

# **P+P Pöllath + Partners**

## **Rechtsanwälte · Steuerberater**

Berlin · Frankfurt · München

# FONDSSTRUKTURIERUNG UNTER NUTZUNG VERMÖGENSVERWALTENDER PERSONENGESELLSCHAFTEN UND AUSLÄNDISCHER INVESTMENT- GESELLSCHAFTEN

**5. Hamburger Fondsgespräch**  
**Mittwoch, 7. November 2012**

Amos Veith, LL.M., P+P Pöllath + Partners

## Inhaltsverzeichnis:

- Vor- und Nachteile gewerblicher Fondsstrukturen
- Grundstruktur einer privat vermögensverwaltenden Fonds-Personengesellschaft
- Abgrenzung private Vermögensverwaltung/steuerlicher Gewerbebetrieb
- BMF-Schreiben zu Private Equity Fonds vom 16.12.2003
- BFH-Urteil vom 24.08.2012 (Az. I R 46/10)
- Fondsstrukturierung unter Nutzung Luxemburger Investmentgesellschaften

## Vorteile

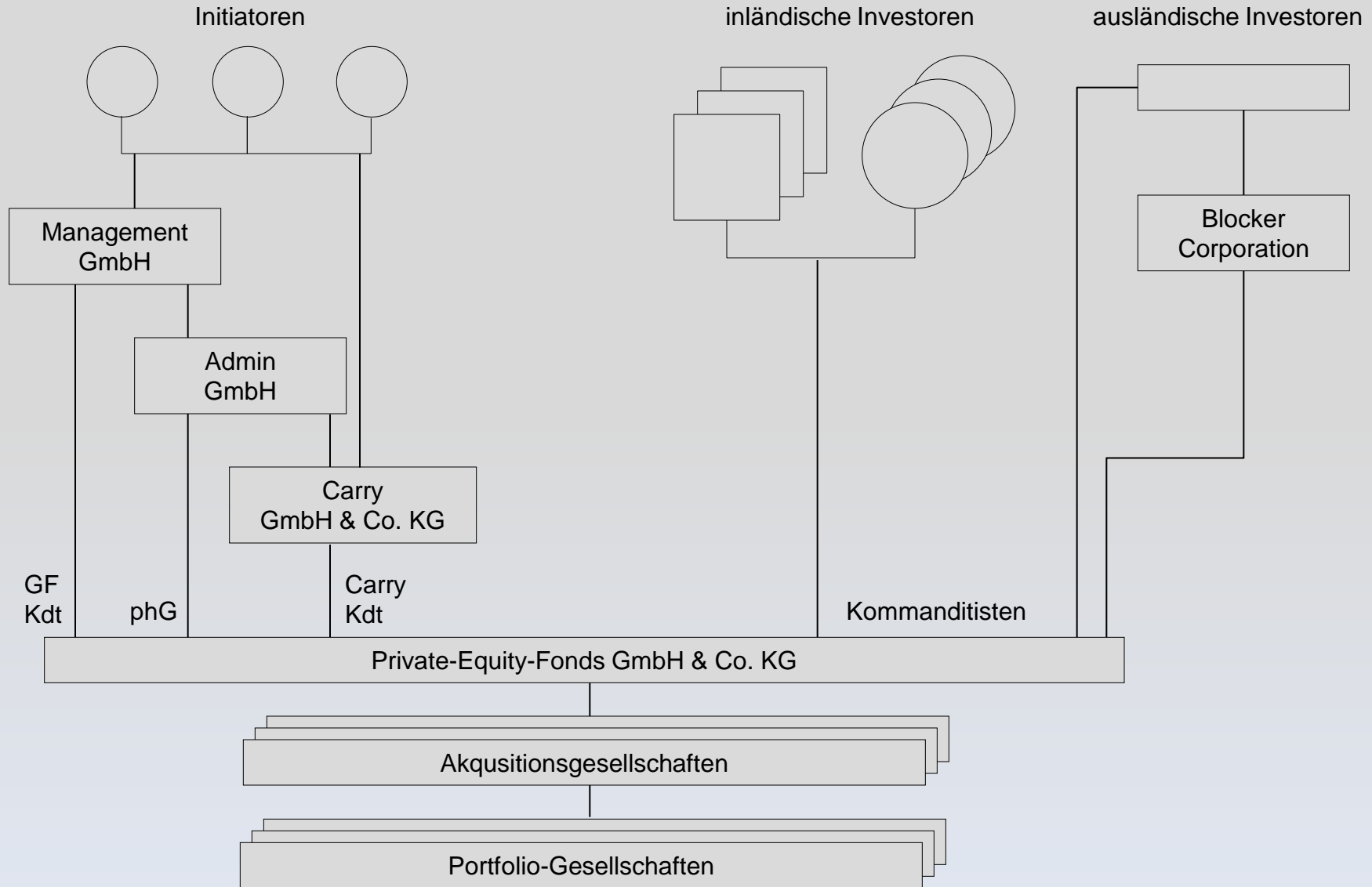
- Befreiung von einschränkenden Kriterien des BMF-Schreibens vom 16.12.2003 („PE-Erlass“)
- Wegfall des Risikos einer späteren Umqualifizierung der Einkünfte in gewerbliche Einkünfte, (aber: pVV-Status durch verbindliche Auskunft abzusichern, in München zuletzt verbindliche Auskunft erteilt: z. T. keine Anzeichen für Paradigmenwechsel der Finanzverwaltung)
- ggf. möglicher Ansatzpunkt zur Lösung des Umsatzsteuerthemas (aber: § 15 Abs. 4 UStG)

