

2. Hamburger Fondsgespräch

Vorsteuerabzug auf Beratungsleistungen im Akquisitionsprozess - Lösungswege

2. November 2009

Referent:

Christoph Oenings

Rechtsanwalt Steuerberater
Diplom-Finanzwirt (FH)

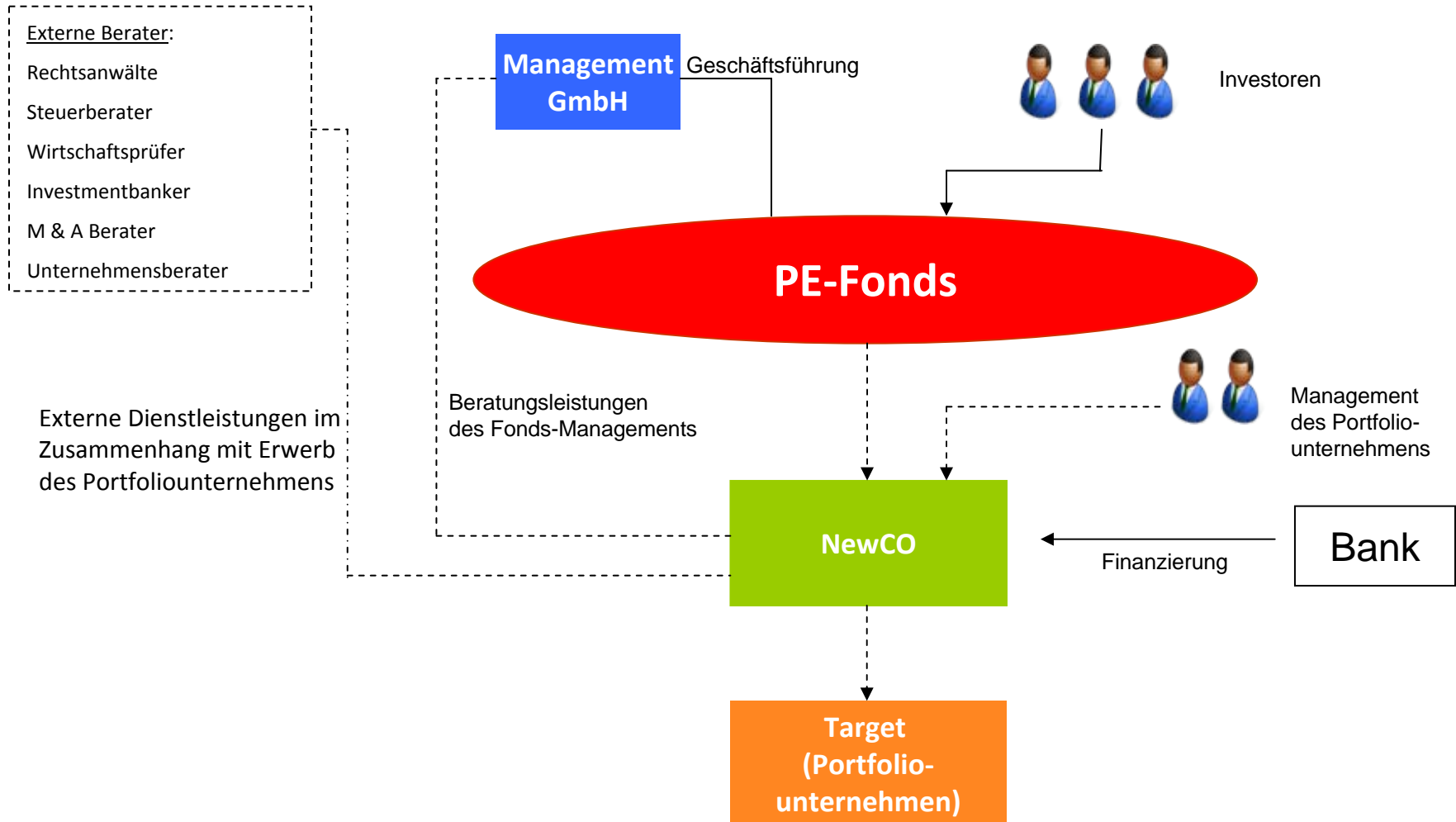
- A.** Der Akquisitionsprozess: Ablauf und Akteure

- B.** Rechtsgrundlagen und Voraussetzungen des Vorsteuerabzugs

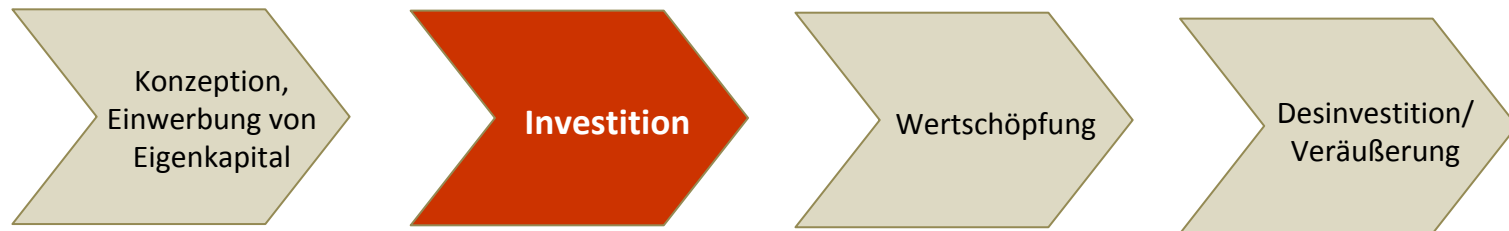
- C.** Gestaltungsüberlegungen: Vermeidung nicht abzugsfähiger Vorsteuer

