

PRIVATE EQUITY MAGAZIN

Jahresband 2018

Schwerpunkte in dieser Ausgabe

- Trends und Entwicklungen im deutschen und europäischen Private Equity-Markt
- Neues zum Fonds-Aufsichtsrecht
- Aktuelles zu Managementbeteiligungen
- Kartellrecht & Investitionskontrolle
- Erbschaftsteuer und Nachfolge
- Krypto / ICO und Steuern

Impressum

Private Equity Magazin
Jahresband 2018

ISBN 978-3-9821297-0-9
Verlag Private Equity Magazin
Hrsgb. P+P-Training GmbH

Redaktion
Tarek Mardini (V.i.S.d.P., Bereich Private Funds, Projektleitung)
Nadine Ackermann (Projektleitung)
Dr. Tim Junginger (Bereich M&A)
Verena Hang (Bereich Tax)
Andrea Diederich (Redaktion)
Patrick Brockmann (Gestaltung)

Das Private Equity Magazin ist ein Angebot der

P+P Training GmbH
Färbergraben 18
80331 München
Tel.: +49 (0)89 24240-131
Fax: +49 (0)89 24240-999
E-Mail: info@pptraining.de

Vertreten durch die Geschäftsführer: Dr. Georg Greitemann, Dr.
Benedikt Hohaus, Jens Hörmann, Dr. Frank Thiäner

Registergericht: Amtsgericht München
Registernummer: HRB 175508
Umsatzsteuer-Identifikationsnummer: 143/171/90957



www.pe-magazin.de

Inhaltsverzeichnis

■ Vorwort	5
■ Private Funds.....	6
Marktentwicklungen	8
Aufsichtsrecht	16
Steuerrecht.....	34
Krypto / ICO und Venture Capital.....	39
■ Mergers & Acquisitions.....	52
Marktentwicklung & rechtliche Rahmenbedingungen	54
Venture Capital	66
Managementbeteiligung	71
Kartellrecht & Investitionskontrolle.....	82
■ Tax.....	90
Aktuelle Entwicklungen des nationalen Steuerrechts.....	92
Aktuelle Entwicklungen des internationalen Steuerrechts	120
Erbchaftsteuer und Nachfolge	133
Krypto / ICO und Steuern	140
■ Index.....	147
■ Autorenverzeichnis.....	149

Vorwort

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

2018 war wieder einmal ein spannendes Jahr für Private Funds, M&A und Tax. Neben vielen Transaktionen gab es wichtige rechtliche, regulatorische und steuerliche Neuerungen. Das Autorenteam des PE-Magazins hat diese Entwicklungen über das Jahr kontinuierlich begleitet – und hier für Sie übersichtlich in einem Jahresband zusammengefasst.



Werfen wir kurz einen Blick auf einige marktherrschenden Themen 2018: Der Markt für Private Equity-Transaktionen zeigte sich erneut stark. Insbesondere im Bereich Venture Capital zogen die Investitionen an, auch wenn Deutschland im Vergleich zu den USA und Asien noch etwas hinterherhinkt. Die Gründe dafür liegen auch in den hohen regulatorischen Vorgaben des deutschen und europäischen Gesetzgebers.

Trotzdem stehen die Zeichen für weiteres Wachstum gut. Einer der Treiber ist dabei die fortschreitende Digitalisierung. Sie eröffnet auch der Fondsbranche neue Geschäftsfelder, die jedoch auch neue rechtliche Fragen aufwerfen. Wie lässt sich beispielsweise Blockchain-Technologie für Unternehmensfinanzierungen nutzen? Wie können Krypto-Fonds Investitionen in Digitale Assets vornehmen? Und wie begegnen Fondsgesellschaften den umfangreichen neuen Pflichten, die die Datenschutz-Grundverordnung an die Marktakteure stellt? Unsere Autoren gaben auch auf diese Fragen Antworten.

Im Bereich M&A standen 2018 vor allem die Managementbeteiligungen im Fokus, die auch außerhalb von Private-Equity-Transaktionen zunehmend an Bedeutung gewinnen. Welche Alternativen sich dabei abseits der klassischen Equity-Beteiligung bieten, erfahren Sie ab Seite 71. Und auch im Kartellrecht und bei der Investitionskontrolle war der Gesetzgeber nicht untätig. Mehr dazu ab Seite 85.

Das Steuerrecht bot unseren Autorinnen und Autoren 2018 ebenfalls eine Fülle von Diskussionsstoff. Die für die Fondsbranche und Unternehmen relevantesten Aspekte und Kommentare zur aktuellen Rechtsprechung von Bundesfinanzhof (BFH) und Europäischem Gerichtshof (EuGH) lesen Sie ab Seite 97.

Die Private Equity-Branche zieht für das Jahr 2018 insgesamt eine positive Bilanz – ein Ergebnis, dem ich mich für das PE-Magazin nur anschließen kann. Nach dem Launch im Spätherbst 2017 hat unser Informationsportal für Private-Equity-Interessierte und Professionals bereits in Jahr 1 mehr als 50.000 Seitenaufrufe verzeichnet – für uns als Redaktion ein schönes Feedback, aber zugleich auch großer Ansporn, auch in Zukunft am Puls der Private Equity Branche über aktuelle Entwicklungen zu berichten.

Nahezu pünktlich zum 1. Geburtstag des PE-Magazins haben wir dieses Angebot um eine englischsprachige Seite ergänzt und bieten unter pe-magazin.com nun auch einer internationalen Leserschaft fundiertes Hintergrundwissen und praxisnahe Handlungsempfehlungen rund um Private Funds, M&A und Tax.

Auf ein erfolgreiches Jahr 2019!

Herzliche Grüße

Ihr

Tarek Mardini

Private Funds

Marktentwicklungen

- Private Equity-Fonds – Gute Nachrichten für Institutionelle Investoren..... 8
von Uwe Bärenz (P+P Pöllath + Partners), Dr. Jens Steinmüller (P+P Pöllath + Partners)
- Deutscher PE-Markt auf Rekordniveau 9
- BVK-Eigenkapitaltag – Digitalisierung im Fokus 11
von Dr. Robert Eberius (P+P Pöllath + Partners)
- VIDEO Wertschöpfung bei Fund Secondaries – Interview mit Sunaina Sinha..... 13
von Tarek Mardini (P+P Pöllath + Partners), Sunaina Sinha (Cebile Capital)
- VIDEO Fund Secondaries – Finding value from different perspectives..... 13
von Tarek Mardini (P+P Pöllath + Partners), Amos Veith (P+P Pöllath + Partners), Sunaina Sinha (Cebile Capital), Fokke Lucas (17Capital), Dr. Nico Taverna (Schroder Adveq), Steve Nicholls (Hollyport Capital)
- Private-Debt-Fonds – Aufstrebende Anlageklasse mit rechtlichen Fallstricken..... 14
von Tarek Mardini (P+P Pöllath + Partners), Dr. Christian Hillebrand (P+P Pöllath + Partners)

Aufsichtsrecht

- Private Equity- und Venture Capital-Fonds unter dem neuen Datenschutzrecht 16
von Dr. Stephan Schade (P+P Pöllath + Partners), Lukas Nieslony (P+P Pöllath + Partners)
- Fund Compliance – Widerstand ist zwecklos 19
von Dr. Robert Eberius (P+P Pöllath + Partners), Dr. Christian Hillebrand (P+P Pöllath + Partners), Michelle Radoch (P+P Pöllath + Partners)
- Update Investorenaufsichtsrecht – Kapitalanlagerundschreiben und Solvency II 23
von Dr. Jens Steinmüller (P+P Pöllath + Partners)
- DS-GVO für Fondsmanager – Erste Meldungen aus der Praxis 25
von Dr. Stephan Schade (P+P Pöllath + Partners), Lukas Nieslony (P+P Pöllath + Partners)
- VIDEO Fund Compliance – Aktuelle Gesetzgebung in der Diskussion 27
von Dr. Robert Eberius (P+P Pöllath + Partners), Dr. Christian Hillebrand (P+P Pöllath + Partners), Harald Keller (Wellington Partners)
- VIDEO Investmentfonds – Aktuelle Regulierung im Fokus..... 27
von Dr. Sebastian Käßplinger (P+P Pöllath + Partners), Dr. Dominik Oberholzer (Kellerhals Carrard), John Verwey (Proskauer Rose LLP)
- MiFID II – BMWi passt Vorgaben für Finanzanlagenvermittler an..... 28
- BaFin konkretisiert Geldwäscherecht..... 30
von Dr. Stephan Schade (P+P Pöllath + Partners), Joel El-Qalqli (P+P Pöllath + Partners)
- Family Offices – Kollision mit der Kontrolle 32
von Dr. Sebastian Käßplinger (P+P Pöllath + Partners)

Steuerrecht

- VIDEO Diskussion: Private Equity und Carried Interest 34
- VIDEO Impulsreferat: Private Equity und Carried Interest 34
- Investmentsteuergesetz – Praxistest zeigt Schwachstellen auf 35
von Ronald Buge (P+P Pöllath + Partners), Dr. Peter Bujotzek (P+P Pöllath + Partners)
- VIDEO Erste Praxiserfahrungen mit der Investmentsteuerreform 39
von Ronald Buge (P+P Pöllath + Partners), Dr. Peter Bujotzek (P+P Pöllath + Partners),
Dr. Alexander Mann (Hessisches Ministerium der Finanzen)

Krypto / ICO und Venture Capital

- Kryptowährungen – Coin ist nicht gleich Coin 39
von David Peroz (P+P Pöllath + Partners)
- Kryptotoken-Fonds – Ein lukratives Investitionsvehikel? 41
von Dr. Christian Hillebrand (P+P Pöllath + Partners), Dr. David Hötzel (P+P Pöllath + Partners)
- Venture Capital – Studie zeigt Defizite in Deutschland 43
von Dr. Philip Mostertz (P+P Pöllath + Partners)
- Digitale Assets – Unternehmensrecht hat Anpassungsbedarf 45
von Dr. Andreas Rodin (P+P Pöllath + Partners)
- ICOs im Fokus von Zivil-, Aufsichts- und Steuerrecht (Teil 1) 46
von Dr. Georg Greitemann (P+P Pöllath + Partners), Christine Funk (P+P Pöllath + Partners),
Dr. Sebastian Käpplinger (P+P Pöllath + Partners), Norman Mayr (P+P Pöllath + Partners),
Dr. David Hötzel (P+P Pöllath + Partners)
- ICOs im Fokus von Zivil-, Aufsichts- und Steuerrecht (Teil 2) 48
von Dr. Georg Greitemann (P+P Pöllath + Partners), Christine Funk (P+P Pöllath + Partners),
Dr. Sebastian Käpplinger (P+P Pöllath + Partners), Norman Mayr (P+P Pöllath + Partners),
Dr. David Hötzel (P+P Pöllath + Partners)

Private Equity-Fonds – Gute Nachrichten für Institutionelle Investoren

von Uwe Bärenz (P+P Pöllath + Partners), Dr. Jens Steinmüller (P+P Pöllath + Partners)

6. Februar 2018



Investmentfonds

Institutionelle Investoren

Fondsstrukturierung AIFM

Mitte Dezember 2017 wurde das seit rund einem Jahr erwartete Kapitalanlagerunds schreiben der BaFin veröffentlicht. Das Rundschreiben enthält für die Kapitalanlagepraxis von Pensionskassen und Versorgungswerken wichtige Aussagen zur Auslegung der Anlageverordnung.

Die Anlageverordnung enthält seit März 2015 besondere Bestimmungen zu Beteiligungen an alternativen Investmentfonds. Sie bestimmt, unter welchen Voraussetzungen und innerhalb welcher Grenzen Anlagen für das Sicherungsvermögen erworben

werden dürfen. Bei geschlossenen Fonds unterscheidet die Verordnung zwischen Private Equity-, Immobilien- und den alternativen Anlagen zuzurechnenden Fonds.

Anleger müssen insbesondere bestimmte Mischungsquoten einhalten. Beispielsweise dürfen 15% des Sicherungsvermögens in Private Equity-Beteiligungen investiert werden, aber nur 7,5% in Fonds, die nicht die Voraussetzungen für eine Qualifikation als Private Equity erfüllen und daher den alternativen Anlagen zuzurechnen sind. Zudem können Investoren nach der Anlageverordnung nur bei Private Equity-Fonds außerhalb des EWR investieren, mittelbar über Dachfonds sogar außerhalb des OECD-Bereichs. Das Schreiben enthält für die Praxis wesentliche Auffassungen der BaFin zur Anlageverordnung. Die finale Fassung des Rundschreibens beinhaltet im Vergleich zum Konsultationsentwurf wenige, aber für Anleger, die der Anlageverordnung unterfallen, durchaus wichtige Änderungen und Klarstellungen.

