



Thomas Jäger
STEUERBERATER UND GESCHÄFTSFÜHRER
LM AUDIT & TAX GMBH, München

THOMAS JÄGER | LM AUDIT & TAX GMBH

Fondsstandortgesetz – Neues für Private-Equity und Real-Estate

Vorrangiges Ziel des Fondsstandortgesetzes nach der Gesetzesbegründung war es, die internationale Wettbewerbsfähigkeit des Standortes Deutschland bei Mitarbeiterbeteiligungen insbesondere in Hinblick auf Start-ups zu verbessern. Zudem sollte auch der Nachteil für den Fondsstandort Deutschland durch die Erhebung von Umsatzsteuer auf die Verwaltungsleistung von Wagniskapitalfonds beseitigt werden. Fast unbemerkt und kurz vor der Verabschiedung durch den Bundesrat hat dann auch noch eine wesentliche Verbesserung bei der sog. erweiterten Kürzung für Grundstückunternehmen Eingang in das Gesetz gefunden. Die beiden letzteren Themen möchte dieser Beitrag mit Blick auf die Anwendungspraxis kurz vorstellen.

I. Mitvermietung von Betriebsvorrichtungen – Ende gut, alles gut?

Werden in Deutschland belegene vermietete Immobilien in einer Objektgesellschaft, in der Regel einer GmbH, oder einer gewerblich geprägten Personengesellschaft mit Geschäftsleitung im Inland gehalten, unterliegen die Vermietungsgewinne dieser Gesellschaften grundsätzlich in vollem Umfang der Gewerbesteuer. Eine Ausnahme ist die sog. erweiterte gewerbesteuerliche Kürzung, wenn diese Unternehmen – ausschließlich – eigenen Grundbesitz oder daneben auch eigenes Kapitalvermögen verwalten und nutzen. Ein großes Problem ist dabei – neben weiteren Fallstricken – das Ausschließlichkeitserfordernis, welches im Ergebnis dazu führt, dass selbst geringfügige Nebentätigkeiten zum Entfall der faktischen Gewerbesteuerbefreiung führen. Klassische Beispiele für derartige steuerschädliche Nebentätigkeiten sind z.B. der Betrieb von Photovoltaikanlagen zur Stromeinspeisung ins öffentliche Netz oder die Mitvermietung von sog. Betriebsvorrichtungen wie Lastenaufzügen, Klimaanlage in Serverräumen, ebenso wie

Kühlräume oder Küchenanlagen und Fettabscheider in Gastronomie und Kantine aber auch sog. Teeküchen in Bürogebäuden.

Hierzu hat der Bundesfinanzhof zuletzt mit 3 wegweisenden Urteilen vom 11.04.2019 entschieden, dass:

- Bei einem Hotel, die Mitvermietung einer Bierkellerkühlanlage, Kühlräumen sowie Kühlmöbeln für Theken und Buffetanlagen im Volumen von ca. 134 TEUR oder rund 1,14% der gesamten Anschaffungs- oder Herstellungskosten des Gebäudes (III R 36/15) oder
- Bei einem Autohaus, die Mitvermietung von Lackierkabinen mit zugehörigen Zuluft- und Ablufteinrichtungen (III R 5/18) oder
- Bei einem Autohaus mit Werkstatt die Mitvermietung einer Portal-Waschanlage, Hebebühnen, Druckluft-Kältetrockner sowie Werbeanlagen und einem Werbeturm (III R 6/18)

die Anwendung der erweiterten Kürzung wegen Verstoßes gegen das Ausschließlichkeitserfordernis zu versagen ist.

Mit weiterem Urteil vom 18.12.2019 (III R 36/17) hat der BFH im Fall der Vermietung eines Warenhauses und einer Tankstelle die zur letzteren gehörende Tankstellentechnik (Fahrbahn, Zapfsäule, Rohrleitungen und Tanks) ebenfalls als schädliche Betriebsvorrichtungen qualifiziert.

