

5. Hamburger Fondsgespräch

Der gewerbliche Fonds als Strukturierungsalternative

Hamburg, 7. November 2012

Dr. Helder Schnittker, LL.M.

■ **Veränderung der steuerlichen Rahmenbedingungen**

■ Struktur des gewerblichen PE-Fonds

■ Steuerliche Konsequenzen

■ Fazit: Vor- und Nachteile der gewerblichen Fondsstruktur

Veränderung steuerlicher Rahmenbedingungen und Reaktionsmöglichkeiten

Veränderung der steuerlichen Rahmenbedingungen

- Einführung der Abgeltungsteuer auf Dividenden und Veräußerungsgewinne von (nicht wesentlichen) Anteile an PE-Fonds im steuerlichen Privatvermögen (durch UntStRefG 2008).
- Umsatzsteuer auf Management-Fee und Konzeptions-Fee (durch BMF-Schreiben vom 31.5.2007).
- Rechtsprechung zweifelt an PE-Erlass und der Einordnung typischer PE-Fonds als vermögensverwaltend (BFH, Urt. v. 24.8.2011).
- Gesetzesinitiative einiger Bundesländer zur Abschaffung der begünstigten Carry-Besteuerung (§ 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG).

Reaktionsmöglichkeit

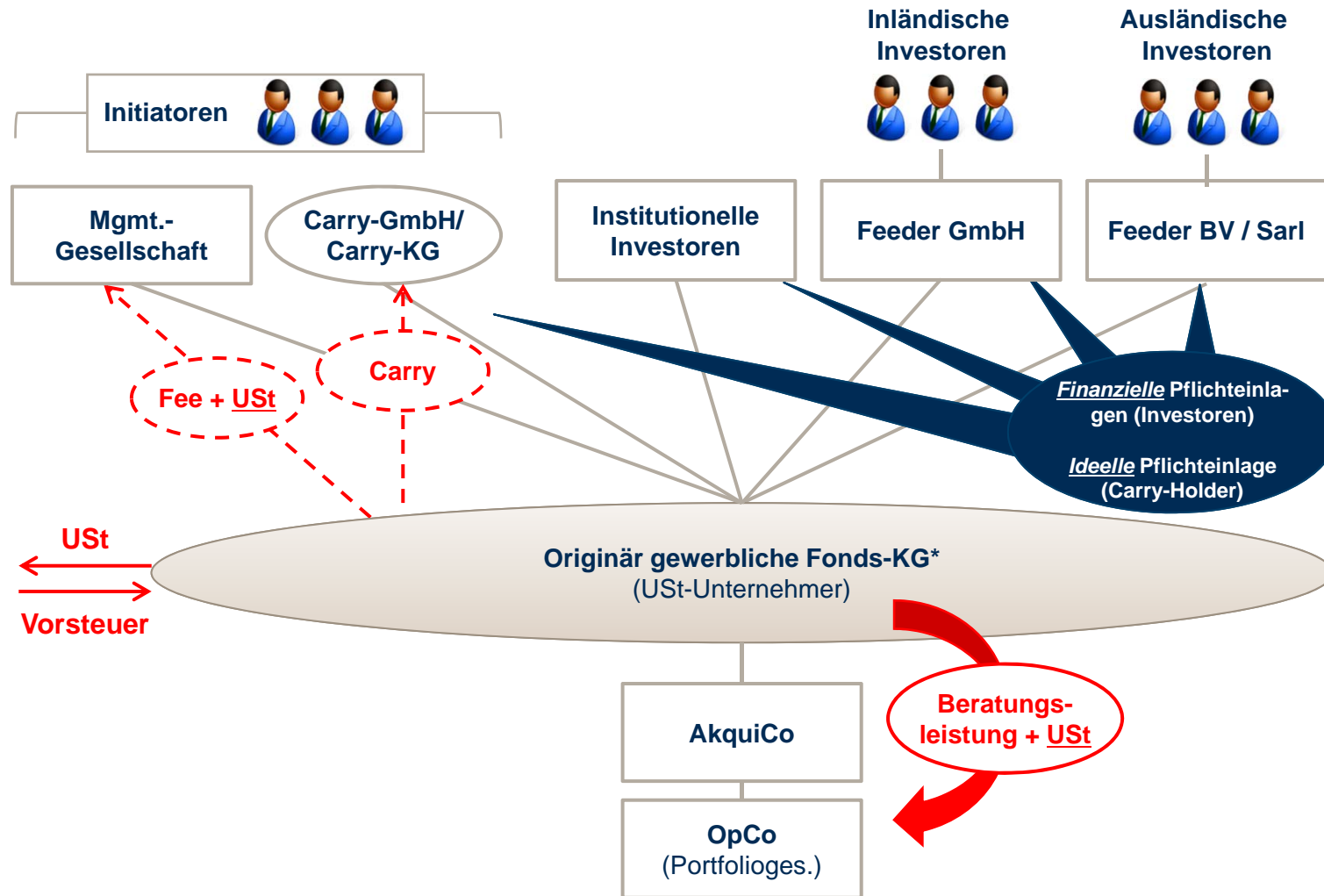
- Steuerfreie Einkünfte gibt es nicht mehr! „Mund abwischen und weitermachen!“
- PE-Fonds zum umsatzsteuerlichen Unternehmer machen und Leistungskette begründen!
-> **Gewerblicher PE-Fonds**
- PE-Fonds bewusst gewerblich ausgestalten!
-> **Gewerblicher PE-Fonds**
- Genaue Gesetzesformulierung abwarten!
-> **Gewerblicher PE-Fonds mit kapitaldisproportionaler Gewinnverteilung oder**
-> **Gewerblicher PE-Fonds mit kapitalproportionaler Gewinnverteilung und Darlehensfinanzierung**

