

## Offene Investmentfonds: Die Auslegung des Kriteriums der „aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung“ durch das Bundesministerium der Finanzen

Das BMF hat am 3.3.2015 die finale Fassung eines BMF-Schreibens zur aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung gem. § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 3 InvStG veröffentlicht.

### Executive Summary

- > Das Bundesministerium der Finanzen (BMF) hat am 3.3.2015 die finale Fassung des BMF-Schreibens betreffend Auslegungsfragen zu § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 3 InvStG (aktive unternehmerische Bewirtschaftung) veröffentlicht.
- > Die Auslegung des Kriteriums ist von großer steuerlicher und praktischer Bedeutung. Für den Fall, dass ein offener Investmentfonds „aktive unternehmerische Bewirtschaftung“ betreibt, verliert er das Fonds-Privileg.
- > Das BMF-Schreiben ist erstmalig auf das Geschäftsjahr eines Fonds anzuwenden, das nach der Veröffentlichung des Schreibens (3.3.2015) beginnt. Veräußerung von Immobilien sind nur zu betrachten, wenn der Kaufvertrag nach der Veröffentlichung des Schreibens schuldrechtlich vereinbart wurde.

### Hintergrund

Seit dem Inkrafttreten des geänderten Investmentsteuergesetzes gilt im Investmentsteuerrecht eine eigenständige und vom KAGB losgelöste Definition des „Investmentfonds“. Unter die günstigere Besteuerung als „Investmentfonds“ fallen Investmentvermögen nur noch dann, wenn sie die in § 1 Abs. 1b Satz 2 InvStG definierten Voraussetzungen erfüllen. Erfüllt ein Investmentvermögen diese Voraussetzungen nicht, erfolgt die Besteuerung als Personen- oder Kapital-Investitionsgesellschaft. Der Einhaltung der in § 1

Abs. 1b Satz 2 InvStG definierten Tatbestandsmerkmale kommt damit eine zentrale Bedeutung bei der Verwaltung offener Investmentvermögen zu.

Besonders auslegungsbedürftig ist hierbei das Tatbestandsmerkmal „aktive unternehmerische Bewirtschaftung“ im Sinne des § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 3 InvStG. Das Bundesministerium der Finanzen (BMF) hat am 3.3.2015 nunmehr die finale Fassung eines BMF-Schreibens dazu veröffentlicht. Zuvor hatte das BMF bereits am 21.7.2014 sowie am 7.10.2014 Entwurfsfassungen des Schreibens veröffentlicht, die zu erheblichen Unsicherheiten innerhalb der Fondsbranche geführt haben.

Die nunmehr veröffentlichte finale Fassung des Schreibens weist im Vergleich zu den vorherigen Fassungen einige Verbesserungen auf. Es wird aber nichtsdestotrotz erhebliche Auswirkungen auf offene Investmentvermögen haben.

### Allgemeine Ausführungen

Einleitend enthält das BMF-Schreiben allgemeine Aussagen zur aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung. Diese Ausführungen sind gegenüber den Entwürfen des BMF-Schreibens weitgehend unverändert geblieben:

- Merkmal eines Investmentfonds ist es unter anderem, dass der objektive Geschäftszweck auf die Anlage und Verwaltung seiner Mittel für gemeinschaftliche Rechnung der Anteils- oder Aktieninhaber beschränkt ist, was aus der Satzung, dem Gründungsstatut oder sonstigen vergleichbaren Unterlagen eindeutig hervorgehen muss.

