



Bundesverband
Sachwerte und
Investmentvermögen

Stellungnahme

Änderung des § 4 Nr. 8 Buchstabe h UStG durch Artikel 5 des Investmentsteuerreformgesetzes (InvStRefG)

BMF-Schreiben zur Änderung der Abschnitte 4.8.9 und 4.8.13 Umsatzsteuer-Anwendungserlass

GZ III C 3 – S 7160-h/16/10001

bsi

Bundesverband Sachwerte
und Investmentvermögen e.V.

Vorstand

Andreas Heibroek
Martina Hertwig
Dr. Peter Lesniczak
Michael Ruhl
Jochen Schenk
Dr. Holger Sepp
Gert Waltenbauer

Hauptgeschäftsführer
Rechtsanwalt Eric Romba

www.sachwerteverband.de

Geschäftsstelle Berlin
Georgenstraße 24
10117 Berlin
T +49 30 318049-00
F +49 30 323019-79
kontakt@bsi-verband.de

Büro Brüssel
3 -11 rue du Luxembourg
1000 Bruxelles
T +32 2 55016-14
F +32 2 55016-17
contact@bsi-verband.eu

Vereinsregisternummer
23527 Nz Amtsgericht
Berlin-Charlottenburg

Steuernummer
27/620/52261

Mitglied des ZIA
Zentraler Immobilien
Ausschuss e.V.

Berlin, den 1. August 2017



I. Grundsätzliche Anmerkungen

Wir bedanken uns für die Gelegenheit, zu dem Entwurf des BMF-Schreibens zur Änderung des Umsatzsteuer-Anwendungserlasses aufgrund der Neufassung des § 4 Nr. 8h UStG Stellung nehmen zu können.

1. Relevanz für Kapitalverwaltungsgesellschaften im bsi und der von ihnen verwalteten AIF

Der bsi Bundesverband Sachwerte und Investmentvermögen e.V. ist die Interessenvertretung derjenigen Kapitalverwaltungsgesellschaften (KVGen), die Alternative Investmentfonds (AIF) nach dem Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB) auflegen und verwalten. Zu den Investitionsgegenständen dieser AIF gehören Sachwerte wie Immobilien, Erneuerbare Energieanlagen, Flugzeuge oder Private Equity.

Unsere Mitgliedsgesellschaften legen sowohl Spezial-AIF für institutionelle Anlegergruppen (z.B. Versicherungen, Versorgungswerke, Stiftungen) auf, als auch Publikums-AIF, die auch für Privatanleger erwerbbar sind. Die als Publikums-AIF konzipierten Produkte werden dabei stets als geschlossene AIF ausgestaltet, d.h. für Anleger bestehen während einer ca. 10 bis 15 Jahre langen Laufzeit regelmäßig keine Rückgabe- oder Kündigungsrechte. Auch die von den im bsi vereinigten KVGen aufgelegten Spezial-AIF sind zumeist geschlossene AIF; von einigen Mitgliedsunternehmen werden daneben auch offene Spezial-AIF aufgelegt.

Geschlossene AIF investieren sowohl in einzelne Objekte (z.B. eine konkrete Büroimmobilie am Standort Frankfurt) als auch in mehrere Objekte (ca. 3-5 Objekte) bis hin zu Portfolien von Sachwerten (mehr als 10 Objekte).

Ob und in welchen Fällen Managementleistungen im Sinne des § 4 Nr. 8h UStG umsatzsteuerpflichtig sind oder nicht, ist für die AIF-Konzeption unserer Mitgliedsgesellschaften von elementarer Bedeutung. Die Frage der Umsatzsteuerpflicht hat unmittelbare Auswirkungen auf die Vertragsgestaltung, Kosten- und Gebührenkalkulationen sowie die Einbindung von Dienstleistern.

