

WWW.FYB.DE

GERMAN EDITION

FYB

FINANCIAL
YEARBOOK GERMANY/EU
2022



PRIVATE EQUITY UND
CORPORATE FINANCE

ALTERNATIVE
FINANZIERUNGSFORMEN –
DAS NACHSCHLAGEWERK
FÜR UNTERNEHMER UND
INVESTOREN

FOR YOUR BUSINESS

19 *Jahre* —
FYB FINANCIAL
YEARBOOK



Dr. Christoph Ludwig
STEUERBERATER UND PARTNER
BLL BRAUN LEBERFINGER LUDWIG UNGER, München

DR. CHRISTOPH LUDWIG | BLL

3

Aktuelle steuerliche (Nicht-)Entwicklungen bei Private Equity- und Venture Capital-Fonds – wenig fließt in die richtige Richtung!

Πάντα ρέει – Alles fließt!, so lautete unser Eingangsstatement im FYB FINANCIAL YEARBOOK 2020. Ausgangspunkt war der Fakt, dass die Besteuerung von Private Equity-Fonds bzw. die in Deutschland steuerpflichtigen Gesellschafter von Private Equity-Fonds vermehrt und verstärkt in den Fokus der Finanzverwaltung gerückt war. Gleichzeitig waren zum damaligen Zeitpunkt sehr bemerkenswerte und richtungsweisende Urteile der Finanzgerichtsbarkeit, auch des höchsten deutschen Finanzgerichts, des Bundesfinanzhofs („BFH“), ergangen. Heute – 2 Jahre später – sind wir gar nicht mehr so sicher, ob tatsächlich alles fließt. Manches fließt überhaupt nicht, was einem Stillstand der Rechtspflege gleich kommt – andere Entwicklungen fließen in die absolut falsche Richtung.

Unsere Kanzlei beschäftigt sich nunmehr bereits seit mehr als 25 Jahren mit den vielfältigen Themen rund um Tax Compliance für Private Equity-Fonds sowie deren (deutsche) Gesellschafter. In den zahlreichen Beiträgen beginnend mit dem FYB FINANCIAL YEARBOOK 2010 haben wir mannigfaltige Private Equity-Compliance-Themen aufgegriffen und dem geeigneten Leser präsentiert. Gestartet sind wir damals mit einem Tax Compliance-Beitrag i.Z.m. ausländischen Private Equity-Fonds, der seinerzeit das bis dahin häufig noch brachliegende Verständnis der ausländischen Private Equity-Manager, aber z.T. auch die Unbekümmertheit bzw. die Unbedarftheit oder auch Unkenntnis einzelner deutscher Investoren hinsichtlich der bestehenden deutschen Steuererklärungspflichten für derartige Engagements geweckt bzw. beendet hat.

In der Folgezeit hatten wir uns dann u.a. und teilweise wiederholt mit Anzeigepflichten bei Auslandsbeteiligungen, FATCA, ausgewählten Themen i.Z.m. dem Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB), Themen rund um den Carried Interest, den



Thomas Unger
STEUERBERATER, WIRTSCHAFTSPRÜFER UND PARTNER
BLL BRAUN LEBERFINGER LUDWIG UNGER, München
GESCHÄFTSFÜHRER DER PRIVATE EQUITY VERWAHRSTELLE GMBH

THOMAS UNGER | BLL

unglücklichen Neuregelungen zu den Fondsetablierungskosten und zum Ausfall von Kapitalforderungen, den auslegungsfähigen (da teilweise unklaren) Regelungen zu DAC 6 sowie durchgängig und von Beginn an sehr intensiv und kritisch mit der Steuerneutralität von Kapitalrückzahlungen aus EU- und Drittstaaten-Kapitalgesellschaften beschäftigt.

Wie bereits an anderer Stelle zitiert: Wir sehen nach wie vor viel Licht auf der Ebene der Finanzrechtsprechung, insbesondere des BFH, dafür aber (nicht nur noch mehr, sondern sogar zunehmenden) Schatten auf der Ebene der Finanzverwaltung bzw. des Gesetzgebers. Ins Auge stechen dabei neben vielen anderen Themen nach wie vor insbesondere die zunehmende Substanzbesteuerung der Steuerpflichtigen i.Z.m. Kapitalrückzahlungen aus ausländischen Kapitalgesellschaften sowie bei Ausschüttungen aus Investmentfonds i.S.d. Investmentsteuergesetzes. Hier zeigt sich die Finanzverwaltung entgegen jeglicher Systematik extrem unnachgiebig und negiert beharrlich vorliegende höchstrichterliche Rechtsprechung schlichtweg zu Lasten der betroffenen Steuerpflichtigen.