- Veränderung der steuerlichen Rahmenbedingungen
- **Struktur des gewerblichen PE-Fonds**
- Steuerliche Konsequenzen
- Fazit: Vor- und Nachteile der gewerblichen Fondsstruktur

Gewerblicher PE-Fonds – Strukturelle Besonderheiten

- Fonds-KG wird nicht "entprägt" und erbringt i.Ü. Beratungsleistungen (o.ä.) gegenüber den Portfoliounternehmen.
- Initiatoren beteiligen sich über persönliche Holding-GmbHs oder einheitliche Carry-GmbH an der Fonds-KG und verpflichten sich (ggü. der Fonds-KG), "ideelle Pflichteinlagen" zu erbringen.
- Investoren beteiligen sich – idealerweise – wiederum über Kapitalgesellschaften an der Fonds-KG und erbringen "finanzielle Pflichteinlagen".
- Carry wird als "disproportionaler" Gewinnanteil zugunsten der Carry-Berechtigten ausgestaltet.
- Aufnahme einer Ausgleichsklausel für einseitige Verursachung von Gewerbesteuer.

Gewerblicher PE-Fonds - Zielstruktur



* Komplementärin aus Vereinfachungsgründen nicht abgebildet

- Veränderung der steuerlichen Rahmenbedingungen

- Struktur des gewerblichen PE-Fonds

- **Steuerliche Konsequenzen des gewerblichen PE-Fonds**

- **Überblick**

- Steuerliche Konsequenzen für Fonds-KG

- Steuerliche Konsequenzen für Initiatoren

- Steuerliche Konsequenzen für Investoren

- Fazit: Vor- und Nachteile der gewerblichen Fondsstruktur

Steuerliche Konsequenzen – Überblick

- **Fonds-KG** erhält als Unternehmerin (Funktionsholding) den vollen Vorsteuerabzug für Umsatzsteuer auf die Management-Fee.
- **Initiatoren** stehen steuerlich nicht schlechter (u.U. sogar besser!) als in der „klassischen“ vermögensverwaltenden Fondsstruktur, weil „disproportionaler“ Gewinnanteil (Carry) dem Teileinkünfteverfahren (bei natürlichen Personen) bzw. der günstigen § 8b KStG-Besteuerung (bei juristischen Personen) unterliegt.
- **Investoren** stehen i.d.R. steuerlich nicht schlechter als in der "klassischen" vermögensverwaltenden Fondsstruktur.

