

Die Neuregelungen auf einen Blick

- ▶ Mit der Einfügung des neu gefassten § 6e werden Fondsetablierungskosten als AK der WG eines Fonds definiert. Damit bezweckt der Gesetzgeber die langjährige Praxis der FinVerw. und Rspr. gesetzlich festzulegen. Die Vorschrift ist als gesetzgeberische Reaktion auf die jüngste Rspr. des BFH (BFH v. 26.4.2018 – IV R 33/15, DStR 2018, 1491) zu verstehen, in dem der BFH zwischenzeitlich einen Abzug der Fondsetablierungskosten als BA im Rahmen des § 15b zugelassen hatte.
- ▶ Die Neuregelung findet unmittelbare Anwendung bei der Gewinnermittlung gem. § 4 Abs. 1 und entsprechende Anwendung bei der Gewinnermittlung durch Einnahmenüberschussrechnung (vgl. § 6e Abs. 4) sowie bei der Ermittlung der Überschusseinkünfte (vgl. § 9 Abs. 5 Satz 2).
- ▶ Die Vorschrift soll gem. § 52 Abs. 14a, 16b Satz 3 rückwirkend auf bereits vergangene Wj. bzw. VZ anwendbar sein. Diese Rückwirkung ist allerdings verfassungsrechtl. bedenklich.
- ▶ **Fundstelle:** Gesetz zur weiteren steuerlichen Förderung der Elektromobilität und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften (WElektroMobFördG/„JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17).

§ 6e

Fondsetablierungskosten als Anschaffungskosten

i d F 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 Wirt-

schaftsgüter 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.

§ 52

Anwendungsvorschriften

idF des EStG v. 8.10.2009 (BGBl. I 2009, 3366; BStBl. I 2009, 1346),
zuletzt geändert durch WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I
2019, 2451; BStBl. I 2020, 17)

...

(14a) § 6e in der Fassung des Artikels 1 des Gesetzes vom 12. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2451) ist auch in Wirtschaftsjahren anzuwenden, die vor dem 18. Dezember 2019 enden.

...

Autor: Dr. Jan Schulz, Rechtsanwalt, Berlin

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

Kompaktübersicht

J 20-1 **Inhalt der Änderungen:** Mit der Einfügung des neu gefassten § 6e stellt der Gesetzgeber klar, dass sog. Fondsetablierungskosten zu den AK gehören. Der Abzug als BA wird damit grds. ausgeschlossen und ist nur noch außerhalb des Tatbestandes der neuen Vorschrift möglich. Die neue Vorschrift soll rückwirkend auch auf vergangene VZ anzuwenden sein.

Rechtsentwicklung:

J 20-2

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

Zeitlicher Anwendungsbereich: Der neu gefasste § 6e soll gem. § 52 Abs. 14a idF des WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2451; BStBl. I 2020, 17) rückwirkend auch auf Wj. anzuwenden sein, die vor dem Inkrafttreten des § 6e enden.

J 20-3

Grund und Bedeutung der Änderung:

J 20-4

► **Grund der Änderung:** Der Gesetzgeber hielt die Einfügung des § 6e für erforderlich, nachdem der BFH (BFH v. 26.4.2018 – IV R 33/15, DStR 2018, 1491) Fondsetablierungskosten fortan nicht mehr als AK bzw. HK qualifizierte (vgl. BTDrucks. 19/13436, 92). Der BFH begründet seine Auffassung mit der veränderten Rechtslage nach der Einf. des § 15b durch das Gesetz zur Beschränkung der Verlustverrechnung im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen v. 22.12.2005 (BGBl. I 2005, 3683; BStBl. I 2006, 80). Bis zur Einf. des § 15b wurden Fondsetablierungskosten bei modellhaften Gestaltungen unter Anwendung des § 42 AO als AK behandelt, so dass ein sofortiger Abzug als BA nicht möglich gewesen ist. Mit § 15b habe der Gesetzgeber nach Ansicht des BFH allerdings eine spezielle Vorschrift zur Missbrauchsvermeidung eingeführt, die für Steuerstundungsmodelle bestimmte Verlustverrechnungsbeschränkungen vorsieht. Damit habe der Gesetzgeber zu erkennen gegeben, dass er die Möglichkeit der Senkung der Steuerlast in der Anfangsphase der Investition grds. anerkenne und lediglich eine Verlustverrechnungsbeschränkung für diese Gestaltungen vorsehe. Somit sei ein Rückgriff auf § 42 AO verwehrt und eine damit verbundene Umqualifizierung derjenigen Fondsetablierungskosten, die den Tatbestand des § 15b erfüllen, von sofort abziehbaren BA in AK nicht mehr möglich. Dies gelte für alle VZ seit Inkrafttreten des § 15b (zur ausführlichen Begr. vgl. BFH v. 26.4.2018 – IV R 33/15, DStR 2018, 1491 [1492 ff.]). Die Anwendung des neu eingefügten § 6e auf bereits zurückliegende VZ scheint der Gesetzgeber für unbedenklich zu halten, da die Vorschrift lediglich die langjährige Auffassung von Rspr. und Verwaltung gesetzlich manifestiere (vgl. BTDrucks. 19/13436, 102).

