



1. Hamburger Fonds-Gespräch

Steuerliche Bedeutung ausländischer Rechtsgebilde in Zielfondsstrukturen

Dr. Helder Schnittker, LL.M.
Tarek Mardini, LL.M. (UConn)

- I. Einleitung
- II. Steuerliche Einordnung ausländischer Rechtsgebilde
- III. Gewerbliche Prägung / Entprägung ausländischer Personengesellschaften
- IV. Zusammenfassung der Ergebnisse

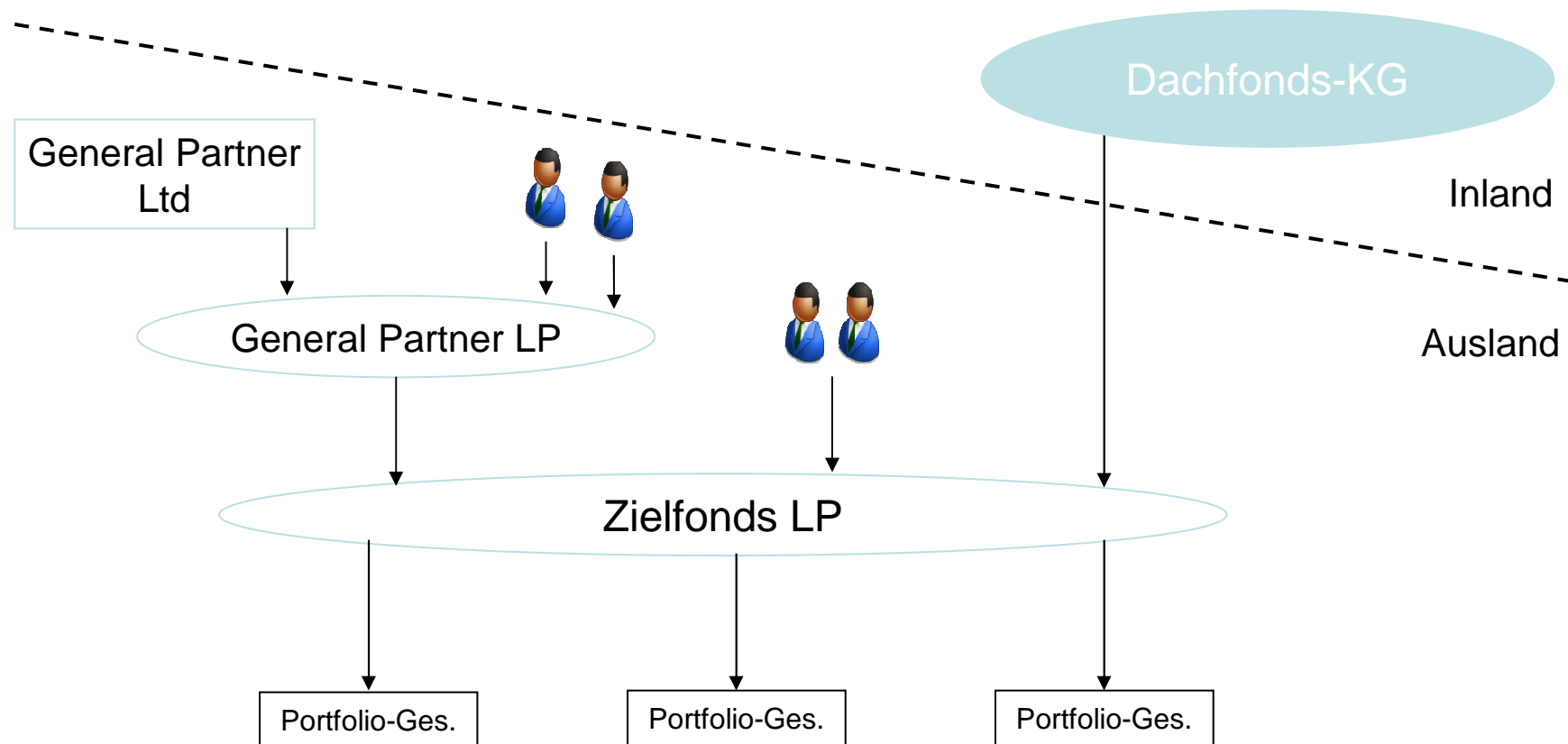
I. Einleitung

Vorüberlegungen zur Dachfondsstruktur

Grundfrage: **Vermögensverwaltende** oder **gewerbliche** Dachfondsstruktur?

1. Rechtliche / sonstige Aspekte
2. Steuerliche Entscheidungsparameter
 - > Steuerliche Eigenschaften der Zielfonds (gewerblich/vermögensverwaltend, erwarteter Einkünfte-Mix, Investitionsfokus, steuerliche Behandlung im Ausland)
 - > Belastungsvergleich: Abgeltungsteuer vs. Teileinkünfteverfahren
 - > Steuerliche Behandlung des *Carried Interest*
 - > beteiligte Investoren

Typische Investitionsstrukturen von Dachfonds



Ziel: vermögensverwaltender Dachfonds

- **Vermeidung** gewerblicher **Infektion** des Dachfonds (§ 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG)
- **Vermeidung** gewerblicher **Prägung** des Dachfonds (§ 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG)
 - > Entprägung des Dachfonds durch Einsatz eines **geschäftsführenden Kommanditisten**

