192
§ 6 Schlussbesteuerung	197
A. Privatanleger	198
B. Betriebliche Anleger	214
§ 7 Bekanntmachungspflichten und Rechtsfolgen von Verstößen	230
A. Pflicht zur Bekanntmachung der Besteuerungsgrundlagen	232
B. Rechtsfolgen von Verstößen gegen die Bekanntmachungspflichten ...	237
§ 8 Überblick über weitere Steuern	251
A. Kapitalertragsteuer	251
B. Grunderwerbsteuer	258
C. Gewerbesteuer: Problem der Hinzurechnung nach § 8 Nr. 5 GewStG	262
§ 9 Sonderfragen bei ausländischen Immobilien-Investmentvermögen	266
A. Reichweite des Anwendungsbereichs des Investmentgesetzes und des Investmentsteuergesetzes	267
B. Immobilien-Dachinvestmentvermögen	283
§ 10 Zusammenfassung der Ergebnisse	295
A. Fazit	295
B. Einzelergebnisse	298
Literaturverzeichnis	306
Sachwortregister	321

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	21
A. Untersuchungsgegenstand	21
B. Ziele der Arbeit	22
C. Gang der Darstellung	23
<i>Erster Teil</i>	
Grundlagen	
§ 2 Investmentrechtliche Grundlagen	25
A. Die Investmentidee offener Immobilienfonds	25
B. Regulativer Rahmen und geschichtliche Entwicklung	26
I. Entwicklung spezialgesetzlicher Regelungen	26
II. Regelungen vor Inkrafttreten des Investmentmodernisierungsgesetzes	27
1. Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften	28
2. Auslandsinvestmentgesetz	29
III. Regelungen seit Inkrafttreten des Investmentmodernisierungsgesetzes	31
C. Anwendungsbereich sowie Terminologie des Investmentgesetzes	33
I. Investmentvermögen	33
II. Formeller Investmentbegriff bei inländischen Investmentvermögen	33
1. Investmentfonds, Sondervermögen und Kapitalanlagegesellschaft	34
2. Investmentaktiengesellschaft	34
3. Offene Immobilienfonds	35
III. Materieller Investmentbegriff bei ausländischen Investmentvermögen	35
IV. Investmentgesellschaften	37
D. Zivilrechtliche Konstruktion eines offenen Immobilienfonds	38
I. Das Vertragsmodell („Investmentdreieck“)	38
1. Die Kapitalanlagegesellschaft	38
2. Das Sondervermögen und die Eigentumsverhältnisse daran ..	39
3. Die Depotbank	40

4. Der Sachverständigenausschuss	41
5. Stellung der Investmentanleger	41
6. Das <i>open-end</i> -Prinzip und die Rückgabemöglichkeit	43
a) Die allgemeine „Katastrophenklausel“ des § 37 Abs. 2 und Abs. 3 InvG	43
b) Besondere Möglichkeiten zur Einschränkung der jeder- zeitigen Rücknahme bei offenen Immobilienfonds (§ 81 InvG)	44
c) Aktuelle Probleme und Pläne zur Novellierung des Investmentgesetzes	46
II. Abgrenzung zu anderen Rechtsformen	48
1. Die Trust-Form	48
2. Die Satzungsform (geschlossene Immobilienfonds)	49
3. Real Estate Investment Trust (REIT)	50
E. Anlagegrundsätze	52
I. Zulässige Anlagegegenstände inländischer Immobilien-Invest- mentfonds	52
1. Immobilien	53
2. Immobilien-Gesellschaften	55
a) Verbot von Holdingstrukturen	57
b) Immobilien-Kapitalgesellschaften	57
c) Immobilien-Personengesellschaften	58
3. Liquiditätsreserven	59
II. Zulässigkeit von Veräußerungsgeschäften	60
III. Folgen von Nichtbeachtung der Anlagegrundsätze	61
IV. Anlagegegenstände ausländischer Immobilien-Investment- vermögen	61
F. Ausschüttungspolitik	62
§ 3 Investmentsteuerrechtliche Grundlagen	63
A. Systematische Ausgangsüberlegungen	63
I. Gesetzgeberische Ausgangsentscheidung zur Schaffung eines speziellen Investmentsteuerrechts	64
II. Ziele des Investmentsteuerrechts	66
1. Der Grundsatz der Transparenz	66
a) Vermeidung einer steuerlichen Doppelbelastung	67
b) Sicherstellung einer zeitnahen Besteuerung	68
2. Steuerliche Förderung des Investmentwesens	68
3. Gleichbehandlung ausländischer und inländischer Investment- vermögen	69
a) Keine Benachteiligung ausländischer Investmentver- mögen	69
b) Keine Benachteiligung deutscher Investmentvermögen	70