- Veränderung der steuerlichen Rahmenbedingungen

- Struktur des gewerblichen PE-Fonds

- **Steuerliche Konsequenzen des gewerblichen PE-Fonds**

- Überblick

- **Steuerliche Konsequenzen für Fonds-KG**

- **Gewerbesteuer**

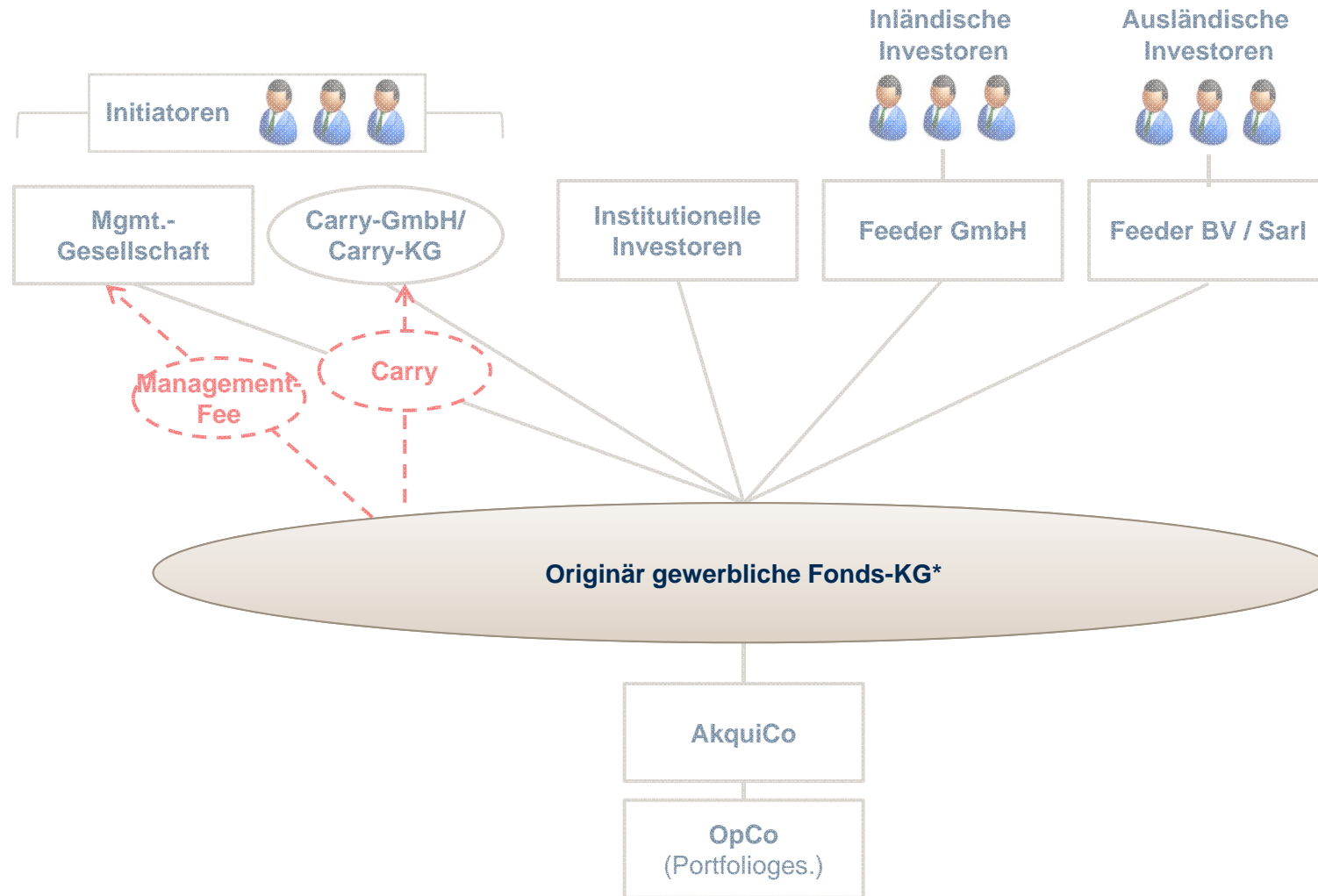
- Umsatzsteuer

- Steuerliche Konsequenzen für Initiatoren

- Steuerliche Konsequenzen für Investoren

- Fazit: Vor- und Nachteile der gewerblichen Fondsstruktur

Gewerbesteuerliche Konsequenzen für Fonds-KG



* Komplementärin aus Vereinfachungsgründen nicht abgebildet

Gewerbsteuerliche Konsequenzen für Fonds-KG (1/3) – bei Beteiligung natürlicher Personen

- Die Fonds-KG ist selbst GewSt-Subjekt. Soweit sie ausschließlich Dividenden und Veräußerungsgewinne erzielt, ergeben sich hieraus jedoch keine nennenswerten steuerlichen Nachteile.
- Soweit an der Fonds-KG natürliche Personen beteiligt sind, kommt in Bezug auf Veräußerungsgewinne das sog. **Teileinkünfteverfahren** zum Tragen, das auch auf die **Ermittlung des Gewerbeertrages** auf Ebene der Fonds-KG "**durchschlägt**„ (§ 7 S. 4 GewStG). Lediglich 60% der Veräußerungsgewinne unterliegen danach bei der Fonds-KG der GewSt.
- Die Investoren können diese GewSt allerdings im Rahmen ihrer persönlichen ESt-Veranlagung auf die Einkommensteuer anrechnen (§ 35 EStG – diese Anrechnungsmöglichkeit gilt sowohl für in- als auch ausländische Investoren). Zu einer vollständigen Kompensation führt diese Anrechnungsmöglichkeit allerdings grds. nur, wenn die Fonds-KG in einer Gemeinde mit einem GewSt-Hebesatz von nicht mehr als 380 % ansässig ist.

Gewerbsteuerliche Konsequenzen für Fonds-KG (2/3) – bei Beteiligung von Körperschaften

- Sind an der Fonds-KG Körperschaften (also insbesondere KapGes. wie GmbH, AG, Sarl, BV, etc.) beteiligt, unterliegen die auf sie entfallenden Veräußerungsgewinne auf Ebene der Fonds-KG lediglich zu 5 % (als sog. nichtabziehbare BA) der GewSt, da insoweit die Steuerfreiheit (§ 8b Abs. 2, 3 KStG) durchschlägt.
- Die GewSt auf 5 % der Veräußerungsgewinne stellt für inländische Körperschaften grds. (im Vergleich zur vermögensverwaltenden Fondsstruktur) keine zusätzliche steuerliche Belastung dar, da bei einer Beteiligung inländischer Körperschaften an einer vermögensverwaltenden Fonds-KG die GewSt bei diesen selbst angefallen wäre. Bei Beteiligung an einer gewerblichen Fonds-KG kommt es nämlich auf Ebene eines körperschaftlich verfassten Investors zu einer sog. gewerbsteuerlichen Kürzung gem. § 9 Nr. 2 GewStG. Die GewSt fällt also in keinem Fall "doppelt" an.
- Für ausländische Körperschaften ist dies zwar anders – die zusätzliche steuerliche Belastung bei Beteiligung an einem gewerblichen Fonds fällt aber sehr gering aus: rd. 1,5%.

Gewerbsteuerliche Konsequenzen für Fonds-KG (3/3) – Unwucht bei Beteiligung von natürl. Pers. + Körperschaften

- Zu einer gewissen – durch Gestaltung vermeidbaren – **gewerbsteuerlichen "Unwucht"** zum Nachteil der an einer gewerblichen Fonds-KG beteiligten natürlichen Person kann es dann kommen, wenn an der Fonds-KG sowohl natürliche Personen als auch Körperschaften beteiligt sind.
- Das liegt daran, dass die GewSt-Anrechnung (§ 35 EStG) bei beteiligten natürlichen Personen auf den **gewerbsteuerlichen Messbetrag** abstellt, der bei Beteiligung von Körperschaften wegen des Durchschlagens von § 8b KStG auf die GewSt entsprechend niedrig ausfällt.
- Zu vermeiden ist diese „Unwucht“ am einfachsten dadurch, dass sich bei einem Fonds mit gemischtem Investorenkreis, alle natürlichen Personen über einen körperschaftlichen Feeder beteiligen.