## Nachteile

- Gewerbesteuer auf Fondsebene; „steuerliche Verwerfungen“ zwischen Investoren: Problem bei Anwendung von § 35 EStG; aber: Problem wohl über UBG-Status lösbar oder durch Beteiligung nur durch Körperschaften
- Beteiligung natürlicher Personen nur über Kapitalgesellschaft
- Carried Interest ggf. voll steuerpflichtig – aber Versuch, durch verbindliche Auskunft abzusichern, dass keine Umqualifizierung der disproportionalen Gewinnanteile erfolgt
- Beschränkte Steuerpflicht für ausländische Investoren; durch Feeder-Struktur vermeidbar, aber: hoher Strukturierungsaufwand im Ausland

## Nachteile

- Feeder-Struktur ist von Bestand des § 8b KStG abhängig; solange Beteiligung an Portfolio-Unternehmen mind. 10 % aber wohl kein Problem
- Unsicherheit bei der Umsatzsteuer
- „Unüblichkeit“ gewerblicher Strukturen - Änderungen im Gesellschaftsvertrag erforderlich (aber wohl darstellbar)
- bzgl. Carry-Berechnung ist etwaige Gewerbesteuer wohl Definitivbelastung
- Beteiligung von Lebensversicherungen, Krankenversicherungen, Pensionsfonds führt eventuell zu voller Gewerbesteuer auf Fondsebene
- Beteiligung von Steuerbefreiten ist problematisch (wegen Risikos des Verlusts der subjektiven Steuerbefreiung)



## Private Vermögensverwaltung

- Fruchtziehung aus zu erhaltenen Substanzwerten
- Ausnutzung substanzieller Vermögenswerte durch Umschichtung tritt nicht entscheidend in den Vordergrund

## Gewerbebetrieb

- Selbständige nachhaltige Betätigung mit Gewinnerzielungsabsicht
- Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr



- Erläuterungen von Kriterien zur einkommensteuerlichen Behandlung von Venture Capital und Private Equity Fonds
- Abgrenzung der privaten Vermögensverwaltung vom Gewerbebetrieb
- Kriterien: **8 Don'ts**
  - **Kein Einsatz von Bankkrediten/keine Übernahme von Sicherheiten**
  - Keine eigene Organisation
  - Keine Ausnutzung eines Marktes unter Einsatz beruflicher Erfahrung
  - Kein Anbieten gegenüber breiter Öffentlichkeit/Handeln auf eigene Rechnung
  - **Keine kurzfristige Beteiligung**
  - **Keine Re-Investitionen von Veräußerungserlösen**
  - **Kein unternehmerisches Tätigwerden in Portfolio-Gesellschaften**
  - Keine gewerbliche Prägung bzw. gewerbliche „Infektion“

- BFH hat mit Urteil vom 24.08.2011 in nicht entscheidungserheblichen Nebenerwägungen („obiter dictum“) deutlich gemacht, dass er die Kriterien des BMF-Schreibens vom 16.12.2003 nur eingeschränkt für geeignet hält, um eine Abgrenzung Gewerblichkeit/private Vermögensverwaltung bei PE-Fonds vorzunehmen
  - *„Ob diesen eher in Richtung einer Vermögensverwaltung tendierenden Merkmalen angesichts der Vorgaben des § 15 Abs. 2 EStG 1997 uneingeschränkt zu folgen ist, kann dahinstehen.“*
  - *„Dieser Umstand (Vielzahl der erworbenen Beteiligungen) und die durchschnittliche Beteiligungsdauer von vier Jahren verdeutlicht, dass ein Substanzumschlag im Vordergrund der Aktivitäten stand und dass die Fruchtziehung aus dem Beteiligungsbesitz demgegenüber zu vernachlässigen ist. Die Aktivitäten der E-LP entsprachen hiernach eher dem "Bild des Gewerbebetriebs" in der Form des Handels als einer privaten Vermögensverwaltung.“*
  - *„Die E-LP hat die Beteiligungserwerbe zudem fremdfinanziert. Das dadurch indizierte "händlertypische" Verhalten liegt in der mit der Aufnahme von Fremdtiteln verbundenen Ausnutzung des sog. Leverageeffekts, welcher eintritt, wenn der Fonds aufgrund der Kreditaufnahmen einen höheren Betrag in Portfoliogesellschaften investiert, als er ihm aufgrund des Zeichnungskapitals zur Verfügung steht.,“*

