

# 9. Hamburger Fondsgespräche

Gewerblichkeit oder Vermögensverwaltung bei PE/VC-Fonds

Flick Gocke Schaumburg  
Hotel Hafen Hamburg, 03. November 2016

## Das Podium

**Impulsreferat:**     **Dr. Helder Schnittker, LL.M.**  
Flick Gocke Schaumburg

**Statements:**       **Dr. Christian Levedag**  
Richter am BFH (8. Senat)

**MRin Ingetraut Meurer**  
Bundesministerium der Finanzen

**Ronald Buge**  
P+P Pöllath+Partners

**Timo Steinbiß, LL.M.**  
Flick Gocke Schaumburg

# Gliederung

## A. Historie

## B. Grundlagen für die Abgrenzung

## C. BFH-Urteil vom 24.8.2011

## D. Bedeutung der Fruchtziehungsformel bei PE-Fonds

## E. Diskussionsfälle

## Historie

- Vor 2001 Es gibt keine Verwaltungsanweisung zur Einordnung von PE/VC-Fonds. Die Finanzverwaltungen wenden teilweise unterschiedliche Kriterien bei der Erteilung verbindlicher Auskünfte an.
- 2001 Erste Entwürfe für ein BMF-Schreiben zur Einordnung von PE/VC-Fonds werden veröffentlicht. Gleichzeitig besteht eine Auskunftssperre.
- 16.12.2003 Der Private Equity-Erlass (PE-Erlass) wird veröffentlicht. PE/VC-Fonds sind demnach typischerweise vermögensverwaltend. Er ist die Grundlage für die zukünftige Strukturierung von PE/VC-Fonds.
- 2008/2009 § 19 WKBG definiert bestimmte VC-Fonds als vermögensverwaltend. Die Kommission sieht in dieser Vorschrift jedoch eine unerlaubte Beihilfe, weil sie selektiv günstigere Kriterien als der PE-Erlass verwende. § 19 WKBG tritt nie in Kraft.
- 24.8.2011 Der BFH stuft einen britischen PE-Fonds entgegen der Auffassung der Finanzverwaltung als gewerblich ein und stellt die Kriterien des PE-Erlasses in Frage (I R 46/10 und Pressemitteilung hierzu).
- 15.10.2014 Das BMF veröffentlicht die BFH-Entscheidung im BStBl. II. Eine Erläuterung, wie sich die Entscheidung zum PE-Erlass verhält, erfolgt nicht.

# Gliederung

A. Historie

**B. Grundlagen für die Abgrenzung**

C. BFH-Urteil vom 24.8.2011

D. Bedeutung der Fruchtziehungsformel bei PE-Fonds

E. Diskussionsfälle

## Grundlagen für die Abgrenzung: Die „Fruchtziehungsformel“

„Eine Tätigkeit ist vermögensverwaltend, wenn sich die Betätigung noch als Nutzung von Vermögen im Sinne einer Fruchtziehung aus zu erhaltenden Substanzwerten darstellt und die Ausnutzung substanzueller Vermögenswerte durch Umschichtung nicht entscheidend in den Vordergrund tritt.“



- Was ist mit Wirtschaftsgütern, die keine oder nur geringe Früchte abwerfen, aber typischerweise Gegenstand der Vermögensverwaltung sind?  
Beispiele: Kunstgegenstände, Goldbarren, Antiquitäten, Optionen, Aktien
- Fruchtziehungsformel wurde vor diesem Hintergrund durch die Rechtsprechung in bestimmten Fallgruppen relativiert.

# Grundlagen: Fallgruppen in der Rechtsprechung/Verwaltung

## 1. Wertpapierhandel

- Auch wenn es dem Steuerpflichtigen beim Wertpapierhandel ausschließlich darum geht, durch Kursdifferenzen Veräußerungsgewinne zu erzielen, führt das nach Auffassung des BFH nicht zur Gewerblichkeit.
- Die Fruchtziehungsformel hat beim Wertpapierhandel daher im Ergebnis keine Bedeutung. Der BFH betont statt dessen, es komme auf die „gerichtsbekannte und nicht beweisbedürftige“ Verkehrsanschauung an, was gewerblich ist. Dabei müsse die „Art der gehandelten Ware“ berücksichtigt werden.
- Bei Wertpapieren liege es „in der Natur der Sache“, den Bestand zu verändern, schlechte Papiere abzustoßen, gute zu erwerben und Kursgewinne zu realisieren.
- Beginnend mit seiner Entscheidung vom 20.12.2000 (X R 1/97) hat der BFH seine Rechtsprechung weiter zugunsten einer Einordnung als Vermögensverwaltung geändert. Insbesondere soll die Fremdfinanzierung nunmehr unschädlich sein.
- Die gleichen Grundsätze sollen auch für Optionen gelten. Str., ob die gleichen Grundsätze auch für den Goldhandel gelten (bejahend FG München, Urteil v. 29.6.2015 – 7 K 928/13).