- Eine aktive unternehmerische Bewirtschaftung der Wirtschaftsgüter, mit Ausnahme von mittel- oder unmittelbaren Beteiligungen an Immobilien-Gesellschaften, muss ausgeschlossen sein.
- Für die Frage der aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung sind nicht die Grundsätze zur Abgrenzung einer vermögensverwaltenden zu einer gewerblichen Tätigkeit maßgeblich. Hat eine Tätigkeit aber vermögensverwaltenden Charakter, so liegt keine aktive unternehmerische Bewirtschaftung vor; bei einem gewerblichen Charakter sind die Besonderheiten der Investmentanlage zu prüfen.
- Die professionelle, standardisierte, kollektive Verwaltung eines Vermögens für die Anleger stellt die Aufgabe und das Wesensmerkmal eines Investmentfonds dar; eine berufliche Expertise des Verwalters und der wert- und zahlenmäßige Umfang der Geschäfte sind kein Indiz für eine aktive unternehmerischen Bewirtschaftung.
- Alle Tätigkeiten, die einem OGAW erlaubt sind, werden nicht als aktive unternehmerische Bewirtschaftung betrachtet.

#### Ausführungen zu Wertpapiergeschäften

Im Hinblick auf Wertpapiergeschäfte bringt das finale BMF-Schreiben wenig Neuerungen:

- Die (auch kurzfristige) Umschichtung von Wertpapieren, selbst in erheblichem Umfang, gehört zur privaten Vermögensverwaltung. Die Häufigkeit der Umschichtung ist daher kein Merkmal für eine aktive unternehmerische Bewirtschaftung.
- Von einer aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung ist jedoch auszugehen, wenn als Geschäftsfeld des Fonds Umschichtungen im Rahmen eines Hochfrequenzhandels erfolgen. Hierin liegt gegenüber den Entwurfsversionen eine leichte Verschärfung vor, als dass der Hochfrequenzhandels nach den bisherigen Entwürfen „prägender Geschäftszweck“ des Fonds sein musste.
- Eine aktive unternehmerische Bewirtschaftung soll weiterhin dann vorliegen, wenn die wesentliche Anlagestrategie auf die kurzfristige Ausnutzung von Preisunterschieden an verschiedenen Börsenplätzen ausgerichtet ist (Arbitrage). Ein Kriterium für die

„Wesentlichkeit“ soll dabei die Anzahl der durchgeführten Transaktionen sein.

#### Ausführungen zu Unternehmensbeteiligungen

Im Hinblick auf Unternehmensbeteiligungen bringt das finale BMF-Schreiben ebenfalls keine Neuerungen gegenüber dem letzten veröffentlichten Entwurf:

- Ein Investmentfonds darf sich nicht am aktiven Management von Portfolio-Gesellschaften (auch nicht über verbundene Dritte) beteiligen.
- Schädlich ist auch eine rechtliche oder faktische Weisungsbefugnis gegenüber Zielunternehmen, die selbst operativ tätig sind.
- Die Wahrnehmung von Gesellschafterrechten, Aufsichtsratsfunktionen oder die Beteiligung in gesellschaftsrechtlichen Gremien ist hingegen unschädlich.



#### Ausführungen zu Immobilienanlagen

Den bei Weitem größten Teil des BMF-Schreibens nehmen die Ausführungen zu Immobilienfonds ein.

#### Allgemeine Ausführungen zu Immobilienanlagen

Im Vergleich zu den bisherigen Fassungen unverändert geblieben sind zunächst die allgemeinen Ausführungen des BMF zur aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung bei Immobilienanlagen:

- Offene Immobilienfonds sind ihrem Wesen nach Bestandhalter, d. h., das Halten von Immobilien und Beteiligungen an Immobilien-Gesellschaften die regelmäßige bzw. dauernde Einnahmen erwarten lassen, muss im Vordergrund der Geschäftstätigkeit stehen.
- Die Vermietung und Verpachtung von Grundvermögen bzw. das Halten von Beteiligungen an Immobilien-Gesellschaften hat

grundsätzlich vermögensverwaltenden Charakter, auch dann, wenn der vermietete Grundbesitz sehr umfangreich ist und der Verkehr mit vielen Mietern erhebliche Verwaltungsarbeit erforderlich macht.