- Veränderung der steuerlichen Rahmenbedingungen

- Struktur des gewerblichen PE-Fonds

- **Steuerliche Konsequenzen des gewerblichen PE-Fonds**

- Überblick

- **Steuerliche Konsequenzen für Fonds-KG**

- Gewerbesteuer

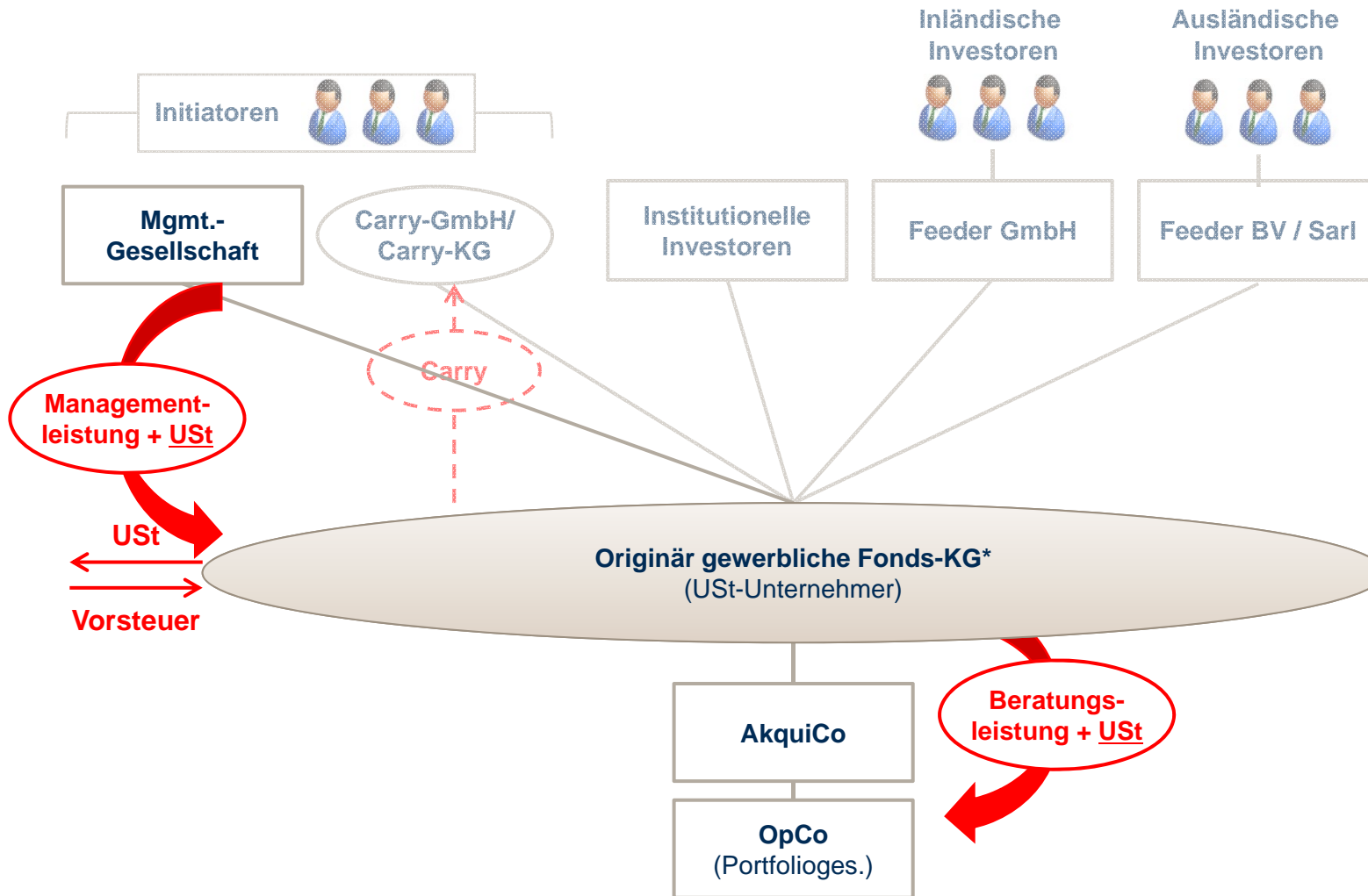
- **Umsatzsteuer**

- Steuerliche Konsequenzen für Initiatoren

- Steuerliche Konsequenzen für Investoren

- Fazit: Vor- und Nachteile der gewerblichen Fondsstruktur

Umsatzsteuerliche Konsequenzen für Fonds-KG



* Komplementärin aus Vereinfachungsgründen nicht abgebildet

Umsatzsteuerliche Konsequenzen für Fonds-KG – Management-Fee (1/2)