## Grundlagen: Fallgruppen in der Rechtsprechung/Verwaltung

### 2. Beteiligungshandel (BFH v. 25.7.2001 – X R 55/97)

- Sachverhalt:
  - Speditionskaufmann gründete bzw. erwarb insgesamt 11 GmbH, beantragte für die Gesellschaften Güterfernverkehrsgenehmigungen und veräußerte sie „anschließend“.
- BFH:
  - Für den Beteiligungshandel gelten andere Kriterien als für den Wertpapierhandel, weil der Beteiligungshandel einem Handel mit Unternehmen gleiche.
  - Erwerb von Beteiligungen mit der Absicht, sie „kurzfristig“ zu veräußern, führe daher zur Gewerblichkeit.
- Keine Aussage zum Erwerb und Verkauf von Beteiligungen bei langfristiger Haltedauer. Fallgruppe „Beteiligungshandel“ insofern nicht abschließend beurteilt.



## Grundlagen: Fallgruppen in der Rechtsprechung/Verwaltung

### 3. Grundstückshandel/Leasing-Fonds

- Drei-Objekte-Grenze: Grundstückshandel ist grundsätzlich nicht mehr vermögensverwaltend, wenn innerhalb von fünf Jahren mehr als drei Objekte veräußert werden.
- Bei unbedingter Veräußerungsabsicht im Zeitpunkt des Erwerbes sind Erwerb und Veräußerung unabhängig vom Überschreiten dieser Grenze nicht mehr vermögensverwaltend.
  - > Strenge Anwendung der Fruchtziehungsformel beim Grundstückshandel
- Ähnlich strenge Anwendung der Fruchtziehungsformel auch bei Leasing-Fonds (BFH v. 26.6.2007 – IV R 49/04):
  - Fonds, der Flugzeuge vermietete, aber erst durch einen im Geschäftskonzept vorgesehenen Verkauf der Flugzeuge einen Totalgewinn erzielen konnte, ist wegen der unbedingten Veräußerungsabsicht als gewerblich anzusehen.

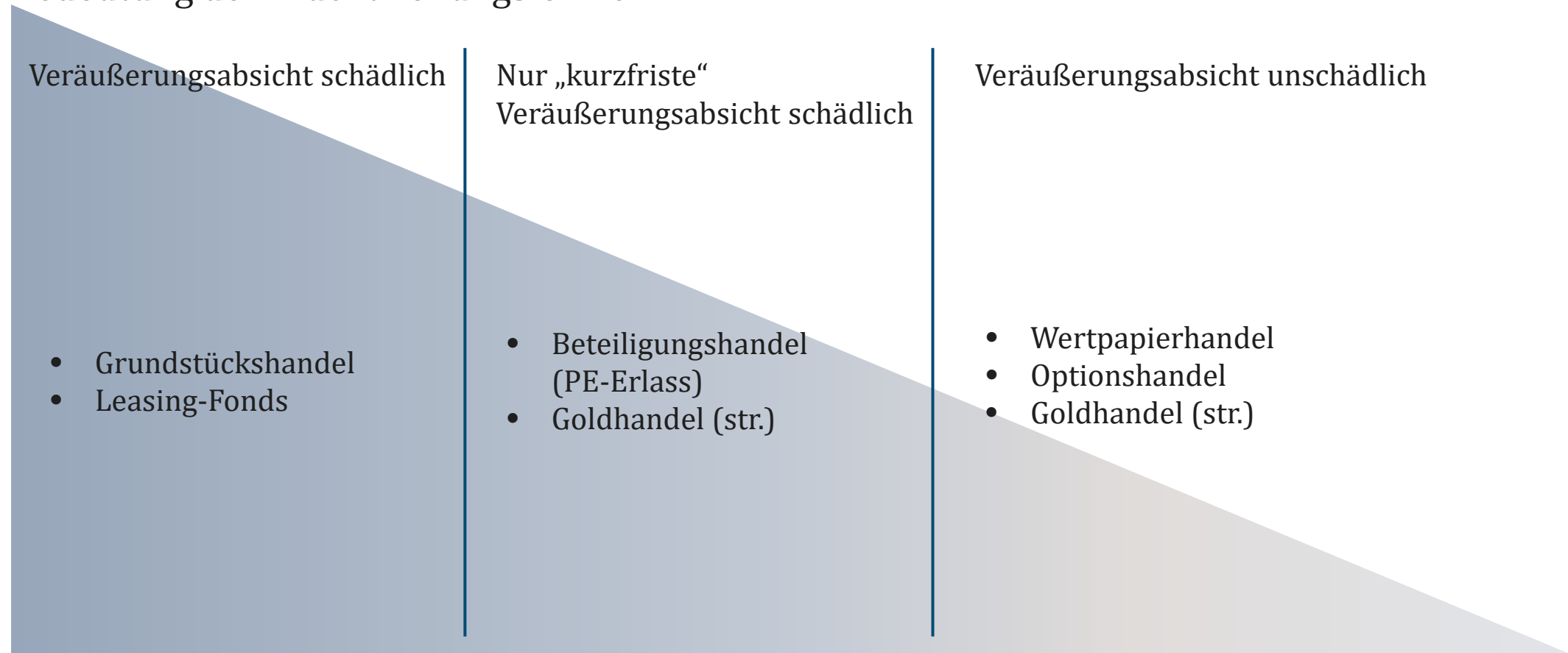
## Grundlagen: Fallgruppen in der Rechtsprechung/Verwaltung