### Ausführungen zur Vermietungstätigkeit

Grundsätzlich ebenfalls unverändert gegenüber dem letzten Entwurf sind die Ausführungen zur Vermietungstätigkeit:

- Zu einer aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung soll es nicht kommen durch:
  - Zusatzleistungen/Nebenleistungen des Vermieters, die das übliche Maß nicht überschreiten;
  - die Vereinbarung von Umsatzmieten;
  - häufiger Mieterwechsel bei dem Grunde nach langfristigen Vermietungen;
  - Marketing/Werbeleistungen, es sei denn diese führen aufgrund ihres Umfangs/Qualität zur Gewerblichkeit;
  - geringfügigen Einnahmen aus Nebentätigkeiten, die nicht an die Mieter erbracht werden (z.B. Energieerzeugung mittels Photovoltaik-Anlagen, Blockheizkraftwerk, Geothermieanlagen). Geringfügigkeit soll vorliegen, wenn die jährlichen Einnahmen 5% der jährlichen laufenden Einnahmen des Fonds i.S.d. § 3 Abs. 3 Satz 3 InvStG, ohne Berücksichtigung von Gewinnen aus privaten Veräußerungsgeschäften, nicht übersteigen.

Zu beachten ist, dass die vorstehenden Ausführungen nur die steuerliche Sichtweise darstellen. Diese weicht jedoch teilweise von der bisherigen aufsichtsrechtlichen Praxis ab. So hat beispielsweise die BaFin in ihrer aufsichtsrechtlichen Praxis der Vereinbarung von Umsatzmieten enge Grenzen gesetzt. Ähnliches gilt für Werbemaßnahmen und den Betrieb energieerzeugender Anlagen. Insoweit muß stets geprüft werden, ob die steuerlich unschädlichen Tätigkeiten auch aufsichtsrechtlich zulässig sind.

### Ausführungen zu Veräußerungen von Immobilien

Zum Thema Veräußerungen von Immobilien führt das BMF Folgendes aus:

- Keine Vermögensverwaltung liegt vor, wenn ein gewerblicher Grundstückshandel gegeben ist. Dies wäre der Fall, wenn die Immobilien bereits mit kurzfristiger Weiterveräußerungsabsicht erworben würden. Der Umschlag von Immobilien darf nicht prägend für die Tätigkeit des Investmentfonds sein.

Für die Praxis wird es daher erforderlich sein, die langfristige Halteabsicht möglichst gut zu dokumentieren.

- Eine wesentliche Änderung gegenüber dem letzten veröffentlichten Entwurf enthält das BMF-Schreiben hingegen im Hinblick auf Veräußerungen von Immobilien nach durchgeführten Baumaßnahmen.

Wie schon bereits im Entwurf vom 7.10.2014 vorgesehen, ist die Veräußerung einer Immobilie, an der Baumaßnahmen durchgeführt wurden, deren Aufwendungen als Herstellungskosten qualifizieren, dann unschädlich, wenn

- die Immobilie nach Abschluss der Baumaßnahmen noch drei Jahre gehalten wird, oder
- die Immobilie vor Beginn der Baumaßnahme mindestens drei Jahre gehalten wurde.

In der finalen Fassung des BMF-Schreibens ist nunmehr neu eingefügt worden, dass alternativ hierzu die Veräußerung einer Immobilie auch dann unschädlich ist, wenn

- innerhalb der letzten drei Jahre vor Veräußerung der Immobilie die Kosten für die durchgeführten oder abgeschlossenen Baumaßnahmen 15 Prozent des zuletzt festgestellten Verkehrswerts der Immobilie nicht übersteigen.

Der BMF entspricht mit der Einführung dieser 15%-Grenze einem zentralen Anliegen der Branche und der Forderung des BVI (Stellungnahme vom 28.10.2014). Für die Praxis ist damit gewährleistet, dass im üblichen Geschäftsbetrieb notwendige kleinere Baumaßnahmen wie z.B. Mieterausbauten oder Modernisierungen zur Anpassung des Objektes an geänderte technische Anforderungen der Mieter durchgeführt werden können, ohne hierdurch eine dreijährige Haltefrist für die betroffene Immobilie auszulösen. Trotz dieser grundsätzlich zu begrüßenden Änderung wird es in der Praxis erforderlich sein, im Rahmen des Portfoliomanagements, des Risikomanagements

und des Controlling geeignete Prozesse aufzusetzen, die die Einhaltung dieser 15%-Grenze sicherstellen.