4. Systemimmanente Einschränkungen des Transparenzgrundsatzes	70
a) Mangelnde Vergleichbarkeit der Investmentanleger mit Direktanlegern	71
b) Vereinfachungs- und Pauschalierungszwecke	71
III. Besteuerungsprinzipien als Maßstab	71
1. Das Leistungsfähigkeitsprinzip	72
2. Prinzip der Folgerichtigkeit	72
B. Anwendungsbereich des Investmentsteuergesetzes	73
I. Inländische Investmentvermögen im formellen Sinn	73
II. Ausländische Investmentvermögen im materiellen Sinn	74
C. Systematik des Investmentsteuergesetzes	74
D. Besteuerungsmechanismen des Investmentsteuergesetzes	75
I. Die drei Besteuerungsebenen und die beteiligten Steuersubjekte	76
1. Zielebene	76
2. Ebene des Investmentvermögens	76
a) Sondervermögen	76
b) Kapitalanlagegesellschaft	77
3. Anlegerebene	78
II. Laufende Besteuerung der Investmentanleger	78
1. Steuerpflicht ausgeschütteter und ausschüttungsgleicher Erträge	79
a) Ausgeschüttete Erträge i. S. d. § 1 Abs. 3 S. 2 InvStG	80
b) Ausschüttungsgleiche Erträge i. S. d. § 1 Abs. 3 S. 3 InvStG	82
c) Sachliche Rechtfertigung der Steuerpflicht ausschüttungsgleicher Erträge	83
2. Besteuerung von Privatanlegern	84
a) Sachliche Zurechnung	84
b) Steuerbefreiungen gem. § 2 Abs. 3 InvStG	87
c) Halbeinkünfteverfahren	88
d) Zeitliche Zurechnung	89
aa) Zurechnung ausgeschütteter Erträge	89
bb) Zurechnung ausschüttungsgleicher Erträge	89
cc) Zurechnung teilausgeschütteter Erträge	90
3. Besteuerung von betrieblichen Anlegern	91
a) Sachliche Zurechnung	91
b) Halbeinkünfteverfahren	92
c) Zeitliche Zurechnung	93
4. Ertragsausgleich (§ 9 InvStG)	93
5. Zwischenfazit: teilweise divergierende Regelungstechnik	96
III. Schlussbesteuerung	97

Zweiter Teil

Einzelheiten der Besteuerung von Immobilien-Investmentvermögen und ihren Anlegern	99
§ 4 Reguläre laufende Ertragsbesteuerung der Anleger	99
A. Privatanleger	99
I. Investmenterträge aus Immobilien	100
1. Laufende Erträge	100
2. Erträge aus Veräußerungen der Immobilien	100
a) Ausgeschüttete Erträge	101
b) Ausschüttungsgleiche Erträge	101
c) Private Veräußerungsgeschäfte i. S. d. § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG	101
II. Investmenterträge aus Beteiligungen an Immobilien- Gesellschaften	106
1. Besteuerungsregeln im Verhältnis zwischen dem Investment- vermögen und der Immobilien-Gesellschaft	106
2. Immobilien-Kapitalgesellschaften	108
a) Laufende Erträge	109
aa) Dividenden i. S. d. § 1 Abs. 3 S. 2 und S. 3 InvStG ...	109
bb) Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens auf Invest- menterträge aus Dividenden (§ 2 Abs. 2 InvStG)	111
b) Erträge aus Veräußerung der Beteiligung	113
aa) Ausgeschüttete Erträge	113
bb) Ausschüttungsgleiche Erträge	113
cc) Anteile an Immobilien-Kapitalgesellschaften als Wertpapiere im investimentsteuerrechtlichen Sinn	114
c) Erträge aus gewährten Darlehen und § 8a KStG	116
aa) Dividenden i. S. d. § 1 Abs. 3 S. 2 und S. 3 InvStG ...	117
bb) Zinsen i. S. d. § 1 Abs. 3 S. 2 und S. 3 InvStG	117
3. Immobilien-Personengesellschaften	118
a) Gewerbliche Immobilien-Personengesellschaften	119
aa) Zurechnung gem. § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG	119
bb) Laufende Erträge (des Investmentvermögens)	120
(1) Sonstige Erträge i. S. d. § 1 Abs. 3 S. 2 und S. 3 InvStG	120
(2) Kritik im Schrifttum	121
cc) Erträge aus Veräußerung der Beteiligung	123
dd) Erträge aus gewährten Darlehen	124
b) Vermögensverwaltende Immobilien-Personen- gesellschaften	124
aa) Zurechnung gem. § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO	124
bb) Laufende Erträge (des Investmentvermögens)	125