Bisherige Vorgaben beim Leverage von Private Equity-Fonds

Gegenüber dem finalen Schreiben sah der im Dezember 2016 von der BaFin veröffentlichte Konsultationsentwurf noch eine mit der Realität vieler Produkte kaum vereinbare Beschränkung der Kreditaufnahme aller Private Equity-Fonds auf kurzfristige Kredite in Höhe von maximal 10% des Wertes des jeweiligen Fonds vor. Bei Nichteinhaltung wären die betreffenden Fonds den „alternativen Anlagen“ zuzurechnen gewesen. Die anwendbare Mischungsquote hätte dann lediglich 7,5% betragen. Wegen der unterschiedlichen geografischen Anforderungen an die beiden Quoten kämen für die betroffenen Strategien außerdem nur Fonds aus dem EWR mit einem EWR-Manager in Betracht, wovon bei Dachfondsstrukturen auch die Zielfonds betroffen gewesen wären.

Anpassungen durch das finale Rundschreiben

An dieser strikten Begrenzung der Fremdkapitalaufnahme hat die BaFin in dem finalen Schreiben nicht mehr festgehalten. Eine Fremdkapitalaufnahme soll insbesondere zur (Vor-)Finanzierung von Kapitalabrufen zulässig sein, ist hierauf aber nicht beschränkt. Auch eine zeitliche Begrenzung ist nicht mehr vorgesehen. Auf der Ebene von Private Equity-Dachfonds soll hingegen weiterhin nur eine kurzfristige Fremdkapitalaufnahme von bis zu 10% zulässig sein. Private Equity-Dachfondsstrategien mit Leverage erfordern danach eine Zuordnung zur Quote für alternative Anlagen. Alternativ kommt eine nicht gehebelte Struktur in Betracht. Beide Ansätze erfordern wohl eine Parallelstruktur.

Private Equity-Fonds weiterhin für Spezialfonds geeignete Assetklasse

Gute Neuigkeiten enthält das finale Schreiben auch für Institutionelle, die über deutsche Spezialfonds investieren. Diese haben den Vorteil, dass die Beteiligung an dem Spezialfonds selbst keine Mischungsquote belastet; für Zwecke der Einhaltung der Mischungsquoten wird vielmehr typischerweise durch die Spezialfonds hindurchgeschaut. Der Entwurf schloss Beteiligungen eines Spezialfonds an einem geschlossenen Fonds schlicht aus. Wäre es bei dieser Aussage geblieben, hätten betroffene Investoren Beteiligungen an Private Equity-Fonds praktisch nicht mehr über eine einheitliche Plattform zusammen mit liquiden Werten und gegebenenfalls Immobilien, sondern nur über separate Vehikel halten können. Die finale Fassung des Rundschreibens enthält nun aber eine Klarstellung, dass direkte Beteiligungen von Spezialfonds in geschlossene Private Equity-Fonds weiterhin zulässig sind.

Betroffene Investoren können somit auch künftig bis zu 20% des Wertes ihrer Spezialfonds in Private Equity-Fonds anlegen. Dies setzt aber die Einhaltung der relativ engen Voraussetzungen für eine Qualifikation als Private Equity-Fonds voraus. Strategien, die auch Fremdkapitalfinanzierungen zulassen, haben hier gegebenenfalls das Nachsehen. Es bleibt abzuwarten, ob die BaFin hier noch weitere Klarstellungen bzw. Präzisierungen vorsehen wird.

Fazit

Das finale Kapitalanlagerundschreiben enthält gegenüber dem Entwurf eine deutliche Verbesserung für die Erwerbbarkeit von Beteiligungen an Private Equity-Fonds durch Versorgungswerke und Pensionskassen. Die Anpassungen beim Leverage führen zu einer praxisnäheren Regulatorik und fördern somit Investitionen institutioneller Investoren unter anderem in Wagniskapital. Auch die Klarstellung, dass Private Equity-Fonds weiterhin eine für Spezialfonds geeignete Assetklasse darstellen, ist vor diesem Hintergrund begrüßenswert. Es bleibt abzuwarten, wie BaFin und Landesbehörde mit den Praxisfragen umgehen werden, die sich nach wie vor stellen.

Deutscher PE-Markt auf Rekordniveau

17. April 2018

[Investmentfonds](#) [Venture Capital](#) [Fundraising](#) [Buy-out](#)

Für 2017 verzeichnet der deutsche Beteiligungskapitalmarkt einen neuen Rekord. Laut vorläufiger Jahresstatistik des Bundesverbands Deutscher Kapitalbeteiligungsgesellschaften (BVK) wurde das Investitionsvolumen um zwei Drittel gegenüber dem Vorjahr übertroffen. Ein Trend, der sich so in 2018 allerdings nicht fortsetzen dürfte.

Der deutsche Beteiligungskapitalmarkt hat ein Rekordjahr hinter sich. Insgesamt investierten die Beteiligungsgesellschaften 11,3 Mrd. Euro in rund 1.100 Unternehmen. Insbesondere im Buy-Out-Segment wurde substantiell mehr investiert als im Vorjahr, allerdings wurde diese Entwicklung auch durch Einmaleffekte wie einige sehr große Investitionen gestützt.

Wachstumsmotor Buy-Outs

Die Buy-Out-Investitionen erreichten 8,94 Mrd. Euro, gut drei Viertel mehr als im Vorjahr (2016: 5,02 Mrd. Euro). Grund für diesen Anstieg waren vor allem die Übernahmen von STADA und Ceramtec. Zudem wurden einige bereits in 2016 angekündigten Transaktionen erst im Folgejahr abgeschlossen, was sich ebenfalls positiv auf die 2017er-Statistik ausgewirkt hat. Doch auch bei kleinen und mittelgroßen Transaktionen habe es weiterhin ein lebhaftes Geschäft gegeben, so Joachim Ribbentrop, Vorstandssprecher des BVK. Die Zahl der Buy-Outs stieg von 119 auf 150.

Stabiles Wachstum bei Venture Capital

Nachdem der Markt für Venture Capital bereits 2016 ein Rekordjahr verbuchen konnte, fiel der Anstieg im vergangenen Jahr erwartungsgemäß niedriger aus. Dennoch habe sich der Aufwärtstrend mit Investitionen in Höhe von 1,05 Mrd. Euro (gegenüber 1,06 Mrd. Euro in 2016) bestätigt, so Regina Hodits, BVK-Vorstandssprecherin für den VC-Bereich. 600 Start-Ups wurden finanziert, die damit erneut mehr als die Hälfte aller im vergangenen Jahr finanzierten Unternehmen ausmachten.

Ausblick 2018

Mit Blick auf das laufende Jahr zeigt sich der BVK optimistisch, wenn auch nicht euphorisch. „Es wird schwer, dieses auch von Einmaleffekten getragene Investitionsergebnis in 2018 wiederholen zu können“, blickt Ulrike Hinrichs, Geschäftsführendes Vorstandsmitglied des BVK, voraus. „Bei stabilen konjunkturellen und politischen Rahmenbedingungen ist aber von einem weiterhin lebhaften Geschäft auszugehen. Aktuell gibt es keine Anzeichen, weshalb das laufende Jahr nicht wieder erfolgreich für unsere Branche werden sollte.“

Eine Prognose, die auch von Befragungsergebnissen aus der Branche untermauert wird. Demnach erwarten vier von zehn Befragten, dass die Investitionen in ihrem jeweiligen Marktsegment leicht oder deutlich steigen werden. Jeder Zweite geht zumindest von gleichbleibenden Investitionen aus. Besonders optimistisch sind dabei die Venture Capital-Gesellschaften, wo sogar fast die Hälfte ein Investitionsplus erwartet, wogegen es bei den Wachstumsfinanzierern/Buy-Out-Gesellschaften ein gutes Drittel ist. Ein ähnliches positives Stimmungsbild zeichnen die befragten Gesellschaften im Hinblick auf ihre Exit-Erwartungen.

BVK-Eigenkapitaltag – Digitalisierung im Fokus

von Dr. Robert Eberius (P+P Pöllath + Partners)

28. Juni 2018

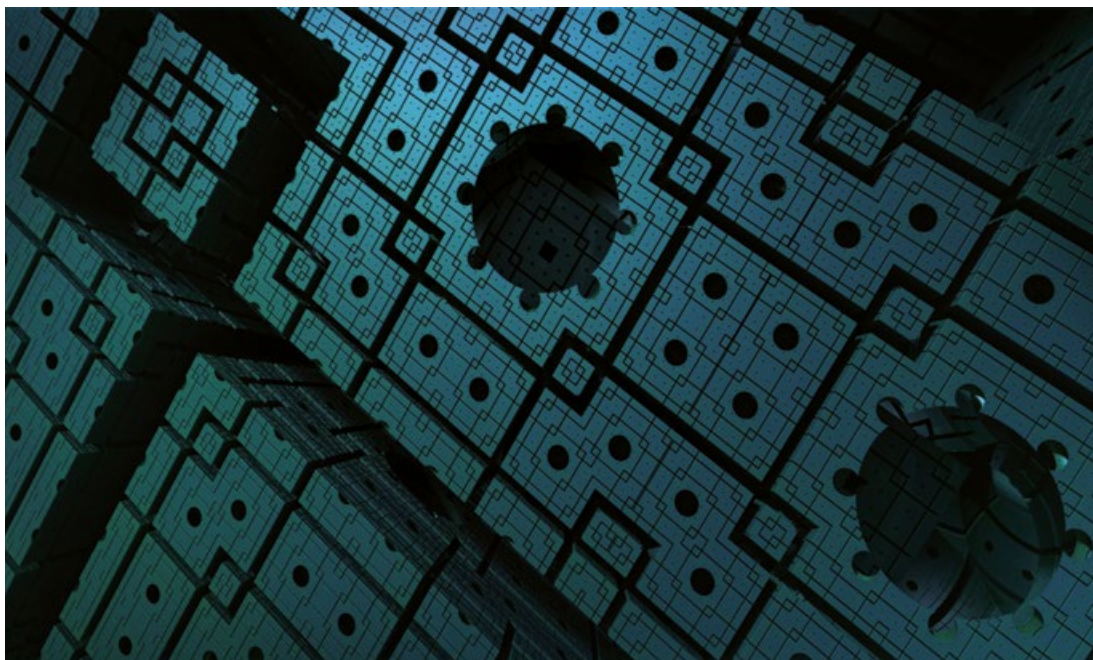
Venture Capital

Debt-Fonds

Digitalisierung

Aufsichtsrecht

Datenschutz-Grundverordnung



Wachstum durch Digitalisierung – Notwendige Investitionen brauchen aber eine maßvolle Regulierung.

Bild: geralt/Pixabay

Auf dem 19. BVK-Eigenkapitaltag am 14. Juni 2018 in Berlin setzte sich die deutschsprachige Beteiligungskapitalbranche vor allem mit den Herausforderungen und Chancen der weiter voranschreitenden Digitalisierung auseinander. Themenbestimmend war daneben weiterhin das Ziel einer noch investorenfreundlicheren Regulierungsumgebung.

Die Jahreskonferenz des BVK fand im ehemaligen Telegraphenamt unweit des Gendarmenmarktes statt. Der Ort war passend gewählt, steht das Gebäude doch für eine frühere Phase disruptiver Entwicklungen durch das Aufkommen der Telekommunikation. In dieser Tradition nimmt diese Rolle heute die Digitalisierung ein. So war die große Mehrheit der Beiträge davon beeinflusst.

Digitalisierung

Mehrfach wurde die Bedeutung der weiteren Vervollständigung des europäischen Binnenmarktes betont, denn diese ist für die Skalierung digitaler Geschäftsmodelle unbedingt notwendig. Durch ihr Fehlen wird ein schnelles Wachstum behindert, was vor allem im Vergleich zu den USA einen erheblichen Nachteil darstellt.

Von zentraler Bedeutung ist aber auch der weitere Ausbau der Infrastrukturnetze. Dies gilt nicht nur für die kommende Generation der drahtlosen Übertragung (5G), sondern auch für die kabelgebundene Datenübertragung. Angesichts eines derzeit jährlich um 50-100 % (je nach Staat) wachsenden Datenvolumens und der auf absehbare Zeit noch begrenzten Kapazitäten drahtloser Übertragung, sind insbesondere Glasfaserkabel weiter enorm wichtig. Erforderlich sind also hohe Investitionen in entsprechende Infrastrukturen und Unternehmen.

Anerkannt wurde zudem, dass Digitalisierung in der Schule beginnen und dort zum tragenden Element der Bildung werden muss.

Investorenfreundliche Regulierungsumgebung

Die Teilnehmer waren einhellig der Auffassung, dass Deutschland bei Wagniskapitalfinanzierungen in Europa (hinter UK und Frankreich) und erst recht im Vergleich zu den USA und Asien hinterher hängt. Dies beruhe vor allem auf einem vergleichsweise viel zu geringen Investitionsvolumen im Bereich der „Later Stage- Finanzierungen“. Einerseits werden Investoren, die in der Lage sind, hohe zwei- oder dreistellige Millionenbeträge zu investieren, wie etwa Pensionsfonds, durch beschränkende regulatorischer Vorgaben daran gehindert. Andererseits gibt es nicht ausreichend große europäische Fonds mit Fokus auf diesen Bereich. Dies führt zu einem Kapitalmangel, der letztlich die Entwicklung europäischer Champions behindert.