- Ohne die engen Restriktionen des PE-Erlasses 2003 (dort insbes. Tz. 16) können die an der gewerblichen Fondsstruktur beteiligten Gesellschaften (insbes. die Managementgesellschaft und die Fonds-KG selbst) sowie die Leistungsbeziehungen dieser Gesellschaften untereinander so ausgestaltet werden, dass sie jeweils als "Unternehmer" im Sinne des Umsatzsteuerrechts qualifizieren. Diese Gestaltungsmöglichkeit besteht bei *vermögensverwaltenden* Fondsstrukturen grundsätzlich nicht.
- Die Fonds-KG kann z.B. dadurch, dass sie aktiv in das laufende Tagesgeschäft der Portfoliogesellschaften eingreift, umsatzsteuerliche Leistungen erbringen, wenn sie im Rahmen eines Leistungsaustauschs, d.h. gegen ein Entgelt erbracht werden, das die erwartete und erwartbare Gegenleistung für die eigene Leistung darstellt.
- Prüfung des Gehalts der tatsächlichen Geschäftsbeziehung zu den Portfoliogesellschaften: Welche vergütungswürdigen Leistungen werden tatsächlich erbracht oder könnten erbracht werden?

Umsatzsteuerliche Konsequenzen für Fonds-KG – Management-Fee (2/2)

- Tatsache, dass sich das Einkommen der Fonds-KG im Falle des angestrebten wirtschaftlichen Erfolges zum ganz überwiegenden Teil aus Veräußerungsgewinnen und nicht aus der Vergütung für erbrachte Leistungen zusammensetzt, ändert an der Abziehbarkeit der Vorsteuer dann nichts, wenn die Fonds-KG neben dem sog. unternehmerischen Bereich keinen nicht-unternehmerischen Bereich unterhält. Die Beteiligungen an den Portfoliogesellschaften sind – soweit an diese umsatzsteuerbare Dienstleistungen erbracht werden – dem unternehmerischen Bereich zuzuordnen (hierzu BFH-Urteil v. 9.2.2012). § 15 Abs. 4 UStG steht diesem Ergebnis damit nicht entgegen!
- Das "Ärgernis" der USt-Belastung auf die Management-Fee kann dadurch (wirtschaftlich) behoben werden.
- Für gewerbliche Fondsstrukturen konnte zwischenzeitlich verbindlich geklärt werden, dass die Möglichkeit des Vorsteuerabzugs auf Ebene der Fonds-KG bei einer "umsatzsteuerlichen Leistungskette" gegeben ist.