I. Die (schleichende) Substanzbesteuerung

Nachfolgend möchten wir Sie für die in den letzten Jahren in verschiedenen Beiträgen im FYB FINANCIAL YEARBOOK immer wieder aufgezeigte Tendenz des deutschen Gesetzgebers sowie der Finanzverwaltung, das grundlegende steuerliche Prinzip der reinen Ertragsbesteuerung auszuhebeln und vermehrt Ansätze zur Einführung einer Substanzbesteuerung einzuführen bzw. durchzusetzen (vgl. hierzu unsere Artikel in den FYB FINANCIAL YEARBOOKS 2019 – 2021) nochmals sensibilisieren.

Gleichzeitig möchten wir Ihnen Wege aufzeigen, wie die Investoren seit geraumer Zeit versuchen, diesen Bemühungen der Finanzverwaltung durch entsprechende Abreden und Abmachungen bezüglich struktureller Anpassungen und alternativer Vorgehensweisen in sogenannten „side letter“-Vereinbarungen zu begegnen.

■ Sachverhalte potentieller Substanzbesteuerung

Die potentielle Gefahr der Substanzbesteuerung besteht im Wesentlichen bei den folgenden Sachverhalten:

- Einlagenrückgewähr bei EU-Kapitalgesellschaften
- Einlagenrückgewähr bei Drittstaaten-Kapitalgesellschaften
- Ausschüttungen aus Investmentfonds i.S.d. Investmentsteuergesetzes

Die Risiken einer drohenden Substanzbesteuerung ergeben sich im jeweiligen Sachverhalt aus folgenden Besonderheiten:

a) Einlagenrückgewähr bei EU-Kapitalgesellschaften

Die gesonderte Feststellung der Einlagenrückgewähr für EU-Kapitalgesellschaften ist in § 27 Abs. 8 KStG geregelt. Die Feststellung hat in entsprechender Anwendung der Vorschriften für deutsche Kapitalgesellschaften zu erfolgen. Demzufolge muss die ausschüttende EU-Kapitalgesellschaft binnen eines Jahres nach Ende des Kalenderjahres, in dem die Auszahlung erfolgte (Ausschlussfrist!), den Antrag auf Feststellung der Einlagenrückgewähr beim Bundeszentralamt für Steuern („BZSt“) einreichen. Andernfalls gelten Auszahlungen, die nicht als Einlagenrückgewähr bescheinigt sind, als steuerpflichtige Dividende.

Das BZSt hat in den vergangenen Jahren (und, wie bereits im FYB FINANCIAL YEAR-BOOK 2021 geschildert, nach einigen Anfangs- und Anlaufschwierigkeiten) einen für alle Anträge anzuwendenden Fragen- und Kriterienkatalog entwickelt, der vollständig zu erfüllen ist, um die beantragte Einlagenrückgewähr bescheinigt zu bekommen. Unter anderem sind hierin die Vorlage sämtlicher Kontoauszüge aller Gesellschafter der EU-Kapitalgesellschaft sowie sämtliche Beschlüsse des Managements etc. gefordert. Zahlreiche Anforderungen sind allerdings auf die bekannten und vorherrschenden Strukturen im Private Equity-Bereich nicht sinnvoll anwendbar, da dort nicht einschlägig. Folglich sind die verwendeten Strukturen entsprechend zu erläutern und die jeweiligen strukturbezogenen Nachweise zu erbringen.

Nach anfänglichen Schwierigkeiten ist es letztlich überwiegend gelungen, das Verständnis für Private Equity-, Holding- und/oder Akquisitionsstrukturen inner-

halb des BZSt zu schaffen und in einem konstruktiven Austausch die notwendigen Sensibilitäten für die Besonderheiten in und die Unterschiede zwischen den verschiedenen Strukturen im Private Equity-Bereich zu wecken. Somit können im Bedarfsfall die Nachweise auf Basis der beschaffbaren Dokumentation plausibel nachgewiesen werden. Diese Vorgehensweise wird von den zuständigen Sachbearbeitern des BZSt auch überwiegend akzeptiert. Der Dokumentationsaufwand ist dennoch weiterhin sehr hoch, zumindest konnten so jedoch einzelne Hürden der Nicht-Beschaffbarkeit von Unterlagen mangels hinreichender Einflussmöglichkeiten oder Datenschutzgründen beseitigt bzw. an die konkrete Situation angepasst werden.

