

WWW.FYB.DE
GERMAN EDITION

FYB

FINANCIAL
YEARBOOK GERMANY/EU
2024



PRIVATE EQUITY UND
CORPORATE FINANCE

ALTERNATIVE
FINANZIERUNGSFORMEN –
DAS NACHSCHLAGEWERK
FÜR UNTERNEHMER UND
INVESTOREN

FOR YOUR BUSINESS

21 *Jahre* —
FYB FINANCIAL
YEARBOOK



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

DR. CHRISTOPH LUDWIG | BLL

Ist Private Equity Teufelszeug?

Die Hoffnung stirbt zuletzt. In den letzten Beiträgen im FYB FINANCIAL YEARBOOK 2020: „Πάντα ῥεῖ – Alles fließt!“, „Wenig fließt in die richtige Richtung!“ (FYB FINANCIAL YEARBOOK 2022) bzw. „Ausbruch aus einer vermeintlichen Zeitschleife“ (FYB FINANCIAL YEARBOOK 2023) waren wir hinsichtlich einer (Rückkehr zu einer) systematischen bzw. dogmatisch zutreffenden Besteuerung von Private Equity grundsätzlich noch immer hoffnungsvoll und optimistisch gestimmt.

Nachdem wir uns viele Entwicklungen der letzten Jahre aber nochmals genauer vor Augen geführt haben und nicht zuletzt auch aufgrund des kürzlich erschienenen Artikels „Operation Luxemburg“ in einem bekannten deutschen Wirtschaftsmagazin macht sich mittlerweile allerdings eine gewisse Resignation breit. Auch unserem im letzten Jahr noch vorsichtig geäußerten Wunsch nach einer schlichten Akzeptanz der vom Bundesfinanzhof (BFH), der höchsten deutschen Finanzgerichtsbarkeit, entwickelten Rechtsprechung zur Einlagenrückgewähr bei Drittstaaten-Kapitalgesellschaften wurde leider wie befürchtet nicht entsprochen, doch dazu später mehr und der Reihe nach.

Unsere Kanzlei beschäftigt sich nunmehr bereits seit mehr als 27 Jahren mit den vielfältigen Themen rund um Tax Compliance für Private Equity-Fonds sowie deren (deutsche) Gesellschafter. Zur Erstellung dieses Beitrags haben wir uns die „Dauerbrenner“ im Bereich der Besteuerung, wie insbesondere die Einkünftequalifikation bei Private Equity- und Venture Capital-Fonds, die steuerliche Behandlung des Carried Interest bei den Carryholdern und auf der Ebene des Private Equity-Fonds, die Thematik der Umsatzsteuer auf Managementgebühren und natürlich auch die (zwingend erforderliche) Steuerneutralität von Kapitalrückzahlungen aus EU- und Drittstaaten-Kapitalgesellschaften und deren jeweils wechselhafte Entwicklungen in den vergangenen Jahren, angeschaut und haben uns bei dieser Gelegenheit dann noch einmal bewusst gemacht, wie alles bei uns begann.



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

THOMAS UNGER | BLL

2

I. Wie alles begann

Im Sommer 1996 kamen wir erstmalig mit Private Equity in Berührung: Eine Gruppe deutscher Investoren hatte ein paar Monate zuvor einen US-amerikanischen Private Equity-Fund-of-Fund in der Rechtsform einer Delaware Limited Partnership gezeichnet und unsere Kanzlei hatte den Auftrag erhalten, für dieses Engagement der deutschen Investoren den erforderlichen Steuerklärungspflichten in Deutschland nachzukommen. Zu diesem Zeitpunkt gab es zur Thematik Private Equity weder gesetzliche Regelungen noch autoritative Anweisungen der Finanzverwaltung oder steuerliches Schrifttum. Vereinzelte Veröffentlichungen waren seinerzeit lediglich am Lehrstuhl für Bankwirtschaft bekannt und erhältlich, die über eine neue (Eigenkapital-)Finanzierungsform durch Risikokapital in Form von Private Equity vornehmlich in den USA berichteten.

Mangels anderer Alternativen erfolgte die Bearbeitung dieser Aufgabenstellung seinerzeit schlichtweg durch eine systematische und dogmatische Herangehensweise an die verschiedenen zu lösenden Fragestellungen sowie durch den Austausch mit dem seinerzeit strukturierenden Anwalt, der übrigens heute noch zu den Urgesteinen der steuerlichen Private Equity-Praxis zählt.