### 4. Private Equity Erlass

- PE-Erlass verfolgt eine „Zwischenlösung“ bei der Einordnung von PE-Fonds:
  - Grundsätzlich: Anwendung der Kriterien zum Wertpapierhandel, unbedingte Veräußerungsabsicht unschädlich.
  - Aber: Keine Anwendung der ab 2000 ergangenen neueren Rechtsprechung, insbesondere ist Fremdfinanzierung schädlich.
  - Auf der Grundlage des BFH-Urteils zum Beteiligungshandel soll zudem eine kurzfristige Haltedauer – anders als beim Wertpapierhandel – schädlich sein.
- Indizien für Vermögensverwaltung nach dem PE-Erlass:
  - Kein Einsatz von Bankkrediten
  - Keine eigene Organisation
  - Kein Ausnutzen eines Marktes unter Einsatz beruflicher Erfahrungen
  - Kein Anbieten von Wertpapiergeschäften gegenüber einer breiten Öffentlichkeit/Handeln auf eigene Rechnung
  - Keine kurzfristige Beteiligung (durchschnittliche Haltedauer > 3-5 Jahre)
  - Keine Reinvestition von Veräußerungserlösen
  - Kein unternehmerisches Tätigwerden in Portfoliogesellschaften

## Grundlagen: Fallgruppen in der Rechtsprechung/Verwaltung

### Bedeutung der Fruchtziehungsformel



# Gliederung

A. Historie

B. Grundlagen für die Abgrenzung

**C. BFH-Urteil vom 24.8.2011**

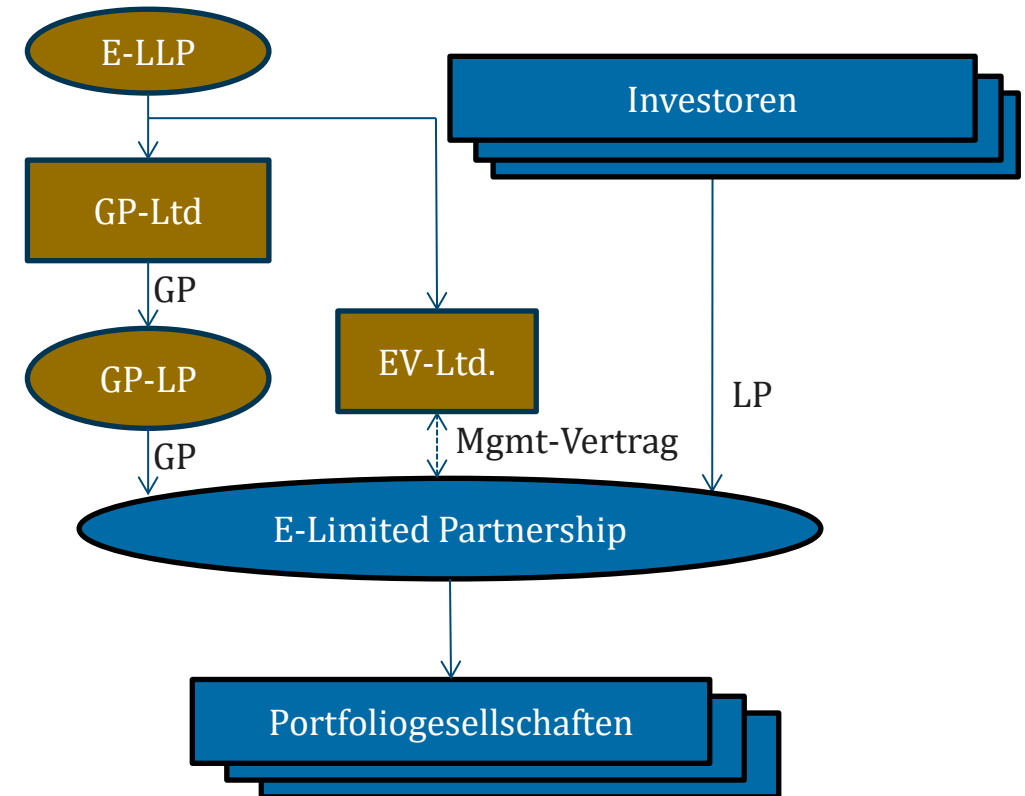
D. Bedeutung der Fruchtziehungsformel bei PE-Fonds

E. Diskussionsfälle

## BFH-Urteil vom 24.8.2011

### Sachverhalt

- Englischer PE-Fonds in der Rechtsform einer Limited Partnership
- EV-Ltd. führt aufgrund eines Managementvertrages die Geschäfte der E-LP. EV-Ltd. verfügte über Personal mit entsprechender Erfahrung und Büroräume
- Personenidentität der *directors* bei EV-Ltd. und GP-Ltd.
- E-LP erwarb 22 Mehr- und Minderheitsbeteiligungen, die sie durchschnittlich 4 Jahre hielt.
- Beim Erwerb der Portfoliogesellschaften wurden typische Leveraged Buy-out-Strukturen verwendet.
- Zwei deutsche Investoren machten die Freistellung nach dem Betriebsstättenartikel des DBA geltend.