(1) Vermietungstätigkeit der Immobilien-Gesellschaft	125
(2) Veräußerungstätigkeit der Immobilien-Gesellschaft	126
(a) Ausgeschüttete Erträge	126
(b) Thesaurierte Erträge	126
cc) Erträge aus Veräußerung der Beteiligung	127
(1) Analoge Anwendung des § 23 Abs. 1 S. 4 EStG	127
(a) Regelungsgehalt des § 23 Abs. 1 S. 4 EStG	128
(b) Voraussetzungen einer Analogie	128
(2) Private Veräußerungsgeschäfte des Investmentvermögens i.S.d. § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und S. 4 EStG	130
dd) Erträge aus gewährten Darlehen	130
III. Investorerträge aus Liquiditätsreserven	131
B. Betriebliche Anleger	131
I. Investorerträge aus Immobilien	132
1. Laufende Erträge	132
2. Erträge aus Veräußerungen von Immobilien	132
a) Ausgeschüttete Erträge	132
b) Ausschüttungsgleiche Erträge	132
II. Investorerträge aus Beteiligungen an Immobilien-Gesellschaften	133
1. Immobilien-Kapitalgesellschaften	133
a) Laufende Erträge	133
b) Erträge aus Veräußerungen der Beteiligung	134
aa) Ausgeschüttete Erträge	134
(1) Teleologische Reduktion des § 2 Abs. 1 S. 1, 2. Hs. InvStG	135
(2) Charakter des § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 1, 2. Hs. InvStG als Rechtsgrundverweisung	135
bb) Ausschüttungsgleiche Erträge	136
2. Immobilien-Personengesellschaften	137
a) Gewerbliche Immobilien-Personengesellschaften	137
b) Vermögensverwaltende Immobilien-Personengesellschaften	137
aa) Laufende Erträge (des Investmentvermögens)	137
(1) Vermietungstätigkeit der Immobilien-Gesellschaft	137
(2) Veräußerungstätigkeit der Immobilien-Gesellschaft	137
(a) Ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge aus Veräußerungen innerhalb der Zehn-Jahres-Frist	137
(b) Erträge aus Veräußerungen nach Ablauf der Zehn-Jahres-Frist	138
(3) Erträge aus gewährten Darlehen	140