Als weitere Einschränkung, die demgegenüber nicht auf Deutschland und Europa beschränkt ist, werden die Vorgaben durch die Rechnungslegungsvorschriften des IFRS 9 wahrgenommen. Dies soll z.B. dazu führen, dass Private-Equity-Beteiligungen bilanztechnisch wie Derivate zu buchen sind.

Der Praxis ist weiterhin bewusst, dass der Schutz persönlicher Daten ein hohes Gut ist. Allerdings wurde auch auf die Risiken einer überschießenden Tendenz des Gesetzgebers hingewiesen, die zu einer Regulierung führt, welche Geschäftsmodelle, die zum Beispiel auf Big Data setzen, in Europa stark behindert. Denn Investoren müssen sich darauf verlassen können, dass sich ihre Investitionen in solche Unternehmen oder Netzinfrastruktur rentieren. In Bezug auf den Umgang mit persönlichen Daten kommt es also hier auf die richtige Balance zwischen deren Schutz einerseits und den zulässigen Nutzungsmöglichkeiten andererseits an.

Als positives Beispiel für investorenfreundliche Regulierung wurde die Liberalisierung des Debt-Fonds-Bereiches wahrgenommen. Während noch vor wenigen Jahren allenfalls eine Handvoll Debt Fonds Fremdkapital zur Verfügung gestellt hat, hat sich deren Anzahl mittlerweile vervielfacht. Sie bilden nach Einschätzung der Branche (und zwar sowohl von Seiten der Debt Fonds wie auch von Seiten der Banken) keine unmittelbare Konkurrenz für Banken, sondern sind insbesondere bei größeren Finanzierungen von zunehmender Bedeutung für kapitalsuchende Unternehmen. Dabei sei auch Raum für Kooperationen unterschiedlichster Couleur zwischen Banken und Debt Fonds, denn nur Banken könnten flexible Betriebsmittelkreditlinien zur Verfügung stellen.

Digitalisierung – Suche nach den besten Köpfen

Neben der Bedeutung von Zukunftstechnologie als Investitionschancen und den Möglichkeiten für Exits und Wachstumsfinanzierungen in Europa stellt sich die Branche vor allem dem Personalproblem bei der Digitalisierung. Allgemein wird erkannt, dass es für das erfolgreiche Ankommen in einer digitalisierten Welt eines umfassenden Ansatzes bedarf und qualifiziertes Personal ein bedeutender Teil davon ist. Der notwendige Transformationsprozess muss von der Unternehmensführung ausgehen und von ihr getragen werden.

Wenn die Mitarbeiter zur Umsetzung der erforderlichen Maßnahmen fehlen und sich das auch nicht durch eine interne Ausbildung ausgleichen lässt, kann es sinnvoll sein, spezialisierte Unternehmen zuzukaufen. Für Venture Capital- oder Private Equity- Unternehmen kann alternativ auch eine Koordinierung entsprechender Aktivitäten von Portfolio-Unternehmen zum gewünschten Ergebnis führen. Schließlich kann es sich für Unternehmen anbieten, Home-Office-Lösungen anzubieten oder sogar Außenstellen in den Schwarmstädten einzurichten, um dort verwurzelte neue Talente zu gewinnen.

Mut zur Kompetenz, Innovationsfreude und „Loslegen!“ sind hier Schlüssel zum Erfolg. Es ist nicht zu erwarten, dass die Akteure der Beteiligungskapitalbranche in nächster Zeit von künstlichen Intelligenzen oder Robotern ersetzt werden. Allerdings ist davon auszugehen, dass zumindest diejenigen Marktteilnehmer, welche die „Digitalisierung“ nicht ernst nehmen, ersetzt werden. Und zwar von den Marktteilnehmern, die das tun.

VIDEO Wertschöpfung bei Fund Secondaries – Interview mit Sunaina Sinha

von Tarek Mardini (P+P Pöllath + Partners), Sunaina Sinha (Cebile Capital)



18. September 2018

Fund Secondaries

MUPET 2018

Tarek Mardini (P+P) spricht im Interview mit Sunaina Sinha (Cebile Capital) über Perspektiven von Fund Secondaries und Möglichkeiten der Wertschöpfung.



youtu.be/RBKtwcdKHvM

VIDEO Fund Secondaries – Finding value from different perspectives

von Tarek Mardini (P+P Pöllath + Partners), Amos Veith (P+P Pöllath + Partners), Sunaina Sinha (Cebile Capital), Fokke Lucas (17Capital), Dr. Nico Taverna (Schroder Adveq), Steve Nicholls (Hollyport Capital)



4. Oktober 2018

Fund Secondaries

MUPET 2018

Die Podiumsdiskussion zum aktuellen Marktumfeld für Fund Secondaries zwischen Sunaina Sinha (Cebile Capital), Fokke Lucas (17Capital), Dr. Nico Taverna (Schroder Adveq) und Steve Nicholls (Hollyport Capital) wurde von Amos Veith (P+P) und Tarek Mardini (P+P) geleitet. Das Panel diskutierte große Markttrends im Sekundärmarkt sowie unterschiedliche Perspektiven und Ansätze zur Wertschöpfung.



youtu.be/RBKtwcdKHvM

Private-Debt-Fonds – Aufstrebende Anlageklasse mit rechtlichen Fallstricken

von Tarek Mardini (P+P Pöllath + Partners), Dr. Christian Hillebrand (P+P Pöllath + Partners)

26. Oktober 2018

Aufsichtsrecht

Institutionelle Investoren

AIFM

Debt-Fonds

Fondsstrukturierung



Private-Debt-Fonds – Für institutionelle Investoren gelten eine Vielzahl an aufsichtsrechtlichen Vorgaben.

Bild: jplenio/Pixabay

Private-Debt-Fonds legen seit Jahren einen beeindruckenden Aufstieg im Bereich alternativer Anlagen hin. Mit einem verwalteten Vermögen von 638 Mrd. Dollar (Stand: Juni 2017) liegt der Bereich Private Debt noch weit entfernt vom Bereich Private Equity (2 829 Mrd. Dollar). Der stete Anstieg des Fundraisings deutet darauf hin, dass Private Debt eines Tages zum Bereich Private Equity aufschließen kann. Prominente Marktteilnehmer (z. B. David Rubenstein, Gründer der Carlyle Group) erwarten sogar, dass das Volumen von Private Debt mittelfristig die Asset-Klasse Private Equity überflügeln wird. Auch institutionelle Anleger suchen vermehrt Zugang zu Private-Debt Fonds und müssen aufsichts- und steuerrechtliche Anforderungen beachten.

Beteiligungen an Private-Debt-Fonds sind aus vielen Gründen attraktiv. Sie bieten stabile Erträge, die über denen von herkömmlichen Anleihen liegen. Sie weisen ein von börsennotierten Aktien und Anleihen abweichendes Risiko-profil mit einer geringen Korrelation auf und gelten als relativ sichere Anlage. Private-Debt-Fonds sind in der Regel geschlossene Fonds, die verschiedene Anlagestrategien verfolgen. Man unterscheidet die Bereiche Direct Lending/Senior Debt, Mezzanine und Special Situations.

Alle begeben außerbörsliche Fremdkapitalinstrumente. Während Direct-Lending-/Senior-Debt-Fonds Kredite an Portfoliounternehmen vergeben, die im Insolvenzfall vorrangig besichert sind, spezialisieren sich Mezzanine-Fonds auf Investitionen in nachrangige Mezzanine-Instrumente.

Special-Situations-Fonds fokussieren sich auf Fremdkapitalinvestitionen in Portfoliounternehmen, die sich in einer wirtschaftlichen Schieflage befinden. Im Rahmen der Vorerwerbsprüfung (Due Diligence) müssen – neben der Marktüblichkeitsprüfung der Vertragsbedingungen – rechtliche und steuerliche Stolpersteine für eine Investition in Private-Debt-Fonds aus dem Weg geräumt werden.

Aufsichtsrechtliche Vorgaben

Viele institutionelle Investoren haben aufsichtsrechtliche Vorgaben bei der Kapitalanlage zu beachten. Kleine Versicherungsunternehmen, Pensions- und Sterbekassen sowie Versorgungswerke unterliegen dem Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) und der Anlageverordnung (AnlV). Das Ende 2017 aktualisierte Kapitalanlagerundschreiben (BaFin-Schreiben) brachte neue Regelungen, nicht aber die nötige Klarheit für Beteiligungen an Private Debt Fonds. Nach der AnlV sind Investitionen des Sicherungsvermögens nur innerhalb bestimmter Grenzen möglich.

Man unterscheidet bestimmte Fondskategorien. Im Rahmen der „Beteiligungsquote“ (15 % des Sicherungsvermögens) ist eine Anlage in Fonds möglich, die in eigenkapitalähnliche oder „andere Instrumente der Unternehmensfinanzierung“ investieren (§ 2 Abs. 1 Nr. 13 Buchst. b) AnlV). Nach der amtlichen Begründung zur AnlV können darunter auch Private-Debt-Fonds mit einer aktiven Debt-Strategie fallen. Voraussetzung ist, dass sich die Tätigkeit nicht in der schlichten Kreditverwaltung erschöpft, sondern jede Darlehensvergabe individuell geprüft und überwacht wird. Diese Fonds begrenzen das Anlagerisiko nicht durch passive Streuung, sondern durch aktives Portfoliomanagement (Due Diligence, Überwachung, Einräumung von vertraglichen Rechten).

Unsicherheiten bestehen aber durch das neue BaFin-Schreiben, welches die AnlV konkretisiert. Dieses will zwar die bisherige aufsichtsbehördliche Praxis weiterführen. Bei der Frage der Zulässigkeit der Darlehensvergabe stellt das Schreiben aber auf die Zielunternehmen des Fonds und nicht auf den Fonds selbst ab. In Betracht komme danach eine Einordnung eines Private-Debt-Fonds unter Nr. 13 b), wenn sich der Fonds an Unternehmen beteiligt, deren Tätigkeit sich nicht in der schlichten Kreditverwaltung erschöpft, sondern die jede Darlehensvergabe individuell prüfen und überwachen.

Von der (aktiven) Darlehensvergabe des Fonds selber ist hingegen nicht die Rede. Dies stellt einen systematischen Bruch dar, denn Nr. 13 b) stellt sonst auf den Fonds selber ab. Es sollte richtigerweise nur darauf ankommen, ob der Fonds selbst mit Instrumenten der Unternehmensfinanzierung eine aktive unternehmerische Strategie verfolgt. Dies sollte auf die meisten Private-Debt-Fonds zutreffen, auch viele mit Senior-Debt-Strategien. Die unglückliche Formulierung im BaFin-Schreiben führt zu Unsicherheiten in der Praxis. Wenn eine Beteiligung nach Nr. 13 b) ausscheidet, kann eine Investition nach Nr. 17 als „alternative Anlage“ erfolgen. Fonds und Fondsmanager müssen dafür ihren Sitz in einem EWR-Staat haben und von einem nach der AIFM-Richtlinie vollregulierten Manager verwaltet werden. Hingegen erlaubt Nr. 13 b) auch eine Beteiligung an US-Fonds und bloß registrierten Fondsmanagern. Es bleibt zu hoffen, dass diese Unklarheiten zeitnah beseitigt werden. Bis dahin ist bei Beteiligungen an Private-Debt-Fonds eine eingehende aufsichtsrechtliche Einzelfallprüfung erforderlich.

Steuerrechtliche Fallstricke

Auch steuerlich sind Fallstricke zu beachten. Viele Private-Debt-Fonds haben einen US-Fokus. 68 der größten 100 Private-Debt-Fondsmanager haben ihren Sitz in den USA. Institutionelle Anleger kommen nicht umhin, sich mit steuerlichen Folgen einer Beteiligung an einem US-Fonds zu beschäftigen. Zu prüfen ist insbesondere, ob die Beteiligung gewerbliche US-Einkünfte (ECI-Einkünfte) vermittelt. Dies würde zu einer beschränkten Steuer(erklärungs)pflcht des Investors in den USA führen und erheblichen Verfahrens- und Kostenaufwand auslösen.

Relevant wird dies bei Senior-Debt-/Direct-Lending-Fonds, die vorrangig besicherte Darlehen vergeben. Je nach Ausgestaltung wird darin eine bankenähnliche gewerbliche Tätigkeit gesehen (Loan Origination). In der Praxis haben sich verschiedene Lösungsmöglichkeiten entwickelt, mit denen steuerliche Mehrbelastungen durch ECI-Einkünfte minimiert werden sollen. Im Einzelfall muss geprüft werden, welche Strukturierungsmöglichkeit vorzugswürdig ist (z. B. Season-and-Sell-Strukturen, Einsatz von irischen ICAVs).