## BFH-Urteil vom 24.8.2011

### Kernaussagen zur Einordnung von PE-Fonds

- PE-Fonds sei originär gewerblich tätig.
- Ob den zur Einordnung als vermögensverwaltend tendierenden Kriterien des PE-Erlasses zu folgen sei, könne „dahinstehen“. Auch nach dem PE-Erlass sei der PE-Fonds als gewerblich zu qualifizieren.

Allerdings sind die vom BFH vorgebrachten Argumente mit den Kriterien des PE-Erlasses weitgehend unvereinbar. Tatsächlich verwirft der BFH daher die Kriterien des PE-Erlasses.

- Einordnung richte sich „im Kern“ nach den zum Wertpapierhandel entwickelten Grundsätzen.

Vom BFH auf den PE-Fonds angewandte Kriterien spielen beim Wertpapierhandel allerdings keine Rolle. BFH schafft daher für PE-Fonds eine eigene Fallgruppe.

- BFH nennt zahlreiche Kriterien, die in ihrer Gesamtschau die Einordnung als gewerblich rechtfertigen sollen. Allerdings ist fraglich, ob diesen Kriterien überhaupt bei der Einordnung ein Gewicht zukommen sollte.

## BFH-Urteil vom 24.8.2011

### Argumente des BFH für die Gewerblichkeit

#### 1. Beteiligung am aktiven Management der Portfoliogesellschaften

- PE-Erlass:  
Insofern Übereinstimmung des BFH mit PE-Erlass.
- Bewertung:  
Beteiligung am aktiven Management führt zur produzentenähnlichen Tätigkeit des Fonds, insofern durchaus sachgerecht.

#### 2. Fremdfinanzierung

- PE-Erlass:  
Auch nach dem PE-Erlass ist eine Fremdfinanzierung grundsätzlich schädlich. Allerdings ist im PE-Erlass nur die Fremdfinanzierung des Fonds angesprochen. Hier lag jedoch wohl nur eine Fremdfinanzierung auf Ebene von Tochterkapitalgesellschaften (Holdinggesellschaften) vor.
- Bewertung:  
Eine Zurechnung der Fremdfinanzierung von Tochterkapitalgesellschaften an den Fonds widerspricht dem Trennungsprinzip und ist nach allgemeinen Grundsätzen nicht zu begründen.

## BFH-Urteil vom 24.8.2011

### Argumente des BFH für die Gewerblichkeit

#### 3. Investoren waren ausschließlich institutionelle Anleger

- PE-Erlass:  
Irrelevant für die Einordnung.
- Bewertung:  
Die Tätigkeiten eines Gesellschafters spielen für die Einordnung nach allgemeinen Grundsätzen keine Rolle („Zebragesellschaften“).

#### 4. Handeln auf fremde Rechnung

- PE-Erlass:  
Auch nach dem PE-Erlass ist das Handeln auf fremde Rechnung schädlich. Allerdings findet sich im Tatbestand des Urteils kein Anhaltspunkt dafür.
- Bewertung:  
Möglicherweise spielt der BFH darauf an, dass der Fonds das Geld für seine Investoren/Gesellschafter anlegte. Das kann jedoch kein Handeln auf fremde Rechnung begründen.



## BFH-Urteil vom 24.8.2011

### Argumente des BFH für die Gewerblichkeit

#### 5. Die professionelle sachliche und personelle Organisation der Mgmt.-Gesellschaft ist dem Fonds aufgrund der Personenidentität zuzurechnen

- PE-Erlass:  
Nur Organisation des Fonds selbst ist schädlich. Im Übrigen darf der Fonds bei einem großen Vermögen auch über eine entsprechende Organisation verfügen.
- Bewertung:  
Mgmt.-Gesellschaft hat lediglich die Rolle eines Vermögensberaters, der auch ansonsten nicht zur Gewerblichkeit führt. Eine Zurechnung aufgrund der Personenidentität der directors lässt sich nicht mit allgemeinen Grundsätzen begründen.

#### 6. Fonds ist Finanzunternehmen, weil er nur mit institutionellen Partnern gehandelt hat

- PE-Erlass:  
Nicht relevant.
- Bewertung:  
Außerhalb des Wertpapierhandels kann die Interaktion mit institutionellen Partnern keine Bedeutung haben.

## BFH-Urteil vom 24.8.2011

### Argumente des BFH für die Gewerblichkeit

7. Haltedauer betrug durchschnittlich nur 4 Jahre und Fonds verfolge Buy-to-Sell-Ansatz.  
Daher stand die Vermögensumschichtung im Vordergrund.

- PE-Erlass:
  - Durchschnittliche Haltedauer von 3 bis 5 Jahren ausreichend.
  - Unbedingte Veräußerungsabsicht des Fonds unschädlich
- Bewertung:
  - Wohl zentrales Argument des BFH für die Einordnung als gewerblich. Strenge Betonung der Fruchtziehungsformel.
  - BFH setzt sich nicht damit auseinander, wieso die Veräußerungsabsicht hier – anders als bei anderen Fallgruppen – immer schädlich sein soll. Die vom BFH zitierte Entscheidung vom 25.7.2001 zum Beteiligungshandel befasst sich nur mit dem kurzfristigen Umschlag von Beteiligungen.
  - Richtigerweise sollte die – bei PE-Fonds immer bestehende – Veräußerungsabsicht bei einer ausreichenden Haltedauer der Beteiligung unschädlich sein (siehe nachfolgende Folien).