Ziel: vermögensverwaltender Dachfonds - Vermeidung gewerblicher Infektion -

1. Dachfonds darf sich nur **mittelbar** – d.h. über eine **Blocker-GmbH** – an einer gewerblich tätigen oder gewerblich infizierten oder geprägten Zielfonds-**Personengesellschaft** beteiligen
 2. **Unmittelbar** darf sich der Dachfonds an einem Zielfonds nur dann beteiligen, wenn der Zielfonds auf Grundlage des **Rechtstypenvergleichs**
 - > als **Kapitalgesellschaft** oder
 - > als vermögensverwaltende **Personengesellschaft****einzuordnen** ist.
-

Ziel: gewerblicher Dachfonds

1. Herstellung der **Gewerblichkeit** des Dachfonds
→ Gewerblichkeit des **Dachfonds** durch
 - Beteiligung an gewerblicher Zielfonds-**PersGes** (**gewerbliche Infektion**)
 - Einsatz einer GmbH als allein zur Geschäftsführung und Vertretung befugte voll haftende Gesellschafterin (**gewerbliche Prägung**)
 2. Beteiligung an **gewerblicher** Zielfonds-**PersGes** (-> § 9 Nr. 2 GewStG: Bedeutung insbes. bei Streubesitz-Dividenden: < 15%-Beteiligung)
→ Gewerblichkeit des **Zielfonds** durch
 - Feststellung **gewerblicher Tätigkeit** der Zielfonds-**PersGes** (BMF, Schr. v. 16.12.2003, IV A 6 – S 2240 – 153/03, BStBl. I 2004, S. 40)
 - Begründung **gewerblicher Prägung** der Zielfonds-**PersGes** (§ 15 III Nr. 2 EStG)
-

Wesentliche Fragen

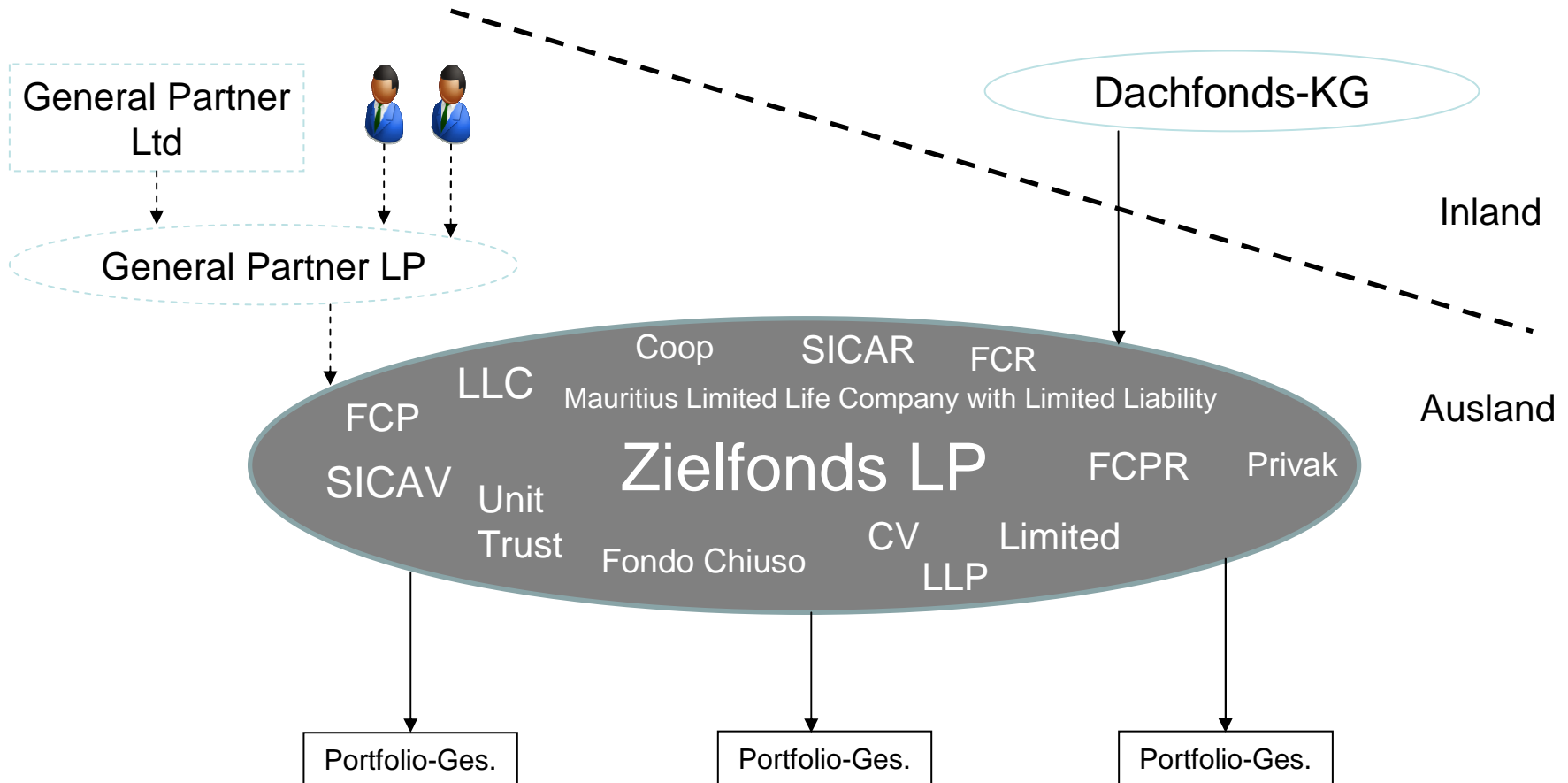
1. Unter welchen Voraussetzungen ist ein ausländischer Zielfonds **steuerlich** als Kapitalgesellschaft, wann als Personengesellschaft **einzuordnen**? (vgl. nachfolgend unter II.)
 2. Kann ein ausländischer Zielfonds **gewerblich geprägt** sein? (vgl. nachfolgend unter III.)
 3. Kann ein ausländischer Zielfonds **gewerblich entprägt** werden? (vgl. nachfolgend unter III.)
-