Sofern die geforderten Nachweise jedoch nicht in hinreichendem Umfang erbracht werden können (die finale Beurteilung liegt in der Regel bei dem zuständigen Sachbearbeiter des BZSt), kann dies jedoch zu einer Nicht-Anerkennung der steuerneutralen Einlagenrückgewähr führen. In diesem Fall ist die erfolgte Ausschüttung aus der EU-Kapitalgesellschaft final als steuerpflichtige Dividende im Veranlagungsverfahren anzusetzen.

b) Einlagenrückgewähr bei Drittstaaten-Kapitalgesellschaften

Die Thematik der Versagung einer steuerneutralen Einlagenrückgewähr bei Drittstaaten-Kapitalgesellschaften hatten wir ebenfalls bereits in diversen Ausgaben des FINANCIAL YEARBOOKS (vgl. insbesondere FYB FINANCIAL YEARBOOK 2019 und 2020) detaillierter dargestellt.

Nach Ansicht der Finanzverwaltung soll eine steuerfreie Einlagenrückgewähr aus Drittstaaten-Kapitalgesellschaften (bspw. USA, Cayman Islands, Kanalinseln Guernsey bzw. Jersey oder Hongkong) grds. nicht möglich sein. Stattdessen sollen sämtliche Auszahlungen aus diesen Drittstaaten-Kapitalgesellschaften, d.h. auch Kapitalrückzahlungen (einschließlich nur vorübergehender, sogenannter „recallable distributions“) als steuerpflichtige Gewinnausschüttungen zu qualifizieren sein.

Demzufolge wäre nach aktueller Auffassung der Finanzverwaltung auch im Falle eines durch einen Private Equity-Fonds kontrollierten Zweckvehikels (bspw.

einer Drittstaaten-Blocker Ltd.), für die sogar eine vollständige Dokumentation der Unterlagen i.Z.m. der Einlagenerbringung und auch -rückgewähr dargelegt werden könnte, die Erbringung dieser Nachweise bereits dem Grunde nach schon gar nicht zugelassen.

Bereits im Herbst 2019 ist die bis dahin lange erwartete Entscheidung des I. Senats des BFH ergangen, der die beiden früheren Entscheidungen des VIII. Senats aus dem Jahr 2016 bestätigt und diese sogar präzisiert. Demzufolge liegen jetzt mehrere höchstrichterliche Entscheidungen verschiedener Senate des BFH vor, die bestätigen, dass auch Drittstaaten-Kapitalgesellschaften eine steuerneutrale Einlagenrückgewähr leisten können und somit nicht jede Kapitalrückzahlung einer Drittstaaten-Kapitalgesellschaft generell und grds. als steuerpflichtige Dividende zu behandeln ist.

Die Höhe des ausschüttbaren Gewinns (und damit auch die Höhe der Einlagenrückgewähr) einer Drittstaaten-Kapitalgesellschaft ist nach gefestigter BFH-Meinung nach dem jeweiligen ausländischen Handels- und Gesellschaftsrecht unter Berücksichtigung der allgemeinen deutschen Grundsätze zur Verwendungsfiktion, d.h. einer nachrangigen Rückgewähr von Einlagen zu ermitteln. Ferner hat der BFH betont, dass – anders als bei EU-Kapitalgesellschaften – kein gesondertes Feststellungsverfahren mit Ausschlussfrist zu beachten sei, da die gesetzlichen Verfahrensregeln für EU-Kapitalgesellschaften nicht einschlägig seien, was im Hinblick auf die strenge Ausschlussfrist bei EU-Kapitalgesellschaften vorteilhaft ist.

Allerdings wurden bisher leider weder die im Herbst 2019 ergangene Entscheidung des I. Senats noch die beiden bereits im Jahr 2016 ergangenen Entscheidungen des VIII. Senats im Bundessteuerblatt veröffentlicht. Demnach sind die Urteile für die Finanzverwaltung insoweit auch noch nicht bindend. Folglich ist die Finanzverwaltung aktuell unnötigerweise noch immer an die selbst auferlegte interne Weisung gebunden, eine steuerneutrale Einlagenrückgewähr bei Drittstaaten-Kapitalgesellschaften bis auf weiteres nicht anzuerkennen.