# Gliederung

A. Historie

B. Grundlagen für die Abgrenzung

C. BFH-Urteil vom 24.8.2011

**D. Bedeutung der Fruchtziehungsformel bei PE-Fonds**

E. Diskussionsfälle

## Bedeutung der Fruchtziehungsformel bei PE-Fonds

- Fruchtziehungsformel muss Ausnahmen erfahren, wo (1) das Wirtschaftsgut keine Früchte abwirft oder Früchte keine Rolle spielen und (2) nach der Verkehrsanschauung eine Vermögensumschichtung mit der Vermögensverwaltung vereinbar ist.
- Vergleich mit bereits entschiedenen Fallgruppen:
  - Grundstückshandel/Leasing-Fonds
    - Beteiligungen generieren anders als Grundstücke und bewegliche Sachen keine Früchte mit einer ausreichenden wirtschaftlichen Bedeutung. Dividenden sind für den Minderheitsgesellschafter nicht kontrollierbar und führen zudem zu einem Wertverzehr der Beteiligung.
  - Wertpapier-/Optionshandel
    - Insofern Vergleichbarkeit als Wertpapiere und Optionen ebenfalls keine (nennenswerten) Früchte abwerfen.
    - Allerdings ist ein kurzfristiges Umschlagen bei Beteiligungen anders als bei Wertpapieren für die Vermögensverwaltung untypisch.

## Bedeutung der Fruchtziehungsformel bei PE-Fonds

- Für einen gewerblichen Händler ist nach der Verkehrsanschauung gerade die kurzfristige Vermögensumschichtung typisch. Erträge werden durch einen Händler aus Preisdifferenzen an unterschiedlichen Märkten oder Marktstufen erzielt. Erträge aus der Vermögensumschichtung langfristig gehaltener Wirtschaftsgüter, die mit Zeitablauf an Wert gewinnen, sind hingegen für einen privaten Anleger typisch.
- Nach der Literatur soll daher nur die „alsbaldige“ Veräußerung für eine gewerbliche Vermögensumschichtung sprechen.
- Im Ergebnis müssen daher PE-Fonds bei einer langfristigen Haltedauer als vermögensverwaltend eingeordnet werden.
- Auch der Gesetzgeber geht in § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG davon aus, dass der „typische“ PE-Fonds vermögensverwaltend tätig sind.

## Zusammenfassung

- Die im BFH-Urteil vom 24.8.2011 verwendeten Abgrenzungskriterien stehen größtenteils im Widerspruch zum PE-Erlass.
- Das zentrale Argument des BFH ist offenbar die beim Erwerb der Portfoliogesellschaften bestehende Veräußerungsabsicht des Fonds. Damit wendet der BFH die Fruchtziehungsformel auf PE-Fonds streng an.
- Wegen der Vergleichbarkeit zum Wertpapierhandel und bei einer Bewertung aufgrund der Verkehrsanschauung muss die Fruchtziehungsformel bei PE-Fonds aber relativiert werden. Die unbedingte Absicht, langfristig Veräußerungsgewinne zu erzielen, muss unschädlich sein.
- Auch im Übrigen ist den Argumenten des BFH für die Einordnung des PE-Fonds als gewerblich (mit Ausnahme der aktiven Beteiligung am Management) nicht zu folgen.