Fazit

Private-Debt-Fonds sind eine interessante Anlageklasse für institutionelle Investoren. Bei allem Optimismus darf man die rechtlichen und steuerlichen Besonderheiten nicht aus den Augen verlieren. Mit einer eingehenden Einzelprüfung und international erfahrenen Beratern an der Seite lassen sich die Herausforderungen jedoch meistern.

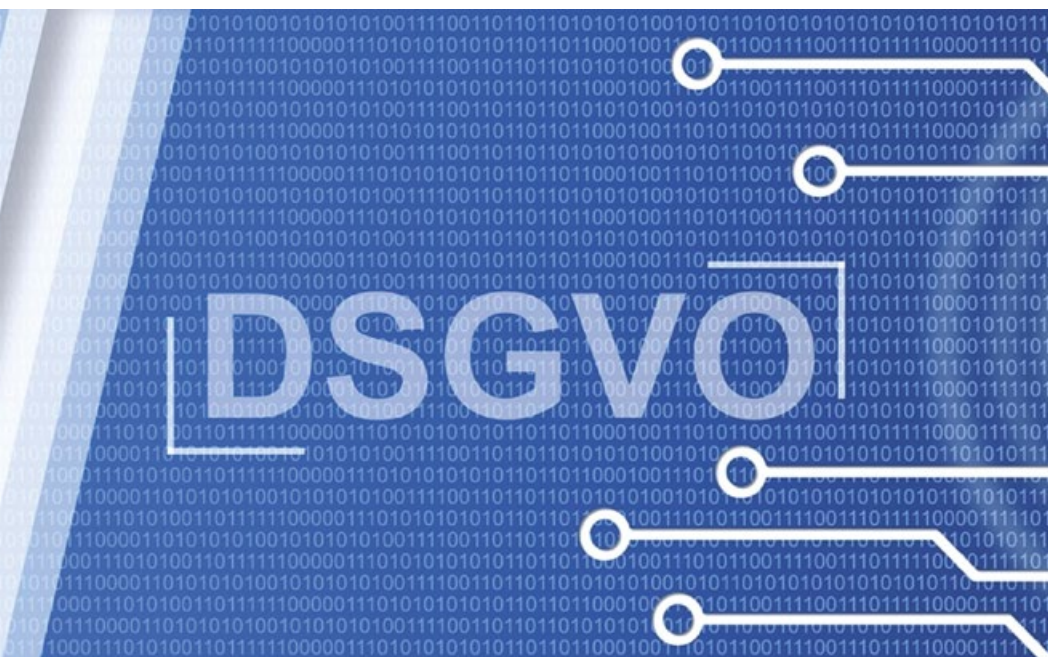
Dieser Beitrag erschien erstmals in: Börsen-Zeitung Spezial Investmentfondstage vom 17. Oktober 2018, S. 4-5

Aufsichtsrecht

Private Equity- und Venture Capital-Fonds unter dem neuen Datenschutzrecht

von Dr. Stephan Schade (P+P Pöllath + Partners), Lukas Nieslony (P+P Pöllath + Partners)

30. Mai 2018



Die neuen Datenschutzregeln der EU nehmen Unternehmen stärker in die Pflicht.
Bild: skylarvision/Pixabay

Fonds-Manager
Datenschutz-Grundverordnung
Venture Capital
Investmentfonds
Meldepflichten

Seit dem 25. Mai 2018 gelten die neue Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) der EU und ergänzend das neugefasste Bundesdatenschutzgesetz (BDSG). Das neue Datenschutzrecht betrifft grundsätzlich jeden Teilnehmer im Wirtschaftsleben mit Bezug zum europäischen Markt – auch Fondsmanager.

Das neue Datenschutzregime baut auf den bestehenden Datenschutzregeln auf und verbessert deren praktische

Durchsetzung, indem Unternehmen stärker in die Pflicht genommen und Betroffenen umfassendere Rechte eingeräumt werden. Dementsprechend ist eine Überprüfung des Datenschutz-Managements und bestehender Verträge unausweichlich.

Fondsmanager und zu schützende Daten

Fondsmanager (Kapitalverwaltungsgesellschaften) kommen regelmäßig an verschiedenen Stellen im Lebenszyklus eines Private Equity- oder Venture Capital-Fonds mit zu schützenden personenbezogenen Daten („Daten“) in

Berührung. Personenbezogene Daten sind sämtliche Informationen, die sich auf identifizierte oder identifizierbare natürliche Personen („Betroffene“) beziehen.

Fondsmanager müssen vor allem im Umgang mit Daten von Anlegern, von Geschäftsleitern oder Mitarbeitern von (potentiellen) Portfoliounternehmen oder von Geschäftspartnern die neuen Compliance-Anforderungen erfüllen.

Zulässigkeit der Datenverarbeitung

Dabei ist die Verarbeitung dieser Daten oftmals auch ohne Einwilligung des Betroffenen zulässig, weil regelmäßig bereits ein anderer Erlaubnistatbestand des Art. 6 DS-GVO die Datenverarbeitung gestattet. So dürfen Daten soweit und solange verarbeitet werden, wie dies u.a. erforderlich ist

- zur Erfüllung eines Vertrages zwischen dem Fondsmanager und dem Betroffenen;
- zur Erfüllung gesetzlicher Pflichten des Fondsmanagers; oder
- zur Wahrung von berechtigten Interessen des Fondsmanagers, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten des Betroffenen überwiegen.

Transparenzpflichten

In der Praxis sind die erweiterten Transparenzpflichten nach Art. 12-14 DS-GVO äußerst relevant. Sie spiegeln sich in umfangreichen Dokumentations-, Informations- und Rechenschaftspflichten wider, die z.T. erheblichen Anpassungsbedarf mit sich bringen. Fondsmanager müssen Betroffene von nun an z.B. über Zwecke und Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung und ihre Rechte im Zuge der Datenverarbeitung (z.B. auf Berichtigung, Sperrung oder Löschung) informieren – und zwar grundsätzlich unabhängig davon, ob sie die Daten bei den Betroffenen direkt erheben (Direkterhebung) oder nicht (Dritterhebung).

Die Erfüllung von Transparenzpflichten kann sich in der Praxis durchaus als schwierig erweisen. Hat etwa eine investierende Gesellschaft dem Fonds im Zuge des Zeichnungsprozesses Daten natürlicher Personen (z.B. Vertretungsberechtigte, wirtschaftlich Berechtigte oder Eigentümerstrukturen) zur Verfügung gestellt, ist das Informieren dieser betroffenen natürlichen Personen durch den Fonds über die Verarbeitung ihrer Daten zwar aufwendig, aber häufig nicht unmöglich. Das Informieren von Betroffenen im Rahmen einer Due Diligence kann hingegen die Geheimhaltung der gesamten Transaktion gefährden. Die DS-GVO gewährt hier nur unter engen Voraussetzungen eine Befreiung von den Informationspflichten.

Fondsmanager müssen ihre Zeichnungsunterlagen, Datenschutzerklärungen und die sonstige Vertragsdokumentation auch mit Blick auf die Transaktionspraxis prüfen und ggf. anpassen.

Neue technische und organisatorische Anforderungen

Von nun an müssen Fondsmanager jederzeit in der Lage sein, ihr risikoangemessenes Datenschutz-Managementsystem gegenüber Aufsichtsbehörden und Betroffenen nachzuweisen.

Die DS-GVO fordert, geeignete technische und organisatorische Maßnahmen zur Gewährleistung der Sicherheit der Datenverarbeitung nach einem risikobasierten Ansatz zu ergreifen. Zu den zentralen organisatorischen Pflichten gehört ferner, dass Fondsmanager sämtliche datenschutzrelevanten Vorgänge identifizieren und bestimmte Angaben in einem (laufend zu aktualisierenden) Verarbeitungsverzeichnis erfassen müssen.

Datenschutzbeauftragter

Fondsmanager haben weiterhin einen Datenschutzbeauftragten zu benennen, soweit sie in der Regel mindestens zehn Personen ständig mit der automatisierten Verarbeitung von Daten beschäftigen. Hierfür dürfte bereits die Nutzung von technischen Hilfsmitteln wie Computer und Smartphones genügen.

Zum Datenschutzbeauftragten kann ein intern Beschäftigter oder externer Dienstleister bestellt werden. Er dient der betrieblichen Selbstkontrolle und steht dem Fondsmanager ausschließlich beratend zur Seite. Die Kontaktdaten des Datenschutzbeauftragten müssen veröffentlicht und der zuständigen Aufsichtsbehörde mitgeteilt werden. Für die Veröffentlichung ist die Angabe einer E-Mail-Adresse ausreichend. Zur Erfüllung der Meldepflicht bieten die meisten Aufsichtsbehörden Online-Meldeportale an.

Auftragsverarbeitung

Fondsmanager können i.R.d. Auftragsverarbeitung die Datenverarbeitung an externe Dienstleister auslagern (z.B. Cloud-Betreiber und Datenraum-Anbieter). Die Datenübermittlung zwischen einem solchen Auftragsverarbeiter und dem Fondsmanager ist ohne zusätzliche Erlaubnis gestattet. Dafür legt die DS-GVO Voraussetzungen für die Auswahl und Kontrolle eines Auftragsverarbeiters fest, die Verträge zur Auftragsverarbeitung erfüllen müssen. Dies gilt sowohl für künftige als auch bestehende Verträge. Deshalb müssen bereits geschlossene Verträge zur Auftrags(daten)verarbeitung geprüft und ggf. um Zusatzvereinbarungen ergänzt werden.

Weitergabe von Daten an Dritte

Fondsmanager dürfen Daten an Dritte (z.B. Banken oder Behörden) nur im Rahmen des jeweiligen Erlaubnistatbestandes weitergeben. Dies ist etwa der Fall, wenn die Weitergabe zur vertraglichen Erfüllung oder wegen einer gesetzlichen Verpflichtung erforderlich ist. Andernfalls ist eine Einwilligung des Betroffenen zur Datenweitergabe notwendig.

Datenübermittlung in Drittländer

Bei der Datenübermittlung an Empfänger in Ländern außerhalb der EU bzw. des EWR („Drittländer“) stellt die DS-GVO sicher, dass ihr Schutzniveau nicht unterlaufen werden kann, indem sie grundsätzlich einen Beschluss der EU-Kommission über ein angemessenes Datenschutzniveau für das jeweilige Drittland oder geeignete Garantien verlangt. Geeignete Garantien bestehen z.B. in Standardvertragsklauseln oder verbindlichen unternehmensinternen Datenschutzvorschriften, die von den Aufsichtsbehörden zu genehmigen sind. In Ausnahmefällen ist eine Datenübermittlung u.a. zulässig, wenn der Betroffene ausdrücklich darin eingewilligt hat oder der Datentransfer zur vertraglichen Erfüllung erforderlich ist.

Meldepflichten und Rechtsfolgen bei Verstößen

Datenschutzverletzungen sind binnen 72 Stunden gegenüber der Aufsichtsbehörde zu melden, es sei denn, es droht voraussichtlich kein Risiko für die persönlichen Rechte und Freiheiten der Betroffenen. Bei voraussichtlich hohem Risiko für die Rechte und Freiheiten der Betroffenen sind Datenschutzverletzungen auch ihnen gegenüber anzuzeigen.

Verstöße stellen kein Kavaliersdelikt mehr da: Der neue Bußgeldkatalog der DS-GVO sieht teils empfindliche Bußgelder von bis zu 10 Mio. Euro oder 2 % des weltweiten Jahresumsatzes bzw. von bis zu 20 Mio. Euro oder 4 % des weltweiten Jahresumsatzes vor. Außerdem gewährt die DS-GVO Betroffenen einen Direktanspruch auf Schadensersatz, wenn ihnen durch Verstoß gegen die DS-GVO ein Schaden entstanden ist.

Fund Compliance – Widerstand ist zwecklos

von Dr. Robert Eberius (P+P Pöllath + Partners), Dr. Christian Hillebrand (P+P Pöllath + Partners), Michelle Radoch (P+P Pöllath + Partners)

25. Juli 2018

Aufsichtsrecht BaFin Geldwäsche Transparenzregister
MUPET 2018 Meldepflichten PRIIPs

Fund Compliance – Fondsmanager sollten Regelwerke genau kennen. Quelle: Bits and Splits/Fotolia

Die Vielzahl der regulatorischen Vorgaben stellt Fondsmanager oftmals vor eine schwierige Aufgabe. Die Implementierung der unterschiedlichen Compliance Anforderung bedeutet für die Betroffenen zum Teil einen nicht unerheblichen finanziellen Aufwand, bei dem ein unmittelbarer wirtschaftlicher Nutzen häufig nicht sofort ersichtlich ist. So lautet die Frage nicht selten: „Müssen wir das denn wirklich machen?“ Die Antwort auf diese Frage ist meist ein klares „Ja!“. Bei einer Reihe der Regelungen mag das verwundern. Untersucht man nämlich die Vorgaben der meist aus europäischer Feder stammenden Anforderungen genauer, stellt man häufig ernüchternd fest, dass sie nicht wirklich auf Private Equity Fonds zugeschnitten sind.