II. Steuerliche Einordnung ausländischer Rechtsgebilde

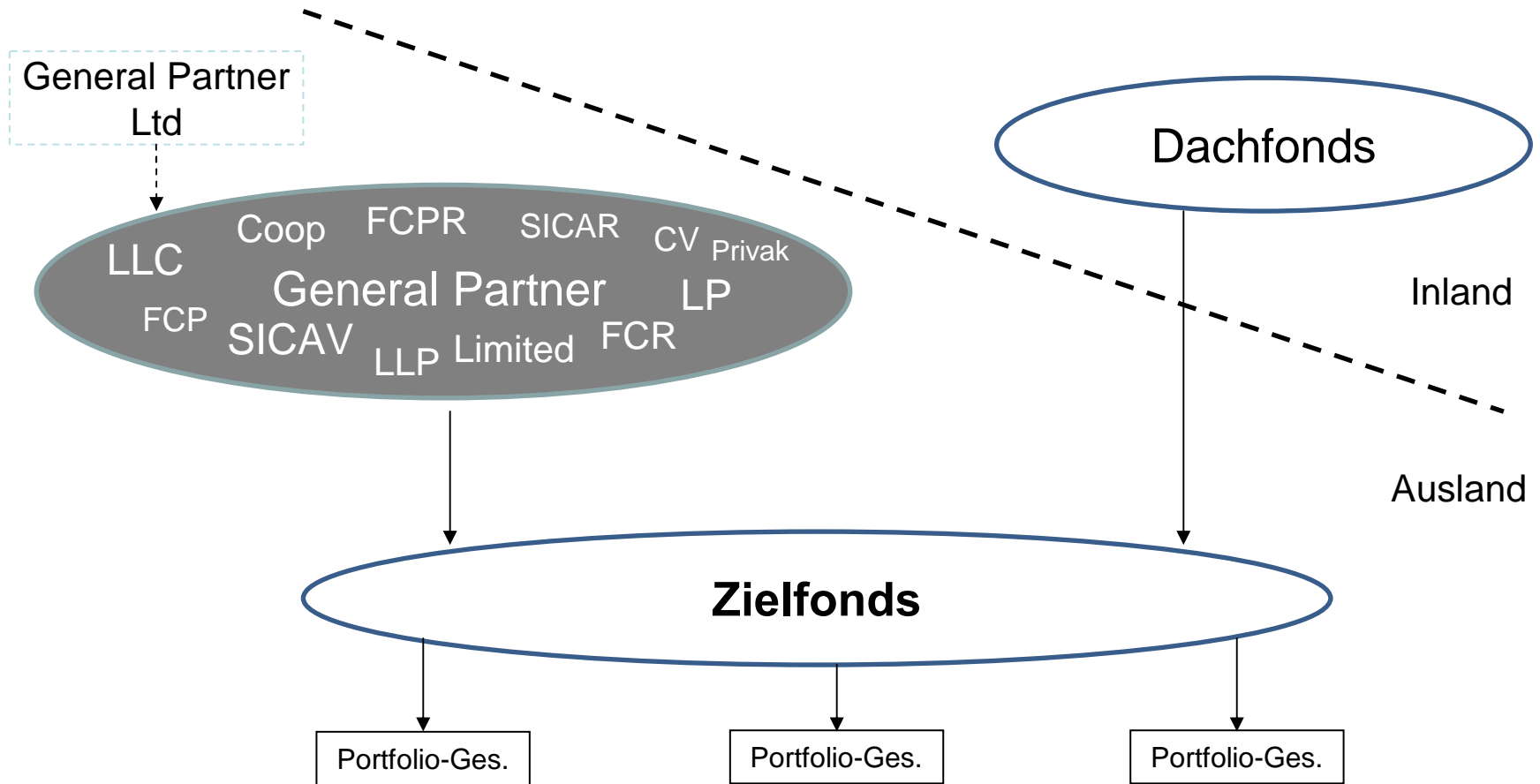
Übersicht

1. Einleitung
2. Rechtsgrundlage
3. Maßgebliche Vergleichskriterien
4. Einordnungsverfahren
5. Einordnungsergebnisse

1. Einleitung



1. Einleitung



Bedeutung der steuerlichen Einordnung ausländischer Zielfonds

Bei steuerlicher Einordnung des Zielfonds als **Kapitalgesellschaft**

-> kann Dachfonds **nicht** (i.S.d. § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG) **gewerblich infiziert** werden