- *„Dass die E-LP sich der EV-Ltd. als Managementgesellschaft "bedient" hat, um ihre Aufgaben zu erfüllen, ist für sich genommen unbeachtlich. Maßgebend ist, dass die EV-Ltd. sowohl die sächlichen als auch personellen sowie aufsichtsrechtlichen Voraussetzungen erfüllte, um die in Rede stehenden Geschäfte (sowie die erforderlichen usacentypischen Vorbereitungsmaßnahmen wie beispielsweise das "Screening" und "Monitoring" der ins Auge gefassten Beteiligungsunternehmen) zu tätigen, und dass diese Gegebenheiten von der E-LP ausgenutzt wurden und ihr zuzurechnen waren.“*
- *„Zu berücksichtigen bleibt überdies, dass Private Equity Fonds nach ihrem typischen und auch im Streitfall in Rede stehenden Geschäftsmodell des sog. Management und Leveraged Buy-out in erster Linie darauf abzielen, durch Umschichtung von Vermögenswerten und durch die Verwertung von Vermögenssubstanz ("buy to sell") zugunsten der Anleger möglichst hohe Renditen zu erwirtschaften.“*
- *„Primäres Ziel ist auch deshalb nicht die (vermögensverwaltende) Nutzung von Kapitalanlagen zum Zwecke der Fruchtziehung aus den eingegangenen Engagements und Investments, sondern deren Veräußerung; der Fonds wirkt als "Händler" und tritt nach der Verkehrsauffassung typischerweise "wie" ein solcher und zugleich wie ein Finanzunternehmen nach dem KredWG [...] am Markt auf.“*