A. Der Akquisitionsprozess: Ablauf und Akteure

Private-Equity-Struktur



Phasen des Private-Equity-Investments



Investitionsphase

**Kontaktaufnahme
mit dem
Management**

M & A Berater

**Rechtliche,
wirtschaftliche,
finanzielle,
steuerliche Prüfung des
Targets**

**RAe, WP, StB
Investmentbanker
Unternehmensberater**

**RAe,
Notar**

**rechtliche und
steuerliche
Integration
RAe, StB**



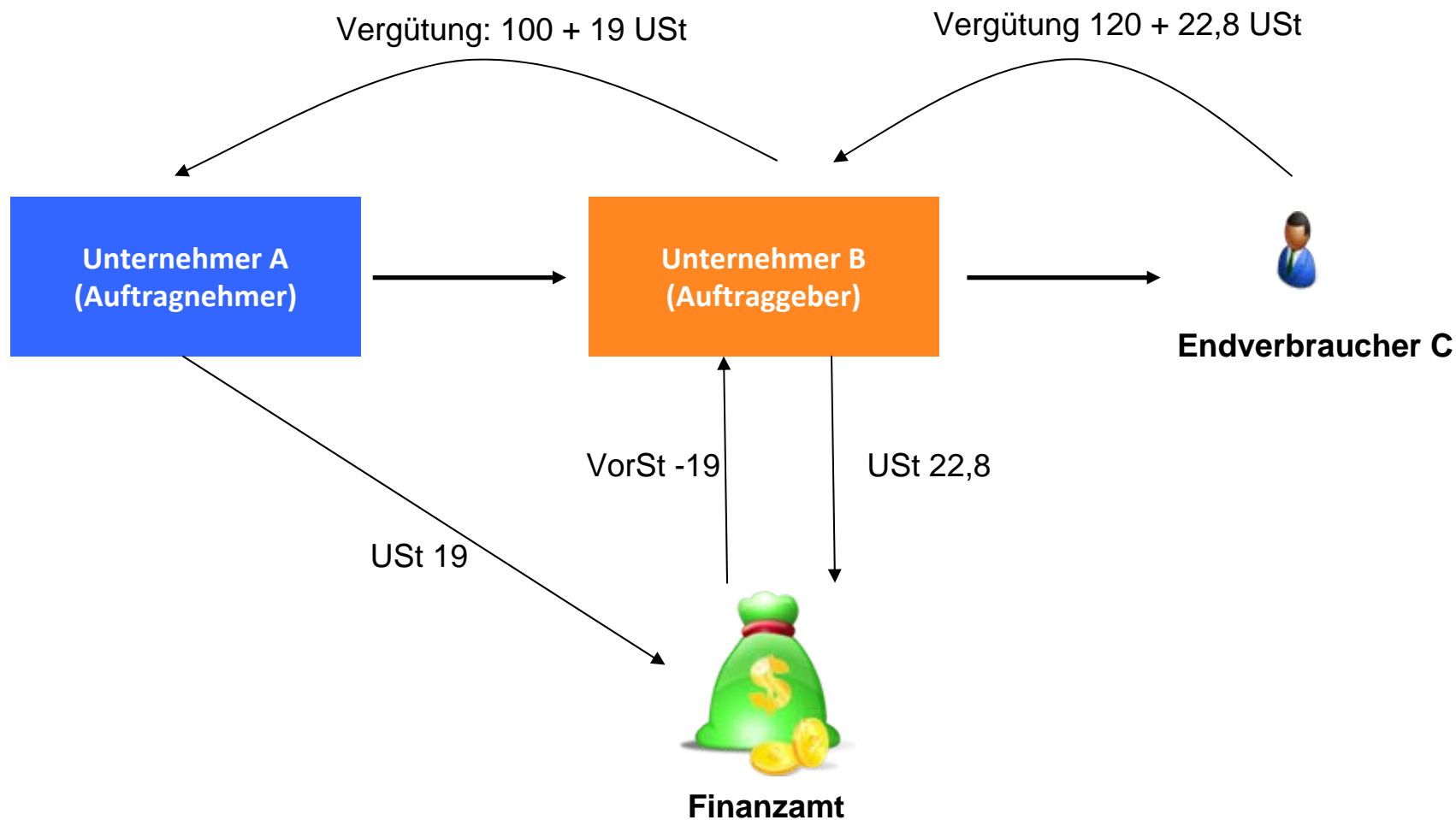
Planung

Durchführung

Implementierung

B. Rechtsgrundlagen und Voraussetzungen des Vorsteuerabzugs

Vorsteuerabzug im System der Umsatzbesteuerung



Der Vorsteuerabzug im System der Umsatzbesteuerung

- **Belastung des Endverbrauchs**
 - Umsatzsteuer als eine allgemeine Verbrauchsteuer
 - Belastungsgegenstand: Verbrauch von Gütern und Dienstleistungen durch Endverbraucher
- **Neutralität der Umsatzsteuer**
 - Unternehmer soll in seiner Eigenschaft als Unternehmer nicht mit Umsatzsteuer belastet werden
 - Gilt nicht ausnahmslos: Steuerbefreiungen, die zum Ausschluss des Vorst-Abzugs führen, § 15 Abs. 2 UStG
- vgl. EuGH vom 24.10.1996, Rs. C-317/94, Elida Gibbs, UVR 1996, 391