2. Keine Umsatzsteuerbefreiung nach derzeitige Rechtslage

Nach dem noch bis zum 31. Dezember 2017 geltenden § 4 Nr. 8h UStG greift die Umsatzsteuerbefreiung allein für die Verwaltung von Investmentfonds nach dem Investmentsteuergesetz. Als Investmentfonds in diesem Sinne qualifizieren nur OGAW und AIF, deren Anleger mindestens einmal jährlich ein Kündigungs- bzw. Rückgaberecht ausüben können. Da die Anteile geschlossener AIF nach § 1 Abs. 4 und 5 KAGB in Verbindung mit den Vorgaben der Delegierten Verordnung (EU) 694/2014/EU grundsätzlich nicht zurückgenommen bzw. gekündigt werden können, ist ihre Verwaltung nach der derzeitigen Rechtslage stets umsatzsteuerpflichtig.



3. Unklarheit nach zukünftiger Rechtslage

In Abkehr von der bisherigen Gesetzesfassung ist nach dem ab 1. Januar 2018 geltenden § 4 Nr. 8h UStG die Verwaltung von OGAW sowie solcher AIF umsatzsteuerbefreit, die mit OGAW vergleichbar sind. Für geschlossene AIF stellt sich die Frage, in welchen Fällen von einer Vergleichbarkeit mit OGAW auszugehen ist. Die hierfür in der Gesetzesbegründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung zum Investmentsteuerreformgesetz vom 24.02.2016 (BT-Drucksache 18/8045) angeführte Auflistung von Kriterien bieten Anhaltspunkte, werfen aber angesichts ihrer Unbestimmtheit zugleich weitere Auslegungsfragen auf.

4. Grundsätzliche Bewertung des konsultierten Entwurfs

Der konsultierte Entwurf greift für die gesetzliche Vorgabe der Vergleichbarkeit mit OGAW unter dem neuen Absatz 8 im Abschnitt 4.8.13. des Umsatzsteuer-Anwendungserlasses die Kriterien aus der Gesetzesbegründung auf, konkretisiert diese aber nicht weiter. Damit bleibt auch nach dem Entwurf für eine Vielzahl von Fondskonzepten vollkommen offen, ob ihre Verwaltung zukünftig umsatzsteuerbefreit oder –pflichtig ist. Dies gilt insbesondere für das Kriterium der Anlage des gesammelten Vermögens nach dem Grundsatz der Risikostreuung.

Für die Praxis drohen damit mit Einführung des neuen § 4 Nr. 8h UStG zum 1. Januar 2018 erhebliche Rechtsunsicherheiten. Angesichts der grundlegenden Bedeutung für die Fondskonzeption, für die durch den AIF und seine Anleger zu tragenden Managementgebühren sowie den Vorsteuerabzug begeben sich die verwaltenden KVGs damit auch zivilrechtlichen Haftungsrisiken.

Die in den Umsatzsteuer-Anwendungserlass aufgenommenen Kriterien bedürfen daher aus unserer Sicht unbedingt weitere Konkretisierungen, durch die die Einstufung von Managementleistungen für geschlossene AIF rechtssicher und zweifelsfrei vorgenommen werden können.

II. Anmerkungen im Einzelnen

Nachfolgend möchten wir darlegen, an welchen Stellen wir die für die Vergleichbarkeit mit OGAW herangezogenen und kumulativ zu erfüllenden Kriterien für auslegungs- und konkretisierungsbedürftig ansehen.

1. Anlage des gesammelten Vermögens nach dem Grundsatz der Risikostreuung (Abschnitt 4.8.13, Abs. 8 Ziff. 7)

Dieses Kriterium halten wir für besonders unbestimmt und auslegungsbedürftig.

a. Terminus der Risikostreuung

Wir möchten zunächst darauf hinweisen, dass der Terminus der *Risikostreuung* nicht mit dem innerhalb des KAGB verwendeten Terminus der *Risikomischung* identisch ist. Wäh-



rend Ersterer stets eine quantitative Mindestanzahl von Anlagegegenständen impliziert, kann eine Risikomischung auch durch qualitative Kriterien erfüllt werden. Geschlossenen Publikums-AIF sind bspw. nach § 262 Abs. 1 Nr. 2 KAGB auch dann risikogemischt, wenn sie in eine Immobilie investieren und die in dieser Immobilie gegebenen Nutzungsarten (z.B. Gewerbe, Büro, Wohnen) oder die Mieterstruktur in qualitativer Hinsicht eine gewisse Diversifizierung aufweisen. Wir gehen davon aus, dass der zur Konsultation gestellte Entwurf eines BMF-Schreibens (wie auch die Gesetzesbegründung zum Regierungsentwurf des InvStRG) diese begriffliche Feinheit nicht vor Augen hatte und dass im Grundsatz auch qualitativ risikodiversifizierte AIF dieses Kriterium erfüllen können. Hierzu regen wir eine Klarstellung an.