Die Einkünfte aus der zitierten Private Equity-Struktur waren in den USA nicht steuerpflichtig, etwaig auf Dividendeneinkünfte einbehaltene Withholding Taxes (Quellensteuern) wurden im Einklang mit dem DBA in Deutschland angerechnet. Die Qualifikation der Einkünfte nach deutschem Steuerrecht erfolgte nach den allgemeinen Grundsätzen der Abgrenzung der privaten Vermögensverwaltung von der Gewerblichkeit (die dann auch später Einzug in das entsprechende BMF-Schreiben vom 16. Dezember 2003, den sog. Fonds-Erlass, gefunden haben). Die Ermittlung der Einkünfte erfolgte grds. nach deutschem Steuerrecht und der deutschen Steuerrechtssystematik, da die US-amerikanischen K-1 Statements die Sachverhalte natürlich nach US-Steuerrecht abbilden. Abzugspositionen i.Z.m. Einkünften aus Kapitalvermögen (bei vermögensverwaltenden Strukturen) wurden pauschaliert und nach Absprache mit der Finanzverwaltung als prozentualer

Abzug bei den laufenden Einkünften berücksichtigt. Waren mehrere deutsche Feststellungsbeteiligte investiert, wurde für diese Gruppe der inländischen Feststellungsbeteiligten eine gesonderte und einheitliche Feststellungserklärung für diese im Ausland erzielten, aber im Inland steuerpflichtigen Einkünfte erstellt und eingereicht. Für etwaige Ausschüttungen aus (zwischengeschalteten) Kapitalgesellschaften wurde analog der Vorgehensweise bei inländischen Kapitalgesellschaften eine entsprechende Schattenrechnung erstellt und im Sinne der deutschen Verwendungsreihenfolge eine Ausschüttung bis zur Höhe des Vorjahresgewinns als steuerpflichtige Dividende und darüber hinausgehende Ausschüttungen als steuerfreie Einlagenrückgewähr behandelt. Soweit so gut und letztlich auch gar nicht so schlecht.

II. Wo stehen wir heute?

1) Vermögensverwaltung oder Gewerblichkeit?

Die Abgrenzung der privaten Vermögensverwaltung zum Gewerbebetrieb bei der Qualifikation der Einkünfte von in- und ausländischen Private Equity- und Venture Capital-Fondsstrukturen ist bei jeder personalistischen Fondsstruktur vorzunehmen und zählte auch von Anfang an und noch immer zu den Dauerbrennern in diesem Bereich. Im FYB FINANCIAL YEARBOOK 2022 hatten wir über die Tendenz berichtet, wonach einzelne Betriebsprüfer selbst eindeutig und unstrittig nach den Kriterien des sog. Fonds-Erlasses als vermögensverwaltend zu qualifizierende (deutsche) Strukturen in die „gewerbliche Ecke“ zu drängen versuchten. Ein konkreter Fall in unserem Haus, in dem ein Betriebsprüfer wörtlich „die an der (vermögensverwaltenden) Personengesellschaft beteiligten Steuerausländer der beschränkten Steuerpflicht in Deutschland unterwerfen wollte“, konnte zwischenzeitlich – wie bereits im FYB 2023 berichtet – erfreulicherweise ohne Änderung der vermögensverwaltenden Einkünftequalifikation abgeschlossen werden.

Unsere letztjährig noch vorsichtig geäußerte Wahrnehmung nach einer Beruhigung in dieser Thematik war offensichtlich etwas trügerisch bzw. voreilig, wie auch der eingangs zitierte Artikel „Operation Luxemburg“ deutlich aufzeigt.

Mittlerweile gibt es zahlreiche aus dem Markt bekannte Fälle, in denen die Betriebsprüfung des Finanzamtes München (häufig mit Unterstützung von Steuerfahndung und Staatsanwaltschaft) versucht, den Ort der Geschäftsleitung ausländischer Private Equity-Fonds nach Deutschland zu ziehen. Bei bisher ausländischen Strukturen zieht dies im Regelfall erhebliche umsatzsteuerliche Konsequenzen nach sich und führt bei gewerblichen Strukturen auch unmittelbar zur beschränkten Steuerpflicht der Steuerausländer in Deutschland.

2) Carried Interest bei vermögensverwaltenden Private Equity-Fonds

Die steuerliche Behandlung des Carried Interest beim Carry-Berechtigten sowie beim vermögensverwaltenden bzw. gewerblichen Private Equity-Fonds und deren Gesellschaftern hatten wir im FYB 2020 (S. 26 ff) bereits ausführlich vorgestellt.