► **Bedeutung der Änderungen:**

▷ **Antwort auf BFH-Rechtsprechung:** Auf den ersten Blick scheint die Einfügung des § 6e schlicht eine gesetzgeberische Antwort auf die Rspr. des BFH zu sein, die inhaltlich nicht über die bisherige Praxis der Verwaltung und der Rspr. hinausgeht. Der Wortlaut der Vorschrift und insbes. die Gesetzesbegründung sind eng an den sog. Fondserlass des BMF (BMF v. 20.10.2003 – IV C 3 - S 2253a - 48/03, BStBl. I 2003, 546) und die in diesem Zusammenhang ergangene Rspr. (vor allem

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. 14.4.2011 – IV R 8/10, BStBl. II 2011, 709; BFH v. 14.4.2011 – IV R 15/09, BStBl. II 2011, 706) angelehnt, was der Gesetzgeber auch betont (vgl. BTDrucks. 19/13436, 92). Im Einzelnen bringt § 6e allerdings teilweise eine Erweiterung mit sich (insbes. im Hinblick auf die Verwaltungsvergütung – sog. Management Fee, vgl. hierzu Anm. J 20-9).

- ▷ *Auswirkungen für die Praxis:* Die Umqualifizierung der Fondsetablierungskosten von BA in AK hat für den Stpfl. vor allem dann nachteilige Folgen, wenn die Kosten im Zusammenhang mit stfreien Einnahmen stehen. Das ist in der Praxis insbes. bei geschlossenen Venture Capital- und Private Equity-Fonds der Fall. Die Anlagestrategie solcher Fonds beinhaltet typischerweise den Erwerb, das Halten und die Veräußerung von Beteiligungen an KapGes. Etwaige Veräußerungsgewinne sind gem. § 8b Abs. 2, 3 KStG zu 95 % stfrei, so dass die nach § 6e zu AK umqualifizierten Fondsetablierungskosten in dieser Höhe unberücksichtigt bleiben (vgl. hierzu auch *Zapf*, FR 2019, 804 [806]). Außerhalb des Tatbestands des § 6e sind Fondsetablierungskosten als BA anzusehen und können nach Maßgabe des § 15b zum Abzug gebracht werden. Dementsprechend sollte dem Tatbestandsmerkmal der „wesentlichen Möglichkeiten zur Einflussnahme auf das Vertragswerk“ des Fonds in der Praxis eine zentrale Bedeutung zukommen. Insbesondere bei Anker-Investoren, die sich mit relativ großen Beträgen an geschlossenen Fonds beteiligen, stellt sich die Frage, ob ihre tatsächliche (ökonomische) Verhandlungsposition gegenüber dem Fondsiniciator bei Vertragsverhandlungen ausreicht, um das Tatbestandsmerkmal zu erfüllen.
- ▷ *Entsprechende Anwendung bei Einnahmenüberschussrechnung und Überschusseinkünften:* Gem. § 6e Abs. 4 soll die Neuregelung auch für Stpfl. Anwendung finden, die ihren Gewinn durch Einnahmenüberschussrechnung nach § 4 Abs. 3 ermitteln. Zudem stellt § 9 Abs. 5 Satz 2 klar, dass § 6e bei der Ermittlung der Überschusseinkünfte ebenfalls anwendbar ist.
- ▷ *Rückwirkende Anwendung verfassungsrechtlich fragwürdig:* Die rückwirkende Anwendung des § 6e, die in § 51 Abs. 14a angeordnet wird, auf bereits abgelaufene Wj. erscheint angesichts des rechtsstaatlich gewährleisteten Rückwirkungsverbots verfassungsrechtl. bedenklich (ebenso *Bolik/Gauß/Zawodsky*, StuB 2019, 765 [769]; *Zapf*, FR 2019, 804 [806 f.]). Der Hinweis des Gesetzgebers, dass die Vorschrift lediglich die langjährige Praxis gesetzlich festschreiben soll, ist nicht stichhaltig. Vielmehr hat der BFH (BFH v. 26.4.2018 – IV R 33/15, DStR 2018, 1491) festgestellt, dass Fondsetablierungskosten seit der Einf. des