Bei steuerlicher Einordnung des Zielfonds als **Personengesellschaft**

-> wird Dachfonds **gewerblich infiziert**, wenn Zielfonds gewerblich ist und keine Blocker-GmbH zwischengeschaltet ist

Rechtstypenvergleich

- Rechtsprechung: RFH vom 12.02.1930 „**Venezuela-Entscheidung**“ (RStBl. 1930, 444):

„... die Entscheidung über die einkommensteuerrechtliche Behandlung einer ausländischen juristischen Person bzw. ihrer Gesellschafter (ist) im Einzelfalle nach den leitenden Gedanken des Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetzes zu treffen ... Man wird dabei in erster Linie zu untersuchen haben, ob die betreffende ausländische Gesellschaft sich mit einer Gesellschaft des deutschen Rechts vergleichen lässt ...“

Rechtstypenvergleich

„... Man wird bei einem solchen Vergleich insbesondere darauf abstellen müssen, ob sich die betreffende ausländische Gesellschaft mehr dem Typ der Personengesellschaft oder der Kapitalgesellschaft nähert, als deren Exponenten man einerseits die deutsche offene Handelsgesellschaft, andererseits die deutsche Aktiengesellschaft ansehen kann“

Rechtstypenvergleich

- **Rechtsgrundlagen: BFH vom 20. August 2008, I R 34/08 (zur US-LLC)**

*„Die ausländische Gesellschaft ist hiernach als Körperschaft einzuordnen, wenn eine **Gesamtwürdigung** der maßgebenden ausländischen Bestimmungen über die **Organisation** und **Struktur** der Gesellschaft ergibt, dass diese **rechtlich** und **wirtschaftlich** einer inländischen Kapitalgesellschaft gleicht. Es muss im **Einzelfall** geprüft werden, ob die im Ausland rechtsfähige Körperschaft dem „Typ“ und der tatsächlichen Handhabung nach einer Kapitalgesellschaft entspricht.“*

2. Rechtsgrundlagen

Aus Rechtsprechungsgrundsätzen abgeleitete Leitlinien zur Einordnung ausländischer **hybrider Rechtsgebilde**:

- > **BMF-Schreiben** zur „steuerlichen Einordnung der nach dem Recht der Bundesstaaten der USA gegründeten LLC (sog. „LLC-Schreiben“ v. 19.03.2004, BStBl. I 2004, 411 ff., dazu *Lemaitre/Schnittker/Siegel*, GmbHR 2004, 618; LLC-Schreiben inhaltlich anerkannt durch BFH, Urt. v. 20.08.2008 – I R 34/08)
- > LLC-Schreiben ist auch auf die engl. LLP anzuwenden (SenFin Berlin, Erl. v. 19.01.2007, DStR 2007, 1034)
- > Kein Ermessens- oder Beurteilungsspielraum der Finanzbehörde, d.h. umfassende gerichtliche Kontrolle.

Rechtstypenvergleich

Der Rechtstypenvergleich ist anhand eines **zweistufigen Prüfungsverfahrens** durchzuführen:

1. Ermittlung der gesellschaftsrechtlichen Eigenschaften des einzuordnenden Rechtsgebildes nach dem jeweils geltenden ausländischen Gesellschaftsrecht
2. Rechtsvergleich mit konkreten bzw. abstrakten Rechtsformen des deutschen Rechts

Rechtstypenvergleich

- > Die Einordnung der jeweiligen ausländischen Rechtsform im Heimatland ist für die Einordnung in Deutschland ohne Bedeutung.

3. Maßgebliche Vergleichskriterien

Geschäftsführung (KapGes)

Zentralisierte Geschäftsführung und Vertretung liegt vor, *„wenn eine Person oder mehrere Personen – jedoch nicht alle Gesellschafter auf Dauer ausschließlich befugt sind, die zur Durchführung des Gesellschaftszwecks erforderlichen Entscheidungen ohne Zustimmung aller – ggfs. der übrigen – Gesellschafter zu treffen.“*

Dies ist der Fall, *„wenn Geschäftsführung u. Außenvertretung der Gesellschaft von fremden Dritten oder durch ein eigenständiges Gremium (Board of Managers) wahrgenommen werden.“*

3. Maßgebliche Vergleichskriterien

Geschäftsführung (PersGes)

Dieses Merkmal spricht für die Einordnung als PersGes, „*wenn die Gesellschafter die Geschäfte der Gesellschaft selbst führen und sie allein vertretungsberechtigt*“ sind.

Dies ist dann gegeben, wenn die Geschäftsführung und die Vertretung von sämtlichen Gesellschaftern wahrgenommen werden.

3. Maßgebliche Vergleichskriterien

Geschäftsführung (Prüfungsschritte)

Erster Prüfungsschritt:

Sind nur Gesellschafter oder auch Nicht-Gesellschafter zur GF und Vertretung befugt?

Zweiter Prüfungsschritt:

Sind alle Gesellschafter oder nur einzelne Gesellschafter zur GF und Vertretung befugt?

Dritter Prüfungsschritt:

Ist eine Körperschaft zur GF und Vertretung befugt?