Neu an allen vorgenannten Entscheidungen war die Präzisierung des Ausschließlichkeitserfordernisses. Entgegen bisheriger Rechtsprechung einzelner Finanzgerichte kommt bei Mitvermietung von Betriebsvorrichtungen die erweiterte gewerbesteuerliche Kürzung – unabhängig vom Umfang der mitüberlassenen Betriebsvorrichtungen – *nicht* in Frage. Eine Bagatellgrenze sieht das Gesetz lt. BFH ausdrücklich nicht vor. Diese sehr restriktive Rechtsprechung war somit in allen noch offenen Fällen anzuwenden. Auf die fortbestehende Problematik hatten wir in unserem Beitrag im FYB 2021 hingewiesen insbesondere darauf, dass sich die Praxis schon lange damit behilft, inländische Immobilien über im Ausland ansässige Immobilienobjektgesellschaften zu halten und auch die Geschäftsführungsaufgaben am ausländischen Sitz der Gesellschaft auszuüben, wodurch im Ergebnis die inländische Betriebsstätte als Anknüpfungspunkt für die Gewerbesteuer fehlt.

Mit dem aktuellen Fondsstandortgesetz haben sich insoweit wesentliche und für Immobilieneigentümer vorteilhafte Regelungen ergeben.

Betrieben Grundstücksunternehmen bisher auch die Erzeugung von Strom aus Anlagen zur Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien im Sinne des § 3 Nr. 21 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes oder aus dem Betrieb von Ladestationen für Elektrofahrzeuge, so verloren sie insgesamt die Möglichkeit, die erweiterte Kürzung in Anspruch zu nehmen.

Aktuell wurde die Regelung des § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG in einem neuen Satz 3 um eine Ausnahmeregelung für die Lieferung von Strom und das Betreiben von Ladestationen erweitert. Voraussetzung ist, dass die diesbezüglichen Einnahmen im Wirtschaftsjahr nachweislich nicht mehr als 10 % der Einnahmen aus der Gebrauchsüberlassung des Grundbesitzes betragen. Zudem darf der Strom nur in das Netz eingespeist oder an die Mieter des Grundstücksunternehmens geliefert werden, nicht aber an Endverbraucher, die nicht Mieter des Anlagenbetreibers sind (z.B. an den Eigentümer oder die Mieter eines benachbarten Wohn- oder Bürogebäudes). Das Betreiben von Ladestationen für die Öffentlichkeit bleibt hingegen eine begünstigungsschädliche Tätigkeit ebenso wie der Betrieb eines Blockheizkraftwerkes (infolge der ausdrücklichen Bezugnahme auf § 3 Nr. 21 EEG).

Quasi in letzter Minute hat dann noch eine weitere Begünstigung mit erheblicher praktischer Bedeutung Eingang in das Gesetz gefunden. Nach dem neuen § 9 Nr. 1 Satz 3, Buchstabe c) GewStG bleibt die erweiterte Kürzung für Grundbesitz künftig auch erhalten, wenn die Einnahmen in dem Wirtschaftsjahr aus übrigen Tätigkeiten nicht höher als 5 % der Einnahmen aus der Gebrauchsüberlassung des Grundbesitzes sind und aus unmittelbaren Vertragsverhältnissen mit den Mietern des Grundstückes stammen.

Im Klartext bedeutet das, dass die Mitvermietung von bisher schädlichen Betriebsvorrichtungen wie Lastenaufzügen, Abluftanlagen- und Fettabscheidern sowie Kücheneinrichtungen in der Gastronomie, aber auch von Kühlräumen in Supermärkten, Teeküchen in Büros oder Klimaanlage in Serverräumen nunmehr

grundsätzlich problemlos möglich ist, soweit die „Schmutzgrenze“ von 5 % der Einnahmen eingehalten wird.