- Veränderung der steuerlichen Rahmenbedingungen

- Struktur des gewerblichen PE-Fonds

- **Steuerliche Konsequenzen des gewerblichen PE-Fonds**

- Überblick

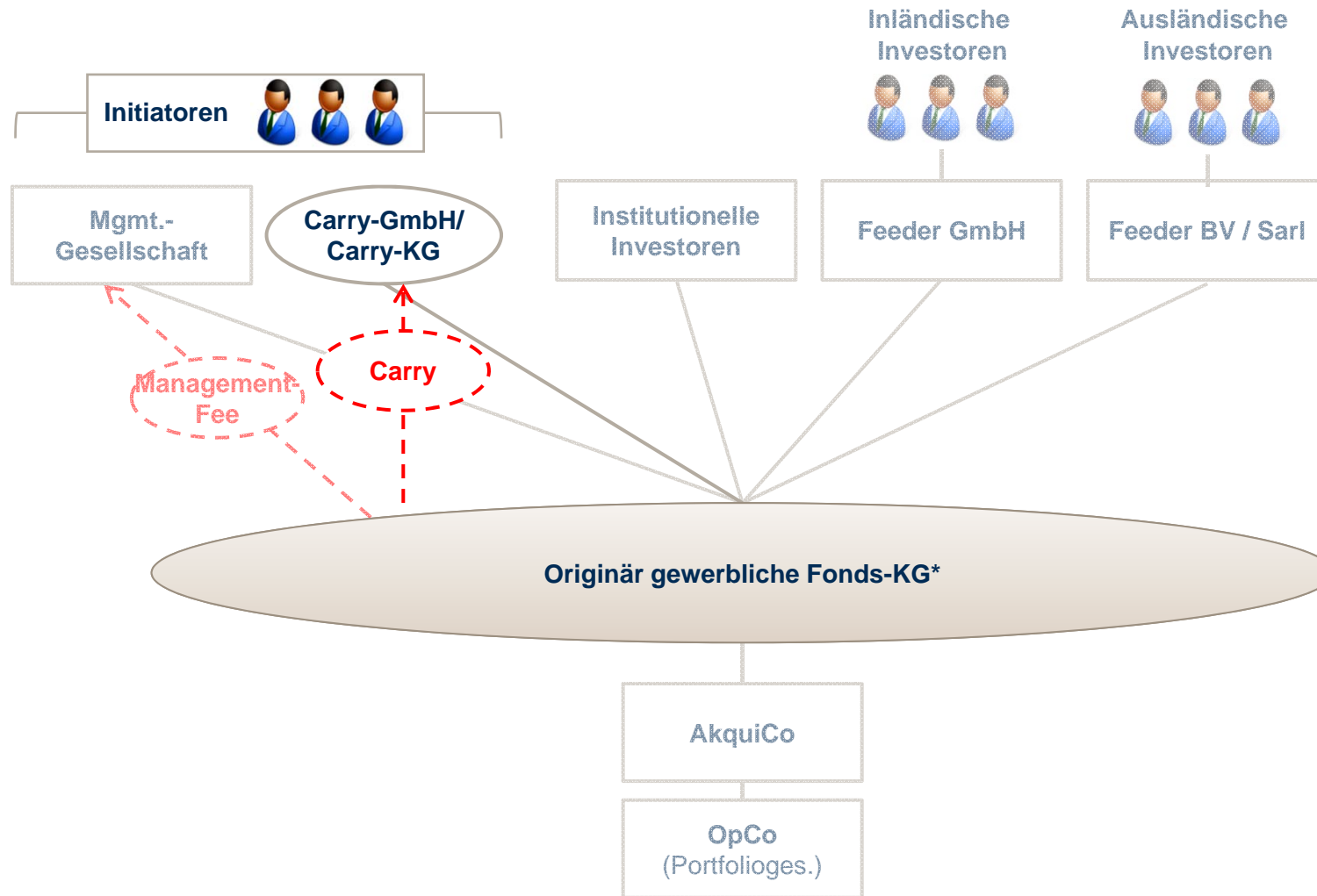
- Steuerliche Konsequenzen für Fonds-KG

- **Steuerliche Konsequenzen für Initiatoren**

- Steuerliche Konsequenzen für Investoren

- Fazit: Vor- und Nachteile der gewerblichen Fondsstruktur

Steuerliche Konsequenzen für Initiatoren



* Komplementärin aus Vereinfachungsgründen nicht abgebildet

Steuerliche Konsequenzen für Initiatoren (1/2)

- Bei *vermögensverwaltenden* Fondsstrukturen wurde bisher eine steuerliche Begünstigung des "Carry" über die Anwendung der Sondervorschrift des **§ 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG** erreicht. Da diese Vorschrift ausdrücklich nur für *vermögensverwaltende* Fondsstrukturen gilt, sind an ihrer Anwendbarkeit auf typische PE-Fonds infolge der aktuellen BFH-Rechtsprechung (BFH-Entscheidung vom 24.08.2011) Zweifel aufgekommen.
- Nach aktuellen Vorschlägen einiger Bundesländer soll diese besondere „Begünstigungsvorschrift“ ggf. sogar ganz gestrichen werden.

Steuerliche Konsequenzen für Initiatoren (2/2)

- Für gewerbliche PersGesten gilt, dass eine disproportionale Gewinnverteilung steuerlich anerkannt wird, falls hierfür die Verhältnisse der Mitunternehmer bzgl. der Mitunternehmerschaft und ihrer Beiträge zum Gesellschaftszweck und nicht ausnahmsweise außerbetriebliche Gründe – wie etwa Verwandtschaft oder wirtschaftliche Beziehungen außerhalb der Gesellschaft – ausschlaggebend sind (BFH v. 29.05.2001, VIII R 10/00, BStBl. II 2001, 747; OFD Frankfurt, Verfügung vom 25.06.2009, S 2241 A – 9 – St 213).
- PE-Erlass steht dem nach der Berichtigungsanzeige in BStBl. I 2006, 632 nicht (mehr) entgegen!
- Für gewerbliche Fondsstrukturen konnte zwischenzeitlich verbindlich geklärt werden, dass die "**disproportionale**" **Gewinnverteilung** zugunsten der Initiatoren einer gewerblichen Fonds-KG **grundsätzlich anzuerkennen** ist und (bei Beteiligung der Initiatoren über Holding-GmbHs) der besonders günstigen Besteuerung gem. § 8b KStG unterliegt. Lediglich 5% des disproportionalen Gewinnanteils (soweit er auf Veräußerungsgewinne oder Dividenden entfällt) unterliegen demnach der Besteuerung (mit Körperschaftsteuer; es folgt dann noch die Ausschüttungsbesteuerung).