bb) Erträge aus Veräußerungen von Beteiligungen	140
(1) Ausgeschüttete Erträge.....	140
(2) Ausschüttungsgleiche Erträge.....	141
C. Besonderheiten bei ausländischen Portfolioanlagen	141
I. Steuerfreistellung nach § 4 Abs. 1 InvStG i. V. m. einem DBA ..	142
1. Progressionsvorbehalt	143
2. Einkünfte aus dem Ausland i. S. d. § 4 Abs. 1 InvStG	144
a) Maßgebliches Steuersubjekt	144
b) Anwendung des § 34d EStG	146
aa) Eindeutige Fälle	146
bb) Gewinne aus Veräußerungsgeschäften i. S. d. § 1	
Abs. 3 S. 2 InvStG	146
(1) Ansicht im Schrifttum	146
(2) Eigene Ansicht.....	147
II. Anrechnung ausländischer Steuern nach § 4 Abs. 2, Abs. 3	
und Abs. 4 InvStG	148
1. Gesamtheitsmethode	149
2. Kein Erfordernis einer Zeitraumidentität	150
3. Anrechnungsausschluss gem. § 4 Abs. 3 InvStG	151
4. Anrechnung fiktiver Quellensteuer	152
III. Abkommensberechtigung eines deutschen Investmentvermögens	153
D. Fazit	155
I. Privatanleger: unnötige Komplexität der Regelungen	155
II. Betriebliche Anleger: mangelnde Konsequenz der Regelungen ..	156
III. Benachteiligung von Immobilien- gegenüber Wertpapier-	
Investmentfonds	158
§ 5 Ermittlung der steuerpflichtigen Einkünfte	159
A. Ermittlung der Investorserträge (Abzug der Werbungskosten	
des Investmentvermögens)	160
I. Die Ertragsermittlungsmethode (§ 3 Abs. 1 InvStG)	160
1. Einheitliche Anwendung der Regeln für Überschusseinkünfte	161
2. Einzelkosten und Allgemeinkosten	161
3. Einheitliche Ermittlung der ausgeschütteten	
und ausschüttungsgleichen Erträge	162
II. Das Zuflussprinzip und seine Modifikationen	
(§ 3 Abs. 2 InvStG)	163
III. AfA (§ 3 Abs. 3 S. 1 InvStG)	164
IV. Konnexitätsgrundsatz und seine Modifikationen	166
1. Abzugsverbote im allgemeinen Ertragsteuerrecht	166
2. Abzugsverbote bei Allgemeinkosten des Investment-	
vermögens	167
a) 1. Stufe (§ 3 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 InvStG)	167
b) 2. Stufe (§ 3 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 InvStG)	169

c) 3. Stufe (§ 3 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 und Nr. 4 InvStG)	171
aa) Einkommensteuerpflichtige Anleger	171
bb) Körperschaftsteuerpflichtige Anleger	174
cc) Kritik der Abzugsverbote der 3. Stufe	175
(1) Asymmetrische Anordnung des Halbeinkünfte- verfahrens	176
(a) Gebotene Gesetzeskorrektur <i>de lege ferenda</i> ..	178
(b) Keine Gesetzeskorrektur <i>de lege lata</i>	179
(2) Anwendung des § 8b Abs. 5 KStG auf der Ebene der Anleger	180
(a) Angleichung durch vollständige Transparenz? ..	181
(b) Angleichung durch Nichtanwendung des § 8b Abs. 5 KStG auf Ebene der Investmentanleger? ..	181
(c) Fazit	182
3. Abzugsverbote bei Einzelkosten des Investmentvermögens ..	183
a) Anwendbarkeit der Abzugsverbote des § 3c Abs. 1 und Abs. 2 EStG	183
b) Anwendbarkeit (nur) des § 3c Abs. 2 EStG	184
c) Unanwendbarkeit der Abzugsverbote des § 3c EStG	185
d) Anwendbarkeit des § 3c Abs. 1 EStG als allgemeiner Grundsatz	185
e) Eigene Stellungnahme	186
4. Verlustverrechnung und Verlustvortrag	187
a) Verlustverrechnung (§ 3 Abs. 4 S. 1 InvStG)	188
b) Verlustvortrag (§ 3 Abs. 4 S. 2 InvStG)	190
B. Ermittlung der Einkünfte der Anleger (Abzug der Werbungskosten bzw. Betriebsausgaben der Anleger)	192
I. Erforderlichkeit der Aufteilung der Werbungskosten bzw. Betriebsausgaben der Anleger; Abzugsverbot des § 3c EStG ...	193
II. Aufteilungsmaßstab	194
§ 6 Schlussbesteuerung	197
A. Privatanleger	198
I. Zwischengewinn	198
1. Zwischengewinn im weiteren Sinne	198
2. Zwischengewinn i. S. d. § 1 Abs. 4 InvStG	199
3. Historie und Begründung der Zwischengewinnbesteuerung ..	201
4. Relevanz, Ermittlung und Veröffentlichung des Zwischen- gewinns	202
5. Würdigung	204
II. Besteuerung des übrigen Veräußerungsgewinns nach § 8 Abs. 5 InvStG i. V. m. §§ 22 Nr. 2, 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG	207
1. Tatbestand des § 8 Abs. 5 InvStG i. V. m. § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG	208