Der Vorsteuerabzug im System der Umsatzbesteuerung

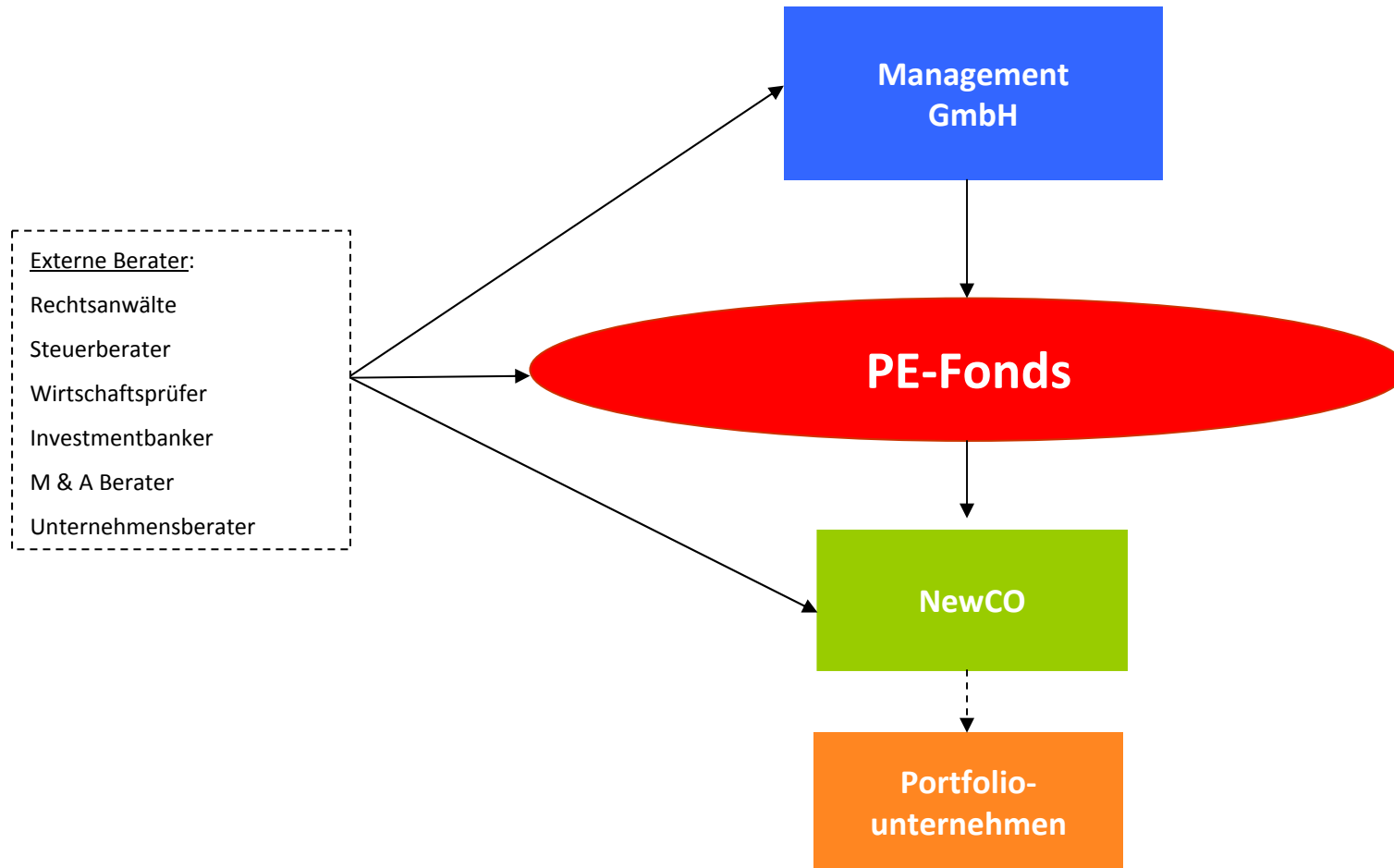
- **Neutralitätsgrundsatz**
 - Vorsteuerabzug neutralisiert die Umsatzsteuer, die im Leistungsverkehr zwischen Unternehmen entsteht und [i. d. R., s. a. Reverse-Charge, § 13b Abs. 2 UStG] vom Leistenden geschuldet wird
 - aus Praktikabilitätsgründen ist nicht der Endverbraucher Steuerschuldner, sondern der Unternehmer, der die Steuerbelastung als Vergütungsbestandteil für seine Leistung an den Endverbraucher weiterbelastet
 - **Vorsteuerabzug ist keine Subvention, sondern Technik zur Herstellung der Belastungsneutralität im Leistungsaustausch zwischen Unternehmen (Allphasen-Netto-Umsatzsteuer)**

Rechtsgrundlagen und Voraussetzungen des Vorsteuerabzugs

- Art. 167 – 192 Mehrwertsteuersystemrichtlinie (MwStSystRL) vom 28. November 2006
- §§ 15, 15a UStG
 - Unternehmereigenschaft des Leistungsempfängers
 - Leistungsbezug für das Unternehmen
 - Leistung unterliegt der deutschen USt
 - Ordnungsgemäße Rechnung i.S.d. §§ 14, 14a UStG
 - Kein Ausschluss vom Vorsteuerabzug, insbesondere bei Verwendung für steuerfreie Ausgangsleistungen, § 15 Abs. 2 – 5 UStG, § 15a UStG

C. Gestaltungsüberlegungen: Vermeidung nicht abzugsfähiger Vorsteuer

Wer ist „richtiger“ Leistungsempfänger?



„Richtiger“ Leistungsempfänger für Beratungsleistungen im Akquisitionsprozess?

- **Leistungsempfänger** muss **Unternehmer** sein, ansonsten scheidet ein Vorsteuerabzug
 - Unternehmer: eigener Begriff des Umsatzsteuerrechts
 - Nicht deckungsgleich mit allgemeinem Sprachgebrauch, Handelsrecht und Ertragsteuerrecht
 - Ausüben einer „wirtschaftlichen Tätigkeit“, Tätigkeiten eines Erzeugers, Händlers oder Dienstleistenden, Art. 9 MwStSystRL
 - Selbständige nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen, § 2 Abs. 1 UStG

„Richtiger“ Leistungsempfänger für Beratungsleistungen im Akquisitionsprozess?

- **Fonds KG ist keine Unternehmerin**
 - *Eine Holding, deren Zweck der Erwerb von Beteiligungen an anderen Unternehmen ist, ohne dass sie unmittelbar oder mittelbar in die Verwaltung dieser Gesellschaften eingreift, verfolgt keine wirtschaftliche Tätigkeit und ist damit nicht Unternehmer im Sinne des Umsatzsteuerrechts.*
 - Ständige Rechtsprechung (EuGH vom 27.9.2001 – Rs. C-16/00 UR 2001, 500 Cibo Participations; BFH vom 18.11.2004 – V R 16/03 DStRE 2005, 457) und Verwaltungsmeinung (BMF vom 26.1.2007 BStBl. I 2007, 211)

„Richtiger“ Leistungsempfänger für Beratungsleistungen im Akquisitionsprozess?

- **Fonds KG ist keine Unternehmerin**
 - Vermögensverwaltender Charakter wäre mit einer wirtschaftlichen Tätigkeit im Sinne des UStG nicht vereinbar
 - Abgrenzung Gewerblichkeit / Vermögensverwaltung (PE-Erlass vom 16. Dezember 2003, BStBl. I 2004, 40, insbes. Tz. 16)
 - **Oberstes Gebot:** Keine Gefährdung des vermögensverwaltenden Charakters der Fonds-Gesellschaft

„Richtiger“ Leistungsempfänger für Beratungsleistungen im Akquisitionsprozess?

- **NewCo**
 - Erwerbsvehikel
 - Käuferin des Zielunternehmens
 - Zwischenschaltung zur Haftungsbegrenzung
 - Bankenfinanzierung auf Ebene der NewCo

„Richtiger“ Leistungsempfänger für Beratungsleistungen im Akquisitionsprozess?