Bei vermögensverwaltenden Private Equity-Fonds ist der Carried Interest für den Carryholder seit 2004 bei Einhaltung bestimmter Voraussetzungen gesetzlich privilegiert und die Besteuerung erfolgt nach dem sog. Teileinkünfteverfahren (wonach 40% dieser Einkünfte steuerfrei sind). Nachdem die Finanzverwaltung die disproportionale Ergebnisverteilung bei vermögensverwaltenden Private Equity-Fonds nicht anerkennt, versteuern die Fondsanleger – sofern es sich um natürliche Personen handelt – allerdings ihren kapitalgewichteten Anteil an den Veräußerungsgewinnen, Dividenden und Zinsen. Aufgrund des gesetzlichen Abzugsverbotes für Werbungskosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen darf der an den oder die Carry-Berechtigten geflossene Carried Interest (den die Finanzverwaltung als Tätigkeitsvergütung sieht, die im Wege eines abgekürzten Zahlungsweges geleistet wird) dann aber nicht einkünftemindernd berücksichtigt werden und es kommt folglich insoweit zu einer Besteuerung der identischen Einkünfte. Lediglich im Falle direkter Veräußerungstatbestände ist der hierauf entfallende Carried Interest als abzugsfähige Veräußerungskosten von der Finanzverwaltung bisher akzeptiert worden.

Zu einem anderen Ergebnis hingegen gelangt das FG München. In seinem Urteil vom 17. Dezember 2020 führt das Gericht aus, dass es sich beim Carried Interest um einen Gewinnanteil (und nicht um eine Tätigkeitsvergütung) der Carry-Berechtigten handelt und die Investoren lediglich um diese Gewinnvorteile gemin-

derte Einkünfte erzielen. Erwartungsgemäß hat die Finanzverwaltung diese Finanzgerichtsentscheidung nicht akzeptiert und Revision beim BFH eingelegt, die dort unter dem Aktenzeichen VIII R 3/21 geführt wird.

Im Hinblick auf diese anstehende Entscheidung hilft der Private Equity-Branche möglicherweise ein bereits in 2018 ergangenes Urteil (Aktenzeichen VIII 11/16), in dem der BFH die disproportionale Ergebnisverteilung auf der Ebene des (gewerblichen) Private Equity-Fonds im Rahmen eines *obiter dictums* bereits anerkannt hat.

Erfreulicherweise fällt das Revisionsverfahren des FG München i.Z.m. der disproportionalen Ergebnisverteilung bei vermögensverwaltenden Private Equity-Fonds ebenfalls in den Zuständigkeitsbereich des VIII. Senats beim BFH. Sofern dieser Senat an seinem Gedanken und seiner Rechtsauffassung i.Z.m. mit den gewerblichen Private Equity-Fonds festhält, könnte der Carried Interest auch bei vermögensverwaltenden Private Equity-Fonds als Ergebnisverteilung anerkannt und damit in der Bemessungsgrundlage der Anleger gekürzt werden.

3) Umsatzsteuer auf Management Fees – Umsatzsteuerbefreiung nur für Wagniskapitalfonds?

Mit der Anerkennung einer generellen Umsatzsteuerbefreiung für Managementbeiträge bei Private Equity- und Venture Capital-Strukturen kann sich die Finanzverwaltung offensichtlich nach wie vor nicht anfreunden. Mit Wirkung ab 1.1.2008 hatte die Finanzverwaltung zunächst sämtliche Beiträge des Managements – mit der Ausnahme einer rein ergebnisabhängigen Vergütung – unabhängig von der Ausgestaltung zunächst mit Umsatzsteuer belastet. Erst im Jahr 2021 wurde mit dem Gesetz zur Stärkung des Fondsstandorts Deutschland eine Umsatzsteuerbefreiung für die Verwaltung von Wagniskapitalfonds gesetzlich verankert. Die Finanzverwaltung unterstützt aussagegemäß diese Zielsetzung des Fondsstandortgesetzes, den Fondsstandort Deutschland auch durch steuerliche Maßnahmen zu stärken und insbesondere junge Wachstumsunternehmen über Wagniskapitalbeteiligungen zu fördern. Wie im letztjährigen FYB 2023 (S. 39 ff) bereits detailliert ausgeführt, hatte die Finanzverwaltung die Voraussetzungen der Umsatzsteuerbefreiung für Wagniskapitalfonds im BMF-Schreiben vom 24. Juni 2022 entsprechend konkretisiert.

Damit sind unsere schon im FYB 2022 geäußerten Befürchtungen, dass möglicherweise nur (bestimmte) Venture Capital- und EuVECA-Fonds in den Genuss der Umsatzsteuerbefreiung kommen, eingetreten. Sofern die Finanzverwaltung allerdings nicht nur junge Wachstumsunternehmen im Speziellen, sondern den Fondsstandort – wie mit dem Fondsstandortgesetz angestrebt – insgesamt stärken und derzeit bestehende Standortnachteile für Deutschland beseitigen möchte, ist die Erweiterung der Umsatzsteuerbefreiung auf die Verwaltung sämtlicher Private Equity- und Venture Capital-Fonds zwingend erforderlich.