**Diese Regelung ist höchst begrüßenswert,
beendet sie doch den langjährig vor den Gerichten ausgetragenen Streit
um das Ausschließlichkeitserfordernis der Vermietung.**

Es gilt jedoch zu beachten, dass auch trotz der Unschädlichkeit der betreffenden Einkünfte insoweit keine Steuerbefreiung eintritt. Die Befreiung bezieht sich weiterhin nur auf die unmittelbaren Vermietungseinkünfte; die Einkünfte aus Nebentätigkeiten sind separat zu ermitteln und unterliegen der Gewerbesteuer. In der Regel wird der auf die Vermietung der Betriebsvorrichtungen entfallende Gewinn und damit die Gewerbesteuer wohl meist überschaubar sein. Im Übrigen wird mit der Neuregelung auch Gleichklang mit § 15 Abs. 3 InvStG hergestellt, der für Immobilien haltende Investmentfonds seit dem InvStG 2018 eine Gewerbesteuerbefreiung vorsieht, wenn der Anteil der erzielten Einnahmen aus aktiver unternehmerischer Immobilienbewirtschaftung in einem Geschäftsjahr weniger als 5 % (Bagatellgrenze) der gesamten Einnahmen des Investmentfonds beträgt (Einzelheiten dazu im BMF Schreiben vom 21. Mai 2019 zu Anwendungsfragen zum Investmentsteuergesetz in der ab 1. Januar 2018 geltenden Fassung). Auch die bisher insoweit geltende Ungleichbehandlung bzw. gewerbesteuerliche Bevorzugung von Investmentfonds wurde nunmehr beseitigt und rechtsformunabhängiger Gleichklang hergestellt.

Der Gesetzentwurf wurde am 28. Mai vom Bundesrat beschlossen; die Neuregelung zur erweiterten Kürzung gilt ab dem Veranlagungszeitraum 2021.

■ **Praxistipp:**

So sehr die Neuregelung zu begrüßen ist, fehlt derzeit noch eine Regelung, wie die Schmutzgrenzen von 10 % bzw. 5 % der „Einnahmen aus der Gebrauchsüberlassung“ zu ermitteln sind, hier insbesondere ob es sich um die Kaltmiete

handelt oder ob Umlagen für Betriebskosten einzubeziehen sind. Zudem ist unklar, ob auch Erlöse aus der Veräußerung von Betriebsvorrichtungen noch unter die Neuregelung fallen, was beim Abstellen auf die Einnahmen aus der reinen Gebrauchsüberlassung bezweifelt werden darf. Fraglich zuguterletzt auch, wie aus einer vereinbarten Miete für eine Teilfläche oder ein Gesamtgebäude derjenige Mietanteil bestimmt werden soll, der auf die Vermietung der in der Miete enthaltenen Betriebsvorrichtungen entfällt, zumal diese gerade bei Bestandsgebäuden oft nicht separat im Anlagenvermögen erfasst sind und Daten zu historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten oft nicht vorliegen; somit ist auch hier die „Bewertungsdiskussion“ mit dem Finanzamt vorprogrammiert – wie so oft im Steuerrecht steckt die Tücke wieder im Detail.

In der praktischen Anwendung ist somit weiterhin sicherzustellen, dass:

1. der maßgebliche Prozentsatz – auch bei teilweisem Gebäudeleerstand – nicht überschritten wird
2. relevante Einkünfte der Gewerbesteuer unterworfen werden
3. Betriebsvorrichtungen somit weiterhin insbesondere beim Ankauf eindeutig identifiziert und im Kaufvertrag ggf. entsprechende anteilige Kaufpreise für diese ausgewiesen werden
4. Betriebsvorrichtungen weiterhin auf separate Gesellschaften ausgegliedert werden, wenn die maßgeblichen Schmutzgrenzen überschritten sind oder diese – separat oder zusammen mit der Immobilie veräußert werden sollen.

Fazit: Die weitere Entwicklung in diesem Bereich bleibt also abzuwarten, insbesondere bei Transaktionen sollte weiterhin mit Augenmaß und im Zweifel mit Vorsicht agiert werden. Bisherige Gestaltungsmodelle werden voraussichtlich ihre Gültigkeit nicht zur Gänze verlieren.