Aus berufenen Kreisen der Finanzverwaltung war zu hören, dass sich die Finanzverwaltung dieser höchstrichterlichen Meinung des BFH nunmehr nicht weiter widersetzen können. Allerdings ist es den Verantwortlichen auf Bund-Länder-

Ebene bislang auch nach mehreren Jahren (!) noch immer nicht gelungen, eine belastbare Verlautbarung hinsichtlich der zu erbringenden Nachweise und des diesbezüglichen Procederes zu erlassen.

Vermutlich wird sich das Bundesministerium der Finanzen („BMF“) an den gesetzlichen Vorgaben für die Anträge auf Feststellung der Einlagenrückgewähr bei EU-Kapitalgesellschaften gemäß § 27 Abs. 8 KStG orientieren. Demnach wären gegenüber dem Bundeszentralamt für Steuern (BZSt) umfangreiche und detaillierte Nachweise und Dokumentationen zu erbringen (sämtliche Kontoauszüge zum Nachweis der Ein- und Auszahlungen in die Rücklagen, Beschlüsse etc.), die in der Praxis für eine Vielzahl der Gesellschaften auf Grund der oftmals geringen Beteiligungsquote wie aber auch aus Datenschutzgründen vermutlich nicht zu erbringen sein werden.

c) Ausschüttungen von Investmentfonds i.S.d. Investmentsteuergesetzes (InvStG)

■ Anwendung des InvStG?

Mit Einführung des Investmentsteuergesetzes n.F. ab dem Jahr 2018 sind ausweislich des Gesetzeswortlautes sämtliche Kapitalinvestitionsgesellschaften i.S.d. § 19 InvStG a.F. als Investmentfonds i.S.d. InvStG n.F. zu klassifizieren.

Wie in unserem Beitrag im FYB FINANCIAL YEARBOOK 2021 berichtet, vertreten einzelne Finanzämter bzw. Landesämter jedoch die Meinung, dass Kapitalgesellschaften nur als Investmentfonds qualifizieren, sofern diese bestimmte Kriterien des Kapitalanlagegesetzbuches (KAGB) erfüllen.

Des Weiteren ist auch das BZSt noch in internen Abstimmungen, ob sämtliche ausländische kapitalistische Rechtsformen, bspw. eine luxemburgische S.C.A., als Investmentfonds i.S.d. InvStG zu klassifizieren sind.

Sofern und solange nicht abschließende Sicherheit besteht, dass EU-Kapitalinvestitionsgesellschaften ab 2018 als Investmentfonds i.S.d. InvStG zu behandeln sind, ist daher nach wie vor dringend zu empfehlen, für diese EU-Kapitalgesellschaften innerhalb der Einjahresfrist nach Ablauf des Wirtschaftsjahres der Ge-

sellschaft (Ausschlussfrist!) rein vorsorglich einen Antrag auf Einlagenrückgewähr beim BZSt zu stellen. Sofern die Finanzverwaltung letztlich zu dem Schluss kommen sollte, dass es sich bei der betreffenden Gesellschaft nicht um einen Investmentfonds handelt, wäre andernfalls die Antragsfrist im Zweifel versäumt, mit der Folge, dass die vollständige Ausschüttung des Wirtschaftsjahres inklusive des Anteils der Einlagenrückgewähr als steuerpflichtige Dividende der Besteuerung zu unterwerfen wäre. Zwar kann dies in den Folgejahren unter bestimmten Umständen wieder aufgeholt werden, ggf. verbleibt es jedoch bei dieser dann finalen Substanzbesteuerung.

■ Steuerliche Einordnung von Ausschüttungen aus Investmentfonds

Die Besteuerungssystematik des InvStG folgt der Annahme, dass Investmentfonds eine Rückgabemöglichkeit für den Anleger vorsehen (so bei gelisteten Investmentfonds) und im Laufe des Haltens der Beteiligung lediglich Erträge ausgeschüttet werden. Demnach sind sämtliche Ausschüttungen, die ein (in- oder ausländischer) Investmentfonds vornimmt, als steuerpflichtiger Investmentertrag unter den Kapitaleinkünften zu erfassen.