§ 15b als BA abgezogen werden können, und damit gerade eine von der Verwaltungspraxis abweichende Rechtslage als rechtmäßig anerkannt. Insbesondere Dispositionen, die in Ansehung dieses BFH-Urteils und zeitlich vor der Veröffentlichung des Referentenentwurfs für das JStG 2019 am 8.5.2019 getroffen wurden, sollten einen besonderen Vertrauensschutz genießen. Aus diesem Grund sollten betroffene Fälle, die sich auf bereits abgeschlossene VZ beziehen und bei denen noch keine Festsetzungsverjährung eingetreten ist, in der Beratungspraxis offen gehalten werden, bis die verfassungsrechtl. Frage abschließend geklärt ist.

Die Änderungen im Detail

■ Absatz 1 (Behandlung der Fondsetablierungskosten als Anschaffungskosten)

Zuordnung der Fondsetablierungskosten zu Anschaffungskosten J 20-5
(Abs. 1 Satz 1): In Abs. 1 Satz 1 werden Fondsetablierungskosten anteilig den AK der vom Fonds erworbenen Portfolioinvestitionen (etwa Beteiligungen an KapGes., Immobilien, Schiffe, Windkraftanlagen) zugeordnet. Die Zuordnung gilt für alle WG, die der Stpfl. gemeinschaftlich mit weiteren Anlegern gem. einem von einem Projektanbieter vorformulierten Vertragswerk anschafft. Die Fondsetablierungskosten sollen dabei bereits die AK des WG auf Ebene des Fonds erhöhen und nicht erst auf Ebene der Anleger (vgl. BTDrucks. 19/13436, 92). Als Projektanbieter ist der Fondsiniciator (auch Fondsmanager genannt) anzusehen. Im Kontext von geschlossenen Fonds ist es dabei typisch, dass der Fondsiniciator den Anlegern die wesentlichen vertraglichen und weiteren Dokumente einseitig vorgibt. Hierzu zählen vor allem der Fondsvertrag (Gesellschaftsvertrag der PersGes., Satzung der KapGes. bzw. andere schuldrechtl. Grundlage etwa bei Sondervermögen), das Verkaufsprospekt (auch *Private Placement Memorandum* oder *Offering Memorandum* genannt) und der Zeichnungsvertrag. Unter dem Begriff eines vorformulierten Vertragswerks ist nicht nur das einzelne Vertragsdokument zu verstehen, sondern auch ein Bündel von Verträgen, die der Fondsiniciator vorgibt (vgl. BTDrucks. 19/13436, 92).

Keine wesentliche Einflussnahmemöglichkeit auf das Vertragswerk J 20-6
(Abs. 1 Satz 2):

► **Anforderungen an Einflussnahme:** Gem. Abs. 1 Satz 2 soll ein Anleger immer dann als Erwerber des WG anzusehen sein, wenn er in seiner gesellschaftsrechtl. Verbundenheit mit den anderen Anlegern keine we-

sentliche Möglichkeit der Einflussnahme auf das Vertragswerk des Fonds hat. Eine wesentliche Einflussnahmemöglichkeit soll bestehen, wenn die Anleger in ihrer gesellschaftsrechtl. Verbundenheit rechtl. und tatsächlich in der Lage sind, wesentliche Teile des Vertragskonzepts zu verändern (vgl. BTDrucks. 19/13436, 91 f.). Nach dem Fondserlass genügt es hierzu, wenn der Fondsiniciator den Anlegern Entscheidungsalternativen für wesentliche Konzeptbestandteile anbietet (BMF v. 20.10.2003 – IV C 3 - S 2253 a - 48/03, BStBl. I 2003, 546 [551]). Nicht ausreichen soll die bloße Vorlage von Konzepten oder Vertragsentwürfen zur Zustimmung durch die Anleger (BMF v. 20.10.2003 – IV C 3 - S 2253 a - 48/03, BStBl. I 2003, 546 [551]).