Beschränkte Haftung

- Was ist bei persönlicher Haftung eines Gesellschafter **aus anderem Rechtsgrund** (Bürgschaft, auf Grundlage eines konzernrechtlichen Durchgriffs etc.)?
 - > Für Einordnung ist nur die gesellschaftsrechtliche Haftungsverfassung maßgeblich

Freie Übertragbarkeit der Anteile

- Können die Anteile an der Gesellschaft nach den maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen oder aufgrund des Gesellschaftsvertrages ohne Zustimmung der anderen Gesellschafter auf Dritte übertragen werden?
 - > Problem: Was ist, wenn zwar die Vermögensrechte nicht aber die Mitgliedschaftsrechte frei übertragen werden können?
 - > Lösung: Es liegt eine nur eingeschränkte Übertragbarkeit vor
 - > Gesellschaft ist als Personengesellschaft einzuordnen

Gewinnzuteilung

- Ist die Gewinnzuteilung von einem **Ausschüttungsbeschluss** abhängig?
 - > Abgrenzung: Gewinnzuteilung – Verfügbarkeit des zugeteilten Gewinns
 - > falls **ja**: KapGes
 - > falls **nein**: PersGes; bei dieser kann aber die Verfügbarkeit des zugeteilten Gewinns vom Gesellschafterbeschluss abhängen (Entnahmebeschränkung)

3. Maßgebliche Vergleichskriterien

Kapitalaufbringung

- Ist die Erbringung einer Mindesteinlage erforderlich?
 - > falls **ja**: KapGes
 - > falls **nein**: PersGes

- Ist die Einlage nur von Geld möglich oder können die Gesellschafter ihre Einlage auch in Form einer Dienstleistung erbringen?
 - > falls nur Geldeinlagen möglich: KapGes
 - > falls auch Einlage in Form einer Dienstleistung möglich: PersGes

3. Maßgebliche Vergleichskriterien

Unbegrenzte Lebensdauer

- Ist die **Lebensdauer** nach ausländischem Recht oder Gesellschaftsvertrag **begrenzt**?
 - > falls **ja**: PersGes
 - > falls **nein**: PersGes/KapGes
- Entspricht die Gesellschaft einer **Personenhandelsgesellschaft**?
 - > falls **nein**, spricht eine unbegrenzte Lebensdauer der Gesellschaft dafür diese als KapGes einzuordnen
 - > Problem: Wann entspricht eine ausl. Gesellschaft einer Personenhandelsgesellschaft

3. Maßgebliche Vergleichskriterien

Gewinnverteilung

- Wonach bemisst sich die Gewinnverteilung?
 - > **Verhältnis der Einlagen** maßgeblich: KapGes
Was wenn die Einlagen durch Dienstleistungen erbracht worden sind?
 - > **Verteilung nach Köpfen**: PersGes
- Kann ein Teil des Gewinns **unabhängig von den Einlagen** verteilt werden?
 - > falls ja: PersGes, denn dies spricht dafür, dass auch persönliche Leistungen der Gesellschafter berücksichtigt werden können.

Formale Gründungsvoraussetzungen

„Zur Errichtung einer Kapitalgesellschaft muss somit der Gesellschaftsvertrag zu seiner Durchführbarkeit durch eine „öffentliche Instanz“ bestätigt werden. Der Abschluss eines Gesellschaftsvertrags allein genügt also nicht.“

„Personenhandelsgesellschaften entstehen dagegen bereits durch den Gesellschaftsvertrag. Die Eintragung im Handelsregister hat nur Bedeutung für die Wirksamkeit gegenüber Dritten.“

3. Maßgebliche Vergleichskriterien

Kriterien	<i>Personengesellschaft</i>	<i>Kapitalgesellschaft</i>
(1) Zentralisierte Geschäftsführung und Vertretung	Nein	Ja
(2) persönliche Haftung der Gesellschafter	Ja	Nein
(3) Übertragbarkeit der Anteile	Nein	Ja
(4) Gewinnzuteilung erforderlich	Nein	Ja
(5) Kapitalaufbringung	Nein	Ja

3. Maßgebliche Vergleichskriterien

Kriterien	<i>Personengesellschaft</i>	<i>Kapitalgesellschaft</i>
(6) Lebensdauer begrenzt	Ja	Nein
(7) Gewinnverteilung nach Kapitalanteilen	Nein	Ja
(8) Besondere Gründungsvorraussetzungen, Registerzwang	Nein	Ja

4. Einordnungsverfahren

- Erster Schritt: **Gesamtbild-Test**

*„Da für die Einordnung entscheidend ist, ob die bei einer LLC vorhandenen Merkmale in ihrem **Gesamtbild** eher für eine Körperschaft oder für eine Personengesellschaft typisch sind, müssen bei der Beurteilung die Einzelmerkmale **gewichtet** werden. Dabei kann keinem der Merkmale eine **allein ausschlaggebende Bedeutung** zukommen.“*

- Zweiter Schritt: **Merkmalsmehrheit-Test**

*„Führt die Prüfung im Einzelfall zu keinem eindeutigen Gesamtbild ist die Gesellschaft als Körperschaft einzustufen, wenn bei ihr die **Mehrzahl** der unter IV. 1.-5. genannten Kriterien, die für eine Körperschaft sprechen, vorhanden ist.“*