2.	Berechnung und Bestandteile des Veräußerungsgewinns	209
a)	Behandlung bereits nach § 2 Abs. 1 S. 1 InvStG besteuerter Erträge	209
b)	Unanwendbarkeit der Regeln über den Aktien- und Immobilien-gewinn	210
3.	Würdigung	211
a)	Generelle steuerliche Erfassung unterjähriger Veräußerungen	211
b)	Unanwendbarkeit der Regeln über den Aktiengewinn	212
c)	Unanwendbarkeit der Regeln über den Immobiliengewinn	214
B.	Betriebliche Anleger	214
I.	(Keine) Bedeutung der Zwischengewinnbesteuerung	215
II.	Behandlung bereits nach § 2 Abs. 1 S. 1 InvStG besteu- erter Erträge	216
III.	Aktien- und Immobiliengewinn (§ 8 InvStG)	217
1.	Positiver Aktien- und Immobiliengewinn (§ 8 Abs. 1 InvStG).	218
a)	Steuerbefreiung des Aktiengewinns	218
b)	Steuerbefreiung des Immobiliengewinns	219
2.	Negativer Aktien- und Immobiliengewinn (§ 8 Abs. 2 InvStG)	220
3.	Veröffentlichung des Fonds-Aktiengewinns und des Fonds- Immobilien-gewinns	222
4.	Berechnung des Anleger-Aktiengewinns und des Anleger- Immobilien-gewinns	223
a)	Ermittlung des besitzzeitanteiligen Anleger-Aktiengewinns und Anleger-Immobilien-gewinns (§ 8 Abs. 3 InvStG)	224
b)	Ermittlung des Fonds-Aktiengewinns und Fonds- Immobilien-gewinns	226
aa)	Bruttomethode	226
bb)	Steuerliche Nettomethode	227
cc)	Investmentrechtliche Nettomethode	227
dd)	Eigene Stellungnahme	228
IV.	Würdigung	230
§ 7	Bekanntmachungspflichten und Rechtsfolgen von Verstößen	230
A.	Pflicht zur Bekanntmachung der Besteuerungsgrundlagen	232
I.	Bekannt zu machende Besteuerungsgrundlagen	232
1.	Ausschüttende Investmentvermögen	232
2.	Thesaurierende Investmentvermögen	233
II.	Art der Bekanntmachung	234
III.	Besonderheiten bei ausländischen Fonds	236
B.	Rechtsfolgen von Verstößen gegen die Bekanntmachungspflichten	237
I.	Semitransparente Investmentvermögen (§ 5 Abs. 1 S. 2 InvStG)	237
II.	Intransparente Investmentvermögen (§ 6 InvStG)	238

1. Verfassungs- und europarechtliche Kritik an der Vorgängerregelung des § 18 Abs. 3 AuslInvG	239
2. Europarechtliche Würdigung der Pauschalbesteuerung gem. § 6 InvStG	240
3. Verfassungsrechtliche Würdigung der Pauschalbesteuerung gem. § 6 InvStG	243
a) Mehrwert als Bemessungsgrundlage (§ 6 S. 1, 1. Alt. InvStG)	244
b) Mindestbemessungsgrundlage (§ 6 S. 1, 2. Alt. InvStG) ..	245
aa) Kritik der Mindestbemessungsgrundlage dem Grunde nach	245
bb) Kritik der Höhe der Mindestbesteuerung	247
III. Pauschalbesteuerung im Rahmen der Schlussbesteuerung	248
1. Keine Pauschalbesteuerung der Rückgabe- oder Veräußerungsgewinne	248
2. Zwischengewinnbesteuerung nach § 6 InvStG	249
3. Würdigung	250
§ 8 Überblick über weitere Steuern	251
A. Kapitalertragsteuer	251
I. Fondseingangsseite	251
II. Fondsausgangsseite	252
1. Zinsabschlag (§ 7 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 4 InvStG)	253
a) Ausschüttende Investmentvermögen	253
b) Thesaurierende Investmentvermögen	255
c) Würdigung	255
2. Kapitalertragsteuer (§ 7 Abs. 3 InvStG)	256
3. Anrechnung und Erstattung der Zinsabschlag- und der Kapitalertragsteuer	257
B. Grunderwerbsteuer	258
I. Immobilienveräußerung und -erwerb durch die Kapitalanlagegesellschaft: Erwerb zweiter Stufe?	258
II. Ausgabe oder Übertragung von Immobilieninvestmentfondsanteilen	259
III. Übertragung der Kapitalanlagegesellschaft als Ganzes	260
C. Gewerbesteuer: Problem der Hinzurechnung nach § 8 Nr. 5 GewStG ..	262
I. Hinzurechnung gem. § 8 Nr. 5 GewStG	263
II. Keine Hinzurechnung gem. § 8 Nr. 5 GewStG	264
III. Eigene Stellungnahme	264
§ 9 Sonderfragen bei ausländischen Immobilien-Investmentvermögen ...	266
A. Reichweite des Anwendungsbereichs des Investmentgesetzes und des Investmentsteuergesetzes	267
I. Materielle Tatbestandsmerkmale des § 1 S. 2 InvG	269
1. Vermögensgegenstände i.S.d. § 2 Abs. 4 InvG	269