- **NewCo**
 - eigene wirtschaftliche Tätigkeit
 - Durch die bloße Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft, die Unternehmerin iSd. UStG ist, erlangt die Holding nicht die Eigenschaft als Unternehmerin (EuGH vom 27.9.2001 – Rs. C-16/00 UR 2001, 500 Cibo Participations)
 - Entgeltliche Leistungen der Holding an Tochterkapitalgesellschaft begründen ihre Unternehmereigenschaft, BFH vom 9. Oktober 2002 – V R 64/99, BStBl. II 2003, 375, z. B.: administrative, finanzielle, kaufmännische oder technische Dienstleistungen

„Richtiger“ Leistungsempfänger für Beratungsleistungen im Akquisitionsprozess?

- **NewCo**
 - Vorsteuerabzug ist auch möglich für eine **künftige unternehmerische Tätigkeit**
 - Vorsteuerbeträge aus Beratungsleistungen im Zusammenhang mit der **Gründung einer Gesellschaft** berechtigen zum Abzug, wenn steuerpflichtige Ausgangsumsätze ernsthaft beabsichtigt
 - BMF vom 4. Oktober 2006, BStBl. I 2006, 614; Abschnitt 19 UStR 2008

„Richtiger“ Leistungsempfänger für Beratungsleistungen im Akquisitionsprozess?

- **NewCo** Rechtliche und steuerliche Vereinigung der NewCo mit dem Zielunternehmen
 - Verschmelzung (up-stream / down-stream) von NewCo und Target
 - Anwachsung
 - Target in der Rechtsform der Personengesellschaft
 - Vereinigung aller Anteile auf Ebene der NewCo, Vermögensübergang auf NewCo
- NewCo führt Unternehmen der Zielgesellschaft fort
- Verschmelzung oder Anwachsung selbst USt-neutral (Geschäftsveräußerung im Ganzen, § 1 Abs. 1a UStG, nicht steuerbar)

Zwischenergebnis:

*„Richtiger“ Leistungsempfänger für
Beratungsleistungen im Akquisitionsprozess ist die
NewCo, da deren Unternehmereigenschaft
regelmäßig gestaltbar ist.*

Wer ist Leistungsempfänger im Sinne der USt?

- Wer umsatzsteuerrechtlich Leistender und Leistungsempfänger ist, ergibt sich im allgemeinen aus dem zugrunde liegenden **Vertragsverhältnis**.
 - Leistungsempfänger ist daher der **Auftraggeber**, also der Vertragspartner des Beratungsvertrages
 - **Maßgeblichkeit des Zivilrechts** (keine wirtschaftliche Zuordnung)
 - BFH vom 13. September 1985 – V B 10/74, BStBl. II 1985, 21; BFH vom 1. Juni 1989 – V R 72/84, BStBl. II 1989, 677; BFH vom 16. Mai 2002 – V B 165/01, BFH/NV 2002, 1061; BFH vom 4. September 2003 – V R 9, 10/02, BFH/NV 2004, 149; Abschnitt 192 Abs. 16 UStR 2008

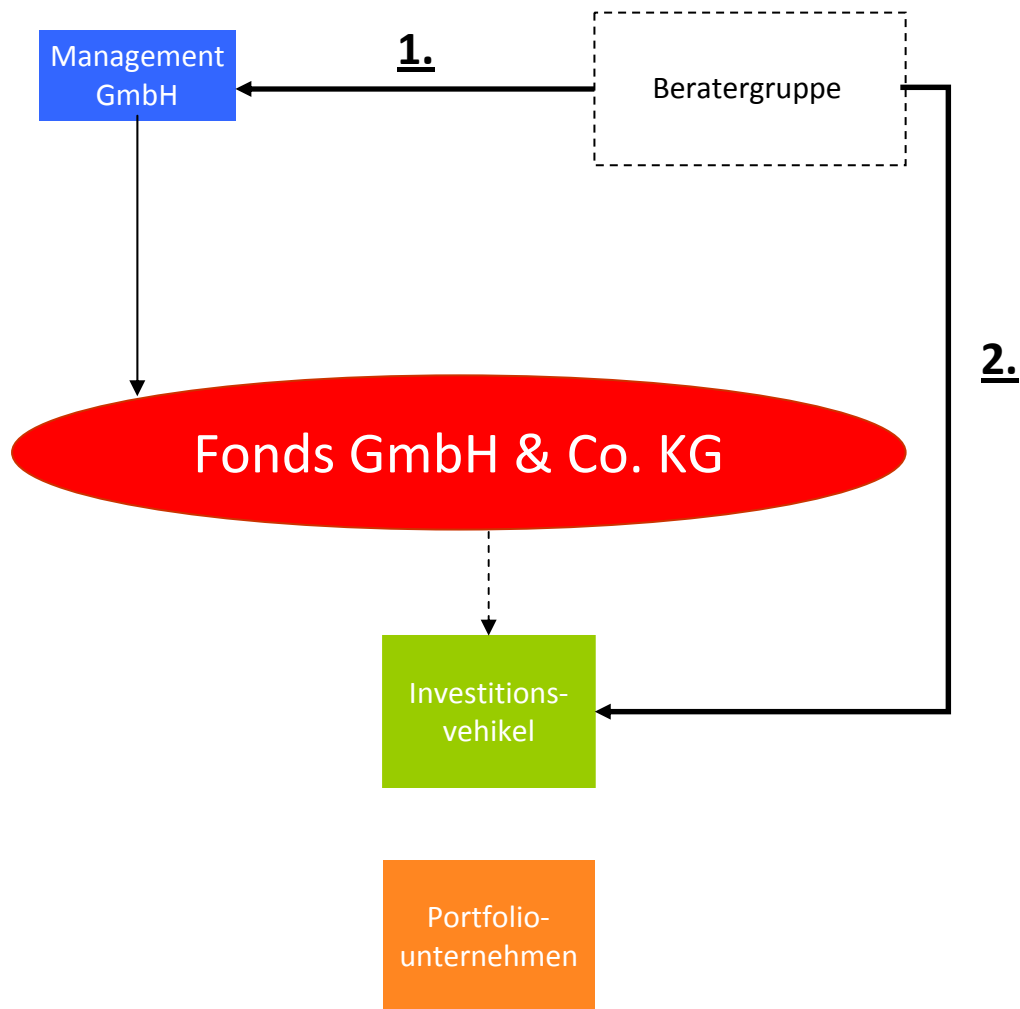
Wer ist Leistungsempfänger im Sinne der USt?