Bild: TheDigitalArtist/Pixabay

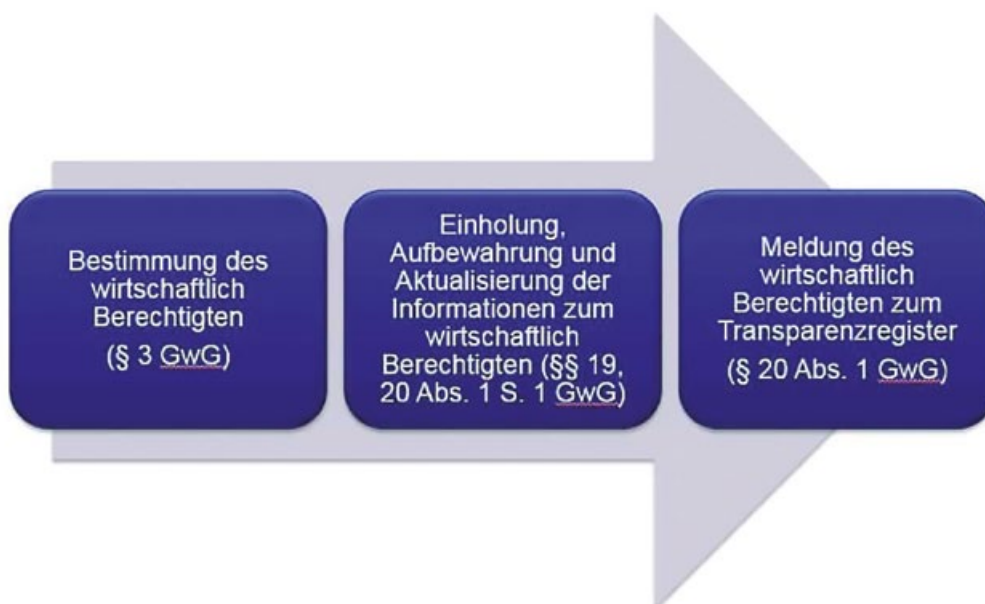
Über die regulatorischen Vorgaben für Fonds und ihre Manager und die Erfahrungen in Bezug auf ihre Umsetzung in der Praxis diskutierten Harald Keller (Wellington Partners), Dr. Robert Eberius und Dr. Christian Hillebrand (beide P+P) im Rahmen der MUPET 2018. Das Augenmerk lag in diesem Jahr auf den Themen Geldwäsche und Transparenzregister, PRIIPs Basisinformationsblatt und den Meldepflichten gegenüber der Bundesbank und der BaFin.

Geldwäsche

Mit der umfassenden Änderung des Geldwäschegesetzes auf Grundlage der 4. Geldwäscherichtlinie treffen Kapitalverwaltungsgesellschaften einige neue, aber auch altbekannte Verpflichtungen.

Zentrale Pflicht für Kapitalverwaltungsgesellschaften ist die Einführung eines geldwäscherechtlichen Risikomanagementsystems. Dazu ist zunächst auf oberster Leitungsebene ein Geldwäscheverantwortlicher zu bestimmen. Dieser ist für die Einhaltung der geldwäscherechtlichen Vorschriften verantwortlich. Erste Maßnahme des Geldwäscheverantwortlichen sollte die Durchführung einer Risikoanalyse sein. Hierbei sind die Risiken im Hinblick auf Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung zu ermitteln, die in Bezug auf das konkrete Geschäft bestehen. Hierfür existieren keine Checklisten, die abgearbeitet werden können. Vielmehr ist ein individueller risikobasierter Ansatz zu wählen, bei dem das konkrete Geschäftsmodell und die Beteiligten zu durchleuchten sind. Das Geldwäschegesetz enthält hierzu in seinem Anhang Kriterien, die je nach Vorliegen oder Fehlen für ein höheres bzw. niedriges Risiko sprechen. Die BaFin konsultiert aktuell Hinweise zur Auslegung und Anwendung des Geldwäschegesetzes, deren Veröffentlichung dieses Jahr erwartet wird.

Daneben sind für jede am Fondsprogramm beteiligte Gesellschaft zur Erfassung im Transparenzregister die jeweiligen wirtschaftlich Berechtigten der betreffenden Gesellschaft zu ermitteln. Wirtschaftlich Berechtigte im Sinne des Geldwäschegesetzes können stets nur natürliche Personen sein. Von diesen Personen sind bestimmte Informationen einzuholen. Hierzu gehören Vor- und Nachname, Geburtsdatum, Wohnort und Art und Umfang des wirtschaftlichen Interesses. Die Angaben sind schließlich zum Transparenzregister zu melden.



Zu den weiteren Pflichten für Kapitalverwaltungsgesellschaften nach dem Geldwäschegesetz gehören die Identifizierung der Anleger und die Benennung eines Geldwäschebeauftragten. Der Katalog von Informationen, die von Anlegern erhoben werden müssen, ist unverändert geblieben. Neu ist allerdings die Art und Weise, wie die Informationen zu überprüfen sind. Nach dem alten Geldwäschegesetz war die Übersendung einer beglaubigten Ausweiskopie des jeweiligen Anlegers und die Kopie eines Überweisungsbelegs von einem Konto, welches von einer nationalen Bank geführt wird, in der Regel selbst für Fälle erhöhten Risikos ausreichend. Das neue Geldwäschegesetz verlangt nun bereits bei normalem Risiko die Vorlage des Personalausweises unter physischer Anwesenheit des Anlegers.

In der Praxis ist es jedoch in den Fällen vereinfachter Sorgfaltspflichten (d.h. bei geringem Risiko) vielfach weiterhin möglich, mit beglaubigten Ausweiskopien zu arbeiten. Im Rahmen der Anlegeridentifizierung sind ebenfalls die wirtschaftlich Berechtigten und die auftretenden Personen der jeweiligen Anleger zu identifizieren. Neu ist hierbei insbesondere, dass immer eine natürliche Person zu identifizieren ist, die als wirtschaftlich Berechtigte für geldwäscherechtliche Zwecke gilt. Die daneben zu identifizierenden auftretende Personen sind solche, die ohne Organe zu sein, für die juristische Person aufgrund rechtsgeschäftlicher Vollmacht agieren. Dabei muss nach dem geänderten Geldwäschegesetz die Berechtigung der auftretenden Personen geprüft werden.

Bei einem Verstoß gegen die geldwäscherechtlichen Pflichten drohen den Verpflichteten Geldbußen bis zu 5 Mio. Euro oder 10% des Gesamtumsatzes im vorangegangenen Geschäftsjahr.

Ausblick auf die 5. Geldwäscherichtlinie

Mit Veröffentlichung der 5. Geldwäscherichtlinie, die bis zum 10. Januar 2020 in nationales Recht umzusetzen ist, kündigen sich bereits weitere Änderungen an.



Danach müssen die jeweiligen wirtschaftlich Berechtigten die meldepflichtigen Unternehmen mit Informationen versorgen. Außerdem sollen „alle Mitglieder der Öffentlichkeit“ Zugang zum Transparenzregister haben. Die 5. Geldwäscherichtlinie sieht zudem vor, dass die Melderegister auf EU-Ebene grenzübergreifend verknüpft werden.

PRIIPs Basisinformationsblatt

Seit Anfang des Jahres sind Fondsmanager grundsätzlich verpflichtet, im Rahmen des Vertriebs von Fondsanteilen an nicht-professionelle Anleger im Sinne der MiFID II (d.h. auch bei Vertrieb an semiprofessionelle Anleger im Sinne des Kapitalanlagegesetzbuches) ein Basisinformationsblatt (BiB) zu erstellen und auf ihrer Webseite zu veröffentlichen. Das BiB darf drei ausgedruckte DIN A4 Seiten nicht überschreiten und hat bestimmte technische Vorgaben zu erfüllen. Das BiB ist präzise, redlich und klar abzufassen. Es sind insbesondere detaillierte Performance-Szenarien anzugeben und Kostenangaben zu machen.

Problematisch ist hierbei, dass die europarechtlichen Vorgaben für die Erstellung dieser Angaben nicht auf geschlossene Private Equity und Venture Capital Fonds passen. So ist z.B. den Kostenangaben und Performance-Szenarien ein festgelegter Anlagewert von 10.000 Euro zugrunde zu legen. Außerdem bleibt der übliche ratierliche Abruf von Kapital im Rahmen von Private Equity- und Venture Capital-Investitionen unberücksichtigt. Ungeklärt ist zudem die Frage, ob ein BiB auch beim Erwerb von Fondsanteilen auf dem nicht regulierten Sekundärmarkt zu erstellen ist. In der Praxis bietet sich an, mit vorhandenen Kostentabellen zu arbeiten und im BiB klarzustellen, dass die Mindestkapitalzusage höher als 10.000 Euro ist und dass Kapital ratierlich abgerufen wird.

Den Verpflichteten drohen bei Nichteinhaltung der Vorgaben Geldbußen mit einer Höhe von bis 5 Mio. Euro oder 3% Prozent des Gesamtumsatzes im vorausgegangenen Geschäftsjahr.

Meldepflichten gegenüber der BaFin

Meldepflichten gegenüber der BaFin bestehen für jede in Deutschland registrierte oder mit einer Erlaubnis ausgestattete Kapitalverwaltungsgesellschaft. Aber auch ausländische Kapitalverwaltungsgesellschaften, die zum Vertrieb im Inland registriert sind, haben Meldungen gegenüber der BaFin abzugeben. Der Inhalt der Meldepflichten ist meist überschaubar. Es sind insbesondere „Assets under Management“, Informationen über Finanzinstrumente, mit denen gehandelt wird und Märkte, auf denen gehandelt wird, zu melden.

Im Bereich Private Equity stößt man bereits hier auf die erste Barriere, da (Eigenkapital- und eigenkapitalähnliche) Investitionen von Private Equity Fonds typischerweise gerade nicht auf regulierten Märkten stattfinden. Daraus wird deutlich, dass die Meldepflichten gegenüber der BaFin nicht auf den Bereich Private Equity Fonds zugeschnitten sind.

Die Meldungen sind periodisch – viertel-, halb- bzw. jährlich – vorzunehmen. Lediglich registrierte inländische Kapitalverwaltungsgesellschaften haben nur jährliche Meldepflichten. Berichtszeitraum ist dann das vorangegangene Kalenderjahr. Die jährliche Meldung kann bis zum 31. Januar des Folgejahres vorgenommen werden. Kapitalverwaltungsgesellschaften mit Vollerlaubnis und ausländische Kapitalverwaltungsgesellschaften treffen je nachdem, wie viele Assets under Management sie haben und ob Leverage zum Einsatz kommt, umfangreichere Meldepflichten. Um den Meldepflichten ordnungsgemäß nachzukommen, empfiehlt sich, eine überschaubare interne Dokumentation zu pflegen.

Die größte Komplikation besteht im Hinblick auf das Meldeformat. Die Meldungen sind im sogenannten XML-Format vorzunehmen. Hierfür existieren zwar Programme, ihre Handhabung gestaltet sich in der Praxis allerdings sehr schwierig. Sobald allerdings einmalig eine Meldung im XML-Format erstellt worden ist, kann diese als Vorlage für zukünftige Meldungen verwendet werden.

Das vorsätzliche oder fahrlässige Unterbleiben der BaFin-Meldungen stellt eine Ordnungswidrigkeit dar, die mit einer Geldbuße von bis zu 1 Mio. Euro oder 2% des jährlichen Gesamtumsatzes der meldepflichtigen Gesellschaft geahndet werden kann.

Meldepflichten gegenüber der Bundesbank

Für Kapitalverwaltungsgesellschaften und sämtliche extern verwaltete Investmentvermögen bestehen grundsätzlich einmalige und periodische Berichtspflichten gegenüber der Bundesbank. Die Meldepflichten gegenüber der Bundesbank gleichen, was die inhaltlichen Anforderungen angeht, weitestgehend den Meldungen gegenüber der BaFin. Auch hier sind die abzugebenden Informationen nicht auf Private Equity Fonds zugeschnitten. So müssen beispielsweise Angaben zu Rohstoffen und der Anzahl der vorhandenen Schiffscontainer der meldepflichtigen Gesellschaften gemacht werden.

Der Ablauf der Meldungen verläuft dafür wesentlich benutzerfreundlicher. Die Bundesbank stellt für die Meldungen eine leicht handhabbare Eingabemaske auf ihrer Webseite zur Verfügung. Das Bundesbankgesetz sieht bei Unterbleiben der Meldungen grundsätzlich keine Sanktionen vor. Allerdings besteht die Gefahr, direkt von der Bundesbank zur Abgabe der Meldungen aufgefordert zu werden.