- Neben den bereits dargestellten Ausführungen zur Veräußerung einer Immobilie nach der Vornahme von Baumaßnahmen, enthält das BMF-Schreiben hier noch die unveränderte Aussage, dass die Konzeption oder Entwicklung einer Immobilie unschädlich ist, wenn die Absicht besteht, die Immobilie zu vermieten, im Bestand zu halten und dauerhafte Erträge zu erzielen, wovon auszugehen ist, wenn die Immobilie mindestens drei Jahre nach Fertigstellung gehalten wird.

Weiterhin stellt das BMF klar, dass die Prüfung, ob schädliche Tätigkeiten vorliegen, nicht nur bezogen auf die jeweilige Immobilien zu erfolgen hat, sondern in einem zweiten Schritt auch im Hinblick auf das gesamte Portfolio. Eine schädliche aktive unternehmerische Bewirtschaftung soll, bezogen auf das gesamte Portfolio, dann nicht vorliegen,

- wenn die Erlöse aus Immobilienverkäufen in den letzten fünf Jahren 50% des Wertes des durchschnittlichen Immobilienbestandes desselben Zeitraums nicht übersteigen. Sind seit der Auflage des Fonds weniger als fünf Jahre vergangen, ist dieser kürzere Zeitraum maßgeblich, oder
- wenn die durchschnittliche Haltedauer der in den letzten fünf Jahren veräußerten Immobilien mindestens fünf Jahre beträgt.
- Zwingende Veräußerungen (z.B. zur Erfüllung eines Rückgabeverlangens, Liquidation des Fonds) bleiben unberücksichtigt.

Diese Kriterien waren bereits im letzten Entwurf des BMF-Schreibens enthalten und bringen daher gegenüber dem Entwurf keine Neuerungen. Aus Fondssicht ist zumindest positiv zu bewerten, dass das BMF nicht zur sogenannten „drei-Objekt Grenze“ zurückgekehrt ist, die es noch im ersten Entwurf des BMF-Schreibens vertreten hatte. Gleichwohl dürfte dieses Kriterium in der Praxis zu erheblichen Änderungen beim Portfoliomanagement führen. Für die Kapitalverwaltungsgesellschaften wird es erforderlich werden, ihre Veräußerungstätigkeiten deutlich stärker, auch mit Blick auf die Größe und den Wert der zu veräußernden Immobilien, vorausschauend zu planen und die Einhaltung der vorstehenden

Vorgaben im Rahmen des Riskomanagements und des Controllings sicherzustellen.



### Ausführungen zu Immobilien-Gesellschaften

Das finale BMF-Schreiben enthält nunmehr auch eine ausdrückliche Klarstellung, dass die in dem Schreiben enthaltenen Vorgaben für Immobilien-Anlagen keine Anwendung auf Immobilien-Gesellschaften finden, da hier eine aktive unternehmerische Bewirtschaftung nicht schädlich sei (vgl. § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 3 Satz 2 InvStG) und es sich zudem um steuerpflichtige Gesellschaften handle. Damit wird vom BMF ausdrücklich die Möglichkeit eröffnet, Tätigkeiten, die nach seiner Ansicht zu einer aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung führen, unschädlich durch die Immobilien-Gesellschaft vorzunehmen. Je nach Anlagestrategie und Größe des Fonds kann sich daher zukünftig das Halten von Immobilien über Immobilien-Gesellschaften trotz des damit verbundenen größeren Aufwandes unter steuerlichen Gesichtspunkten anbieten.