- **Zusammenfassung:**
 - **Unternehmereigenschaft** der **NewCo** lässt sich in praxi gestalten
 - Auf Grund der Maßgeblichkeit des Zivilrechts muss **Auftraggeber** der Beratungsleistungen die NewCo sein, damit die Leistung an das Unternehmen der **NewCo** erbracht wird und dieser ein Vorsteueranspruch zustehen kann
 - **Problem:** In der zeitlich ersten Phase der Akquisition, in der **Management GmbH** tätig wird und externe Berater beauftragt werden, ist NewCo noch nicht gegründet bzw. als Vorratsgesellschaft erworben

Lösungswege

- (1) Vertrags- und Leistungsübernahme durch NewCo, sobald gegründet bzw. als Vorratsgesellschaft erworben**
- (2) Leistungsbesorgung (Doppelumsatz)**
- (3) Handeln im Namen der künftigen NewCo**
- (4) Zur Diskussion: unmittelbare Beauftragung durch NewCo**

Vertragsübernahme durch NewCo



1. Schritt

Management GmbH schließt
Beratungsverträge im eigenen
Namen

2. Schritt

NewCo tritt in die
Leistungsbeziehung durch
Vertragsübernahme ein

Nur möglich vor vollständiger
Ausführung der Dienstleistungen

→ **Vorsteuerabzug der NewCo auf
Beratungsleistungen**

Vorsteuerabzug

- **Lösung 1: Vertragsübernahme durch die NewCo**
 - NewCo tritt nach ihrer Errichtung in das Beratungsverhältnis ein
 - Vertragsübernahme: rechtsgeschäftlicher Übergang des Schuldverhältnisses im Ganzen, §§ 398 ff., 414 ff. BGB
 - Rechtsgeschäft zwischen Management GmbH und NewCo unter Zustimmung des Beratungsdienstleisters
 - Zur Beweissicherung: Schriftform (Vermeidung einer Diskussion mit späterer Betriebsprüfung), sofern nicht besonderes Formerfordernis

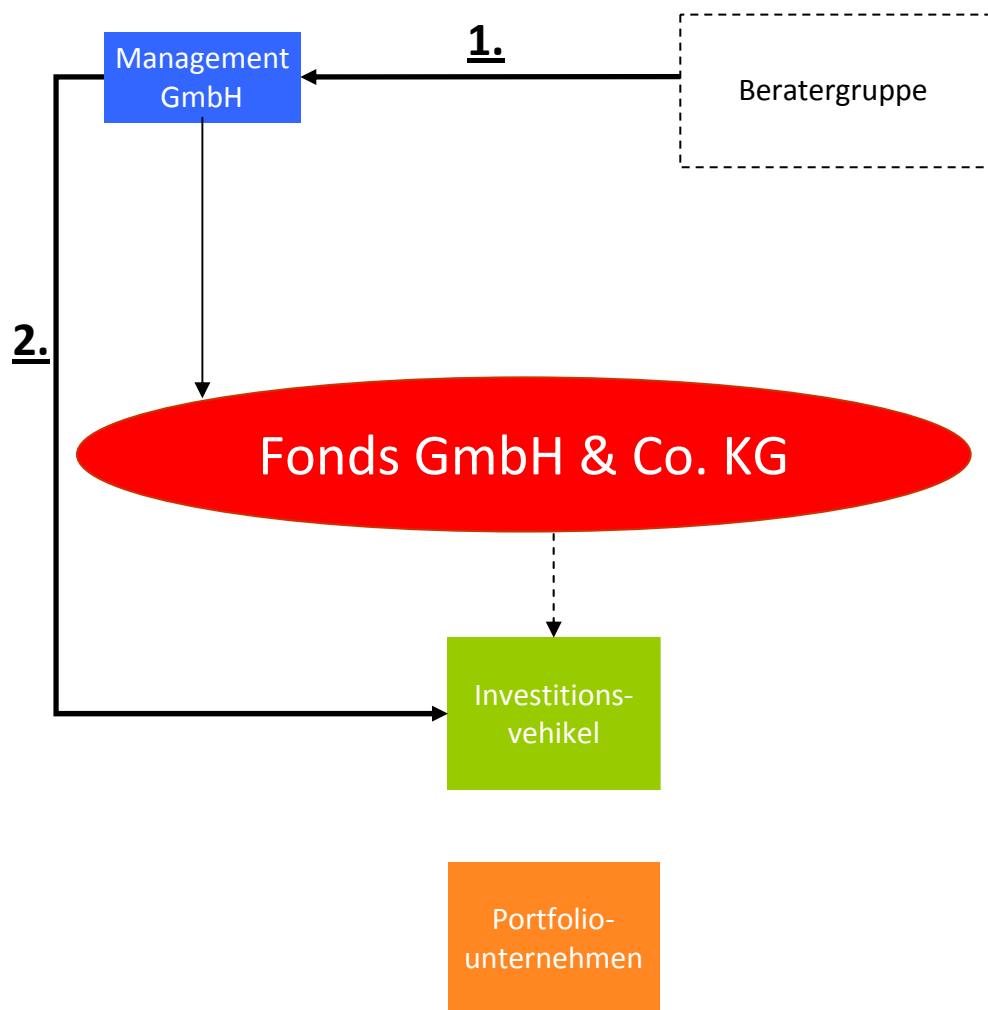
Vorsteuerabzug

- **Lösung 1: Vertragsübernahme durch die NewCo**
 - Umsatzsteuerrechtliche Konsequenz:
 - Übernehmende Gesellschaft (NewCo) rückt in die Stellung der Leistungsempfängerin
 - Leistungsübernahme **nur möglich vor Vollendung der Leistung**
 - **Zeitliche Grenzen:** Kein Wechsel des Leistungsempfängers nach vollständig ausgeführter Beratungsleistung

Vorsteuerabzug

- **Lösung 1: Vertragsübernahme durch die NewCo**
 - Umsatzsteuerrechtliche Konsequenz:
 - Bei bereits erbrachten Teilleistungen (wirtschaftlich teilbare Leistung mit gesonderter Entgeltvereinbarung, § 13 Abs. 1 Nr. 1a S. 3 UStG): insoweit keine Übernahme möglich
 - FG BW vom 14. Juni 1991 – 9 K 45/89, EFG 1992, 223; OFD Hannover vom 26. Juni 1999 - S 7300-912-StH 542, S 7300-442-StO 354)
 - Vertragsübernahme selbst kann steuerbare sonstige Leistung sein, wenn gegen Entgelt

Leistungsbesorgung (Doppelumsatz)



1. Schritt

Management GmbH schließt Beraterverträge im eigenen Namen (und auf fremde Rechnung)