Sofern (insbesondere ausländische) kapitalistische Private Equity-Fonds – wie üblich – nicht benötigte Liquidität, beispielsweise auf Grund eines erfolgten Exits eines Beteiligungsunternehmens, an die Investoren auskehrt, wäre diese Ausschüttung einschließlich der hierin enthaltenen Anschaffungskosten in voller Höhe steuerpflichtig.

Die Finanzverwaltung und der Gesetzgeber sind sich aussagegemäß dieser Möglichkeit der Substanzbesteuerung bewusst. Eine Änderung der gesetzlichen Regelung ist jedoch derzeit und bis auf weiteres nicht geplant.

■ 2. Lösungsansätze zur Vermeidung einer Substanzbesteuerung

Diesen Risiken der Besteuerung des eingesetzten Kapitals versuchen die Investoren seit einigen Jahren durch entsprechende Vereinbarungen in „side letters“ mit dem jeweiligen Private Equity-Fonds entgegenzutreten. Hierbei haben sich im Wesentlichen die beiden folgenden strukturellen Überlegungen herausgebildet:

a) Verkauf der blockenden Kapitalgesellschaften („HoldCo“)

Oftmals erwirbt ein Private Equity-Fonds die jeweiligen Beteiligungsunternehmen nicht direkt, sondern mittelbar durch Vorschalten einer Erwerbsgesellschaft in Form einer Kapitalgesellschaft („HoldCo“).

Der steuerlich „einfachste“ Weg zur Vermeidung einer Antragspflicht zur Feststellung der steuerneutralen Einlagenrückgewähr (bei EU-Kapitalgesellschaften) oder sogar der (aktuellen) Substanzbesteuerung bei Drittstaaten-HoldCos ist der Verkauf der HoldCo im Rahmen des Exit des Zielunternehmens, das über die betreffende HoldCo gehalten wird.

Eine solche Veräußerung stellt den Abzug der für die HoldCo aufgewendeten Anschaffungskosten sicher, den deutschen Investoren werden hierdurch lediglich die aus dem Verkauf der HoldCo resultierenden Capital Gains zugewiesen. Auf Ebene „gewerblicher“ Investoren in Form von Kapitalgesellschaften unterliegt ein solcher Veräußerungsgewinn zudem (noch) der 95%-igen Steuerbefreiung nach § 8b KStG.

In der Praxis scheitert diese Möglichkeit des Verkaufs der HoldCo jedoch oftmals an den strukturellen Rahmenbedingungen eines Exits. Da für gewöhnlich nicht nur der betreffende Private Equity-Fonds, sondern auch weitere Gesellschafter die Anteile an dem Zielunternehmen halten (und veräußern), ist ein Erwerber in der Regel an der Übernahme der Anteile an diesem Zielunternehmen oder einer etwaig hierüber liegenden Holding interessiert, die jedoch wiederum alle zu erwerbenden Anteile an dem Beteiligungsunternehmen hält. Eine Übernahme einer HoldCo eines einzelnen (mittelbaren) Gesellschafters des Zielunternehmens ist dagegen erfahrungsgemäß für einen Erwerber uninteressant.

b) Anteilsrücknahmen/share redemption

Da der Verkauf einer HoldCo in der Praxis häufig ausscheidet, hat sich das Instrumentarium der Anteilsrücknahme bzw. share redemption im Markt etabliert. Hierfür geben die HoldCos für die einzelnen Investments in die jeweiligen Zielunternehmen jeweils eine gesonderte Anteilsklasse („share class“) aus. Im Falle der

Veräußerung eines Investments wird der Veräußerungserlös nicht von der Hold-Co an den Private Equity-Fonds ausgeschüttet. Stattdessen werden die shares der betreffenden Anteilsklasse zurückgenommen („share redemption“).

Diese Anteilsrücknahme ist steuerlich als Veräußerungsvorgang zu werten. Demnach sind bei Berechnung des Veräußerungsgewinns die Anschaffungskosten, die bei Ausgabe der entsprechenden shares entrichtet wurden, ertragsmindernd in Abzug zu bringen. Somit kann bei der Auskehrung der Veräußerungserlöse aus einem Exit mittels einer Anteilsrücknahme eine ansonsten etwaig eintretende Substanzbesteuerung vermieden werden.