# Gliederung

A. Historie

B. Grundlagen für die Abgrenzung

C. BFH-Urteil vom 24.8.2011

D. Bedeutung der Fruchtziehungsformel bei PE-Fonds

**E. Diskussionsfälle**

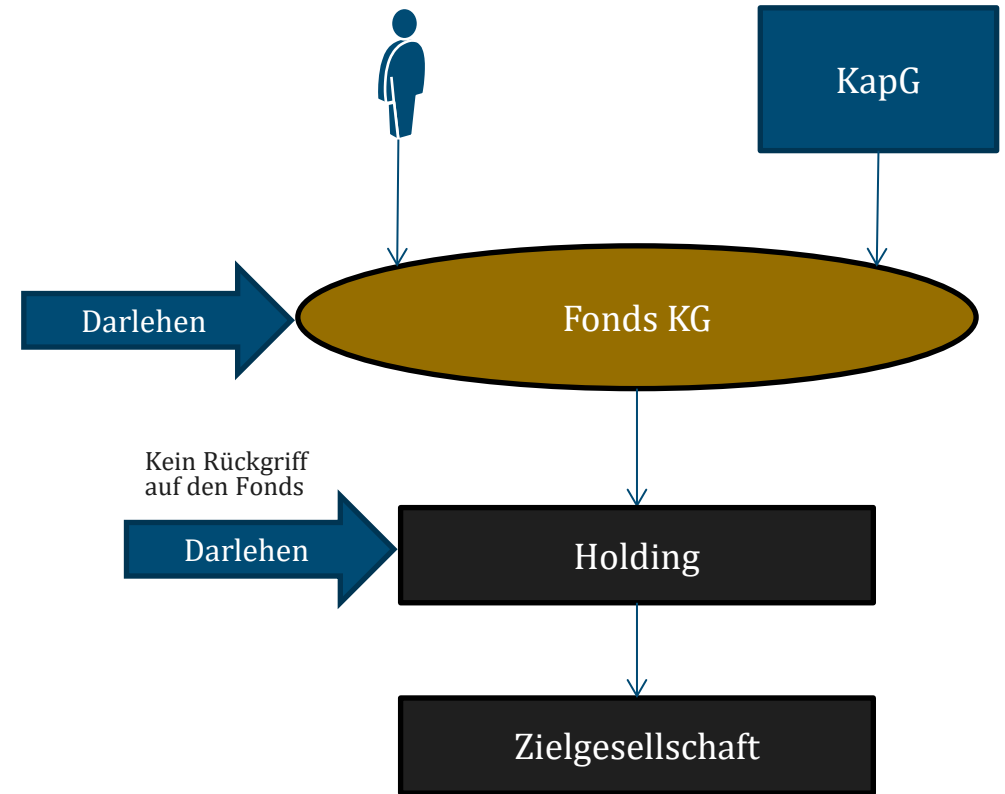
## Kriterium: Fremdfinanzierung

### Sachverhalt

- Fonds KG erwirbt eine Portfoliogesellschaft nicht unmittelbar, sondern über eine KapG („ Holding“).
- Erwerb wird teilweise durch ein Darlehen (1) der Fonds KG bzw. (2) der Holding finanziert.

### Erwägungen

- Fremdfinanzierung des Erwerbs einer Beteiligung führt nicht per se zur Gewerblichkeit. Maßgeblich ist, ob Fremdfinanzierung „händlerischen“ Warenumsatz indiziert (so auch der BFH).
- Veräußerungen auf Ebene nachgeschalteter KapG sind jedoch nur unter den Voraussetzungen des § 42 AO zuzurechnen (vgl. BFH III R 25/02).





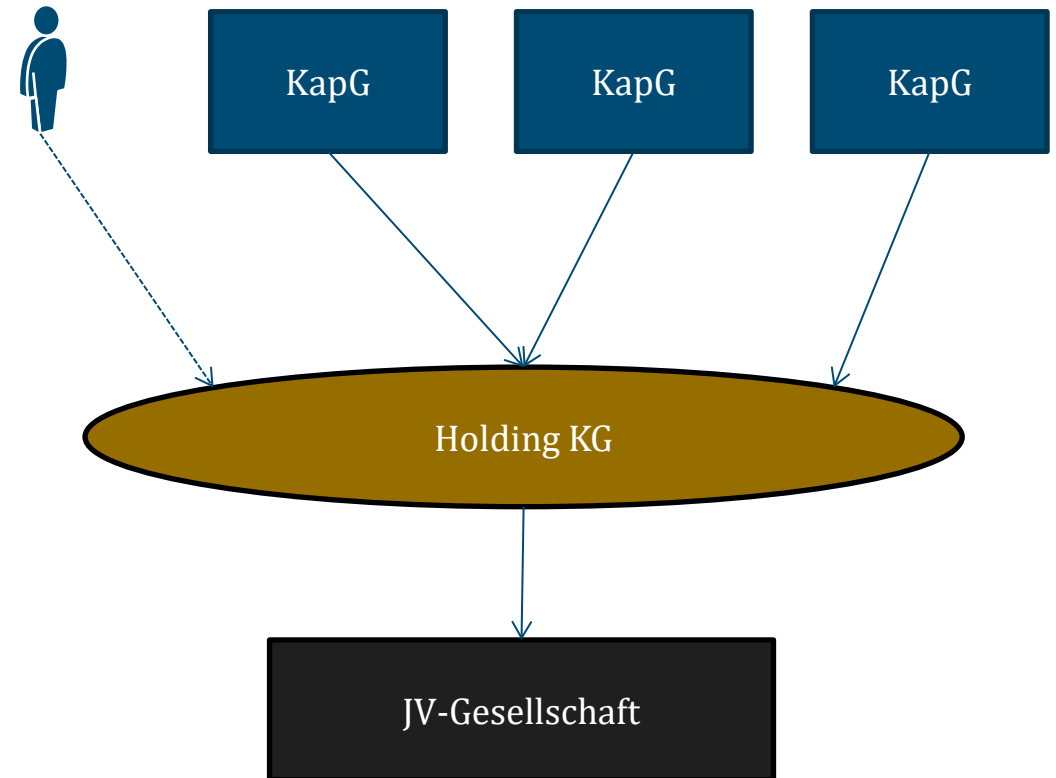
## Kriterium: Beteiligung gewerblicher Anleger

### Sachverhalt

- Gesellschaftszweck der (entprägten) KG ist das Halten und Verwalten der Beteiligung an der JV-Gesellschaft.
- Kommanditisten sind drei (gewerblich tätige) KapG.
- Alternative: Daneben ist auch eine natürliche, nicht gewerblich tätige Person an der KG beteiligt.

### Erwägungen

- „Eine PersG betreibt nicht schon deshalb ein gewerbliches Unternehmen [...], weil [...] alle Gesellschafter die Rechtsform einer KapG haben. [...]. Bei der Frage nach dem Vorliegen eines gewerblichen Unternehmens der PersG ist allein auf deren Tätigkeit [...] abzustellen.“ (BFH GrS 4/82).