2. Anlage nach dem Grundsatz der Risikomischung i. S. d.	
§ 1 S. 2 InvG	270
a) Objektive Verwirklichung der Risikomischung	270
aa) Unmittelbar	271
bb) Mittelbar (§ 2 Abs. 8 S. 2 InvG)	272
b) Subjektiver Anlagezweck	275
II. Konkretisierung und Einschränkung des Anwendungsbereichs	
durch die Finanzverwaltung	278
III. Würdigung	279
B. Immobilien-Dachinvestmentvermögen	283
I. Erscheinungsformen	283
1. Immobilien-Investmentvermögen mit richtlinienkonformen	
Zielfonds	283
2. Immobilien-Investmentvermögen mit Immobilien-Zielfonds ..	284
II. Regelungsgehalt des § 10 InvStG	285
III. Wirkungsweise des Transparenzprinzips	287
1. Beschränkte Wirkung des Transparenzprinzips	287
2. Umfassende Wirkung des Transparenzprinzips	288
3. Eigene Stellungnahme	288
IV. Einzelne Besteuerungsaspekte bei Dach-Investmentvermögen ...	290
1. Qualifikation der Erträge der Zielfonds auf der Eingangsseite	
des Dachfonds	290
2. Kapitalertragsteuerliche Behandlung	291
3. Besteuerung der Anleger des Dachfonds	292
a) Laufende Erträge der Zielfonds	292
b) Erträge aus Veräußerungsgeschäften der Zielfonds	292
c) Erträge aus Veräußerung der Zielfondsanteile	293
4. Schlussbesteuerung der Dachfondsanleger	294
V. Fazit	295
§ 10 Zusammenfassung der Ergebnisse	295
A. Fazit	295
B. Einzelergebnisse	298
I. Reguläre laufende Besteuerung (§ 4)	298
II. Ermittlung der steuerpflichtigen Einkünfte (§ 5)	300
III. Schlussbesteuerung (§ 6)	301
IV. Bekanntmachungspflichten und Pauschalbesteuerung (§ 7)	302
V. Weitere Steuern (§ 8)	303
VI. Ausländische Immobilien-Investmentvermögen (§ 9)	304
Literaturverzeichnis	306
Sachwortregister	321

§ 1 Einleitung

A. Untersuchungsgegenstand

Der deutsche offene Immobilienfonds ist die dominierende Form der indirekten Immobilienanlage in Europa. Das Vermögen der achtunddreißig deutschen offenen Immobilienfonds beträgt derzeit rund 75 Milliarden Euro und macht über 13% des Gesamtvermögens der deutschen Publikumsfonds aus.¹

Damit haben offene Immobilienfonds auch nach den Mittelabflüssen von rund 7 Milliarden Euro im ersten Quartal 2006, welche durch die vorübergehende Aussetzung der Anteilsscheinrücknahme dreier offener Immobilienfonds ausgelöst wurden,² eine große volkswirtschaftliche Bedeutung und stellen, insbesondere für risikoaverse Anleger, eine attraktive Anlageform dar. So legten offene Immobilienfonds per 31.11.2006 im Jahresdurchschnitt um 3,5% zu. In den letzten 10 Jahren legten sie um ca. 4% p.a., in den letzten 20 Jahren um über 5% p.a. zu.³