Letztlich scheint der Gesetzgeber diesen Aspekt der Standortförderung doch noch verstanden zu haben. Ein vorliegender Entwurf des Zukunftsfinanzierungsgesetzes, den die Bundesregierung am 16. August 2023 verabschiedet hat, sieht insbesondere eine Ausweitung der Umsatzsteuerbefreiung für die Verwaltung von Fonds auf sämtliche Alternativen Investmentfonds vor. Die bisher eingeschränkte Anwendung nur auf die o.a. ausgewählten Fondsklassen sollte demnach auf alle Venture Capital- und Private Equity-Fonds ausgeweitet werden. Dieser Gesetzentwurf ist längst überfällig und würde nun endlich einen gravierenden Nachteil des Fondsstandorts Deutschland beheben. Es bleibt zu hoffen, dass dieses Gesetz nun auch zeitnah und ohne weitere Einschränkungen verabschiedet wird.

4) Einlagenrückgewähr bei Drittstaaten-Kapitalgesellschaften

Für die 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, hatten wir Sie ebenfalls in den letzten Jahren in verschiedenen Beiträgen im FYB FINANCIAL YEARBOOK intensiv sensibilisiert (vgl. hierzu unsere Artikel in den FYB 2019 – 2023).

Betroffen sind davon im Wesentlichen (nach wie vor bzw. wieder)

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

Für die Einlagenrückgewähr bei Drittstaaten-Kapitalgesellschaften keimte nach Veröffentlichung des entsprechenden BMF-Schreibens im vergangenen Jahr (BMF-Schreiben vom 21. April 2022) zunächst eine gewisse Hoffnung auf. Die Finanzverwaltung schien nach jahrelangem Zögern die gefestigte Rechtsprechung des BFH zur Steuerfreiheit der Einlagenrückgewähr aus Drittstaaten-Kapitalgesellschaften endlich anzuerkennen und auch den vom BFH skizzierten Lösungsweg für alle noch offenen Fälle i.Z.m. der Einlagenrückgewähr aus Drittstaaten-Kapitalgesellschaften zu akzeptieren. Hinsichtlich der einzelnen seitens der Finanzverwaltung geforderten Voraussetzungen für die Anerkennung der Steuerfreiheit der Einlagenrückgewähr bei Drittstaaten-Kapitalgesellschaften verweisen wir zur Vermeidung von Wiederholungen auf unseren Beitrag im FYB FINANCIAL YEARBOOK 2023 (S. 39 ff).

Seinerzeit schien sich noch ein (möglicher) Ausbruch aus dieser jahrelangen Zeitschleife der Steuerpflicht von Nennkapitalrückzahlungen und Rückzahlungen von nicht in das Nennkapital geleisteten Einlagen abzuzeichnen. Allerdings währte diese Freude nur für kurze Dauer und die Hoffnung, die zukünftigen Fälle vereinfacht(er) bearbeiten sowie die zwischenzeitlich zahlreich angestauten Fälle nunmehr schrittweise und case by case zugunsten der Steuerpflichtigen auflösen zu können, wurde nicht bzw. nur teilweise erfüllt.

Für die Rückzahlung von Nennkapital und nicht in das Nennkapital geleisteten Einlagen bei Drittstaaten-Kapitalgesellschaften für nach dem 31. Dezember 2022 erbrachte Leistungen hat der Gesetzgeber im Jahressteuergesetz 2022 die nach der (vorübergehenden) Akzeptanz der höchstrichterlichen Rechtsprechung entstandenen formellen Unterschiede hinsichtlich des Feststellungsverfahrens und der gesetzlichen Ein-Jahres-Ausschlussfrist bei EU- und Drittstaaten-Kapitalgesellschaften beendet und die Leistungen von Drittstaaten-Kapitalgesellschaften den identischen Antragsvoraussetzungen und Ausschlussfristen analog der EU-Kapitalgesellschaften unterworfen. Unserem im letztjährigen Beitrag im FINANCIAL YEARBOOK geäußerten Wunsch, die sperrigen Regelungen und Anforderungen zur Einlagenrückgewähr bei EU-Kapitalgesellschaften zu entrümpeln und die Behandlung analog der vom BFH für Drittstaaten-Kapitalgesellschaften aufgezeigten Lösung zu vereinfachen, wurde somit leider nicht entsprochen. Stattdessen wurden – wie befürchtet – die bisherigen gesetzlichen Regelungen der

Einlagenrückgewähr für EU-Kapitalgesellschaften schlichtweg auch auf Drittstaaten-Kapitalgesellschaften ausgedehnt.