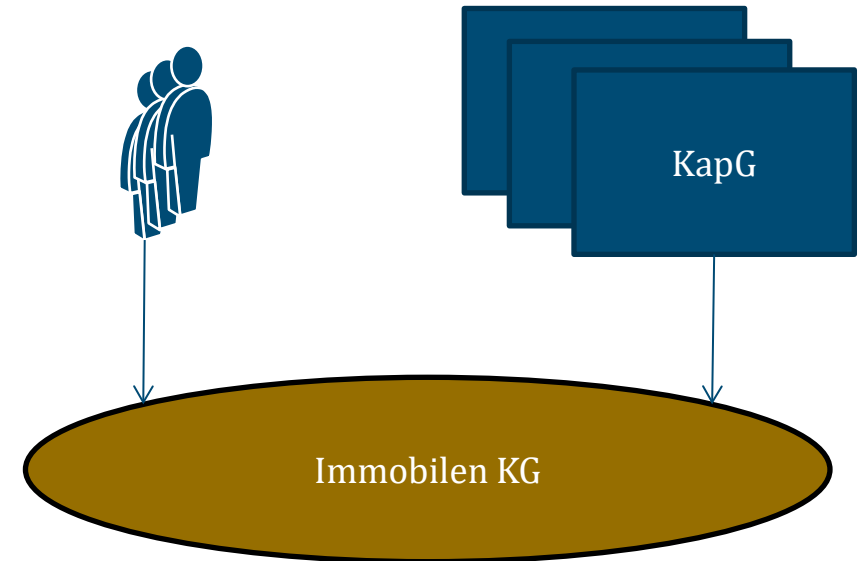
## Kriterium: Handeln auf fremde Rechnung

### Sachverhalt

- Die (entprägte) Immobilien KG vermietet Grundstücke und Gebäude.
- Die Immobilien KG hat über 100 Anleger als Kommanditisten (KapG und natürliche Personen).

### Erwägungen

- Wegen der gesamthänderischen Verbundenheit handelt die Immobilien KG nicht auf fremde Rechnung.
- Anzahl der Kommanditisten ist dafür irrelevant.



## Kriterium: Zurechnung der Organisation der Mgmt.-Gesellschaft

### Sachverhalt I

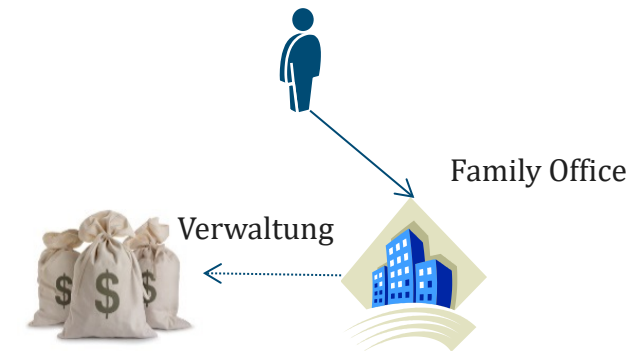
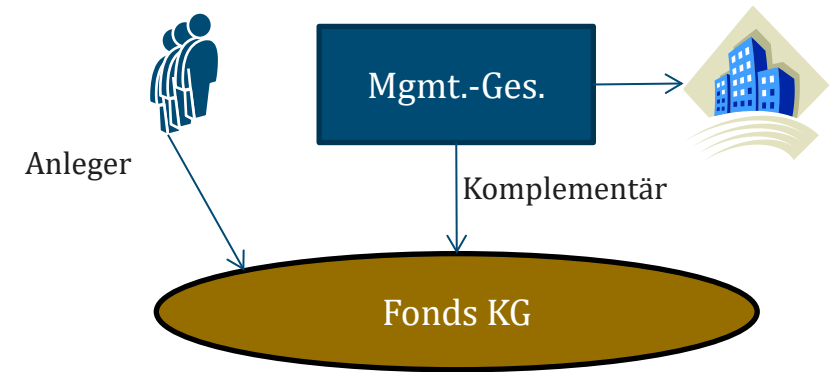
- Komplementär der Fonds KG ist eine gewerblich tätige Managementgesellschaft mit umfangreicher personeller und sachlicher Organisation.

### Sachverhalt II

- A ist eine wohlhabende natürliche Person. Zur Verwaltung seines Vermögens unterhält er ein großes Family Office.

### Erwägungen

- Die „private Vermögensverwaltung [wird] nicht dadurch zu einem gewerblichen Unternehmen, dass die Verwaltungs-geschäfte von einer Person geführt werden, die Geschäfte dieser Art gewerblich betreibt.“ (BFH GrS 4/82).
- Die Größe des verwalteten Vermögens und eine dafür notwendige kaufmännische Organisation begründet für sich allein betrachtet noch keinen Gewerbebetrieb (BFH I 53/60 S).