Vor der Auslagerung derartiger aktiver unternehmerischer Tätigkeiten auf eine Immobilien-Gesellschaft sollte jedoch stets geprüft werden, ob solche Tätigkeiten einer Immobilien-Gesellschaft auch aufsichtsrechtlich erlaubt sind. Dies gilt insbesondere auch für das vom BMF aufgeführte Beispiel, wonach der Betrieb energieerzeugender Anlagen in Immobilien-Gesellschaften ausgelagert werden könne. Es ist aus unserer Sicht fraglich, ob die Investmentaufsicht sich dieser steuerlichen Sichtweise anschließen wird. Insbesondere erscheint es aufsichtsrechtlich u.E. zweifelhaft, ob energieerzeugende Anlagen, die nicht als Bewirtschaftungsgegenstand zu klassifizieren sind, nach der Definition der Immobilien-Gesellschaft in § 1 Abs. 19 Nr. 21 KAGB und dem in § 234 KAGB gesetzlich vorgegebenen Zweck einer Immobilien-

Gesellschaft überhaupt von Immobilien-Gesellschaften erworben werden dürfen. Es bleibt daher abzuwarten, wie sich die Investmentaufsicht zu dieser steuerlichen Auffassung stellen wird.

### Übergangsregelung

Zu begrüßen ist, dass das finale BMF-Schreiben nunmehr anders als die Entwürfe auch eine Übergangsregelung enthält, die den erstmaligen Anwendungszeitpunkt der neuen Vorgaben festlegt.

Danach soll das Schreiben erstmalig auf das Geschäftsjahr eines Fonds anzuwenden sein, das nach der Veröffentlichung des Schreibens (3.3.2015) beginnt. Veräußerung von Immobilien sind nur zu betrachten, wenn der Kaufvertrag nach der Veröffentlichung des Schreibens (3.3.2015) schuldrechtlich vereinbart wurde. Für die (spätere) Prüfung, ob die Veräußerungen einer Immobilie zur Annahme einer schädlichen aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung führt, sollen aber auch die Zeiträume vor der Veröffentlichung des Schreibens einzubeziehen sein. Daher wird beispielsweise bei der zukünftigen Veräußerung einer Bestandsimmobilie zu prüfen sein, ob Baumaßnahmen vorgenommen wurden, die die Einhaltung der dreijährigen Behaltensfrist erfordern. Folglich können beispielsweise auch Baumaßnahmen aus der Vergangenheit nunmehr einen zeitnahen Verkauf einer Immobilie ausschließen.

### Fazit

Das nunmehr finale BMF-Schreiben bringt einige Neuerungen im Vergleich zu den Entwurfsfassungen. Wesentliche Verbesserungen gegenüber den Entwurfsfassungen enthält es indes - mit Ausnahme der Einführung der 15%-Grenze bei Baumaßnahmen - nicht. Positiv zu bemerken ist aber, dass mit der Einführung der 15%-Grenze bei Baumaßnahmen zumindest übliche Reparatur-, Ausbau- und Refurbishmentmaßnahmen keine weiteren Haltefristen mehr auslösen.

In der Praxis werden die vom BMF aufgestellten Grundsätze zu einem erheblichen zusätzlichen

Verwaltungs- und Controllingaufwand führen, da nunmehr die Einhaltung verschiedenster Grenzen überwacht werden muss. Zudem müssen die Kapitalverwaltungsgesellschaften schnellstmöglich die erforderlichen Prozesse in den Bereichen Asset Management, Portfoliomanagement und Risikio management umsetzen, um die Einhaltung dieser Vorgaben in der Praxis sicherzustellen. Insbesondere wird es auch erforderlich sein, die Mitarbeiter und Auslagerungsdienstleister dieser Bereiche (z.B. externe Asset Manager, Property Manager) für diese Themen zu sensibilisieren. Anderenfalls drohen der Verlust des steuerlichen Fonds-Privilegs und ggf. Schadensersatzansprüche der hiervon betroffenen Anleger.

Sprechen Sie uns hierzu gerne an, wenn Sie Fragen haben!