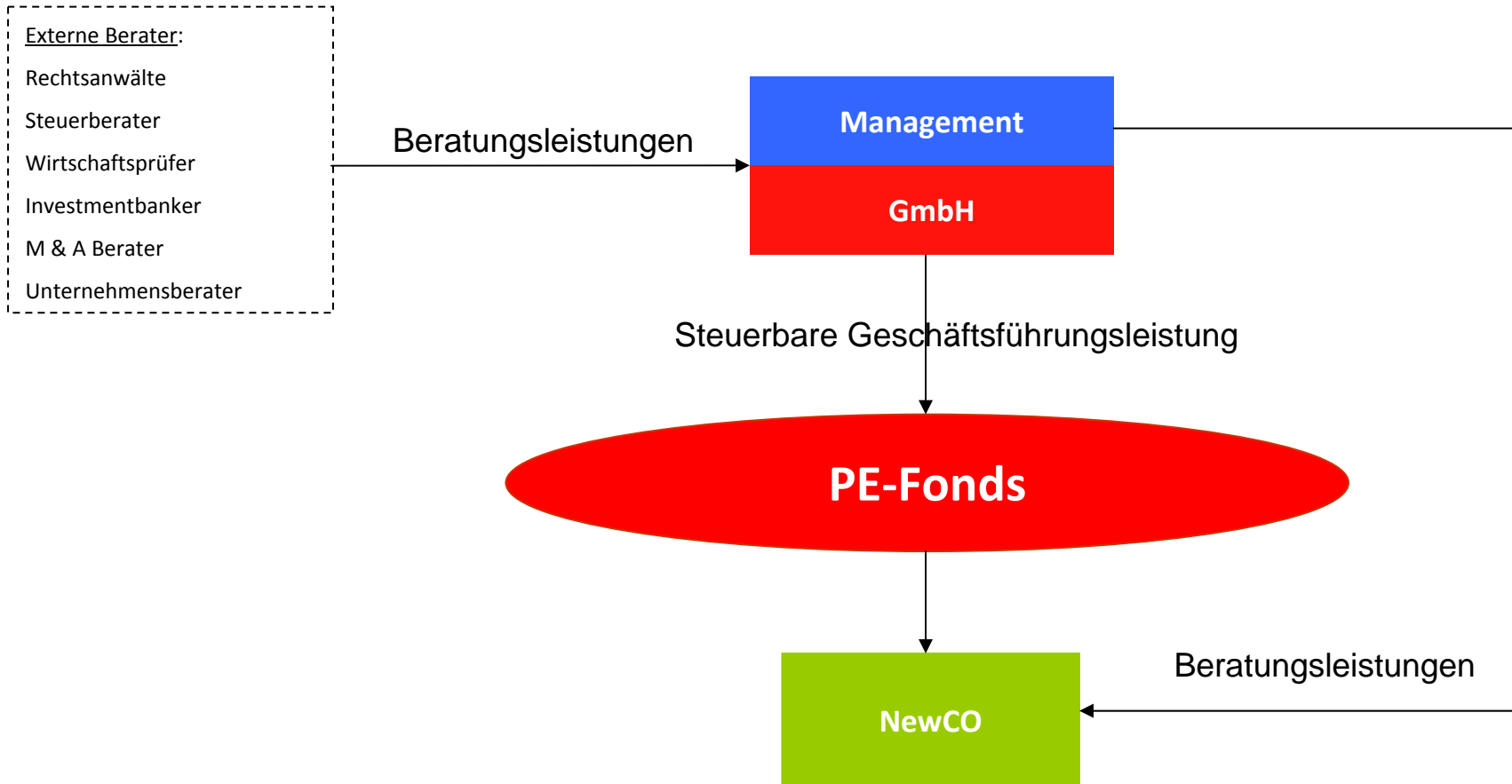
2. Schritt

Nach Gründung der NewCo leitet Management GmbH Beratungsleistungen an NewCo gegen Aufwendungsersatz weiter

Vorsteuerabzug

- **Lösung 2: Leistungsbesorgung (Doppelumsatz)**
 - 1. Schritt:
Management GmbH beauftragt Beratungsdienstleister im eigenen Namen (und auf fremde Rechnung der NewCo)
 - 2. Schritt:
Nach Leistungsbezug durch Management GmbH stellt Management GmbH der NewCo GmbH die Dienstleistung gegen Entgelt zur Verfügung (Weiterbelastung der Kosten zzgl. USt)
 - Zivilrechtliche Vereinbarung erforderlich zwischen Management GmbH und NewCo (Geschäftsbesorgung, Schriftform!)

Leistungsbesorgung



Vorsteuerabzug

- **Lösung 2: Leistungsbesorgung (Doppelumsatz)**
 - **Umsatzsteuerrechtliche Konsequenzen:**
 - **Vorsteuerabzug** der **Management GmbH** aus bezogener Leistung und **Umsatzsteuer** aus **Weitergabe** der Leistung
 - **Vorsteuerabzug** bei der **NewCo**
 - Insoweit: Neutralität der Umsatzsteuer
 - Aber: **Kein Vorsteuerabzug der Fonds-Gesellschaft**