b. Risikomischung nach KAGB

Innerhalb des KAGB werden für die verschiedenen AIF-Typen zum Teil sehr unterschiedliche Kriterien für die Erfüllung der Risikomischung zugrunde gelegt. Während bspw. ein offener Immobilienfonds nach den für ihn einschlägigen Vorgaben im KAGB zur Risikomischung mindestens zehn Objekte halten muss, kann für die Risikomischung geschlossener Publikums-AIF bei einer diversen Mieterstruktur auch ein Objekt ausreichen (s.o.). Für OGAW gelten demgegenüber in Form von Anlage- und Emittentengrenzen sehr eigene, auf die Investition in Wertpapiere zugeschnittene Kriterien, die sich kaum auf andere Fondsvehikel mit anderen Investitionsgegenständen wie z.B. Immobilien übertragen ließen.

Wir gehen vor diesem Hintergrund zunächst davon aus, dass – trotz der im Rahmen des § 4 Nr. 8h UStG-neu grundsätzlich geforderten Vergleichbarkeit mit OGAW – die für OGAW geltenden Kriterien für die Risikomischung nicht auch für AIF zugrunde zu legen sind, sondern, dass die jeweils produkteigenen Kriterien für die Risikomischung ausschlaggebend sind. Ein geschlossener Publikums-AIF sollte demnach bspw. dann risikogemischt sein, wenn er die Voraussetzungen des für ihn maßgeblichen § 262 Abs. 1 KAGB erfüllt. Dies sollte klargestellt werden.

c. Risikomischung bei geschlossenen Spezial-AIF

Unklar ist zudem, wann die Risikomischung bei geschlossenen Spezial-AIF – sofern nach den anderen Kriterien zur Vergleichbarkeit mit OGAW von § 4 Nr. 8h UStG erfasst – gegeben wäre. Für geschlossene Spezial-AIF bestehen anders als für geschlossene Publikums-AIF keine aufsichtsrechtlichen Vorgaben zur Risikomischung im KAGB. Er kann bspw. in eine Immobilie mit einem Mieter investieren. Er kann aber auch – obwohl aufsichtsrechtlich nicht erforderlich – in mehrere Objekte investieren und dadurch im Sinne der Vorgaben anderer Investmentvehikel risikogemischt investiert sein. U.E. sollte sich die Risikomischung in diesem Falle aufgrund der grundsätzlichen Vergleichbarkeit und Nähe zu geschlossenen Publikums-AIF ebenfalls an den für diese maßgeblichen Anforderungen orientieren (d.h. nach § 262 Abs. 1 KAGB). Auch hierzu bedarf es unbedingt weiterer Klarstellungen.



2. AIF, die den gleichen Anlegerkreis wie OGAW ansprechen (Abschnitt 4.8.13, Abs. 8 Ziff. 2 sowie Abs. 9)

OGAW richten sich grundsätzlich an Privatanleger, an ihnen können sich aber auch professionelle und sogenannte semi-professionelle Anleger i.S.d. § 1 Abs. 19 Nr. 32 und 33 KAGB beteiligen. Zum Anlegerkreis von OGAW gehören damit neben Kleinanlegern grundsätzlich auch vermögende Privatanleger, Stiftungen, Family Offices, Versorgungswerke oder Versicherungen. Geschlossene (und offene) Publikums-AIF können von den gleichen Anlegergruppen wie OGAW erworben werden, sie sprechen damit unzweifelhaft den gleichen Anlegerkreis an. Dies sollte klargestellt werden.

Offene und geschlossene Spezial-AIF richten sich ausschließlich an professionelle und semi-professionelle Anleger und damit an einen Teil derjenigen Anleger, die sich an OGAW oder Publikums-AIF beteiligen können.