Ein weiterer Erfolg der offenen Immobilienfonds erscheint auch dann wahrscheinlich, wenn sie im Jahr 2007 Konkurrenz durch die so genannten Real Estate Investment Trusts (REITs), deren geplante Einführung allerdings derzeit noch auf politischen Widerstand und rechtliche Schwierigkeiten stößt,⁴ erhalten sollten – mag auch das Investitionsvolumen der durch eine ausgeprägte Börsenbaisse bedingten Rekordjahre 2002 und 2003 (Mittelzuflüsse von insgesamt 35,9 Milliarden Euro, Investitionsvolumen Ende 2003 ca. 85 Milliarden Euro)⁵ nicht wieder vollständig erreicht werden. Als Signal für weiterhin gute Wachstumsaussichten gilt das rege Interesse – insbesondere ausländischer – Investoren am deutschen Immobilienmarkt im Allgemeinen sowie an deutschen offenen Immobilienfonds im Besonderen. So erreichte das Transaktionsvolumen des deutschen Immobilienmarkts im

¹ Fondsvermögen/Mittelaufkommen-Statistik des Bundesverbands Investment und Asset Management e. V. (BVI), Stand Dezember 2006 (abrufbar unter www.bvi.de/de/statistikwelt).

² Vgl. hierzu § 2 D.I.6.c).

³ Wertentwicklungstatistik des Bundesverbands Investment und Asset Management e. V. zum 30.11.2006 (abrufbar unter www.bvi.de/de/statistikwelt).

⁴ Vgl. hierzu § 2 D.II.3.

⁵ Vgl. *Zitelmann*, Die Bank 2004, 190.

Jahr 2006 einen Rekordwert von 46,1 Milliarden Euro, wobei sich der Anteil ausländischer Investoren auf rund 63% belief.⁶ Beispielhaft sind insoweit auch der umstrittene und viel beachtete⁷ Verkauf des gesamten kommunalen Wohnungsbestands durch die Stadt Dresden an den US-Finanzinvestor *Fortress* im März 2006 sowie die Aufnahme des Vertriebs eines offenen Immobilienfonds durch *Morgan Stanley* Mitte Dezember 2005⁸.

B. Ziele der Arbeit

Angesichts der Bedeutung offener Immobilienfonds verwundert es, dass es bislang wenig Literatur zu diesem Thema gibt. Diese Arbeit soll dazu beitragen, diese Lücke zu schließen. Der Schwerpunkt der Untersuchung liegt auf der steuerlichen Behandlung offener Immobilienfonds und ihrer inländischen Anleger. Dieser Fokus rechtfertigt sich durch die Relevanz der steuerlichen Regelungen für die Attraktivität einer Anlage in offene Immobilienfonds einerseits⁹ und die – seit jeher beklagte¹⁰ – Komplexität des Investmentsteuerrechts andererseits.

Mit dem am 1.1.2004 in Kraft getretenen Investmentmodernisierungsgesetz¹¹ wurden das Investmentrecht und das Investmentsteuerrecht grundlegend umstrukturiert. Das Investmentsteuerrecht erfuhr mit dem Gesetz zur Umsetzung von EU-Richtlinien in nationales Steuerrecht und zur Änderung weiterer Vorschriften (EURLUmsG)¹² bereits erste gewichtige Änderungen. Im Rahmen dieser Arbeit sollen die Zielsetzungen und die Systematik des Investmentsteuergesetzes im Hinblick auf offene Immobilienfonds heraus-

⁶ Das stellt eine Steigerung gegenüber dem Vorjahr um 25% bei der Anzahl und 12% im Volumen dar. Die Daten basieren auf einer Auswertung der DEGI Research, Deutsche Gesellschaft für Immobilienfonds mbH (abrufbar unter www.degi.com/research/research.htm).

⁷ Vgl. *Financial Times Deutschland* vom 22.2.2006; *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 10.3.2006; *Handelsblatt* vom 24.3.2006; *Süddeutsche Zeitung* vom 10.3.2006.