5. Einordnungsergebnisse

Rechtsform	Land	KapG	PersG	SonderVerm	Hybrid
Limited Partnership	USA, UK, Cayman Islands, Guernsey, Jersey, Kanada, Bermuda, Bahamas, Australien		X		
Publicly Traded Limited Partnership	USA	X			
C-Corp, S-Corp, Inc.	USA, Kanada	X			
LLC	USA				X
Limited, Private Company limited by Shares	UK, Cayman Islands, Guernsey, Jersey	X			
Public Company, plc	USA, UK	X			

5. Einordnungsergebnisse

Rechtsform	Land	KapG	PersG	SonderVerm	Hybrid
LLP	USA, UK				X
NV	Niederlande	X			
BV	Niederlande	X			
CV	Niederlande		X		
CVoA	Niederlande	X			
Coop	Niederlande	(X) Körperschaft			

5. Einordnungsergebnisse

Rechtsform	Land	KapG	PersG	SonderVerm	Hybrid
SICAV, SICAF	Luxemburg, Frankreich	X			
SICAR-Status	Luxemburg				X
SIF / FIS-Status	Luxemburg				X
Soparfi	Luxemburg	X			
SA	Luxemburg, Frankreich	X			
Sàrl	Luxemburg, Frankreich	X			
SCS	Luxemburg		X		
SCA	Luxemburg	X			

5. Einordnungsergebnisse

Rechtsform	Land	KapG	PersG	SonderVerm	Hybrid
FCP	Luxemburg, Frankreich			X	
FCPR	Frankreich			X	
Fondo Chiuso	Italien			(X)	
SpA	Italien	X			
FCR	Spanien			(X)	
SCR	Spanien	(X)			

5. Einordnungsergebnisse

Rechtsform	Land	KapG	PersG	SonderVerm	Hybrid
Private Privak / PRICAF-Status	Belgien				X
Limited Life Company with Limited Liability	Mauritius	(X)			
Unit Trust	Australien	(X)			

5. Einordnungsergebnisse

Hybride Rechtsformen, wie die US-LLC und US-LLP sowie die UK-LLP lassen sich i.d.R. nicht einheitlich einordnen. Diese sind im Einzelfall auf der Grundlage der Gesellschaftsverträge einzuordnen.

Problem: Zielfonds geben die **Gesellschaftsverträge** von als General Partner fungierenden Gesellschaft im Regelfall nicht oder nur **lückenhaft** heraus.

Lösung:

- > **geschwärzte Fassung** des Gesellschaftsvertrages erbitten (falls erforderlich: i.V.m. zusätzlicher Vertraulichkeitsvereinbarung [*Non-Disclosure Agreement*])
 - > **Side Letter** (eher unüblich; vertragliche Nebenabrede, die die Zusicherung des Vorliegens bestimmter Merkmale der betreffenden Gesellschaft enthält)
 - > **Fragebogen (Questionnaire)** – Abfrage der für die Einordnung wesentlichen vertraglichen Inhalte
-

III. Gewerbliche Prägung / Entprägung ausländischer Personengesellschaften

Gewerbliche Prägung ausländischer Personengesellschaften

➤ § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG

„Als Gewerbebetrieb gilt in vollem Umfang die mit Einkünfteerzielungsabsicht unternommene Tätigkeit

*2. einer **Personengesellschaft**, die keine Tätigkeit im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 Nr. 1 ausübt und bei der **ausschließlich** eine oder mehrere **Kapitalgesellschaften** persönlich haftende Gesellschafter sind und nur diese oder Personen, die nicht Gesellschafter sind, **zur Geschäftsführung befugt** sind (gewerblich geprägte Personengesellschaft).*

*Ist eine **gewerblich geprägte Personengesellschaft** als persönlich haftender Gesellschafter an einer anderen Personengesellschaft beteiligt, so steht für die Beurteilung, ob die Tätigkeit dieser Personengesellschaft als Gewerbebetrieb gilt, die gewerblich geprägte Personengesellschaft einer Kapitalgesellschaft gleich.“*

Gewerbliche Prägung durch ausländische Kapitalgesellschaft

- Grds. gewerbliche Prägung auch bei ausländischen Personengesellschaften möglich (vgl. BFH vom 14.03.2007, BStBl. II 2007, 924)
 - steuerlicher Gestaltungsspielraum („*form over substance*“) auch bei ausländischen Personengesellschaften!
„Denn mit der Einfügung des §15 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 EStG wurde die vom BFH ... aufgegebenen Gepräde-Rechtsprechung ohne Beschränkung auf inländische Kapitalgesellschaften gesetzlich verankert, um sicherzustellen, dass gleichartige und in vergleichbarer Rechtsform ausgeübte Tätigkeiten steuerrechtlich nicht unterschiedlich behandelt werden, und um sinnvolle steuerrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zu erhalten.“ (BFH v. 14.03.2007, BStBl. II 2007, 924)
 - Beachte:
Es kann zu steuerlichen Interessenkonflikten zwischen dt. Investoren kommen!
vermögensverwaltende Investoren (Dachfonds, Family Offices / nat. Personen, steuerbefreite Investoren) vs. gewerbliche Investoren (Dachfonds, steuerpflichtige Körperschaften)
→ gewerbliche (geprägte) ausl. PersGes als Investitionsplattform für gewerbliche Investoren?
-

Besonderheiten bei hybriden Rechtsformen (z.B. US LLC)

→ Analoge Anwendung des § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG, da keine natürliche Person unbeschränkt haftet?