II. Umsatzsteuer auf Management-Fee bei Private Equity Fonds

Die Grundproblematik geht zurück auf das Jahr 2003, das rückblickend wohl auch als „Schicksalsjahr“ der Venture Capital und Private Equity Industrie bezeichnet werden darf. Mit dem damaligen Private Equity Erlass zur Abgrenzung der priva-

ten Vermögensverwaltung zum Gewerbebetrieb wurden nicht unerhebliche ertragsteuerliche Hürden für die Verwaltung von PE Fonds gesetzt, so u.a. in Bezug auf den Einfluss auf das Management der Portfoliogesellschaften, aber auch in Bezug auf den Einsatz von Fremdkapital oder der Gewährung von Bürgschaften durch den Fonds. Im Ergebnis wurden originär vermögensverwaltende PE Fonds damit einem beträchtlichen Gewerbesteuerisiko ausgesetzt. Zudem wurden auch die Carry-Holder einem Gewerbesteuerisiko ausgesetzt, welches allerdings mit dem Gesetz zur Förderung von Wagniskapitalgesellschaften in 2004 mit der Einführung des § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG weitgehend behoben wurde. Flankierend hat das BMF mit Schreiben vom 23.12.2003 basierend auf einem Urteil des BFH aus 2002 dieses soweit interpretiert, dass auch der Gewinnvorab an den geschäftsführenden Gesellschafter eines PE Fonds ein der Umsatzsteuer unterliegendes Sonderentgelt darstellen soll. Daraufhin sind folgende Fondsgenerationen oftmals in ausländische Jurisdiktionen wie Luxemburg, Guernsey, Jersey oder Malta „ausgewandert“ und die deutsche vermögensverwaltende Fonds-KG führte seitdem ein Schattendasein bis hin zu einem Verlust von Arbeitsplätzen der bisher in der Verwaltung von Fonds-KG's Tätigen.

Mit dem Fondsstandortgesetz hat der deutsche Gesetzgeber diesen offenbar selbst verschuldeten Mangel erkannt und zumindest was die Umsatzsteuer betrifft, behoben. Dies auch vor dem Hintergrund, dass der EuGH bereits 2015 im Fall Fiscale Eenheid entschieden hat, dass die Verwaltung von Immobilienfonds, die einer besonderen staatlichen Aufsicht unterliegen, von der Umsatzsteuer befreit seien. So gleichlautend auch der heutige Art. 135 Abs. 1 g) MwStSystRL. Trotz allem Bestreben nach europäischer Harmonisierung der Mehrwertsteuer wurde diese Steuerbefreiung in Deutschland aber bis dato nicht konsequent umgesetzt mit dem Ergebnis, dass in anderen europäischen Ländern wie z.B. Luxemburg die Verwaltung von Private Equity und Venture Capital Fonds schon seit langem regelmäßig von der Umsatzsteuer befreit ist, während in Deutschland weiterhin Umsatzsteuer anfiel.

■ Umsatzsteuer nach altem Recht

Die zentrale umsatzsteuerliche Vorschrift ist § 4 Nr. 8h UStG, welche die Umsatzsteuerfreiheit der Verwaltung bestimmter Fondsgesellschaften vorsieht. Bisher

war diese Umsatzsteuerbefreiung aber auf Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) und vergleichbare alternative Investmentfonds (AIF) beschränkt. Strittig war bisher auch, wann ein AIF als einem OGAW vergleichbar anzusehen ist. Diese Regelungslücke hat die Finanzverwaltung im Umsatzsteueranwendungserlass (Abschnitt 4.8.13) bisher – entgegen der o.g. EuGH Rechtsprechung – sehr restriktiv ausgelegt und im Ergebnis regelmäßig eine Umsatzsteuerpflicht bei Private Equity und Venture Capital Fonds angenommen.

Da Private Equity-Fonds infolge der reinen Vermögensverwaltung umsatzsteuerlich als Nichtunternehmer qualifizieren, steht diesen kein Recht auf Vorsteuerabzug zu, was somit für die Investoren zu einer zusätzlichen Kostenbelastung und im europäischen Vergleich zu einem Nachteil des Fondsstandortes Deutschland führte.