Eine wichtige Voraussetzung zur Anerkennung einer Anteilsrücknahme ist jedoch, dass die Ausgabe und Rücknahme von Anteilen bereits in der Satzung der HoldCo vorgesehen sind und die erforderlichen formalen Prozesse streng beachtet und exakt eingehalten werden. Hierbei sind insbesondere die jeweiligen Beschlüsse zur Ausgabe und Rücknahme der shares sowie die diesbezüglichen Berechnungen der Ausgabe- und Rücknahmepreise detailliert und vollständig zu fassen sowie die entsprechende Dokumentation den deutschen Investoren zur Verfügung zu stellen.

Aktuell stellt die Anteilsrücknahme (auch) für Investmentfonds das einzige geeignete Mittel zur steuerneutralen Rückführung der Einlagen dar. Das Instrumentarium der Anteilsrücknahme hat sich inzwischen vor allem bei Investmentfonds in Luxemburg, aber auch bereits in anderen Jurisdiktionen etabliert.

c) Side Letter und Meldung nach „DAC 6“

Auch auf Grund der oben beschriebenen weiterhin bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Anerkennung einer steuerneutralen Einlagenrückgewähr, drängen insbesondere die deutschen Investoren in Side Letters auf die Umsetzung entsprechender Strukturen, um eine schädliche Substanzbesteuerung zu vermeiden.

Sofern derartige strukturelle Besonderheiten verhandelt werden, sollte in der Folge auch die Anzeigepflicht gemäß des mit Wirkung zum 1.1.2020 in Kraft getretenen Gesetzes zur Einführung einer Pflicht zur Mitteilung grenzüberschreitender

Steuergestaltungen („DAC 6“) beachtet werden (vgl. hierzu unseren Beitrag im FYB FINANCIAL YEARBOOK 2021). In diesen Fällen sind die strukturellen Berater der deutschen Investoren, die die entsprechenden Side Letter verhandeln, ebenso wie die deutschen Investoren selbst, meldepflichtig.

II. Entwicklungen in die falsche Richtung

Neben den zahlreichen steuerlichen Frage- und Problemstellungen, bei denen die Finanzverwaltung beharrlich bei ihrer unzutreffenden Rechtsauffassung bleibt und sich jeglicher Rechtsfortbildung verschließt, eröffnet sie, die Finanzverwaltung, zusammen mit dem Gesetzgeber an anderer Stelle unnötigerweise neue Spielfelder. Ohne Not wird eine jahrelang eingeschwungene und bewährte Praxis verlassen und auf den Kopf gestellt.

■ 1. Umsatzsteuer auf Management Fees

In guter oder besser: schlechter Erinnerung ist vielen von uns noch die Einführung der Belastung der Management Fees mit Umsatzsteuer. In der Praxis wurden über viele Jahre Aufgaben des Managements i.Z.m. Private Equity-Fonds häufig als nicht umsatzsteuerbarer Gesellschafterbeitrag ausgestaltet, bis die Finanzverwaltung mit Wirkung ab 1.1.2008 Beiträge des Managements – unabhängig von der Ausgestaltung – mit Umsatzsteuer belastete.

Diese umsatzsteuerliche Belastung der Management Fee ist kostentreibend auf der Ebene des deutschen Private Equity-Fonds, da dieser selbst nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt ist. Gleichzeitig führt dies für die deutschen Fondsstrukturen zu internationalen Wettbewerbsverzerrungen, da bei ausländischen Strukturen Managementbeiträge nicht mit Umsatzsteuer belastet werden. Die Verlegung des Fonds ins (benachbarte) Ausland sowie die damit teilweise verbundenen Beraterstrukturen führen zu anderen Spielregeln und teilweise leider auch zu anderen massiven Problemen.

Auch die jüngere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EUGH) zur Umsatzsteuerbefreiung bei Investmentfonds hilft nur bedingt weiter, da der deut-

sche Gesetzgeber diese europäisch vorgesehene Umsatzsteuerbefreiung für (Investment)Fonds in § 4 Nr. 8h UStG nur sehr „sparsam“ umgesetzt hat. Es bleibt zu erwarten, dass die Umsatzsteuerbefreiung für deutsche Venture Capital-Fonds (bspw. solche, die dem EUVECA Regime unterliegen), nicht aber für die übrigen deutschen Private Equity-Fonds gewährt werden wird.