- Veränderung der steuerlichen Rahmenbedingungen

- Struktur des gewerblichen PE-Fonds

- **Steuerliche Konsequenzen des gewerblichen PE-Fonds**

- Überblick

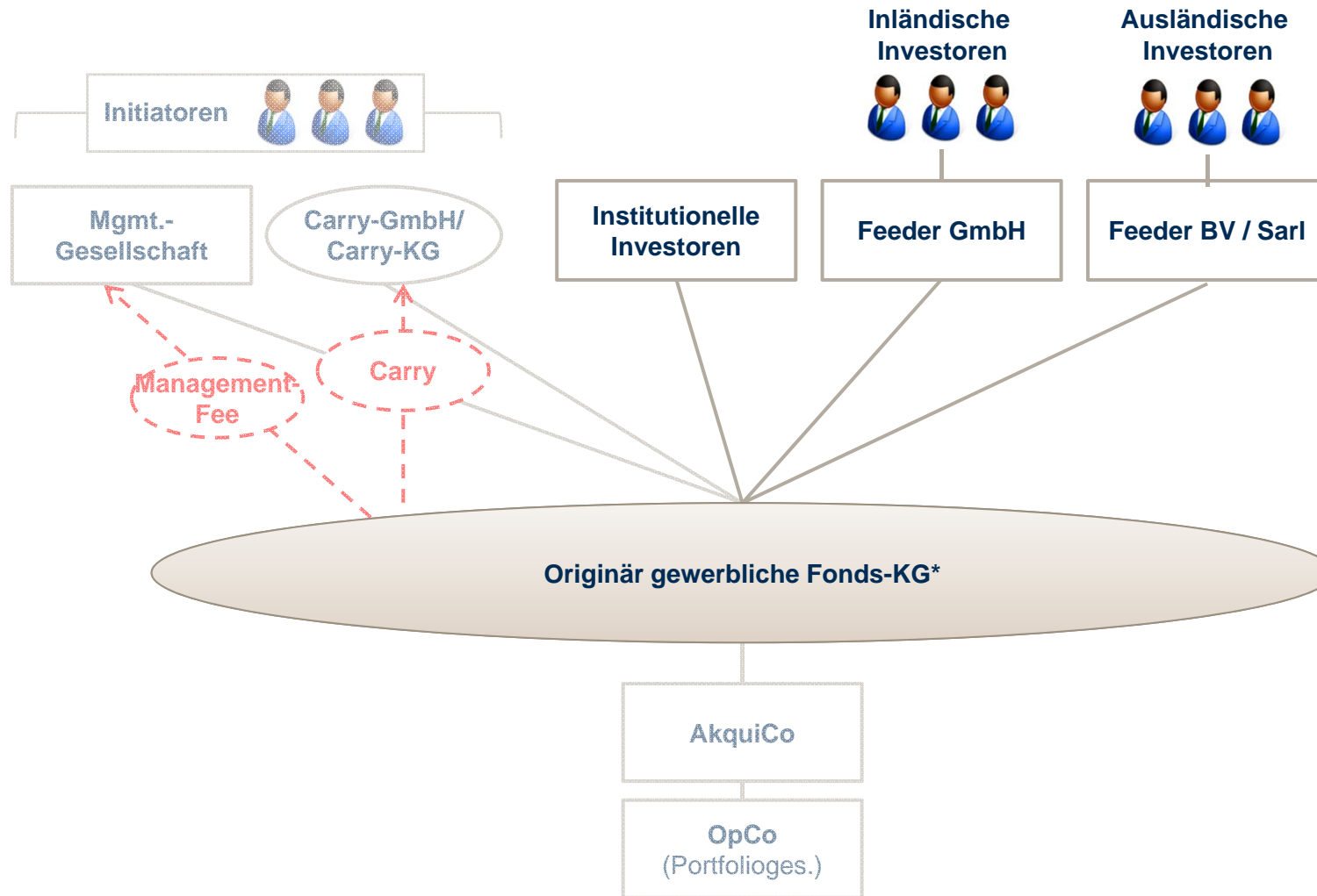
- Steuerliche Konsequenzen für Fonds-KG

- Steuerliche Konsequenzen für Initiatoren

- **Steuerliche Konsequenzen für Investoren**

- Fazit: Vor- und Nachteile der gewerblichen Fondsstruktur

Steuerliche Konsequenzen für Investoren



* Komplementärin aus Vereinfachungsgründen nicht abgebildet

Steuerliche Konsequenzen für inländische Investoren (1/2) – natürliche Personen

- Bei im Inland ansässigen natürlichen Personen, die sich unmittelbar (oder über weitere Personengesellschaften) an einer gewerblichen Fonds-KG beteiligen, unterliegen die auf sie entfallenden Anteile an Veräußerungsgewinnen und Dividenden in Deutschland lediglich zu 60% der Besteuerung, da für sie das sog. **Teileinkünfteverfahren** gilt. Die Investoren können die auf ihren Gewinnanteil auf Ebene der Fonds-KG angefallene **GewSt** auf ihre persönliche ESt **anrechnen** (§ 35 EStG).

Steuerliche Konsequenzen für inländische Investoren (2/2) – Körperschaften

- Im Inland ansässige Körperschaften, die sich an einer gewerblichen Fonds-KG beteiligen, unterliegen mit ihrem Gewinnanteil aus der Fonds-KG grundsätzlich der KSt.
- Die für sie geltende Steuerfreiheit von Veräußerungsgewinnen und Dividenden reduziert die Bemessungsgrundlage für die KSt allerdings auf 5% der anteiligen Veräußerungsgewinne (bzw. Dividenden), so dass die KSt-Belastung im Ergebnis hier bei nur rd. 0,75% liegt.
- GewSt fällt auf Ebene des körperschaftlichen Investors auf die anteiligen Veräußerungsgewinne (bzw. Dividenden) nicht an, da insoweit eine gewerbsteuerliche Kürzung nach § 9 Nr. 2 GewStG greift.

Steuerliche Konsequenzen für ausländische Investoren (1/2) – natürliche Personen

- Sofern sich im Ausland ansässige natürliche Personen unmittelbar (oder über eine aus deutscher Sicht transparente Personengesellschaft) an einer inländischen gewerblichen Fonds-KG beteiligen, sind sie selbst in Deutschland **beschränkt ESt-pflichtig** (§ 49 Abs. 1 Nr. 2 EStG) und haben eine **eigene ESt-Erklärung** einzureichen. Sie unterliegen mit ihren Fonds-Einkünften dem **Teileinkünfteverfahren**, d.h. 40% bleiben steuerfrei.
 - Auch ausländische Investoren können die auf ihren Gewinnanteil auf Ebene der Fonds-KG angefallene **GewSt** auf ihre persönliche Einkommensteuer (im Rahmen der beschränkten Steuerpflicht) **anrechnen** (§ 35 EStG).
 - Im Wohnsitzstaat entsprechender Investoren sind diese Einkünfte dann aber zum Ausgleich entweder gänzlich steuerfrei gestellt (**Freistellungsgrundsatz**) oder es wird die deutsche Steuer auf die heimische Steuer angerechnet (**Anrechnungsgrundsatz**).
- > Beteiligen sich ausländische Investoren über einen **ausländischen Feeder**, gleichen die Steuerfolgen denen in einem vermögensverwaltenden Fonds.