■ Umsatzsteuerliche Neuregelung nach dem (neuen) Fondsstandortgesetz

Die wesentliche Änderung liegt in der Erweiterung der Steuerbefreiung von der Umsatzsteuer auf die Verwaltung von „Wagniskapitalfonds“. Der Gesetzentwurf wurde am 28.05.2021 vom Bundesrat beschlossen und trat am 1. Juli 2021 in Kraft.

Obleich im Gesetz eine Definition des Begriffes „Wagniskapitalfonds“ fehlt und dieser Begriff auch in anderen Gesetzen nicht zur Anwendung kommt, liegt wohl nahe, dass sowohl Private Equity als auch Venture Capital-Fonds von dem Begriff abgedeckt sind. Diese Annahme basiert auf der Tatsache, dass einerseits im Gesetz zur Förderung von Wagniskapital zur Neuregelung der Carry-Besteuerung im Jahr 2004 der Begriff verwendet und dabei nicht zwischen Private Equity- und Venture Capital-Fonds differenziert wurde. Zudem verwendet auch die Finanzverwaltung in der Verfügung der OFD Magdeburg vom 05.04.2016 zu Zweifelsfragen des sogenannten PE-Erlasses die Begriffe Wagniskapitalfonds/ Wagniskapitalgesellschaften und subsummiert darunter sowohl PE als auch VC Fonds.

Steuerbefreit sind somit regelmäßig die Portfolioverwaltung und das Risikomanagement aber auch die gesetzlich vorgeschriebene Fondsbuchhaltung und die Erstellung von Jahresberichten und sonstigen Berichten und Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Gewinnausschüttung. Nicht steuerbefreit sind u.a. die

Erstellung von Steuererklärungen, Beratungsleistungen ohne konkrete Kauf- oder Verkaufsempfehlungen und Tätigkeiten im Zusammenhang mit der tatsächlichen Bewirtschaftung gehaltener Immobilien, insbesondere ihre Vermietung, die Verwaltung der bestehenden Mietverhältnisse, die Beauftragung Dritter mit Instandhaltungsmaßnahmen sowie deren Überwachung und Überprüfung (zu weiteren Einzelheiten Abschnitt 4.8.13 Absatz 18, 20 und 21 Umsatzsteueranwendungserlass).

■ **Praxistipp:**

I. Die Umsatzsteuerbefreiung der Management Fee ist sehr zu begrüßen, womit ein signifikanter Wettbewerbsnachteil gegenüber anderen internationalen und europäischen Jurisdiktionen, hier insbesondere Luxemburg beseitigt wird. Grundsätzlich könnten dadurch auch deutscher Rechtsformen, hier insbesondere die typische vermögensverwaltende, gewerblich entprägte GmbH & Co. KG wieder an Bedeutung gewinnen nicht zuletzt auch, weil in Deutschland ansässige Fondsanbieter sich damit wieder auf bekanntem rechtlichem Terrain bewegen und im Ausland oftmals auch durch räumliche Distanz und sprachliche Barrieren bestehende administrative Hemmnisse reduziert werden können.

Fondsmanagement-Gesellschaften dürfen ab 1. Juli bei bestehender Nettobetragabschreibung die Management Fee ohne Umsatzsteuerausweis, verbunden mit einem ausdrücklichen Hinweis auf die Umsatzsteuerbefreiung an den Wagniskapitalfonds ausstellen. Im Fall einer Bruttobetragabschreibung darf die Managementgesellschaft weiterhin den Bruttobetrag, dann aber ohne USt-Ausweis in Rechnung stellen, da andernfalls die fälschlicherweise weiterhin ausgewiesene USt nach § 14c Abs. 2 UStG weiterhin geschuldet wird. Die weitere Rechnungsstellung sollte daher auf der Grundlage der satzungsmäßigen Vereinbarungen zur Management Fee zeitnah einer Überprüfung unterzogen werden.