Besonderheiten bei sondervermögensähnlichen Rechtsformen (FCP, FCPR, Fondo Chiuso)

→ § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG betrifft nur Personengesellschaften (anders: § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG: „Gesellschaft“: erfasst auch gesellschaftsähnliche Gemeinschaftsverhältnisse)

→ keine Anwendung des § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG auf ausländische Rechtsformen, die Sondervermögen / Bruchteilsgemeinschaften sind?

Entprägung ausländischer Personengesellschaften

- durch zweiten **persönlich haftenden Gesellschafter**, der keine Kapitalgesellschaft ist :
 - natürliche Person (Problem: Haftung!)
 - entprägte Personengesellschaft (geprägte Personengesellschaft nicht geeignet, da sie für gewerbliche Prägung einer KapG gleichgestellt wird: doppelstöckig geprägte PersGes, § 15 Abs. 3 Nr. 2 S. 2 EStG)
 - Körperschaft, die keine „Kapitalgesellschaft“ ist (z.B. Stiftung oder Genossenschaft)?

 - durch Übertragung von **Geschäftsführungsbefugnis** auf einen Kommanditisten
 - eine o. mehrere natürliche Person(en) (→ sicherste Lösung zur Sicherstellung der Entprägung!)
 - KapG (vgl. R 15.8 Abs. 6 Satz 2 EStR 2005, a.A.: Wacker in Schmidt, EStG, § 15 Rn. 222)
 - entprägte PersGes o. geprägte PersGes (erst-recht-Schluss aus R 15.8 Abs. 6 Satz 2 EStR)

 - zusätzlich bei **doppelstöckiger** Personengesellschaft möglich:
 - Entprägung auf der Ebene der GP-PersGes
 - sehr beliebt bei Zielfonds, da dann nicht der Gesellschaftsvertrag des Fonds (sondern nur der GP-LP) geändert werden muss! Andere Investoren bekommen das nicht mit.
-

Entprägung ausländischer Personengesellschaften

- Worauf ist dabei nach **deutschem Recht** zu achten?
- es muss sich um Geschäftsführungsbefugnis (GFB) handeln
- Einräumung von Befugnis reicht aus (nicht erforderlich: tatsächliche Ausübung; ABER: tatsächliche Möglichkeit der Ausübung sollte bestehen?)
- GFB muss sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergeben (nicht ausreichend: nur aus Dienstvertrag; BFH IV R 87/93 BStBl. II 1996, 523 [526])
 - Entprägung muss im Gesellschaftsvertrag mit Wirkung ggü. allen Gesellschaftern geregelt werden (nicht ausreichend: Side Letter!)
- ausreichend ist geteilte/gemeinschaftliche GFB mit Komplementär (vgl. R 15.8 Abs. 6 Satz 3 EStR 2005: „neben dem phG zur GFB befugt“)

Entprägung ausländischer Personengesellschaften

- Worauf ist dabei nach **deutschem Recht** zu achten?
- Was ist Geschäftsführungsbefugnis?
= gesetzl. oder gesellschaftsvertragliche Befugnis im Innenverhältnis der Gesellschafter zueinander zu einer auf Verwirklichung des Gesellschaftszwecks gerichteten Tätigkeit (nicht: Vertretungsmacht i.S.v. §§ 125ff HGB)
- Geschäftsführungsbefugnis muss in der Eigenschaft als Kommanditist eingeräumt werden
→ nicht ausreichend: Wahrnehmung von GFB in der Eigenschaft als Gesellschafter des Komplementärs (aber nicht in seiner Funktion als Kommanditist)
- Keine Vollhaftung als persönlich haftender Gesellschafter (→ ausländ. Recht)

Entprägung ausländischer Personengesellschaften

- Worauf ist dabei nach **ausländischem Recht** zu achten?
- Übertragung von Geschäftsführungsbefugnis auf Kommanditisten (*Limited Partner*) darf nach ausländischem Gesellschaftsrecht keine nachteiligen Folgen haben
- einige Rechtsordnungen lassen Übertragung nicht zu (Niederlande)
 - Entprägung nur mit zweitem Kompl. (in Gestalt einer natürliche Person) möglich!
- bei vielen ausländischen Rechtsordnungen (USA, Cayman Islands, Guernsey, Jersey, UK, Kanada) führt eine umfassende Einräumung von GFB zur Haftung des Kommanditisten „entsprechend dem General Partner“

ABER:

- praktisch keine/wenige Gerichtsentscheidungen, wann dies genau der Fall ist (Einräumung des Rechts oder erst bei tatsächlicher Ausübung; Ausübung nur ggü. Dritten)
 - ungeklärte dogmatische Begründung (Anscheinshaftung?), aber wichtig für Einschätzung, ob auch reine interne GFB-Maßnahmen Vollhaftung begründen können
 - unscharfe Trennung zwischen GFB und Vertretungsmacht im ausländischen Recht
-