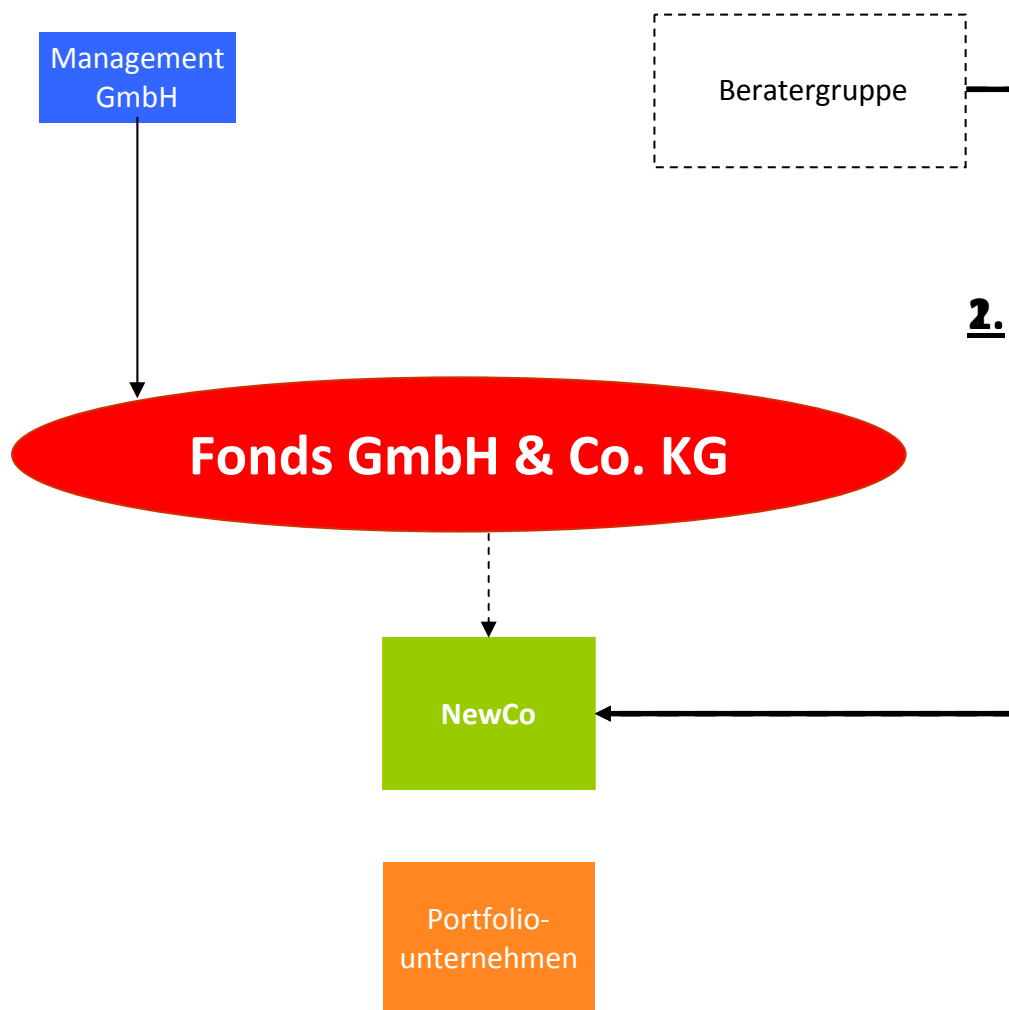
Vorsteuerabzug

- **Lösung 2: Leistungsbesorgung (Doppelumsatz)**
 - Umsatzsteuerrechtliche Hürden?
 - **Zusammenhang der Beratungsleistungen mit Geschäftsführungstätigkeit für die Fonds-Gesellschaft?**
 - Geschäftsführung für die Fonds-KG unterliegt der Umsatzsteuer (Sonderentgelt)
 - Aber: **Kein Vorsteuerabzug der Fonds-KG**
 - » Fonds-KG ist nicht Unternehmer (Holding)

Vorsteuerabzug

- **Lösung 2: Leistungsbesorgung (Doppelumsatz)**
 - Umsatzsteuerrechtliche Hürden?
 - **Zusammenhang der Beratungsleistungen mit Geschäftsführungstätigkeit für die Fonds-Gesellschaft?**
 - Ist eine **direkte Zuordnung** zur Geschäftsführungstätigkeit möglich?
 - Ansonsten: **Aufteilung** nach sachgerechtem Schlüssel
 - » Welcher Anteil der Beratungsleistungen betrifft die Fonds-KG bei der Entscheidung, das Portfoliounternehmen zu erwerben und welche Beratungsleistungen betreffen die NewCo?

Lösung 3: Management GmbH handelt im Namen der künftigen NewCo



1. Schritt

Die Management GmbH schließt die Beratungsverträge mit den Beratern als Stellvertreterin für die NewCo

2. Schritt

Nach Errichtung der NewCo genehmigt diese den Beratungsvertrag

→ Vorsteuerabzug der NewCo auf Beratungsleistungen

Vorsteuerabzug

- **Lösung 3: Handeln im Namen der künftigen NewCo**
 - Schließt die Management GmbH einen Beratungsvertrag im Namen der noch nicht existenten, erst noch zu gründenden NewCo, ist dieser Vertrag bis zur Errichtung der NewCo und deren Genehmigung schwebend unwirksam
 - Entspr. Anwendung der §§ 177 ff. BGB
 - Management GmbH haftet während des Schwebezustands bis zur Gesellschaftserrichtung und (rückwirkenden) Genehmigung, § 179 BGB (BGH vom 7. Mai 1984 – II ZR 276/83, DB 1984, 1716; Palandt/Heinrichs BGB § 177 Rd. 3)