Steuerliche Konsequenzen für ausländische Investoren (2/2) – Körperschaften (inkl. Feeder)

- Beteiligen sich im Ausland ansässige Körperschaften an einer deutschen gewerblichen Fonds-KG, sind auch diese hier **beschränkt körperschaftsteuerpflichtig** und haben **eigene Körperschaftsteuererklärungen** einzureichen.
- Auch für sie gilt allerdings die **Steuerfreiheit von Veräußerungsgewinnen** und Dividenden, so dass die auf sie entfallenden Veräußerungsgewinne und Dividenden lediglich in Höhe von 5% der Besteuerung unterliegen. Das führt wiederum im Ergebnis zu einer **Steuerbelastung von nur rd. 1,5%**.
- In ihrem Ansässigkeitsstaat können die Investoren die deutsche Steuer (1,5%) je nach Ausgestaltung des DBA anrechnen bzw. freistellen lassen.
- Ausländischer Strukturierungsaufwand!

Steuerliche Konsequenzen für steuerbefreite institutionelle Investoren

- Zu den steuerbefreiten institutionellen Investoren von PE-Fonds gehören:
 - Pensions-, Sterbe- und Krankenkassen sowie Unterstützungskassen (§ 5 Abs. 1 Nr. 3 KStG)
 - berufsständische Versorgungseinrichtungen (§ 5 Abs. 1 Nr. 8 KStG)
- Bei Beteiligung (der in § 5 Abs. 1 Nr. 3 KStG genannten) steuerbefreiten institutionellen Investoren (z.B. einer Unterstützungskasse) an einem gewerblichen PE-Fonds droht der Verlust der KSt-Freiheit gem. § 5 Abs. 1 Nr. 3 KStG i.V.m. § 3 Nr. 9 GewStG (**gewerbliche Infektion**), weil sie ihr Vermögen oder ihre Einkünfte dann nicht mehr ausschließlich und unmittelbar einem satzungsmäßigen Zweck zuführt (Vermögensbindung). Dies lässt sich vermeiden, indem das Investment über eine Blocker-Kapitalgesellschaft getätigt wird!
- Steuerbefreiten institutionellen Investoren nach § 5 Abs. 1 Nr. 8 KStG droht eine solche gewerbliche Infektion zwar grds. nicht, gleichwohl investieren auch sie regelmäßig über vorgeschaltete Blocker-Kapitalgesellschaften.

- Veränderung der steuerlichen Rahmenbedingungen

- Struktur des gewerblichen PE-Fonds

- Steuerliche Konsequenzen

- **Fazit: Vor- und Nachteile der gewerblichen Fondsstruktur**

Vor- und Nachteile der gewerblichen Fondsstruktur

Vorteile der gewerblichen Fondsstruktur

- Initiatoren/Fondsmanager unterliegen nicht den engen Kriterien des PE-Erlasses 2003 und können dadurch insbesondere stärker auf das Tagesgeschäft der Portfoliogesellschaften Einfluss nehmen.
- Anwendung des Teileinkünfteverfahrens auf Carry-Einkünfte unabhängig vom „Schicksal“ des § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG.
- Risiko der Realisierung stiller Reserven durch erzwungenen Wechsel von Vermögensverwaltung in Gewerblichkeit entfällt.
- Definitiv-Belastung der USt auf Management-Fee lässt sich durch Einrichten einer umsatzsteuerlichen "Leistungskette" abstellen.

Nachteile der gewerblichen Fondsstruktur

- Gewerbliche Fondsstrukturen sind noch nicht weit verbreitet und deshalb gegenüber Investoren ggf. erklärungsbedürftig (auch wenn sich bei Beteiligung über körperschaftsteuerliche Feeder grundsätzlich keine steuerlichen Nachteile ergeben dürften).
- Ausländische Investoren würden beschränkt steuer- und erklärungsspflichtig in Deutschland (was sich aber durch eine Feeder-Struktur abfedern lässt). Eine Mehrbelastung wird i.d.R. dadurch vermieden, dass sie in ihrem Ansässigkeitsstaat die deutsche Steuer je nach Ausgestaltung des DBA auf die heimische Steuer anrechnen oder die Einkünfte gänzlich von einer Besteuerung freistellen lassen können.
- Feeder-Strukturen erzeugen zusätzlichen ausländischen Strukturierungsaufwand.

The End

Kontakt

Dr. Helder Schnittker, LL.M.

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht

helder.schnittker@fgs.de

Bonn

Johanna-Kinkel-Straße 2 - 4
53175 Bonn
Telefon 0228/9594-0
Telefax 0228/9594-100
bonn@fgs.de

Berlin

Friedrichstraße 69
10117 Berlin
Telefon 030/210020-20
Telefax 030/210020-99
berlin@fgs.de

Frankfurt am Main

Platz der Einheit 1
60327 Frankfurt/Main
Telefon 069/71703-0
Telefax 069/71703-100
frankfurt@fgs.de

München

Brienner Straße 29
80333 München
Telefon 089/800016-0
Telefax 089/800016-99
muenchen@fgs.de