Fazit

Fund Compliance ist nach wie vor ein ungeliebtes Thema unter Fondsmanagern. Die Regelungen sind umfangreich und bedürfen aufwendiger und kostenintensiver Umsetzung. Betrachtet man allerdings die Sanktionen im Falle der Nichterfüllung, bleibt nur zu sagen: „Widerstand ist zwecklos!“

Update Investorenaufsichtsrecht – Kapitalanlagerundschriften und Solvency II

von Dr. Jens Steinmüller (P+P Pöllath + Partners)

26. Juli 2018

Due Diligence

Aufsichtsrecht

BaFin

Solvency II

AIFM

MUPET 2018



AIF – Neue Vorgaben der BaFin bringen neben einigen Klarstellungen auch neue Fragen.

Bild: Bruce Emmerling/Pixabay

Die Rahmenbedingungen für Beteiligungen institutioneller Investoren an geschlossenen alternativen Investmentfonds (AIF) bleiben im Fluss. Das neue Kapitalanlagerundschriften der BaFin, das im Kern eine Fortsetzung der bisherigen Verwaltungspraxis zu wollen scheint, bringt neben begrüßenswerten Klarstellungen punktuell neue Zweifelsfragen für der Anlageverordnung unterliegende Investoren. Auch für Solvency II-Investoren haben sich im vergangenen Jahr neue Entwicklungen ergeben.

Due Diligence/Monitoring bei Beteiligung an geschlossenen AIF

Neben materiellen Anforderungen sind bei Fondsbeteiligungen auch die jüngsten Verlautbarungen der BaFin zum Anlageprozess zu beachten. So hat sich die BaFin mit ihrer Auslegungsentscheidung vom 28.3.2018 zu Infrastrukturinvestitionen von Solvency II-Investoren geäußert, welche ausdrücklich auch bei mittelbar über Fonds getätigten Investments gelten soll. Das Kapitalanlagerundschriften sieht Anforderungen an Due Diligence und Monitoring bei Beteiligungen an Investmentvermögen vor. Die BaFin fordert neben einer Prüfung der Vereinbarkeit von Beteiligungen mit der Anlagestrategie die eigenverantwortliche Prüfung der Einhaltung der versicherungsaufsichtsrechtlichen Anlagegrundsätze sowie der Geeignetheit für das Sicherungsvermögen. Die Verlautbarungen erfordern jedenfalls eine Prüfung der Prozesse und Dokumentation bei den betroffenen Investoren. Regulatorische Risiken sollten bereits im Rahmen der Zeichnung entsprechender Anlagen erkannt werden, damit ihnen durch geeignete Maßnahmen (z.B. Side Letter-Vereinbarungen) begegnet werden kann.

Solvency II – Neues zur Solvabilitätskapitalanforderung

Solvency II-Investoren müssen ihren Anlagen zur Ermittlung der Solvenzkapitalanforderung Stressfaktoren zuordnen. Die Beurteilung erfolgt grundsätzlich im Wege einer Durchschau auf die von dem Fonds gehaltenen Gegenstände. Der grundsätzlich für Private Equity anwendbare, recht hohe Stressfaktor von 49% kann gegebenenfalls reduziert werden. Dies gilt etwa bei der Qualifikation eines Private Equity-Fonds als „nicht hebelfinanzierter geschlossener AIF“, für dessen Eigenkapitalanlagen einheitlich ein Stressfaktor von 39% gilt. Die EIOPA hat mit Schreiben vom 28.2.2018 den Standpunkt geäußert, dass sich diese Einstufung nach den investimentrechtlichen Regeln richtet. Sofern ein Fonds nicht z.B. über Garantien für Kreditrisiken für Verbindlichkeiten von Portfoliounternehmen haftet, sollen Schulden bei den Portfoliounternehmen oder Akquisitionsgesellschaften nicht als Leverage des Fonds gelten. Auch vom Fonds übernommene Brückenfinanzierungen, die durch noch abrufbare Kapitalzusagen gedeckt sind, führen nicht zu Leverage. Die EIOPA hat im Rahmen des Solvency II-Review der Kommission einen weiteren Vorschlag unterbreitet, wonach Private Equity-Beteiligungen mit einer ähnlichen Volatilität wie bei börsennotierten Aktien der Stressfaktor 39% zugeordnet wird. Die Möglichkeit ist auf bestimmte Arten von Portfoliounternehmen beschränkt und mit bestimmten Strukturanforderungen an den Fonds verbunden.

Kapitalanlagerundschreiben und Fremdkapital

Mit Blick auf die Qualifizierung von Private Equity-Fonds nach der Anlageverordnung waren im Entwurf des Kapitalanlagerundschreibens noch weitreichende Einschränkungen für eine Anrechnung auf die so genannte Beteiligungsquote vorgesehen. Private Equity-Fonds sollten Fremdmittel nur kurzfristig und nur in Höhe von 10% aufnehmen dürfen. Viele Private Equity-Fonds wären danach nicht für die Beteiligungsquote geeignet gewesen. Insoweit ist es zu begrüßen, dass das finale Kapitalanlagerundschreiben nun eine praxisgerechtere Differenzierung vornimmt. Für direkt investierende Private Equity-Fonds ist keine strikte Begrenzung für die Aufnahme von Fremdmitteln mehr vorgesehen. Nur auf der Ebene von Private Equity-Dachfonds ist eine kurzfristige Aufnahme von Fremdmitteln bis zu 10% des Wertes des Dachfonds zulässig.

Hinsichtlich der Erwerbbarkeit von Private Debt-Fonds ist es bei den Restriktionen des Entwurfs geblieben. Nach der Anlageverordnung sind zulässige Vermögensgegenstände eines Private Equity-Fonds Unternehmensbeteiligungen, eigenkapitalähnliche Instrumente und andere Instrumente der Unternehmensfinanzierung. Das neue Kapitalanlagerundschreiben schränkt den Wortlaut der Anlageverordnung hinsichtlich der letzten Gruppe stark ein. Nur noch Strategien, bei denen es um „aktive“ Anlagen in Instrumente der Unternehmensfinanzierung geht, werden der Beteiligungsquote zugeordnet. Für Private Debt-Fonds, die selbst Darlehen begeben, stellt sich die Frage, ob diese nur noch im Rahmen der Quote für alternativen Anlagen erwerbbar sein sollen. Für nicht-europäische Private Debt-Fonds sowie solche ohne AIFM mit „Voll-Erlaubnis“ würde der Zugang zum Sicherungsvermögen hierdurch erschwert. Wegen der von der BaFin vorgesehenen Durchschau bei alternativen Anlagen könnte eine Erwerbbarkeit auch nicht über europäische Feeder-Strukturen hergestellt werden. Neben strukturellen Lösungen, wie Parallel- und Verbriefungsstrukturen, sind in den einschlägigen Fällen Anlagestrategien denkbar, die sich auf eine Eigenkapitalfinanzierung von kreditgebenden Unternehmen beschränken.

Aktuelle Entwicklungen bei Verbriefungen

Neben direkten Fondsbeteiligungen spielen in der Praxis auch Verbriefungsstrukturen immer wieder eine Rolle. Eine Verbriefung ist nach Maßgabe einer Bereichsausnahme der AIFM-Richtlinie selbst kein AIF-Anteil, sodass etwa entsprechende Voraussetzungen sowie Beteiligungs- und Streuungsgrenzen der Anlageverordnung für Beteiligungen an AIF nicht erfüllt werden müssen, vielmehr erfolgt eine Einordnung in Abhängigkeit von der konkreten Gestaltung zur ABS-Quote oder als nachrangige Forderung oder Genussrecht. Ein Referentenentwurf aus dem BMF hatte vorgesehen, dass nur tranchierte Produkte unter die Bereichsausnahme fallen sollten. Zwischenzeitlich wurde im entsprechenden Regierungsentwurf von der Einschränkung der Bereichsausnahme Abstand genommen.

Spezialfondsfähigkeit geschlossener AIF

Institutionelle Anleger nutzen regelmäßig so genannte Spezialfonds als Beteiligungsplattformen. Die mittelbare Beteiligung über einen deutschen Spezialfonds hat den Vorteil, dass für Zwecke der Anrechnung auf Mischungsquoten eine Durchschau erfolgt. Der Konsultationsentwurf sah noch die Einschränkung vor, dass Spezialfonds selbst nur in offene und für das Sicherungsvermögen qualifizierende Zielfonds investieren dürften. Praxisgerecht stellt das Rundschreiben aber nunmehr klar, dass direkte Beteiligungen von Spezialfonds in geschlossene Private Equity-Fonds weiterhin zulässig sind. Betroffene Investoren können somit auch künftig bis zu 20% des Wertes ihrer Spezialfonds in Private Equity-Fonds anlegen. Inwieweit dies allerdings auch für andere geschlossene Fonds (z.B. Private Debt) gilt, ist nach wie vor ungeklärt.

Fazit

Die versicherungsaufsichtsrechtliche Regulierung rund um Beteiligungen an geschlossenen AIF ist weiterhin im Fluss. Trotz einiger erfreulicher Klarstellungen bzw. Präzisierungen der Verwaltungspraxis gibt es nach wie vor offene Fragen. Hinsichtlich der Beteiligungsprozesse nimmt die aufsichtsrechtliche Bedeutung von Strukturierung und Dokumentation bei den Investoren zu.

DS-GVO für Fondsmanager – Erste Meldungen aus der Praxis

von Dr. Stephan Schade (P+P Pöllath + Partners), Lukas Nieslony (P+P Pöllath + Partners)

23. August 2018

Aufsichtsrecht

Fonds-Manager

Datenschutz-Grundverordnung



DS-GVO – Aufsichtsbehörden verzeichnen eine Vielzahl von Beschwerden wegen Rechtsverletzungen.

Bild: TheDigitalArtist/Pixabay

Seit knapp drei Monaten findet die Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) Anwendung. In der Praxis lässt sich mittlerweile in Ansätzen ein einheitlicher Umgang mit den Anforderungen des neuen Datenschutz-Regimes erkennen. Die Aufsichtsbehörden sehen sich indes noch immer einem Sturm von Anfragen gegenüberstehen. Die Anzahl der Beschwerden wegen Verletzung des neuen Rechts nimmt deutlich zu.

Einheitliche Praxis

Ein Vergleich der Umsetzung der neuen Compliance-Anforderungen verschiedener Verantwortlicher zeigt, dass sich durchaus eine einheitliche Praxis im Umgang mit den neuen Transparenzpflichten herauskristallisiert. Fondsmanager müssen ihre Anleger bereits bei Zeichnung über die Verwendung der über sie zu erhebenden personenbezogenen Daten in den Zeichnungsunterlagen informieren. Bei der Aufklärung von Bestandsanlegern etablieren sich fondsspezifische Datenschutzerklärungen. Ob die Umsetzung der Informations-, Dokumentations- und Rechenschaftspflichten einer Überprüfung durch die Aufsichtsbehörden standhält oder nachjustiert werden muss, bleibt jedoch abzuwarten.

Aufsicht ist grundsätzlich Ländersache

Dabei hängt diese Beurteilung nicht zwangsläufig von den deutschen Datenschutzbehörden ab. Zwar bleibt die Aufsicht grundsätzlich Sache der Länder. Auch stimmen sich die 18 Aufsichtsbehörden regelmäßig im Rahmen einer Konferenz (Datenschutzkonferenz – DSK) ab, um eine bundeseinheitliche Auslegung und Verwaltungspraxis zu gewährleisten. Diese gemeinsamen Auffassungen werden in so genannten DSK-Kurzpapieren zur DS-GVO auf den Homepages der Datenschutzbehörden veröffentlicht. Die Auffassung der deutschen Aufsichtsbehörden steht jedoch unter dem Vorbehalt einer künftigen – potentiell abweichenden – Auslegung durch den Europäischen Datenschutzausschuss. Dennoch bieten die DSK-Kurzpapiere in der Praxis eine gute erste Orientierung.

Aufsichtsbehörden zurzeit am Limit

Dies gilt umso mehr, weil von den Aufsichtsbehörden derzeit keine zügige Beantwortung etwaiger Auskünfte und Beratungersuchen erwartet werden kann. Denn bei deren Arbeitsbelastung zeigt sich ein bundesweit einheitliches Bild: Die Vielzahl von Beschwerden und Beratungersuchen bringe die Behörden an die Grenze ihrer Kapazität, stellt Helga Block, Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit Nordrhein-Westfalen und derzeitige DSK-Vorsitzende, fest.