■ 2. Aktivierung bzw. Nichtaktivierung von Fondsetablierungskosten

Die Aktivierung bzw. Nichtaktivierung von Fondsetablierungskosten (einschließlich der Management Fees) hatte die Private Equity-Branche – wie im FYB FINANCIAL YEARBOOK 2020 genauer beschrieben – über viele Jahre intensiv beschäftigt. Am Ende eines längeren Prozesses kam es hier weitestgehend zu einem Arrangement mit der Finanzverwaltung und als verträglicher Kompromiss wurde - zumindest in Bayern – das sog. „Münchner Modell“ einer teilweisen und anteiligen Aktivierung vermeintlicher Anschaffungskosten gelebt. Allerdings wurde das Münchner Modell in einigen Bundesländern auch explizit abgelehnt und dort wurde eine umfangreich(er)e Aktivierung von Anschaffungskosten praktiziert.

Nach Ergehen einer richtungsweisenden Entscheidung des BFH im Jahr 2018 i.Z.m. Steuerstundungsmodellen (§ 15b EStG) bestand kurzzeitig Hoffnung, ob der möglichen Aussicht auf eine dann bundeseinheitliche Behandlung zur Aktivierung bzw. Nichtaktivierung von Fondsetablierungskosten. Diese Freude währte leider nur sehr kurz, da durch das Elektromobilität-Gesetz/JStG 2019 die umfassende Aktivierung von Fondsetablierungskosten gesetzlich kodifiziert wurde.

■ 3. Infragestellung vermögensverwaltender Fondsstrukturen?

Das als Fonds-Erlass bekannt gewordene (und noch immer gültige) BMF-Schreiben vom 16.12.2003 hatte die über lange Jahre entwickelten allgemeinen Merkmale zur Abgrenzung einer privaten Vermögensverwaltung zum Gewerbebetrieb in einem Kriterienkatalog zusammengefasst und damit Guidance zur Qualifikation der Einkünfte bei Private Equity-Strukturen gegeben. Auch der BFH hat sich bislang – mit Ausnahme eines sogenannten obiter dictums in einer Entscheidung aus dem Jahr 2011 – nicht näher zur Einkünftequalifikation bei Private Equity-Fonds geäußert.

Im Rahmen der steuerlichen Betriebsprüfungen wurden seit Anfang an die in- und ausländischen Private Equity-Strukturen untersucht und die jeweilige Fondsstruktur anhand der Kriterien des Fonds-Erlasses als vermögensverwaltend oder gewerblich klassifiziert.

In jüngerer Zeit verspüren wir eine zunehmende Tendenz seitens der Betriebsprüfung, selbst eindeutig und unstrittig nach den Kriterien des Fonds-Erlasses als vermögensverwaltend zu qualifizierende (deutsche) Strukturen in die „gewerbliche Ecke zu drängen“. Damit sollen – wie es ein Betriebsprüfer im O-Ton anmerkte – „die an der (vermögensverwaltenden) Personengesellschaft beteiligten Steuerausländer der beschränkten Steuerpflicht in Deutschland unterworfen werden“.

Aus dem Markt sind sogar Fälle bekannt, in denen die Betriebsprüfung (zum Teil mit Unterstützung von Steuerfahndung und Staatsanwaltschaft) versucht, den Ort der Geschäftsleitung ausländischer Private Equity-Fonds nach Deutschland zu ziehen. Bei ausländischen gewerblichen Strukturen führt dies unmittelbar zur beschränkten Steuerpflicht der Steuerausländer, bei ausländischen vermögensverwaltenden Strukturen werden zudem Ansatzpunkte gesucht, den Fonds in die Gewerblichkeit zu drängen, um wiederum die zuvor beschriebene beschränkte Steuerpflicht der Steuerausländer herbeizuführen.

Fazit und Ausblick

In diesem Jahr haben wir zum dreizehnten Mal in Folge einen Beitrag zu einem Tax Compliance-Thema im FYB FINANCIAL YEARBOOK verfasst. Dabei stellen wir fest, dass in einigen steuerlichen Themenkomplexen „nichts mehr fließt“ (sozusagen eine Abkehr von πάντα ῥεῖ – Alles fließt), in anderen Themenbereichen die Flussrichtung nicht stimmt (πάντα ῥεῖ – Alles fließt, aber eben in die falsche Richtung).