Daher können Drittstaaten-Kapitalgesellschaften die Steuerneutralität einer Einlagenrückgewähr für Nennkapitalrückzahlungen und Rückzahlungen von nicht in das Nennkapital geleisteten Einlagen nicht mehr auf der Basis der von der Rechtsprechung entwickelten (und vom BMF vorübergehend akzeptierten) vereinfachten Vorgehensweise herstellen, sondern müssen die bereits geltenden gesetzlichen Vorgaben analog der Anträge auf Feststellung der Einlagenrückgewähr bei EU-Kapitalgesellschaften erfüllen. Auf die Herausforderungen, dann wiederum dem Bundeszentralamt für Steuern (BZSt) diese umfangreichen und detaillierten Nachweise und Dokumentationen vorzulegen und die in der Praxis bestehenden Schwierigkeiten – bei oftmals geringen Beteiligungsquoten oder auch aufgrund des bestehenden Datenschutzes – diese Unterlagen zu beschaffen, hatten wir in verschiedenen früheren Beiträgen (FYB FINANCIAL YEARBOOK 2019 (S. 21 ff) und 2022 (S. 43 f) bereits hingewiesen.

Leider gestaltet sich aber auch die erhoffte Auflösung der zwischenzeitlich zahlreich angestauten Fälle in weiten Teilen schwieriger als erwartet. Zurückzuführen ist dies auf die seitens der Finanzverwaltung im Einzelnen geforderten und im entsprechenden BMF-Schreiben aufgeführten Unterlagen und Nachweise, über die wir im FYB FINANCIAL YEARBOOK 2023 (S. 39 ff) bereits detailliert berichtet hatten. Praktische (Beschaffungs-)Schwierigkeiten ergeben sich insbesondere hinsichtlich der seitens der Finanzverwaltung geforderten Beschlüsse und Nachweise (Kontoauszüge) über die geleistete Ausschüttung sowie der ausländischen Bilanz der die Leistung erbringenden Gesellschaft. Häufig ist die Fassung entsprechender Beschlüsse oder auch die Erstellung einer Bilanz im ausländischen Rechtssystem nicht vorgesehen bzw. erforderlich und demzufolge können diese Unterlagen für die bereits abgelaufenen Veranlagungszeiträume auch nicht bereitgestellt werden. Im Einzelfall macht die Finanzverwaltung zudem von der im BMF-Schreiben eingeräumten Möglichkeit Gebrauch, weitere Angaben, Unterlagen oder Nachweise anzufordern.

Unverständlich und kaum nachvollziehbar ist die Nichtanerkennung der Steuerfreiheit von Nennkapitalrückzahlungen und Rückzahlungen von nicht in das

Nennkapital geleisteten Einlagen dann aber vor allem bei bereits vollständig abgewickelten Private Equity-Fonds. Bei einer vollabgewickelten Private Equity-Struktur lässt sich recht einfach ermitteln, in welcher Höhe Einzahlungen geleistet und in welcher Höhe Rückzahlungen erfolgt sind. Sofern die kumulierten Rückzahlungen höher sind als die Summe der geleisteten Einzahlungen und diese positive Differenz über die Laufzeit der Struktur bereits versteuert wurde, gibt es kein Erfordernis, bspw. aufgrund eines nicht existierenden Beschlusses, die Rückzahlung von Nennkapital bzw. von nicht in das Nennkapital geleisteten Einlagen einer unsystematischen Substanzbesteuerung zu unterwerfen.

5) Aktivierung (bzw. Nichtaktivierung) von Fondsetablierungskosten i.S.d. § 6e EStG

Die Thematik der Aktivierung (bzw. Nichtaktivierung) von sog. Fondsetablierungskosten durch das Elektromobilitätsgesetz/JStG 2019 hatten wir im FYB 2020 (S. 28 ff) bereits genauer beleuchtet. Zur Vermeidung von Wiederholungen und im Hinblick auf die sich anschließenden Ideen und Vorschläge wird an dieser Stelle lediglich nochmals auf die (rückwirkende!) Anwendung dieser gesetzlichen Neuregelung in derzeit allen laufenden Betriebsprüfungen hingewiesen.

III. Es wäre doch eigentlich so einfach

Gebrauchshinweis: Dieser Teil enthält neben systematischen und dogmatischen Lösungsansätzen auch möglicherweise progressive Ideen!