So meldete die Aufsichtsbehörde von Hamburg (23 Mitarbeiter) innerhalb der ersten zwei Wochen unter der DS-GVO 140 Beschwerden, während bei der Aufsichtsbehörde von Schleswig-Holstein (40 Mitarbeiter) im ersten Monat bereits 400 Beschwerden eingingen – bei z.T. mehr als 200 schriftlichen Anfragen täglich, die unzähligen Anfragen via E-Mail oder Telefon nicht mitgerechnet. Auch in Bayern meldete die zuständige Aufsichtsbehörde für den Zeitraum vom 25. Mai bis zum 23. Juli dieses Jahres bereits 523 Anzeigen. Im gesamten Jahr 2017 gab es dort noch 155 Datenschutzvorfälle.

Keine Angst vor überzogenen Sanktionen

Inwieweit die Aufsichtsbehörden bei der Ahndung von Datenschutzverletzungen die neuen Sanktionsmöglichkeiten ausreizen, ist noch nicht ersichtlich. Reichte der Bußgeldrahmen des alten Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) bis zu 300.000 Euro, können nach dem Katalog der DS-GVO Bußgelder von bis zu 20 Mio. Euro bzw. 4 % des weltweiten Jahresumsatzes angeordnet werden. Die Ausweitung des Bußgeldrahmens dürfte jedoch vornehmlich auf die Sanktionierung von schwerwiegenden Datenschutzverletzungen und solchen von erheblichem Ausmaß zielen.

So wandte sich der Bundesinnenminister an die DSK-Vorsitzende und warb für „verhältnismäßige Sanktionen mit Augenmaß“. Und auch die zuständige EU-Kommissarin Věra Jourová versucht, Unternehmen zu beruhigen: Die

Aufsichtsbehörden seien keine Bestrafungsmaschinen. Bevor sie eine Strafe aussprechen, haben sie viele andere Instrumente zur Verfügung – etwa Warnungen oder Abmahnungen. Das dürfte gerade für die ersten Monate unter dem neuen Datenschutzregime gelten.

VIDEO Fund Compliance – Aktuelle Gesetzgebung in der Diskussion

von Dr. Robert Eberius (P+P Pöllath + Partners), Dr. Christian Hillebrand (P+P Pöllath + Partners), Harald Keller (Wellington Partners)

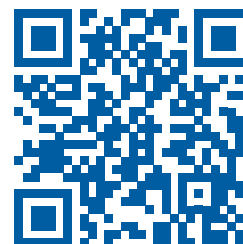
15. Oktober 2018



Fund Compliance Aufsichtsrecht BaFin
Geldwäsche Transparenzregister
MUPET 2018 Meldepflichten PRIIPs

Die Referenten Harald Keller (Wellington Partners), Dr. Robert Eberius (P+P) und Dr. Christian Hillebrand (P+P) diskutieren die hohen normativen, insbesondere regulatorischen Anforderungen für Fonds, die zwingend von den Marktteilnehmern beachtet werden müssen. Schwerpunkt der Diskussion sind dabei die aktuellen Anforderungen der Gesetzgebung mit Blick auf Steuern und Geldwä-

schebekämpfung sowie die unterschiedlichen Berichtspflichten und nicht zuletzt die erforderliche Datenschutz-Compliance.



youtu.be/MIXCW-BhK4o

VIDEO Investmentfonds – Aktuelle Regulierung im Fokus

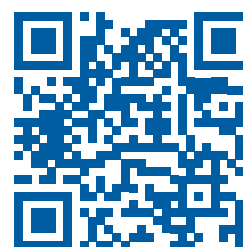
von Dr. Sebastian Käßlinger (P+P Pöllath + Partners), Dr. Dominik Oberholzer (Kellerhals Carrard), John Verwey (Proskauer Rose LLP)

19. Oktober 2018



Investmentfonds Aufsichtsrecht AIFM
MUPET 2018

Dr. Dominik Oberholzer (Kellerhals Carrard), John Verwey (Proskauer Rose LLP) und Dr. Sebastian Käßlinger (P+P) widmen sich im Rahmen einer Podiumsdiskussion den aktuellen Entwicklungen bei der Regulierung von Investmentfonds. Das Panel erfasst die MiFID-Entwicklung, das schweizerische Regulierungssystem sowie die regulatorischen Voraussetzungen in Großbritannien.



youtu.be/11-lRrwAl3U

MiFID II – BMWi passt Vorgaben für Finanzanlagenvermittler an

von Dr. Peter Bujotzek, P+P Pöllath + Partners, Dr. Andreas Rodin, P+P Pöllath + Partners, Amos Veith, P+P Pöllath + Partners, Uwe Bärenz, P+P Pöllath + Partners, Dr. Philip Schwarz van Berk, P+P Pöllath + Partners, Ronald Buge, P+P Pöllath + Partners, Dr. Jens Steinmüller, P+P Pöllath + Partners, Tarek Mardini, P+P Pöllath + Partners

27. November 2018

MiFID II **Finanzanlagenvermittler**



Neuer Referentenentwurf aus dem Bundeswirtschaftsministerium fasst Änderungen für Finanzanlagenvermittler zusammen. Bild: Pixabay

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) hat nunmehr den lang erwarteten Referentenentwurf zur Änderung der Finanzanlagenvermittlungsverordnung („FinVermV“) veröffentlicht. Die FinVermV ist relevant für alle Vermittler und Berater, die unter § 34f GewO tätig sind („Finanzanlagenvermittler“). Die Änderungen bezwecken, die FinVermV an die Vorgaben der europäischen Regulierung unter der Richtlinie 2014/65/EU („MiFID II“) anzupassen, wodurch die Vorgaben der MiFID II nun auch für die Finanzanlagenvermittler gelten.

Vermeidung, Regelung und Offenlegung von Interessenkonflikten

Neu hinzukommen wird eine Pflicht des Finanzanlagenvermittlers, angemessene Maßnahmen zu treffen, um Interessenkonflikte zu erkennen und zu vermeiden. Erfasst sind Interessenkonflikte zwischen dem Finanzanlagenvermittler und den bei der Vermittlung und Beratung mitwirkenden Beschäftigten und den Anlegern. Sofern ein Interessenkonflikt nicht vermieden werden kann, hat der Finanzanlagenvermittler diesen durch angemessene Maßnahmen so zu regeln, dass Nachteile für den Anleger ausgeschlossen werden.

Hier wird man davon ausgehen müssen, dass der Finanzanlagenvermittler zumindest ein internes Regelwerk haben sollte, das bestehende Interessenkonflikte erfasst und den Umgang damit regelt (Conflicts-of-Interest Policy).

Der Finanzanlagenvermittler muss dem Anleger Interessenkonflikte offenlegen, wenn trotz der getroffenen Maßnahmen eine Gefahr für die Beeinträchtigung der Interessen des Anlegers verbleibt. Dies gilt insbesondere für Interessenkonflikte aus erhaltenen Zuwendungen oder aus der Vergütungsstruktur. In der Regel dürfte diese Anforderung durch eine allgemein gehaltene Vorabinformation über bestehende Interessenkonflikte erfüllt werden können.

Vergütung von Beschäftigten

Die Vergütung von Beschäftigten darf sich künftig nicht mit der Pflicht überschneiden, im bestmöglichen Interesse des Anlegers zu handeln. Problematisch sind hier insbesondere „Sales Targets“ oder sonstige Stufen für die variable Vergütung. Die FinVermV erfordert dafür die Einführung einer Vergütungsrichtlinie.

Zuwendungen

Der Entwurf der FinVermV sieht weniger strenge Zuwendungsregeln vor als bei einem Wertpapierdienstleistungsunternehmen. Anders als unter dem WpHG muss die Zuwendung nicht darauf ausgelegt sein, die Qualität der für den Kunden erbrachten Dienstleistung zu verbessern. Im WpHG-Bereich hat dieses Gebot zur Folge, dass der Betrag einer Zuwendung mit einer Qualitätsverbesserung bzw. mit Kundenvorteilen begründet werden muss.

In dem Entwurf der FinVermV genügt dagegen ein geringerer Maßstab: Die Zuwendung ist bereits zulässig, wenn sie sich nicht nachteilig auf die Qualität der Vermittlung und Beratung auswirkt.

Kostenoffenlegungen

Eine Pflicht des Finanzanlagenvermittlers über Risiken sowie Kosten und Nebenkosten des Produktes allgemein zu informieren besteht bereits unter der aktuellen FinVermV. Nunmehr muss jedoch ein detaillierterer Kostenausweis nach Maßgabe der MiFID II erfolgen. Hierzu gehören auch Angaben zu den Auswirkungen der kumulierten Kosten auf die Rendite der Anlage.

Die FinVermV erlaubt es dem Finanzanlagenvermittler für die Kostenoffenlegungen Informationen des Emittenten bzw. des Konzepteurs zu verwenden. Dies bedeutet zwar eine Entlastung, aber nur hinsichtlich der schwierig zu berechnenden Produktkosten.

Anforderungen an Werbematerialien

Aus dem Entwurf der FinVermV ergibt sich nunmehr, dass die Anforderungen an Werbematerialien auch im professionellen Kundenbereich gelten. Das war bislang nicht klar.

Betroffen sind hiervon insbesondere Präsentationen sowie sonstige Marketingmaterialien, soweit diese Informationen enthalten, die über gesetzlich erforderliche Informationen hinausgehen. Schwierigkeiten dürften dabei insbesondere Performance-Angaben zum Produkt oder zu Vorgängerprodukten bereiten.

Zielmarktanforderungen

Entschärft hat der Entwurf die Anforderungen an die Zielmarktbestimmungen. Anders als Wertpapierdienstleistungsunternehmen, muss der Finanzanlagenvermittler keine eigene Zielmarktbestimmung vornehmen. Es genügt, wenn der Finanzanlagenvermittler die Informationen zum Zielmarkt vom Emittenten bzw. Konzepteur einholt und gemäß dieses Zielmarktes vertreibt.

Taping / Gesprächsaufzeichnungen

Eine wichtige Neuerung besteht darin, die Inhalte von Telefongesprächen und elektronischer Kommunikation aufzuzeichnen, sobald sie die Vermittlung von oder Beratung zu Finanzanlagen betreffen. Dies soll der Beweissicherung dienen.

Nicht erfasst von der Tapingpflicht sind Terminabsprachen und Anbahnungsgespräche. Eine Möglichkeit der Tapingpflicht zu entkommen, besteht daher darin, auf telefonische Vermittlung bzw. Anlageberatung zu verzichten.

Allerdings besteht auch bei persönlichen Face-to-Face Gesprächen eine Dokumentationspflicht. Hierzu hat der Finanzanlagenvermittler Protokolle bzw. Vermerke zu dem Inhalt der Gespräche zu erstellen.

Geeignetheitserklärung

Auch für die Finanzanlagenvermittler entfällt die Pflicht, ein Beratungsprotokoll zu erstellen. An dessen Stelle tritt nun die bereits aus der MiFID II-Implementierung bei den Wertpapierdienstleistungsunternehmen bekannte Geeignetheitserklärung.

Inkrafttreten / Übergangsregelung

Wir gehen davon aus, dass die geänderte Fin-VermV zum 1. Januar 2019, am Tag nach ihrer Verkündung, in Kraft treten wird. Übergangsregeln sind nicht vorgesehen. Sollte es dabei bleiben, müssen die Finanzanlagenvermittler die neuen Vorgaben, insbesondere zum Taping, sehr kurzfristig implementieren und anwenden.

BaFin konkretisiert Geldwäscherecht

von Dr. Stephan Schade (P+P Pöllath + Partners), Joel El-Qalqili (P+P Pöllath + Partners)

27. Dezember 2018

BaFin

Geldwäsche

Transparenzregister

Venture Capital

Fund Compliance

Manager von Private Equity und Venture Capital Fonds unterliegen schon länger dem Geldwäschegesetz. Bislang bestanden allerdings einige Unsicherheiten im praktischen Umgang mit den rechtlichen Regelungen. Die neuen Auslegungs- und Anwendungshinweise der BaFin sollen nun Abhilfe schaffen.

Manager von Private Equity und Venture Capital Fonds (Kapitalverwaltungsgesellschaften) unterliegen schon länger dem Geldwäschegesetz. Die geldwäscherechtlichen Pflichten waren im Sommer 2017 durch den Gesetzgeber überarbeitet und ausgeweitet worden. Seither bestehen einige Unsicherheiten für Private Equity und Venture Capital Manager im praktischen Umgang mit dem Geldwäscherecht. Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht („BaFin“) hat Mitte Dezember 2018 neue Auslegungs- und Anwendungshinweise für das Geldwäschegesetz veröffentlicht. Diese Konkretisierungen helfen zwar in einigen, aber viel zu wenigen Punkten weiter. Für Private Equity und Venture Capital Manager bedeutet dies wenig Licht und viel Schatten. Folgende Beispiele verdeutlichen dies.