Entprägung ausländischer Personengesellschaften

- Worauf ist dabei nach **ausländischem Recht** zu achten?
 - einige ausl. Rechtsordnungen sehen sog. „Safe Haven“-Klauseln (= Katalog unschädlicher Handlungen) im Gesetz vor
 - bestimmte Tätigkeiten, Handlungen, Rechte gelten dabei kraft Gesetzes NICHT als Teilnahme am Management der PersG
 - weiter Katalog in USA (Delaware)
 - eingeschränkter Katalog in Cayman Islands, Jersey, Guernsey
 - kein Katalog in UK
 - die meisten Kataloge sind nicht für dt. GFB ausreichend (wohl ausreichend: USA?)
 - Bezugnahme auf Katalog kann nicht schaden, aber ist oftmals nicht ausreichend!
 - bei Unsicherheit: entprägen mit Personengesellschaft als GF-Kommanditist, die in anderer Rechtsordnung entprägt wurde, die leichter zu entprägen ist (ABER: führt zu mehrstufigen Entprägungsstrukturen → höherer Kostenaufwand, an dem Investor beteiligt wird)

Entprägung ausländischer Personengesellschaften

- Worauf ist dabei nach **ausländischem Recht** zu achten?
 - einige ausl. Rechtsordnungen sehen (zusätzlich) Beschränkung der Haftung „wie ein GP“ in Fällen vor, in denen der Limited Partner ggü. Dritten auftritt (und diese davon ausgingen, dass es sich dabei um den GP handelte)
 - Tätigwerden ggü. Dritten sollte in Entprägungs-Klausel ausgeschlossen werden (auch nicht erforderlich für GFB nach dt. Recht)
 - Übertragung darf nach ausländischem Aufsichtsrecht keine nachteiligen Folgen haben
 - insbesondere in Ländern mit spez. Aufsichtsrecht für GP / Manager (z.B. UK, Guernsey)
 - Ausnahme nach ausländ. Aufsichtsrecht in Entprägungs-Klausel aufnehmen (z.B. unterlassen von Handlungen die eine „regulated activity“ i.S.d. UK Financial Services and Markets Act 2000 darstellen)
-

Entprägung ausländischer Personengesellschaften

- Worauf ist bei **Verhandlung der Entprägung** zu achten?
 - Entprägungs-Klausel muss Balance finden zwischen Anforderungen des deutschen Rechts und des ausländischen Rechts (weit genug für GFB aus dt. Sicht, ohne zu Vollhaftung des GF-Kommanditisten nach ausländ. Recht zu führen)
 - insbesondere Beschränkung auf GFB-Rechte ggü. Gesellschaft im Innenverhältnis; Vermeidung von Tätigwerden ggü. Dritten
 - Im Idealfall sollte zweite Verteidigungslinie bestehen (auch die Vollhaftung des GF-Kommanditisten führt zur Entprägung; z.B. bei nat. Person als GF-Kommanditist)
 - Rechtlicher Berater eines dt. Investors muss Anwälten des Zielfonds das Konzept der dt. Prägung / Entprägung erläutern, da es sich dabei um ein den meisten ausländischen Rechtsordnungen fremdes steuerliches Konzept handelt (→ Zeit / Geduld)
-

IV. Zusammenfassung

Zusammenfassung

- Es wird auch nach Einführung der Abgeltungsteuer ab 2009 weiterhin vermögensverwaltende und gewerbliche Dachfondsstrukturen geben.
- Damit bleibt die Vermeidung oder Herstellung von gewerblichen Zielfondsstrukturen ein wichtiges steuerliches Ziel.
- Bei ausländischen Zielfonds stellt sich die Frage der steuerlichen Einordnung dieser Rechtsgebilde, sei es des Zielfonds selbst oder anderer Gesellschaften in der Zielfondsstruktur.
- Ein Rechtstypenvergleich ermöglicht die Einordnung ausländischer Rechtsgebilde in den Fällen, in denen es bislang keine Einordnung durch die Finanzverwaltung oder Rechtsprechung gibt.
- Bei hybriden Rechtsformen können Unsicherheiten verbleiben.

Zusammenfassung

- Bei der Frage der gewerblichen Prägung bzw. Entprägung besteht ein gewisser Gestaltungsspielraum („*form over substance*“).
- Es kann dabei zu steuerlichen Interessenkonflikten der unterschiedlichen deutschen Investorengruppen bei Zielfondsinvestments kommen.
- Bei Verhandlungen mit den Zielfonds kann durch Änderungen von Gesellschaftsverträgen, Vereinbarung von Side Letters und Einsatz von Bestätigungsschreiben bzw. Fragekatalogen mehr Klarheit bezüglich der steuerliche Beurteilung der Zielfonds erreicht werden.
- Bei Entprägung von ausländischen Personengesellschaft sind Besonderheiten des ausländischen Rechts mit den Anforderungen des deutschen Rechts in Einklang zu bringen.



Tarek Mardini, LL.M. (UConn)
Rechtsanwalt
tarek.mardini@pplaw.com

P+P Pöllath + Partners,
Potsdamer Platz 5, 10785 Berlin
Telefon (030) 25353 – 120, Telefax (030) 25353 – 999
www.pplaw.com



Dr. Helder Schnittker, LL.M.
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht
hschnittker@alpers-stenger.de

Alpers & Stenger Partnerschaft,
Colonnaden 5, 20354 Hamburg
Telefon (040) 355 336 – 0, Telefax (040) 355 336 – 0
www.alpers-stenger.de