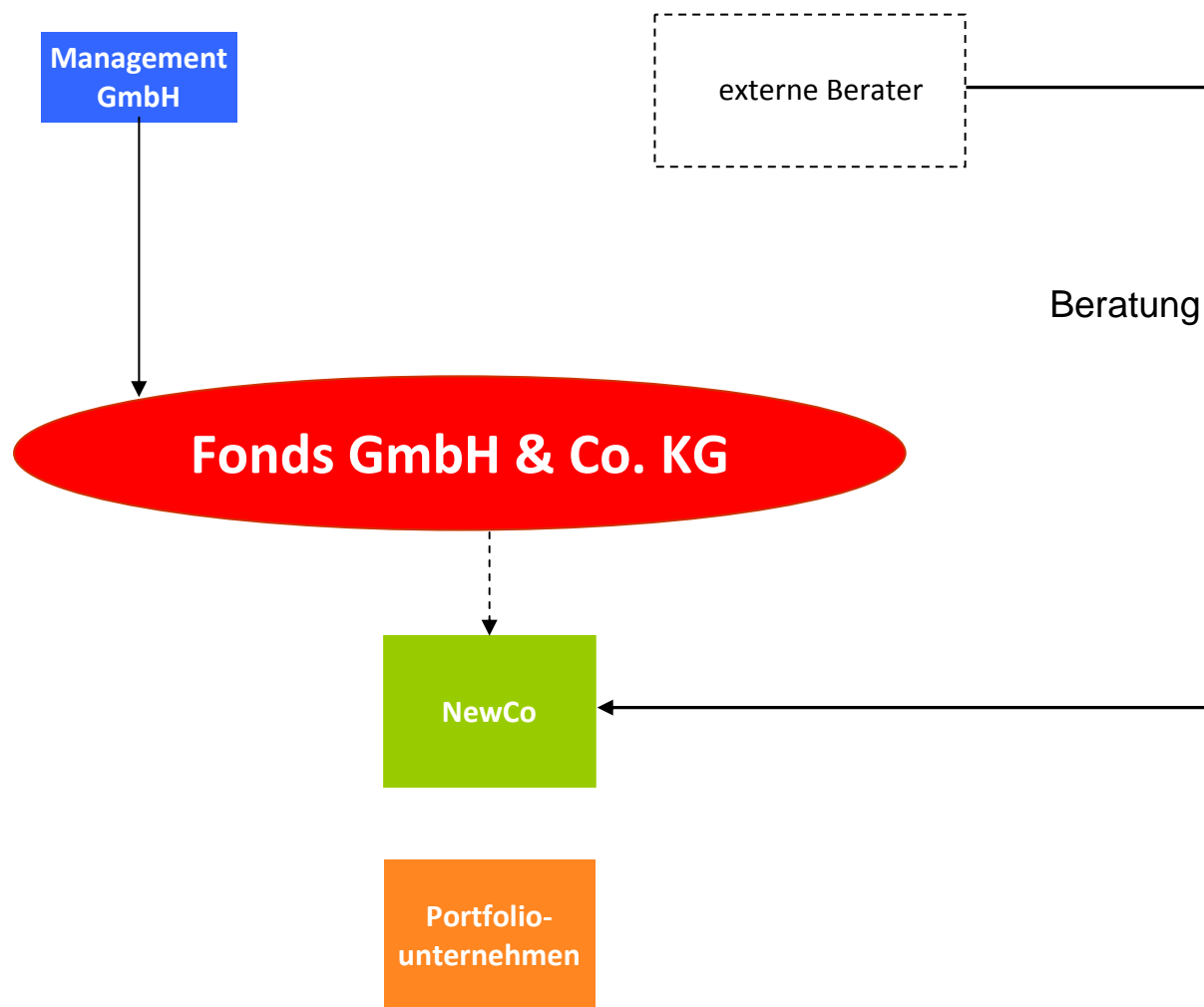
Vorsteuerabzug

- **Lösung 3: Handeln im Namen der künftigen NewCo**
 - **BFH folgt der zivilrechtlichen Argumentation für USt**
 - *Der Vorsteuerabzug scheitert nicht daran, dass der Vertrag vor Errichtung des späteren Leistungsempfängers geschlossen wird; der Vertrag ist zwar entsprechend § 177 Abs. 1 BGB zunächst schwebend unwirksam, weil die Partei, in deren Namen gehandelt wurde, noch nicht existiert. Der Vertrag kann aber dadurch rückwirkend wirksam werden, dass die errichtete Gesellschaft ihn genehmigt. Umsatzsteuerrechtlich wird dann die errichtete Partei Leistungsempfängerin der bezogenen Leistungen.*
 - BFH vom 17. Januar 2002 – V R 64/01, BFH/NV 2002, 1181

Vorsteuerabzug

- **Lösung 3: Handeln im Namen der künftigen NewCo**
 - Argumentation ist (nur) tragfähig, wenn **nach außen erkennbar**
 - „*im fremden Namen*“, d.h. für die noch zu errichtende Partei gehandelt wird (vgl. § 164 Abs. 1, Abs. 2 BGB „*Offenkundigkeitsprinzip*“)
 - Für den Vertragspartner (Beratungsdienstleister) muss erkennbar sein, dass sein Vertragspartner nicht die handelnde Management GmbH, sondern die künftige NewCo wird
 - Bloße Beauftragung mit Projektbezeichnung nicht ausreichend

Lösung 4: NewCo selbst erteilt Beratungsaufträge



Vorsteuerabzug

- **Lösung 4, zur Diskussion: unmittelbare Beauftragung durch NewCo**
 - **NewCo** wird als Vorratsgesellschaft **in der ersten Phase** einer **potenziellen Transaktion erworben/gegründet (100 %-Tochter der Fonds-Gesellschaft)**
 - **NewCo** ist **Unternehmerin**, da **Ausgangsumsätze beabsichtigt**
 - **Geschäftsführer der Management GmbH** werden auch **Geschäftsführer der NewCo**, **zeitlich begrenzt** auf die Phase **vor** Erwerb des Targets
(keine Gefährdung des vermögensverwaltenden Charakters, PE-Erlass)
 - **NewCo** erteilt **Beratungsaufträge** im eigenen Namen
 - NewCo wird durch Fonds-Gesellschaft mit **Eigenkapital** ausgestattet

Vorsteuerabzug

- **Lösung 4: broken deal**

- Erfolgreicher Unternehmer ohne eigene Ausgangsumsätze **bleibt** zum **Vorsteuerabzug berechtigt**
 - Unternehmerische Tätigkeit **beginnt** bereits mit den **ersten Investitionsausgaben**
 - Unternehmereigenschaft entfällt nicht rückwirkend, wenn das Unternehmen noch vor einer nachhaltigen Leistungstätigkeit wieder beendet wird
 - Erforderlich ist die **ernsthafte Absicht, steuerpflichtige Ausgangsumsätze zu erbringen**, EuGH vom 8. Juni 2000 – Rs. C 298/98 Schloßstraße, UR 2000, 336, BFH vom 22.2.2001 – V R 77/96, BStBl. II 2001, 426, Abschnitt 19 Abs. 4 UStR 2008

Vorsteuerabzug

- **Lösung 4: broken deal**
 - Problem: **Anlaufverluste in NewCo**
 - NewCo kann auf Grund fehlender Akzeptanz (Bankenfinanzierung, Management-Beteiligung) für künftige Akquisitionen nicht eingesetzt werden
 - Verlustübernahme durch Management GmbH (Verlustausgleich möglich mit Gewinnen, Management-Fee)
 - Liquidation/Veräußerung der NewCo
 - „frische“ NewCo für neue Transaktion

Fazit

- **Sicherstellung des Vorsteuerabzugs**
 - **Management GmbH erteilt Beratungsaufträge im Namen der künftigen Akquisitionsgesellschaft (NewCo)**
 - **NewCo wird bereits zu Beginn der Transaktion gegründet und erteilt selbst Beratungsaufträge**
- **„Abwehrberatung“ (steuerliche Betriebsprüfung)**
 - **Leistungsbesorgung: Doppelumsatz**
 - **Eintritt in die Vertrags- und Leistungsbeziehung durch (konkludente/mündliche) Vereinbarung**

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Christoph Oenings

Rechtsanwalt Steuerberater
Diplom-Finanzwirt (FH)



ALPERS & STENGER

Colonnaden 5 | 20354 Hamburg
Telefon: +49 (0)40 35 53 36 - 0
Telefax: +49 (0)40 35 53 36 - 63
www.alpers-stenger.de

Die vorstehenden Ausführungen erfolgen rein informationshalber und können eine eingehende steuerliche Beratung im Einzelfall nicht ersetzen.