► **Einfluss über Investorenbeirat:** Bei geschlossenen Fonds ist es nicht unüblich, dass Anleger gegenüber dem Fonds durch einen Investorenbeirat (auch *Advisory Committee* oder *Advisory Board* genannt) vertreten werden, insbes. im Zusammenhang mit der Auflösung von Interessenkonflikten, der Überschreitung von Anlagegrenzen und ggf. der Anpassung der Anlagestrategie. Eine wesentliche Einflussnahme der Anleger über den Beirat soll allerdings dann nicht vorliegen, wenn nicht die Anleger, sondern der Fondsiniciator die Zusammensetzung des Beirats bestimmt oder wenn der Fondsiniciator oder mit ihm verbundene Unternehmen im Beirat vertreten sind (BMF v. 20.10.2003 – IV C 3 - S 2253 a - 48/03, BStBl. I 2003, 546 [551]).

► **Anleger mit wesentlichen Einflussnahmemöglichkeiten:** Können die Anleger nach den oben genannten Maßstäben eine wesentliche Einflussnahme auf den geschlossenen Fonds ausüben, ist der Fonds steuerlich als Hersteller anzusehen und § 6e nicht anwendbar. In diesem Fall richtet sich die Abgrenzung von Herstellungskosten und sofort abziehbaren Betriebsausgaben bzw. Werbungskosten beim Fonds nach den allgemeinen Grundsätzen des § 6 Abs. 1 Nr. 1 (zur bisherigen Rechtslage vgl. BMF v. 20.10.2003 – IV C 3 - S 2253 a - 48/03, BStBl. I 2003, 546 [551]). Zur Abgrenzung der verschiedenen Aufwendungen dürften in der Praxis die Ausführungen des Fondserlasses weiterhin Bestand haben (vgl. BMF v. 20.10.2003 – IV C 3 - S 2253 a - 48/03, BStBl. I 2003, 546 [551 f.]).

■ Absatz 2 (Begriff der Fondsetablierungskosten)

J 20-7 **Anschaffungskosten für den Erwerb der Portfolioinvestitionen (Abs. 2 Satz 1):** Zu den Fondsetablierungskosten zählen sämtliche AK gem. § 255 HGB und darüber hinaus alle Aufwendungen, die aufgrund eines vorformulierten Vertragswerks an den Fondsiniciator oder einen Dritten gezahlt werden und auf den Erwerb von WG gerichtet sind. Besteht das vorformulierte Vertragswerk aus mehreren Verträgen, die aber alle auf den Erwerb der WG gerichtet sind, wird für die einzelnen Zahlungsver-

pflichtungen fingiert, dass sie als Gesamtpreis auf Grundlage eines einzigen Vertrags geleistet worden sind. Dadurch sollen die Aufwendungen nicht in sofort abziehbare BA und AK aufgespaltet werden können (vgl. BTDrucks. 19/13436, 92). Der Wortlaut des Abs. 2 Satz 1 lässt jedoch den sofortigen Abzug solcher Aufwendungen als BA zu, die nicht auf den Erwerb des WG gerichtet sind und die ein Anleger als (Einzel-)Erwerber außerhalb einer Fondsgestaltung sofort als BA abziehen könnte. Hierzu zählen insbes. Aufwendungen für die Nutzung und Verwaltung des erworbenen WG (vgl. BTDrucks. 19/13436, 92).

Abwicklungskosten in der Investitionsphase des Fonds (Abs. 2 Satz 2): J 20-8

Für Anleger, die keine wesentliche Möglichkeit der Einflussnahme auf das Vertragswerk des Fonds haben, erweitert Abs. 2 Satz 2 den Begriff der Fondsetablerungskosten um Aufwendungen an den Fondsinitiator oder einen Dritten, die in wirtschaftlichem Zusammenhang mit der Abwicklung einer Portfolioinvestition in der Investitionsphase des Fonds stehen. Die handelsbilanzielle Behandlung der Aufwendungen soll für die strechtl. Beurteilung nicht maßgeblich sein (vgl. BTDrucks. 19/13436, 92). Nach Auffassung des Gesetzgebers sollen zB Eigenkapitalvermittlungsprovisionen vollumfänglich zu AK iSd. Abs. 2 Satz 2 zählen (vgl. BTDrucks. 19/13436, 92). Dabei handelt es sich um eine Provision, die der Fonds an einen typischerweise mit ihm verbundenen Provisionsberechtigten (zB Fondsinitiator) für die Einwerbung von Anlegern zahlt.