Mit den nachfolgenden systematischen und steuerlich dogmatischen Lösungsansätzen wird der Versuch unternommen, die zuvor aufgezeigten steuerlichen Knoten aufzuknüpfen und bestehenden Widrigkeiten und Unwuchten, die teilweise ineinander greifen und sich wechselseitig beeinflussen, idealerweise zu beenden.

Erforderlich dafür sind natürlich Mut und auch der Wille zur einer Veränderung in diese Richtung. Private Equity ist keine deutsche Errungenschaft und keine deutsche Erfindung, die Ursprünge liegen im angelsächsischen Bereich. Ein Blick

über den eigenen Tellerrand hinaus und die Beschäftigung mit der Behandlung dieses Themenbereichs im Ausland könnte möglicherweise gute Hilfestellung leisten. Nach jahrelangem Hin und Her bei dem einen oder anderen Thema gewinnt man den Eindruck, dass Venture Capital gut ist und Private Equity die bösen Heuschrecken sind. Diejenigen, die sich bereits länger mit Private Equity und Venture Capital beschäftigen, erinnern sich nur zu gut an diese unsägliche Äußerung eines damaligen Parteivorsitzenden im Jahr 2005, die seinerzeit völlig unfundiert in den Raum gestellt wurde, leider aber wohl noch immer in einigen Köpfen geistert.

Zur progressiven Idee und den systematischen und dogmatischen Lösungsvorschlägen im Einzelnen:

1) Abschaffung der Abgrenzung zwischen privater Vermögensverwaltung zur Gewerblichkeit bei Private Equity-Fonds

Über den Fonds-Erlass, der im Dezember 2023 sein 20-Jähriges feiert/e, wurde bereits häufig und viel geschrieben und auch wir hatten uns damit in unserem ersten Beitrag im FYB 2010 ausführlich beschäftigt. Über die Laufzeit ist der Fonds-Erlass sicherlich in die Jahre gekommen und kann demzufolge die facettenreiche Ausgestaltung i.Z.m. den Private Equity-Strukturen nicht mehr vollständig abdecken.

Aus diesem Grund machen wir an dieser Stelle einen progressiven Vorschlag für einen mutigen Schritt:

■ Einordnung und Behandlung sämtlicher Private Equity-Fonds als private Vermögensverwaltung

In Anlehnung an die internationale Besteuerungspraxis wären dann personalistisch ausgestaltete Private Equity-Fonds vollständig transparent mit dem Ergebnis, dass jeder Anleger an seinem Wohnort bzw. dem Sitz der investierenden Gesellschaft besteuert wird. Für Steuerausländer entfiel in diesem Fall auch das ansonsten stets drohende Damoklesschwert einer inländischen beschränkten Steuerpflicht, da es dann nicht mehr zu einer Umqualifikation eines vermögensverwaltenden Private Equity-Fonds in eine Gewerblichkeit kommen könnte. Im

Ergebnis steigt damit auch die Wahrscheinlichkeit, dass mehr Fondsstrukturen im Inland entstehen und auch mehr Steuerausländer dann in diese (geschützten) deutschen Strukturen investieren. Letztlich zahlt dies dann auch sehr stark auf den Faktor Deutschland als Fondsstandort ein und vermeidet auch steueraufkommensgetriebene Diskussionen um den Ort der Geschäftsleitung.

2) Carried Interest bei (vermögensverwaltenden) Private Equity-Fonds

■ Behandlung des Carried Interest als reinen Ergebnisanteil

Wird der Carried Interest als Ergebnis- bzw. Gewinnanteil (und nicht als eine Tätigkeitsvergütung) bei den Carry-Berechtigten behandelt, werden den Investoren sachlogisch lediglich die um diese Ergebnis-/Gewinnvorteile geminderten Einkünfte zugerechnet und bei diesen der Besteuerung unterworfen. Die zuvor beschriebenen Unwuchten der derzeit noch praktizierten kapitalgewichteten Zurechnung der Einkünfte beim Anleger bei vermögensverwaltenden Private Equity-Fonds und die daraus insoweit resultierende doppelte Besteuerung der identischen Einkünfte beim Carryholder könnte damit systematisch vermieden und die gesellschaftsvertraglich vorgesehene Zurechnung auch steuerlich zutreffend abgebildet werden.