Für die Managementgesellschaft selbst bedeutet das, dass diese bei abschließlicher Erbringung steuerfreier Leistungen nicht mehr zum Vorsteuerabzug berechtigt ist. Werden daneben umsatzsteuerpflichtige Leistungen im eigenen Namen und für Rechnung von Fondsgesellschaften z.B. aus Leistungs-

einkäufen und Weiterberechnung im Rahmen der sog. Leistungskommission durchgeführt, bleibt insoweit der Vorsteuerabzug erhalten. Gegebenenfalls ist damit auf der Ebene der Managementgesellschaft eine Aufteilung des Vorsteuerabzuges insbesondere aus bezogenen Gemeinkosten wie z.B. für Buchhaltung, Verwaltung, Büromiete etc. vorzunehmen.

II. Zuguterletzt sollten *bestehende Mietverträge* der Managementgesellschaft über die Anmietung von Büroflächen geprüft werden. Vermieter, die Ihre Büroräume vermieten, machen sowohl bei der Anschaffung oder Herstellung des Gebäudes als auch im laufenden Betrieb regelmäßig den Vorsteuerabzug geltend. Dies setzt voraus, dass der Vermieter selbst bei Vermietung zur Umsatzsteuer optiert, was grundsätzlich nur möglich ist, wenn auch der Mieter – hier die Managementgesellschaft – ausschließlich umsatzsteuerliche Umsätze ausführt. Büromietverträge sehen daher meist Schadenersatzklauseln zu Lasten des Mieters vor für den Fall, dass dieser – aus welchem Grunde auch immer – sein Recht auf Vorsteuerabzug infolge Erbringung steuerfreier Umsätze ganz oder teilweise verliert. Dies kann bei Entdeckung erst Jahre später, oft im Rahmen von Betriebsprüfungen beim Mieter oder Vermieter, zu empfindlichen Steuernachzahlungen des Vermieters führen, die dieser im Rahmen der mietvertraglichen Schadenersatzklauseln auf den Mieter abwälzen wird.

Sofern die Managementgesellschaft selbst Eigentümerin der selbst genutzten Büroimmobilie ist, sollte geprüft werden, ob mit dem Eintritt der Umsatzsteuerfreiheit ab 1. Juli eine Korrektur des Vorsteuerabzuges aus der Anschaffung oder Herstellung der Immobilie bzw. auch aus größeren Erhaltungsmaßnahmen innerhalb des 10-jährigen Berichtigungszeitraumes nach § 15a UStG vorzunehmen ist. Gleiches betrifft Vermieter, soweit der Berichtigungszeitraum von 10 Jahren seit Anschaffung oder Herstellung der Immobilie oder der Vornahme bestimmter Erhaltungsmaßnahmen noch nicht abgelaufen ist; auch hier wird der Mieter bei Bestehen entsprechender mietvertraglicher Klauseln für den Verlust des Vorsteuerabzuges beim Vermieter aufkommen müssen.

Über den Autor:

THOMAS JÄGER ist Steuerberater und Geschäftsführer bei LM Audit & Tax GmbH, Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Steuerberatungsgesellschaft. Er betreut mit seinem Team in- und ausländische Mandate aus den Bereichen Real Estate und Private Equity von der Due Diligence über die laufende Tax Compliance bis zum Exit einschließlich laufender Betriebsprüfung und wenn es sein muß, dem Gang zum Finanzgericht. Im Bereich Immobilien reichen die betreuten Immobilien über alle Asset-Klassen, von Büro- und Logistikkimmobilien bis zu Hotels, Parkhäusern und Einkaufszentren. Im Bereich Private Equity werden Jahresabschlüsse und Steuererklärungen bis hin zu komplexen GuE Erklärungen für inländische Gesellschafter ausländischer PE Fonds und ASTG Erklärungen erstellt.

WWW.FYB.DE

GERMAN EDITION



WWW.FYB.DE

GERMAN EDITION

