
Investmentvermögen als Immobiliengesellschaften

27. November 2017

Bei Immobilieninvestments im Ausland kann es vorteilhaft sein, sich in der jeweiligen Jurisdiktion eines Investmentvermögens statt einer herkömmlichen Immobiliengesellschaft zu bedienen. Häufig gehen damit steuerliche Vorteile im Ausland einher. Die Bundesanstalt hat sich nun dazu geäußert, ob die Eigenschaft eines Investmentvermögens gegen eine gleichzeitig Einordnung als Immobiliengesellschaft spricht. Ihre eindeutige Antwort: es gibt keine Spezialität der Einordnung. Beide Einordnungen sind nebeneinander möglich. Das ist die wichtigste Aussage des Entwurfsschreibens und wird kurz und knackig formuliert. Ausführlich beschäftigt sich die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht dann aber mit den Anforderungen für die Einordnung als Immobiliengesellschaft.

Immobiliengesellschaften und Immobilien-Investmentvermögen

Immobiliengesellschaften sind Gesellschaften, die nach dem Gesellschaftsvertrag oder der Satzung nur Immobilien sowie die zur Bewirtschaftung der Immobilien erforderlichen Gegenstände erwerben dürfen, § 1 Absatz 19 Nummer 22 Kapitalanlagegesetzbuch. Immobilien-Sondervermögen sind Sondervermögen, die nach den Anlagebedingungen das bei ihnen eingelegte Geld in Immobilien anlegen, § 1 Absatz 19 Nummer 23 Kapitalanlagegesetzbuch. Immobiliengesellschaften und Immobilien-Investmentvermögen sind damit nicht nur numerisch Nachbarn, auch die Definitionen haben eine Schnittmenge. Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht stellt in einem Entwurfsschreiben (16. Oktober 2017, WA 42-QB 4100-2016/0005) fest: „Diese Definition schließt nicht aus, dass es sich bei einer Immobilien-Gesellschaft gleichzeitig um einen AIF handeln kann.“

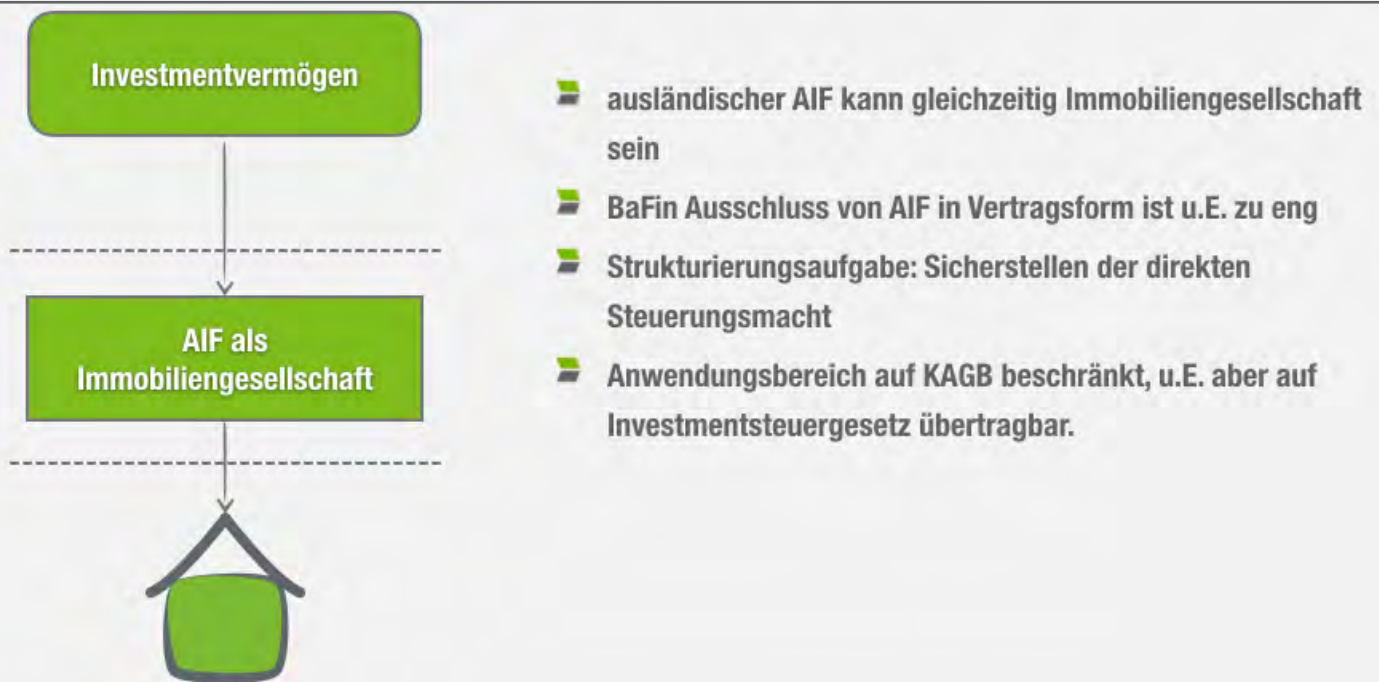
Immobiliengesellschaft bedingt die Rechtsform einer Gesellschaft als mitgliedschaftliche Beteiligung