3) Umsatzsteuer auf Management Fees

■ Erweiterung der Umsatzsteuerbefreiung auf die Verwaltung sämtlicher Private Equity- und Venture Capital-Fonds

Sofern die Finanzverwaltung nicht nur junge Wachstumsunternehmen im Speziellen, sondern den Fondsstandort – wie mit dem Fondsstandortgesetz angestrebt – insgesamt stärken und derzeit bestehende Standortnachteile für Deutschland beseitigen möchte, ist die Erweiterung der Umsatzsteuerbefreiung auf die Verwaltung sämtlicher Private Equity- und Venture Capital-Fonds zwingend erforderlich.

Eine umfassende Umsatzsteuerbefreiung für die Management Fees sämtlicher Private Equity- und Venture Capital-Fonds könnte darüber hinaus die Abwande-

rung von Private Equity-Fonds in das benachbarte oder auch fernere Ausland vermeiden, da bei einer generellen Umsatzsteuerbefreiung die derzeit – im Vergleich zu ausländischen Strukturen bestehenden Wettbewerbsnachteile – ausgeräumt werden und dann nicht mehr bestehen. Auch diese Umsetzung unionsrechtlich gebotener Vorgaben zahlt auf den Fondsstandort Deutschland ein und auch für diesen Themenkomplex verliert die Diskussion um den Ort der Geschäftsleitung ihre Bedeutung.

Mit dem Entwurf des Zukunftsfinanzierungsgesetzes vom 16. August 2023 stellt sich der Gesetzgeber nun endlich dieser Anforderung und beabsichtigt, die Umsatzsteuerbefreiung für die Verwaltung von Fonds auf sämtliche Alternativen Investmentfonds auszuweiten. Sofern dieser Entwurf nun in der Folge auch die parlamentarischen Gremien ohne Änderungen durchläuft, wäre zumindest in diesem Punkt endlich etwas Vernunft eingekehrt.

4) Einlagenrückgewähr bei EU- und Drittstaaten-Kapitalgesellschaften

■ **Umfassende Steuerfreiheit für die Einlagenrückgewähr bei EU- und Drittstaaten-Kapitalgesellschaften auf der Grundlage vereinfachter belastbarer Nachweise**

Das Verfahren und die Nachweiserfordernisse für die Erlangung der Steuerfreiheit von Nennkapitalrückzahlungen und Rückzahlungen von nicht in das Nennkapital geleisteten Einlagen bei EU-Kapitalgesellschaften waren schon bisher und sind nach wie vor sperrig und aufwendig. Für die Einlagenrückgewähr aus Drittstaaten-Kapitalgesellschaften hatte der BFH – nach vorheriger grundsätzlicher Nichtanerkennung einer Steuerfreiheit durch die Finanzverwaltung – bereits frühzeitig in mehreren Urteilen eine sinnvolle Systematik und Vorgehensweise aufgezeigt, die sich als sehr praktikabel erwiesen hätte, sofern die Finanzverwaltung die Nachweishürden nicht synthetisch in die Höhe geschraubt hätte.

Dennoch werden aus dem Markt weitere Fälle bekannt, in denen die Betriebsprüfung (immer häufiger mit Unterstützung von Steuerfahndung und Staatsanwaltschaft) versucht, den Ort der Geschäftsleitung ausländischer Private

Equity-Fonds nach Deutschland zu ziehen. Bei bisher ausländischen Strukturen zieht dies im Regelfall erhebliche umsatzsteuerliche Konsequenzen nach sich und führt bei gewerblichen Strukturen auch unmittelbar zur beschränkten Steuerpflicht der Steuerausländer in Deutschland.

Dem weltweit geltenden Grundsatz folgend, wonach Erträge grds. steuerpflichtig und der sog. Return of Capital, d.h. auch Nennkapitalrückzahlungen und Rückzahlungen von nicht in das Nennkapital geleiteten Einlagen, steuerfrei sind, sollte die Brücke, die der BFH geschlagen hatte, beschritten werden. Demzufolge gilt es, das sperrige Verfahren zur Beantragung der steuerfreien Einlagenrückgewähr für EU-Kapitalgesellschaften zu entrümpeln und analog der vom BFH vorgeschlagenen Vorgehensweise für die Einlagenrückgewähr bei Drittstaaten-Kapitalgesellschaften zu behandeln.

Die Höhe des ausschüttbaren Gewinns (und damit auch die Höhe der Einlagenrückgewähr) sollte für alle ausländischen Kapitalgesellschaften nach dem jeweiligen ausländischen Handels- und Gesellschaftsrecht (bei dem Beschlussfassungen bzw. die Aufstellung von Bilanzen nicht zwingend gefordert werden) unter Berücksichtigung der allgemeinen deutschen Grundsätze zur Verwendungsfiktion, d.h. einer nachrangigen Rückgewähr von Einlagen, ermittelt werden. In diesem Fall gelten – analog der nationalen Regelung für inländische Kapitalgesellschaften – zunächst Gewinne der ausländischen Kapitalgesellschaft als ausgeschüttet und führen insoweit zu steuerpflichtigen Dividenden. Nur soweit die Leistungen einen ausschüttbaren Gewinn übersteigen, liegt eine steuerneutrale Einlagenrückgewähr vor.