Vergütungen für Haftung, Geschäftsführung und treuhänderische Tätigkeit (Abs. 2 Satz 3): J 20-9

In Abs. 2 Satz 3 werden bestimmte Vergütungsaufwendungen aufgezählt, die ebenso als Fondsetablerungskosten gelten sollen. Sie sind allerdings nur soweit als AK zu qualifizieren, wie sie auf die Investitionsphase des Fonds entfallen. In der sich typischerweise anschließenden Liquidationsphase eines geschlossenen Fonds sind diese Vergütungen daher sofort und in vollem Umfang als BA abziehbar. Die Vorschrift nennt die Haftungsvergütung und die Geschäftsführungsvergütung für den Komplementär des Fonds, die Geschäftsführungsvergütung für einen externen Geschäftsführer auf schuldrechtl. Grundlage sowie die Vergütung an den Treuhandkommanditisten in einer abschließenden Aufzählung. Abs. 2 Satz 3 bezieht sich – anders als Abs. 2 Satz 2 – auf alle Anleger, die nach Abs. 1 Satz 1 oder Satz 2 als Erwerber anzusehen sind. In Bezug auf die Geschäftsführungsvergütung (sog. *Management Fee*) erweitert die Vorschrift die bisherige Verwaltungspraxis. Die Qualifikation der Geschäftsführungsvergütung bei geschlossenen Fonds wurde in der Praxis der FÄ bislang unterschiedlich vorgenommen. Einige FÄ haben die Geschäftsführungsvergütung vollständig als AK oder wiederum vollständig als BA qualifiziert. Andere FÄ haben die Geschäftsführungsvergütung hingegen nach ihrem Veranlassungszusammenhang aufgeteilt und somit zum einen Teil als BA und zum anderen Teil als AK eingestuft. Mit Einf. des Abs. 2 Satz 3 wird die Geschäftsführungsvergü-

tung nunmehr einheitlich und vollumfänglich als AK anzusehen sein (vgl. *Zapf*, FR 2019, 804 [806]).

■ Absatz 3 (Einzelinvestments außerhalb einer Fondskonstruktion)

- J 20-10 **Entsprechende Anwendung bei Einzelinvestitionen:** Für Kosten, die mit Fondsetablierungskosten vergleichbar sind und die außerhalb einer gemeinschaftlichen Anschaffung zu zahlen sind, ordnet Abs. 3 eine entsprechende Anwendung des Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 an. Hierunter versteht der Gesetzgeber Kosten im Rahmen von Einzelinvestitionen, die außerhalb einer Fondskonstruktion, aber ebenfalls mit einem vorformulierten Vertragswerk anfallen (BTDrucks. 19/13436, 93). Beispielsweise soll eine Einzelinvestition im Erwerb einer ETWohnung in einem vom Bauträger sanierten Altbau zu sehen sein, wenn der Bauträger neben dem Verkauf auch die Finanzierung und Vermietung der Wohnung übernimmt (BTDrucks. 19/13436, 93).

■ Absatz 4 (Anwendung außerhalb der Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 1)

- J 20-11 **Einnahmenüberschussrechnung gem. § 4 Abs. 3:** Die Regelung in Abs. 4 stellt klar, dass Fondsetablierungskosten auch dann als AK und nicht als BA anzusehen sind, wenn der Stpfl. seinen Gewinn durch Einnahmenüberschussrechnung gem. § 4 Abs. 3 ermittelt.
- J 20-12 **Überschusseinkunftsarten gem. § 9 Abs. 5 Satz 2:** Außerdem soll § 6e entsprechend für die Ermittlung der Überschusseinkünfte gelten. Dies ordnet § 9 Abs. 5 Satz 2 an. Gem. § 52 Abs. 16b Satz 3 ist die Verweisungsvorschrift – ebenso wie § 6e – rückwirkend auf bereits abgeschlossene VZ anwendbar.

■ Absatz 5 (§ 15b bleibt unberührt)

- J 20-13 **Verlustverrechnungsbeschränkung des § 15b weiterhin anwendbar:** Auf einen Verlust, der nach Maßgabe des § 6e ermittelt wurde, soll die Verlustverrechnungsbeschränkung für Steuerstundungsmodelle nach § 15b weiterhin Anwendung finden (BTDrucks. 19/13436, 93).