---

#### Dr. Petra Eckl

Rechtsanwältin Steuerberaterin  
Fachanwältin für Steuerrecht  
Partner Tax, Standort Frankfurt  
Tel +49 69 710003-190  
petra.eckl@gsk.de

#### Dominik Berka

Rechtsanwalt  
Diplom-Finanzwirt  
Associate Tax, Standort Frankfurt  
Tel +49 69 710003-198  
dominik.berka@gsk.de

#### Christian Weimann

Rechtsanwalt  
Associate Tax, Standort Frankfurt  
Tel +49 69 710003-199  
christian.weimann@gsk.de

#### Sascha Zentis

Rechtsanwalt und Notar  
Partner Banking, Standort Frankfurt  
Tel +49 69 710003-170  
zentis@gsk.de

---

#### Urheberrecht

GSK Stockmann + Kollegen - Alle Rechte vorbehalten. Die Wiedergabe,ervielfältigung, Verbreitung und/oder Bearbeitung sämtlicher Inhalte und Darstellungen des Beitrages sowie jegliche sonstige Nutzung ist nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung von GSK Stockmann + Kollegen gestattet.

#### Haftungsausschluss

Diese Mandanteninformation enthält ausschließlich allgemeine Informationen, die nicht geeignet sind, den besonderen Umständen eines Einzelfalles gerecht zu werden. Sie hat nicht den Sinn, Grundlage für wirtschaftliche oder sonstige Entscheidungen jedweder Art zu sein. Sie stellt keine Beratung, Auskunft oder ein rechtsverbindliches Angebot auf Beratung oder Auskunft dar und ist auch nicht geeignet, eine persönliche Beratung zu ersetzen. Sollte jemand Entscheidungen jedweder Art auf Inhalte dieser Mandanteninformation oder Teile davon stützen, handelt dieser ausschließlich auf eigenes Risiko.

GSK Stockmann + Kollegen und auch die in dieser Mandanteninformation namentlich genannten Partner oder Mitarbeiter übernehmen keinerlei Garantie oder Gewährleistung, noch haftet GSK Stockmann + Kollegen und einzelne Partner oder Mitarbeiter in irgendeiner anderen Weise für den Inhalt dieser Mandanteninformation. Aus diesem Grund empfehlen wir, in jedem Fall eine persönliche Beratung einzuholen.

[www.gsk.de](http://www.gsk.de)

#### GSK STOCKMANN + KOLLEGEN

##### BERLIN

Mohrenstraße 42  
10117 Berlin  
Tel +49 30 203907-0  
Fax +49 30 203907-44  
berlin@gsk.de

##### HEIDELBERG

Mittermaierstraße 31  
69115 Heidelberg  
Tel +49 6221 4566-0  
Fax +49 6221 4566-44  
heidelberg@gsk.de

##### FRANKFURT/M.

Taunusanlage 21  
60325 Frankfurt  
Tel +49 69 710003-0  
Fax +49 69 710003-144  
frankfurt@gsk.de

##### MÜNCHEN

Karl-Scharnagl-Ring 8  
80539 München  
Tel +49 89 288174-0  
Fax +49 89 288174-44  
muenchen@gsk.de

##### HAMBURG

Neuer Wall 69  
20354 Hamburg  
Tel +49 40 369703-0  
Fax +49 40 369703-44  
hamburg@gsk.de

---

##### BRÜSSEL

GSK Stockmann + Kollegen  
209a Avenue Louise  
B-1050 Brüssel  
Tel +32 2 6260 740  
Fax +32 2 6260 749  
bruessel@gsk.de

##### SINGAPUR

GSK Stockmann (Singapore)  
Pte. Ltd.  
25 International Business Park  
German Centre, #04-113  
Singapore 609916  
Tel +65 6562 8696  
Fax +65 6562 8697  
singapore@gsk.de

#### UNSERE PARTNER DER BROADLAW GROUP:

Lefèvre Pelletier & associés in Frankreich, Nabarro in Großbritannien,  
Nunziante Magrone in Italien und Roca Junyent in Spanien

[www.broadlawgroup.com](http://www.broadlawgroup.com)