Nur so lassen sich die derzeit bestehenden Herausforderungen aufgrund teilweise nicht erbringbarer Nachweise für die betroffenen Steuerpflichtigen und deren steuerliche Berater meistern. Gleichzeitig wird damit auf der anderen Seite aber auch das BZSt entlastet, das aufgrund der bereits zahlreichen vorhandenen Aufgaben sowie der aktuell zusätzlich zugewiesenen Zuständigkeiten bei bereits bisher sehr dünner Personaldecke nahezu nicht in der Lage ist, bspw. die Anträge auf Steuerfreiheit bei der Rückzahlung von Nennkapital und nicht in das Nennkapital geleisteten Einlagen bei EU-Kapitalgesellschaften in einem vernünftigen und akzeptablen Zeitrahmen zu bescheinigen.

5) Aktivierung (bzw. Nichtaktivierung) von Fondsetablierungskosten i.S.d. § 6e EStG

■ Keine gesetzliche Rückwirkung bei der Aktivierung von Fondsetablierungskosten oder sonstigen gesetzlichen Änderungen

Bei dieser gesetzlichen Neuregelung zur Aktivierung von Fondsetablierungskosten bleibt natürlich ein massives Störgefühl, da die Finanzverwaltung in sämtlichen laufenden Betriebsprüfungen die Aktivierung der Fondsetablierungskosten rückwirkend für alle noch offenen Fälle vornimmt. Im steuerlichen Schrifttum wird seit jeher berechtigter Weise Kritik an der rückwirkenden Anwendung gesetzlicher Änderungen geäußert. Daher rührt auch der Wunsch und die Hoffnung, dass die Rechtsprechung auch diesem Rückwirkungsversuch der Finanzverwaltung (erneut) eine Absage erteilt und die gesetzliche Neuerung erst mit der Kodifizierung im Gesetz und damit zu einem verträglicheren Zeitpunkt umgesetzt und angewendet wird.

IV. Fazit und Ausblick

In diesem Jahr haben wir zum fünfzehnten Mal in Folge einen Beitrag zu Themen der laufenden Tax Compliance im FYB FINANCIAL YEARBOOK verfasst. Dabei stellen wir fest, dass sich die Finanzverwaltung noch stärker und intensiver mit Private Equity und Venture Capital beschäftigt, sich aber weiter von der Branche und der Akzeptanz derer Usancen entfernt.

Die Chance zur Ausdehnung der vom BFH aufgezeigten Vorgehensweise für die Anerkennung der steuerfreien Einlagenrückgewähr bei Drittstaaten-Kapitalgesellschaften auch auf EU-Kapitalgesellschaften wurde leider nicht genutzt. Stattdessen wurden sogar die Anerkennungsvoraussetzungen im Rahmen der Abarbeitung der zahlreich aufgelaufenen Altfälle bei der Einlagenrückgewähr von Drittstaaten-Kapitalgesellschaften synthetisch in die Höhe getrieben.

Wir können uns noch sehr gut daran erinnern, dass zu Beginn unserer Beschäftigung mit den Tax Compliance-Aufgaben für in- und ausländische Private Equity-

Manager diese aufgrund der Erfahrung und der Aufgeschlossenheit der Münchner Finanzverwaltung gegenüber Private Equity sehr froh waren, sofern die Zuständigkeit für deren Private Fonds im Verantwortungsbereich der Münchner Finanzverwaltung lag. Nach der (umgekehrten) Devise von „Paulus zum Saulus“ steigen aber nicht zuletzt aufgrund der „Operation Luxemburg“ mittlerweile die Vorbehalte gegen eine örtliche Zuständigkeit der Münchner Finanzbehörden.

Auch 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/oder nicht (mehr) zur Verfügung stehen, zögern Sie bitte nicht, sich bei uns zu melden. Wir haben vereinzelte ältere FYB -Ausgaben noch vorrätig oder können Ihnen zumindest den oder die gewünschten Artikel elektronisch zur Verfügung stellen.

Auf weitere Entwicklungen und ausgewählte aktuelle handels-, steuer- bzw. aufsichtsrechtliche Themen gehen wir gerne im FYB FINANCIAL YEARBOOK 2025 wieder detailliert ein.

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

Über die Autoren:

DR. 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 komplexer 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.