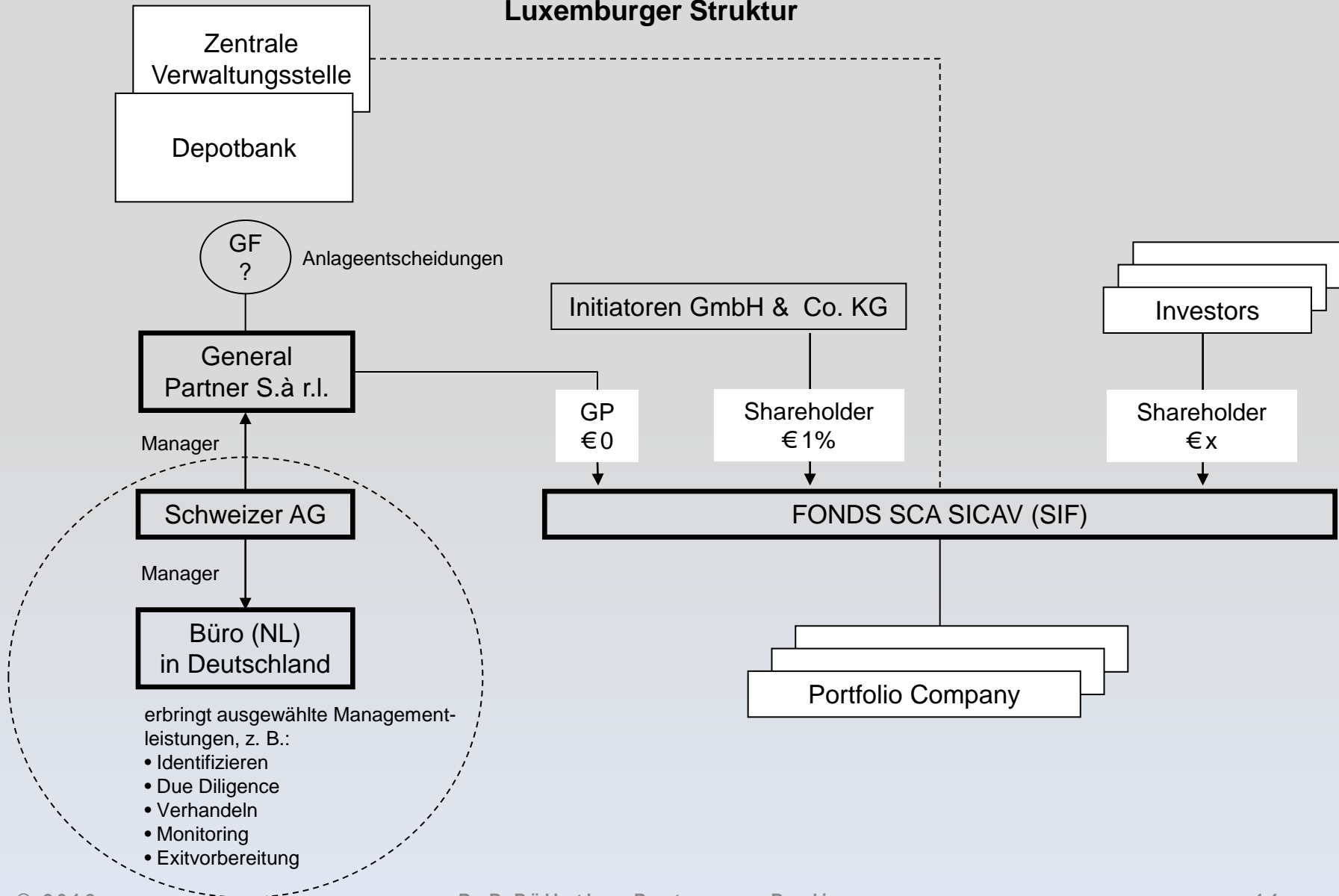
## Folgen des BFH-Urteils

- Finanzverwaltung hat nicht öffentlich reagiert (keine Veröffentlichung im Bundessteuerblatt; kein Nichtanwendungserlass; keine Aktualisierung des BMF-Schreibens)
- „eigentlich“ existiert das Urteil nicht aus Sicht der Finanzverwaltung
- Äußerungen des BMF: derzeit keine Beschäftigung mit dem BFH-Urteil vorgesehen; keine Änderung der bisherigen Praxis der Finanzverwaltung
- aber: im „Streitfall“ steht zu befürchten, dass Finanzgerichte für Gewerblichkeit entscheiden würden
- einige Landesfinanzverwaltungen behalten Praxis bei (neue verbindliche Auskünfte auf private Vermögensverwaltung in Bayern; Bestätigung der Praxis in aktueller Betriebsprüfung in Hessen)
- andere Landesfinanzverwaltungen greifen insbesondere Buyout-Strukturen auf und machen sich Argumentationen des BFH zu eigen
- zahlreiche Berater haben privat vermögensverwaltende Strukturen für „überholt“ erklärt

## Folgen des BFH-Urteils

- **Fazit:**
  - ohne verbindliche Auskunft ist Risiko einer privat vermögensverwaltenden Struktur sicherlich schwer darstellbar (mit verbindlicher Auskunft m. E. aber durchaus)

## Luxemburger Struktur



- Lux. SICAV-SIF in Luxemburg von Besteuerung weitgehend befreit (sowohl bzgl. Ertragsbesteuerung als auch hinsichtlich von Quellensteuern auf Dividenden)
- Inländische Niederlassung (NL) des Managers (CH) begründet allenfalls Betriebsstätte der Luxemburger S.C.A. in Deutschland (wenn es sich hierbei um gewerbliche Tätigkeit handelt) → beschränkte Steuerpflicht in Deutschland → Steuerpflicht der Luxemburger S.C.A. in Deutschland → aber: § 8 b KStG-Befreiungen
- NL des Managers führt jedoch nicht dazu, dass Luxemburger S.C.A. ihre Geschäftsleitung im Inland hat → keine unbeschränkte Steuerpflicht der S.C.A. in Deutschland → keine Verpflichtung zur Abführung von KEST in Deutschland
- Investoren erhalten Gewinne der Luxemburger S.C.A. als Dividendenausschüttungen, die nur im jeweiligen steuerlichen Ansässigkeitsstaat des Investors besteuert werden
- § 27 Abs. 8 KStG-Antrag auf Feststellung des steuerlichen Einlagekontos
- § 18 AStG-Erklärung erforderlich bei passiven Einkünften
- Umsatzsteuer: NL ist selbst kein Unternehmer; Leistungsort der Schweizer AG (einschließlich deutscher NL) ist in Luxemburg; dort steuerbefreit als Fondsmanagementleistungen

- Höhere „Flexibilität“ bei Leistungsumfang in der inländischen NL
- aber: sämtliche Entscheidungen der Geschäftsleitung (insbesondere Anlageentscheidungen) werden in der Schweiz getroffen





## **Amos Veith, LL.M.**

**Tätigkeitsschwerpunkte:** steuerliche und rechtliche Beratung in- und ausländischer institutioneller Investoren und Initiatoren in den Bereichen Private Equity, Mezzanine und Secondaries.

P+P Pöllath + Partners ▪ Berlin

E-Mail: [amos.veith@pplaw.com](mailto:amos.veith@pplaw.com)

Telefon: +49 (30) 25353-124

[www.pplaw.com](http://www.pplaw.com)