Nach Absatz 9 unter Abschnitt 4.8.13 sollen Spezial-Investmentfonds (aufsichtsrechtlich = offene Spezial-AIF mit festen Anlagebedingungen i.S.d. § 285 KAGB) – unabhängig von den unter Absatz 8 Satz 5 Nr. 2 und 4 genannten Anforderungen – als von § 4 Nr. 8h UStG-neu begünstigte Investmentvermögen qualifizieren. An dieser Stelle wird offenbar davon ausgegangen, dass Spezial-AIF nicht denselben Anlegerkreis wie OGAW ansprechen und daher eine Ausnahmeregelung geschaffen.

Wir halten diese Ausnahme aus mehreren Gründen für problematisch. Zunächst ist fraglich, ob OGAW und Spezial-AIF mit professionellen und semi-professionellen Anlegern nicht sehr wohl dieselben Anlegerkreise ansprechen und ob es vor diesem Hintergrund einer solchen Ausnahme überhaupt bedarf.

Die im vorgelegten Entwurf unter Absatz 9 formulierte Ausnahme für offene Spezial-AIF führt des Weiteren zu einer kaum zu rechtfertigenden Benachteiligung anderer Spezial-AIF, d.h. insbesondere geschlossener Spezial-AIF. Sofern darauf verwiesen wird, dass die Befreiung der Verwaltung bisher begünstigter Fonds fortgelten soll, vermag dies unter Berücksichtigung der neuen Gesetzesfassung und der aufgestellten Vergleichbarkeitskriterien kaum zu überzeugen – zumindest dann nicht, wenn andere Spezial AIF nicht entsprechend begünstigt werden.

3. AIF, die denselben Wettbewerbsbedingungen wie OGAW unterliegen (Abschnitt 4.8.13, Abs. 8 Ziff. 3)

Wir gehen davon aus, dass Investmentfonds im Anwendungsbereich desselben Gesetzes (KAGB) denselben Wettbewerbsbedingungen unterliegen. Dennoch eröffnet diese Vorgabe Auslegungsspielräume. Gemeint sein könnte z.B. auch der Wettbewerb unter den angesprochenen Anlegerkreisen, den erwerbaren Anlagegegenständen, den Produktregulierungen oder den Laufzeiten bzw. Rückgabemöglichkeiten. Aufgrund dieser Kriterien könnten in einzelnen Fällen auch ungleiche Wettbewerbsbedingungen angenommen werden. Wir regen eine Klarstellung an, dass AIF – da im selben Gesetz und damit unter denselben aufsichtsrechtlichen Rahmenbedingungen wie OGAW geregelt – regelmäßig denselben Wettbewerbsbedingungen wie OGAW unterliegen.



Bundesverband
Sachwerte und
Investmentvermögen

4. AIF, die Anteilsrechte an mehrere Anleger herausgeben (Abschnitt 4.8.13, Abs. 8 Ziff. 4 sowie Abs. 9)

Nach Absatz 8 Nr. 4 müssen Anteilsrechte an eine Mehrzahl von Anlegern ausgegeben werden. AIF mit nur einem Anleger sollen demnach grundsätzlich nicht mit OGAW vergleichbar sein und fallen damit aus der Umsatzsteuerbefreiung nach § 4 Nr. 8h UStG-neu heraus.

Nach der Ausnahmeregelung in Absatz 9 soll Abs. 8 Nr. 4 (neben Nr. 2, s.o.) nicht für Spezial-Investmentfonds gelten, wobei hier ausschließlich offene Spezial-AIF mit festen Anlagebedingungen gemeint sind. Wir erachten diese auf offene Spezial-AIF mit einem Anleger abzielende Sonderregelung als ungerechtfertigte Benachteiligung geschlossener Spezial-AIF und verweisen insofern auf die Ausführungen unter Ziff. 2 (zur Frage des gleichen Anlegerkreises).

Berlin, den 1. August 2017

Frederik Voigt
Rechtsanwalt
Abteilungsleiter
Abteilung Finanzaufsicht, Recht, Steuern