Die in den Vorjahren mehrfach geäußerte Hoffnung der Anerkennung der steuerfreien Einlagenrückgewähr bei Drittstaaten-Kapitalgesellschaften bei moderaten und erfüllbaren Nachweiserfordernissen schwebt auch nach vielen Jahren quasi noch immer in Schockstarre. Das finanzielle Risiko für die Finanzverwaltung

steigt permanent und nennenswert, da aktuell nahezu sämtliche uns bekannten Private Equity-Strukturen rückgewährte Einlagen aus Drittstaaten-Kapitalgesellschaften als steuerpflichtige Dividende erklären. Gleichzeitig aber werden die maßgeblichen Steuerbescheide offengehalten, damit bei einer späteren Akzeptanz der steuerfreien Einlagenrückgewähr durch die Finanzverwaltung die Anleger die dafür entrichteten Steuerzahlungen einschließlich der auch für Steuererstattungen nach der Abgabenordnung vorgesehenen Vollverzinsung zurückerhalten.

Auf der anderen Seite werden (aus fiskalpolitischer und Steueraufkommen getriebener Motivation) bestehende Möglichkeiten, Deutschland als Fondsstandort nicht weiter zu schwächen, nicht genutzt. Ansonsten lassen sich die EUGH-seitig eingeräumte, aber nicht genutzte Option zur weiten Umsatzbefreiung von Management Fees bei sämtlichen Private Equity-Strukturen, die vertane Möglichkeit einer systematischen und ausgewogenen gesetzlichen Regelung zur Aktivierung von Fondsetablierungskosten sowie die jüngsten Versuche der Umqualifikation vermögensverwaltender Personengesellschaften nicht erklären.

Und vor dem cineastischen Auge auch dieses Jahr wieder: Bill Murray, am Murmeltiertag in Punxsutawney. Der Wunsch zum Ausbruch aus der wahrnehmbaren und schmerzhaften steuerlichen Zeitschleife bleibt: Wo bleibt Rita (aka Andie MacDowell)?

In diesem Beitrag haben wir zur Vermeidung von Wiederholungen häufig und an vielen Stellen auf Vorjahresbeiträge referenziert. Sofern Sie die genannten FYB FINANCIAL YEARBOOK-Artikel nicht (mehr) zur Hand haben, da bspw. auch ältere Ausgaben des FYB FINANCIAL YEARBOOK vergriffen sind und nicht mehr zur Verfügung stehen, zögern Sie bitte nicht, sich bei uns zu melden, da wir vereinzelte ältere FYB FINANCIAL YEARBOOK-Ausgaben noch vorrätig haben oder Ihnen zumindest den oder die gewünschten Artikel elektronisch zur Verfügung stellen können.

Auf weitere Entwicklungen und ausgewählte aktuelle handels-, steuer- bzw. aufsichtsrechtliche Themen gehen wir gerne im FYB FINANCIAL YEARBOOK 2023 wieder detailliert ein.

christoph.ludwig@blmuc.de | thomas.unger@blmuc.de

Über die Autoren:

CHRISTOPH LUDWIG kam direkt nach seinem BWL-Studium und seiner Assistentenzeit nebst Promotion an der Ludwig-Maximilian-Universität München zur Kanzlei BLL, wo er seit 1998 Partner ist. Christoph Ludwig ist spezialisiert auf die laufende Betreuung nationaler und internationaler Private Equity- und Venture Capital-Fonds und die umfassende Beratung vermögender (Privat)Personen mit unternehmerischem Hintergrund. Das Leistungsspektrum im Private Equity-Bereich umfasst die Erstellung der Jahresabschlüsse und Steuererklärungen für inländische Strukturen sowie umfassender und kompletter gesonderter und einheitlicher Feststellungserklärungen für inländische Gesellschafter ausländischer Private Equity-Fonds einschließlich etwaiger AStG-Erklärungen.

THOMAS UNGER ist spezialisiert auf Tax Compliance für nationale und internationale Private Equity- sowie Venture Capital-Fonds in Form von Direct- und Fund of Fund-Strukturen. Insbesondere umfasst dies die Erstellung der Jahresabschlüsse und Steuererklärungen für inländische Strukturen sowie umfassender und komplexer gesonderter und einheitlicher Feststellungserklärungen für inländische Gesellschafter ausländischer Private Equity-Fonds einschließlich etwaiger AStG-Erklärungen sowie des Weiteren Ankaufsbewertungen nach KAGB sowie Bescheinigungen der Immobilienquote nach InvStG.