Das Investmentvermögen muss nach Auffassung der Bundesanstalt als Immobilien-Gesellschaft eine Gesellschaftsform aufweisen. Investmentvermögen in der Form eines Sondervermögens seien keine Gesellschaftsform. So kurz und überzeugend diese Aussage der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht auch scheinen mag, so einfach ist es nicht. Die Übergänge von Sondervermögen zu Gesellschaften sind im ausländischen Recht häufig fließend und auch im deutschen Recht nicht immer einfach zu bestimmen. So bezeichnet Zetzsche, Prinzipien der kollektiven Vermögensanlage, Seite 881, die Kollektivanlage als ein Hybrid aus Gesellschaftsform und Vertragsform. Ein Luxemburger fonds commun de placement liegt zwischen den Rechtsform einer ungeteilten Rechtsgemeinschaft und einer Gesellschaft, Steichen, Droit des sociétés, Seite 30. Entgegen dem Entwurfsschreiben der Bundesanstalt sollte der Begriff Gesellschaftsform daher allein nicht maßgeblich sein. Wichtig für die Abgrenzung ist unseres Erachtens das auch von der Bundesanstalt aufgeführte Merkmal einer mitgliedschaftlichen Beteiligung, durch das Vermögens- und Verwaltungsrechte vermittelt werden. Abhängig davon, ob Vermögen in Vertragsform solche Vermögens- und Verwaltungsrechte gewähren, sollte eine Einstufung als Immobiliengesellschaft erfolgen. Ein deutsches Sondervermögen kann solche Vermögens- und Verwaltungsrechte nicht vermitteln, ausländische Fonds in Vertragsform können aber eine solche Ausgestaltung annehmen. Dann sollten sie nach unserer Auffassung auch als Immobiliengesellschaft eingestuft werden können.



Einfluss auf die Geschäftspolitik der Immobiliengesellschaft

Die Kapitalverwaltungsgesellschaft muss gemäß § 234 Satz 1 Nummer 4 Kapitalanlagegesetzbuch bei der Immobiliengesellschaft eine satzungändernde Kapital- und Stimmenmehrheit haben, wenn die Immobiliengesellschaft nicht lediglich als Minderheitsbeteiligung eingeordnet wird. Nach Auffassung der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht muss sie weiter auch eine direkte Steuerungsmacht haben, welche Immobilie erworben wird, ob und wie die Immobilie fremdfinanziert wird, ob eine Kapitalerhöhung durchgeführt wird, ob die Gesellschaft liquidiert wird und wie der Geschäftsführer bestellt wird. Anderenfalls kommt nur eine Einordnung als Minderheitsbeteiligung in Betracht. Fehlt ihr eine solche direkte Steuerungsmacht, kann das nach der Bundesanstalt nur dann hingenommen werden, wenn die Geschäftsführung der Immobilien-Gesellschaft lediglich der ver-