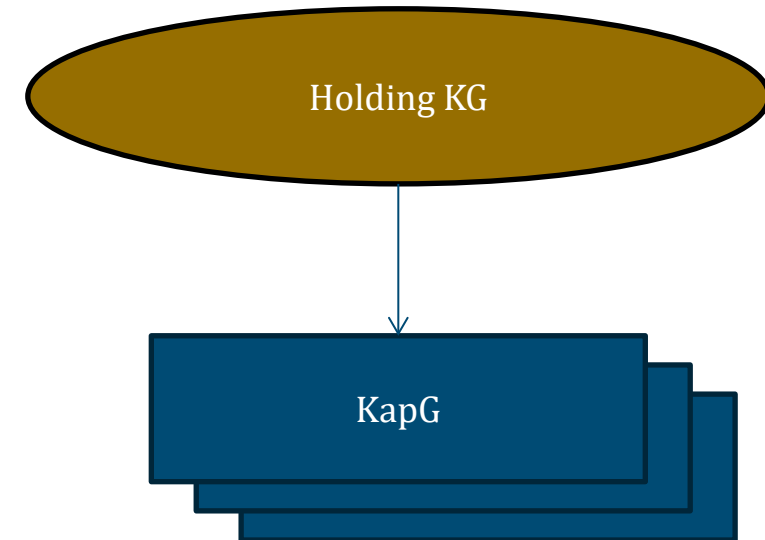
## Kriterium: Einordnung als Finanzunternehmen

### Sachverhalt

- Gesellschaftszweck der Holding KG ist allein das langfristige Halten von Beteiligungen an Kapitalgesellschaften. Eine Veräußerung ist nicht geplant.

### Erwägungen

- Die Holding ist Finanzunternehmen i.S.d. § 1 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 KWG. Dennoch handelt es sich nicht um ein gewerbliches Unternehmen.



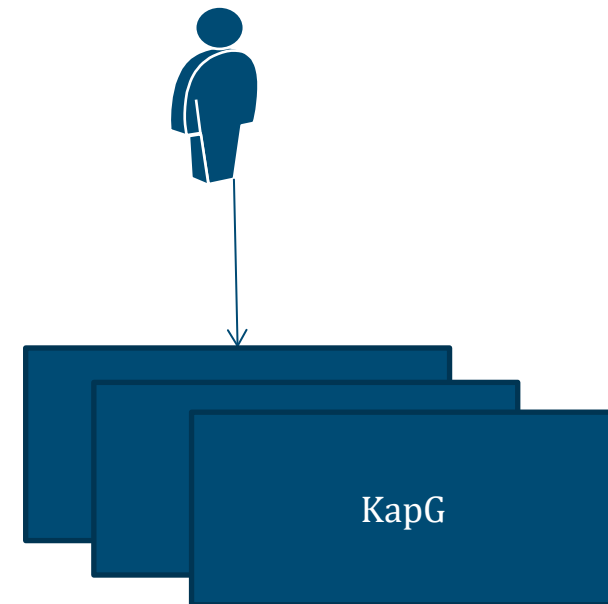
## Kriterium: Haltedauer und Veräußerungsabsicht

### Sachverhalt

- A hat in Beteiligungen investiert und plant sie in (i) einem Jahr, (ii) in 5 Jahren oder (iii) in mehr als 10 Jahren gewinnbringend zu veräußern.

### Erwägungen

- Wenn eine im Zeitpunkt des Erwerbs bestehende Veräußerungsabsicht stets zur Gewerblichkeit führen würde, wäre die Anlage in Wirtschaftsgüter, die keine Früchte abwerfen, immer gewerblich. Ähnlich wäre es bei Wirtschaftsgütern, die nur im begrenzten Maß Früchte produzieren.



## Ansprechpartner

### **Dr. Helder Schnittker, LL.M.**

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht  
Partner

helder.schnittker@fgs.de

T +49/30 210020-0

### **Timo Steinbiß, LL.M. (NYU)**

Rechtsanwalt, Steuerberater  
Attorney-at-Law (New York)

timo.steinbiss@fgs.de

T +49/30 210020-0

[www.fgs.de](http://www.fgs.de)

#### **Hamburg**

Amelungstraße 8-10  
20354 Hamburg  
T +49 40/30 70 85-0  
F +49 40/30 70 85-100  
hamburg@fgs.de

#### **Bonn**

Friedrich-Ebert-Allee 13  
53113 Bonn  
T +49 228/95 94-0  
F +49 228/95 94-100  
bonn@fgs.de

#### **Repräsentanz Zürich**

Bahnhofstraße 69a  
8001 Zürich  
T +41 44/225 70-10  
F +41 44/225 70-11  
zuerich@fgs-zuerich.ch

#### **Berlin**

Unter den Linden 10  
10117 Berlin  
T +49 30/21 00 20-0  
F +49 30/21 00 20-100  
berlin@fgs.de

#### **Frankfurt**

MesseTurm  
Friedrich-Ebert-Anlage 49  
60308 Frankfurt a.M.  
T +49 69/717 03-0  
F +49 69/717 03-100  
frankfurt@fgs.de

#### **München**

Briener Straße 29  
80333 München  
T +49 89/80 00 16-0  
F +49 89/80 00 16-99  
muenchen@fgs.de

#### **Repräsentanz Wien**

Am Heumarkt 7  
1030 Wien  
T +43 1/713 08 14  
F +43 1/713 08 15  
wien@fgs-wien.at



Flick Gocke  
Schaumburg