⁸ Vgl. *Immobilien & Finanzierung* 2005, 878 (ohne Angabe des Verfassers).

⁹ *Benkner*, in: *Klug*, S. VII; *Lodzwik*, DB 1986, 788, 789.

¹⁰ Beispielhaft hierfür ist die Kritik von *Altfelder*, FR 2000, 299, 299, 312, nach dessen Beurteilung das Investmentsteuerrecht „auch für Fachleute kaum verständlich und bedenklich intransparent“ ist. Es handele sich um eine „immer wichtiger und dunkler werdende Materie“, welche „an der Grenze der Verständlichkeit verharr[t]“ und bei der „zwischen Relevanz der Vorschriften und Kompetenz der Steuerfachleute eine gefährliche Lücke [klafft]“. Siehe auch *Lübbehüsen/Schmitt*, IStR 2003, 397, 397: „Die Ertragsbesteuerung inländischer Anleger in in- und ausländischen Investmentfonds ist ein Gebiet für leidensfähige Genießer.“

¹¹ BGBl. I 2003, 2676.

¹² BGBl. I 2004, 3310.

gearbeitet und ihre Umsetzung bewertet werden. Des Weiteren werden zahlreiche erläuterungs-, auslegungs- und korrekturbedürftige Einzelregelungen untersucht. Einige der dabei auftretenden Zweifelsfragen bestanden bereits vor dem Inkrafttreten des Investmentmodernisierungsgesetzes, stellen sich aber zum Teil nunmehr in einem anderen Licht dar. Andere sind durch das Investmentmodernisierungsgesetz erstmalig aufgeworfen worden.

Da die Regelungen des Investmentsteuergesetzes grundsätzlich einheitlich für alle von seinem Anwendungsbereich erfassten Rechtsgebilde gelten und Unterschiede in der steuerlichen Behandlung offener Immobilienfonds einerseits und sonstiger Investmentvermögen andererseits allein aus den divergierenden Anlagegegenständen resultieren, ermöglicht die Wahl des Untersuchungsgegenstandes einen Vergleich von offenen Immobilienfonds mit anderen Investmentvermögen, insbesondere mit Wertpapier-Investmentfonds.¹³ Soweit offene Immobilienfonds gleiche bzw. in steuerlicher Hinsicht gleich zu behandelnde Vermögensgegenstände wie andere Investmentvermögen halten, sind die folgenden Erörterungen nicht nur hinsichtlich offener Immobilienfonds von Bedeutung, sondern haben allgemein Gültigkeit.

C. Gang der Darstellung

Die Arbeit gliedert sich in zwei Teile. Der erste Teil (§§ 2–3) behandelt die investimentrechtlichen und investimentsteuerrechtlichen Grundlagen. Der zweite Teil (§§ 4–9) baut hierauf auf und widmet sich einzelnen Aspekten der Besteuerung von Immobilien-Investmentvermögen und ihren Anlegern.

In § 2 werden zunächst die Idee, die geschichtliche Entwicklung, der regulative Rahmen sowie die Terminologie des Investmentwesens vorgestellt. Sodann wird der offene Immobilienfonds zivilrechtlich eingeordnet und es werden die investimentrechtlichen Anlagegrundsätze dargestellt. Aus letzteren ergeben sich die im zweiten Teil zu untersuchenden, steuerlich relevanten Konstellationen. In § 3 werden die Zielsetzungen herausgearbeitet, die den Gesetzgeber veranlassten, spezielle investimentsteuerrechtliche Regelungen zu schaffen. Sie werden im Folgenden als Auslegungshilfe und Bewertungsmaßstab herangezogen. Sodann werden die Besteuerungsmechanismen des Investmentsteuergesetzes und dessen Verzahnung mit dem allgemeinen Ertragsteuerrecht erläutert.

Der zweite Teil der Arbeit beginnt mit der Untersuchung der regulären laufenden Besteuerung der Investmentanleger (§ 4). Hierbei folgt aus den Besteuerungsmechanismen des Investmentsteuergesetzes die Notwendigkeit

¹³ Zu den Begriffen „Investmentvermögen“ und „Investmentfonds“ siehe unten § 2 C.