längerte Arm der Kapitalverwaltungsgesellschaft ist. Ein solcher verlängerter Arm soll angenommen werden können, wenn die Geschäftsführung durch Angestellte der Kapitalverwaltungsgesellschaft ausgeübt wird, der Geschäftsführer problemlos ausgetauscht werden kann und keinen dem Willen der Kapitalverwaltungsgesellschaft entgegenstehenden Bestimmungen regulatorischer Art unterworfen ist. Dies soll in der Regel nur dann der Fall sein, wenn die Kapitalverwaltungsgesellschaft für Rechnung des Sondervermögens der einzige Anleger in einer auch als Investmentvermögen (alternativer Investmentfonds) ausgestalteten Immobilien-Gesellschaft ist.

Die Sicherstellung der direkten Steuerungsmacht wird die Hauptaufgabe bei der Strukturierung von Immobilieninvestments unter Verwendung von ausländischen alternativen Investmentfonds sein.

Solange die vorstehenden Voraussetzungen eingehalten werden, ist es unerheblich, ob das Investmentvermögen nach dem Recht seines Heimatstaates offen oder geschlossen bzw. reguliert oder nicht reguliert ist.

Anwendungsbereich der Verlautbarung

Das Entwurfsschreiben der Bundesanstalt soll sowohl für Immobilien-Sondervermögen als auch für Spezial-AIF mit festen Anlagebedingungen Anwendung finden, soweit in den Anlagebedingungen keine Abweichungen insbesondere von §§ 231, 234 und 235 Kapitalanlagegesetzbuch mit den Anlegern vereinbart wurden. Ausdrücklich ausgenommen aus dem Anwendungsbereich des Entwurfs-



schreibens ist die Frage der versicherungsaufsichtsrechtlichen Sicht. Es geht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht allein um die Frage der Einordnung unter dem Kapitalanlagegesetzbuch.

Das Investmentsteuerrecht verweist für die Definition der Immobiliengesellschaft im Rahmen der für einen Spezial-Investmentfonds zugelassenen Anlagegegenstände ausdrücklich auf die Definition der Immobiliengesellschaft im Kapitalanlagegesetzbuch. Damit dürfte die Verlautbarung nach Abschluss des Konsultationsverfahrens auch in diesem Rahmen Anwendung finden.


Mit Abschluss des Konsultationsverfahrens werden die Marktteilnehmer an Rechtssicherheit gewonnen haben und werden gerade ausländische Investmentvermögen, wie etwa den fran-

zösischen OPC I SPPICAV bei Sicherstellung der direkten Steuerungsmacht als Strukturierungsmöglichkeit nutzen können.



Dokumente zu diesem beleuchtet:

- [BaFin 16. Oktober 2017 WA 42-QB 4100-2016/0005 Entwurf](#)

 **bei Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung!**



Dr. Carsten Bödecker
Partner . Steuerberater . Rechtsanwalt

Tel. +49 211 946847-51
carsten.boedecker@bepartners.pro



Carsten Ernst
Partner . Steuerberater

Tel. +49 211 946847-52
carsten.ernst@bepartners.pro



Alexander Skowronek
Partner . Steuerberater . Rechtsanwalt

Tel. +49 211 946847-62
alexander.skowronek@bepartners.pro



Harald Kuhn
Partner . Rechtsanwalt

Tel. +49 211 946847-54
harald.kuhn@bepartners.pro



Bödecker Ernst & Partner mbB | Steuerberater . Rechtsanwälte
Nordstraße 116-118 | 40477 Düsseldorf
<https://www.bepartners.pro>

Obgleich unsere Mandanteninformationen sorgfältig erstellt werden, wird keine Haftung für Fehler oder Auslassungen übernommen. Der Inhalt der Informationen stellt keinen steuerlichen oder sonstigen rechtlichen Rat dar und ersetzt keine auf den Einzelfall bezogene steuerliche oder anwaltliche Beratung. Hierfür stehen Ihnen unsere in der Mandanteninformation genannten Ansprechpartner gerne zur Verfügung.