Positiv ist die Klarstellung, dass als fiktive wirtschaftlich Berechtigte nicht mehr sämtliche Geschäftsleiter zu identifizieren sind. Stattdessen reicht es, einen Geschäftsleiter zu identifizieren, wenn nicht im Einzelfall besondere Risikogesichtspunkte dafür sprechen, dass ausnahmsweise alle zu identifizieren sind. Bislang war davon auszugehen, dass als fiktive wirtschaftlich Berechtigte stets sämtliche Geschäftsleiter zu identifizieren sind. Diese Klarstellung hilft insbesondere dort weiter, wo eine Identifizierung sämtlicher Geschäftsleiter sehr aufwendig wäre oder ein erhöhtes Vertraulichkeitsbewusstsein seitens von u.U. prominenten Geschäftsleitern besteht.

Ebenfalls begrüßenswert sind Klarstellungen zum möglichen Vorliegen eines geringen Risikos trotz risikoindizierender Faktoren bei einer begründeten und dokumentierten Gewichtung und Abwägung sowie die Erhöhung der Mitarbeiterzahl (von 10 auf 15), bis zu welcher gewisse Erleichterungen bei der Bestellung eines Geldwäschebeauftragten für kleinere Unternehmen möglich sind.

Neben diesen Lichtblicken sind die Konkretisierungen für Private Equity und Venture Capital Manager ansonsten leider wenig hilfreich und v.a. im Investoren-Onboarding teilweise sogar äußerst bedauerlich.

Neben dem Anleger als „Vertragspartner“ war schon länger auch die „für den Vertragspartner auftretende Person“ separat zu identifizieren. Sofern Anleger nicht als natürliche Person, sondern über Gesellschaften dem Fonds beitreten, sprachen bislang die besseren Argumente dafür, die gesetzlichen Vertreter solcher Anlegergesellschaften nicht separat als auftretende Personen zu identifizieren, sondern lediglich im Rahmen der Identifizierung der beitretenden Gesellschaft selbst (weniger umfangreiche Prüfung).

Die Konkretisierungen fordern nun ausdrücklich eine separate Identifizierung gesetzlicher Vertreter („z.B. Organmitglieder, die tatsächlich für juristische Personen auftreten“). Dies ist aus rechtlicher Sicht unter verschiedenen Gesichtspunkten verfehlt und erweitert die ohnehin schon weitgehenden und stetig weiter anwachsenden Pflichten der Fund Compliance. Trotzdem gilt es nun „schwarz auf weiß“ für die Verwaltungspraxis der BaFin. Bedauerlich ist zudem insbesondere für internationale Fundraisings, dass die Konkretisierungen keine Orientierung dafür bieten, wann ausländische Registerauszüge „gleichwertig“ sind. Hintergrund ist, dass die Identifizierung ausländischer Anlegergesellschaften anhand von Registern oder Verzeichnissen erfolgen muss, die dem deutschen Handelsregister „gleichwertig“ sind. Ausländische Register unterscheiden sich oft in vielerlei Hinsicht vom deutschen Handelsregister. Um die Frage der Gleichwertigkeit zu beantworten, wäre zumindest eine Aussage dazu wichtig gewesen, auf welche Aspekte es für die Bestimmung der Gleichwertigkeit ankommen soll.

Die Kanzlei P+P Pöllath + Partners hatte auf die genannten und weitere Aspekte ausdrücklich im Rahmen der BaFin-Konsultation hingewiesen, um praktisch handhabbare Regelungen für Private Equity und Venture Capital Manager sicherzustellen. Angesichts der verbleibenden Unwägbarkeiten scheinen gut begründete und sorgfältig dokumentierte Einzelfallentscheidungen momentan das beste Mittel für Private Equity und Venture Capital Manager zu sein, um ihren geldwäscherechtlichen Pflichten zu genügen.



Die BaFin hat neue neue Auslegungs- und Anwendungshinweise für das Geldwäschegesetz veröffentlicht. Bild: Kai Hartmann Photography / BaFin

Family Offices – Kollision mit der Kontrolle

von Dr. Sebastian Käpplinger (P+P Pöllath + Partners)

17. Dezember 2018



Family Offices – Einige Dienstleistungen unterliegen der aufsichtsrechtlichen Kontrolle.

Bild: Rawpixel/Pixabay

Investmentfonds
Aufsichtsrecht BaFin
Finanzverwaltung
Family Offices MiFID II
Finanzanlagenvermittler

Family Offices geraten aufgrund ihrer vielfältigen Dienstleistungen vielerorts mit dem Aufsichtsrecht in Konflikt. Dabei ist oft nicht klar, für welche Tätigkeiten sie eine Erlaubnis brauchen und welche sie ohne Genehmigung erbringen können.

Family Offices erbringen typischerweise eine Vielzahl von Dienstleistungen für die Mitglieder der Familien, für die sie tätig sind. Die Dienstleistungen erstrecken sich oft von rein administrativen Tätigkeiten

über das Entwickeln von Investmentprodukten für die Familie bis hin zu Finanz- und Bankdienstleistungen. Es liegt auf der Hand, dass das Family Office dabei in Konflikt mit dem Aufsichtsrecht geraten kann. Relevant sind hier insbesondere das Kreditwesengesetz (KWG) und das Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB).

Für die aufsichtsrechtliche Behandlung eines Family Office besteht eine wichtige Weichenstellung darin, ob das Family Office nur für eine Familie tätig ist (Single Family Office) oder gegenüber weiteren Familien seine Dienstleistungen erbringt (Multi Family Office). Im Grundsatz lässt sich sagen, dass ein Multi Family Office dem Aufsichtsrecht in vollem Umfang unterliegen, während sich ein Single Family Office im Regelfall außerhalb des Aufsichtsrechts bewegen können.

Erlaubnispflichten nach KWG

Das KWG ist das zentrale Gesetz zur Regulierung von Banken und Finanzdienstleistern. Es bestimmt, welche Tätigkeiten einer Erlaubnis bedürfen. In diesen Bereich fallen insbesondere die Finanzdienstleistungen der Anlageberatung, der Anlagevermittlung und der Finanzportfolioverwaltung. Darunter versteht man die Abgabe persönlicher Anlageempfehlungen (Anlageberatung), das Vermitteln von Anlagen (Anlagevermittlung) sowie das Verwalten eines Vermögens für einen anderen mit Entscheidungsspielraum (Finanzportfolioverwaltung).

Diese drei Dienstleistungen sind aufsichtsrechtlich unter dem KWG relevant, wenn sie für einen anderen erbracht werden und sich auf Finanzinstrumente beziehen. Finanzinstrumente sind dabei nicht nur Aktien oder Schuldverschreibungen, sondern auch Anteile an Investmentfonds, Kommandit- und GmbH-Anteile sowie Devisen. Sachwerte wie etwa Immobilien oder Oldtimer sind dagegen keine Finanzinstrumente. Auf diese Anlageklasse bezogene Dienstleistungen sind damit von vornherein außerhalb des KWG angesiedelt.

Drei Ausweichmöglichkeiten

Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Bafin) hat die Frage der Erlaubnispflicht von Family Office bereits vor einigen Jahren in einem eigenen Merkblatt aufgegriffen. Im Grundsatz bestehen drei Möglichkeiten für ein Family Office, Finanzdienstleistungen erlaubnisfrei zu erbringen. Es greift zum Beispiel das so genannte Konzernprivileg, wenn die Inhaber oder Gesellschafter des Family Offices zugleich Mitglieder der Familie sind, deren Vermögen verwaltet wird. Voraussetzung hierfür ist aber, dass die Familienmitglieder die einheitliche Leitung des Family Offices als Gesellschafter wahrnehmen. Hierzu soll laut Bafin zum Beispiel das Einstimmigkeitsprinzip auf Ebene der Gesellschafter vereinbart werden.

Bei einer Vielzahl von Familienmitgliedern führt dieses Erfordernis in der Praxis oft zu erheblichen Umsetzungs- und Akzeptanzproblemen. Erlaubnisfrei ist daher nach Ansicht der Bafin auch, wenn ein Familienmitglied das Family Office beherrscht und das Family Office nicht nur gegenüber diesem Familienmitglied tätig wird, sondern auch gegenüber dessen engstem Familienkreis. Wird das Vermögen aber bereits über mehrere Generationen hinweg verwaltet, führt auch diese Ausnahme zu Unschärfen.

Erlaubnisfrei möglich ist im Regelfall zudem das Verwalten des Vermögens innerhalb einer eigenen Investmentgesellschaft, etwa einer privaten Investment-GmbH. Die Investmentgesellschaft verwaltet nämlich ihr eigenes Vermögen und erbringt daher rechtlich keine Dienstleistungen für einen anderen. Beim Multi Family Office greift in der Regel keine der drei beschriebenen Ausnahmen vom KWG, sodass diese der vollen Regulierung durch das Kreditwesengesetz unterliegen.

Erlaubnispflichten nach KAGB

Das KAGB ist das zentrale Gesetz für die Regulierung von Verwaltern von Investmentvermögen. Es ist also immer dann einschlägig und anzuwenden, wenn ein Investmentvermögen vorliegt. Ein Investmentvermögen ist vereinfacht gesagt jede rechtliche Hülle, die das Kapital von mehr als einem Anleger zu Investmentzwecken zusammenfasst. Dabei sind die Anleger am Gewinn und Verlust beteiligt. Klassische Fälle eines Investmentvermögens sind der Immobilienfonds und Wertpapierfonds.

Neben diesen klassischen Fällen kann das KAGB für Family Offices in den Fokus gelangen, wenn das Family Office Anlagemöglichkeiten für Familienmitglieder schafft und das Kapital der Mitglieder dafür über ein separates Vehikel gebündelt wird – beispielsweise für den Erwerb einer Beteiligung an einem interessanten Unternehmen. Die Bafin sieht ein solches Pooling-Vehikel dann außerhalb des KAGB, wenn dessen Auflegung vom engeren Kreis der Familienmitglieder angestoßen wurde.

Friends-&-Family-Vehikel fallen dagegen nicht unter diese Ausnahme. Allerdings hat die Bafin klargestellt, dass auch dann kein Investmentvermögen vorliegt, wenn sich mehrere Investoren von sich aus zusammentun, um gemeinsam Geld anzulegen. Bündeln etwa mehrere Family Offices in einem Club Deal ihr Kapital für eine interessante Beteiligungsmöglichkeit, kann dies gegebenenfalls außerhalb des Kapitalanlagegesetzbuchs erfolgen.

Vertrieb von Investmentvermögen

Das Kapitalanlagegesetzbuch reguliert neben der Verwaltung auch den Vertrieb von Investmentvermögen. Seit seinem Inkrafttreten im Juli 2013 ist eine Privatplatzierung von Investmentvermögen nur noch für sogenannte kleine registrierte deutsche Kapitalverwaltungsgesellschaften möglich. In allen anderen Fällen ist eine Vertriebsanzeige oder Vertriebs Erlaubnis der Bafin erforderlich. Dies gilt auch, wenn der Vertrieb nur an wenige professionelle Anleger erfolgt.

Gerade für außerhalb der Europäischen Union (EU) ansässige Manager ist das Einholen einer Vertriebs Erlaubnis für Deutschland mit einigem Aufwand verbunden. So verlangt der deutsche Gesetzgeber etwa für den Vertrieb eines US-verwalteten Fonds zwingend eine Verwahrstelle. Einige ausländische Manager meiden es daher, auf dem deutschen Markt aktiv zu werden. Für ein Family Office bleibt dann nur die Möglichkeit, bestehende Kontakte zu nutzen und die betreffenden Verwalter von sich aus anzusprechen. Ein solches passives Ansprechen stellt keinen Vertrieb in Deutschland dar und ist somit außerhalb des KAGB möglich.

Neben dem Navigieren der dargestellten Untiefen stellt sich für regulierte Family Offices seit Anfang 2018 die Herausforderung, die Vorgaben der EU-Finanzmarktrichtlinie MiFID II umzusetzen. Hierzu gehören u.a. Vorgaben zu Zielmarktbestimmungen und verschärfte Offenlegungspflichten gegenüber professionellen Kunden, wie beispielsweise das Erstellen von Kosteninformationsblättern zum Produkt.

Dieser Beitrag erschien erstmals in: *Private Banking Magazin* 06/2018, S. 22-23

Steuerrecht

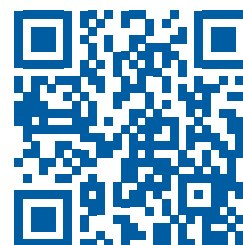
VIDEO Diskussion: Private Equity und Carried Interest

19. März 2018



Venture Capital Carried-Interest
Managementbeteiligung

Steuer- und aufsichtsrechtliche Fragestellungen waren das Thema einer Panel-Diskussion zwischen Esther Wandel (Bundesfinanzministerium), Heinrich Weber-Grellet (ehem. Vorsitzender Richter am Bundesfinanzhof) und den P+P-Partnern Andreas Rodin, Peter Bujotzek und Amos Veith anlässlich der Feier zum 20-jährigen Bestehen der Kanzlei P+P Pöllath + Partners am 23. Februar 2018 in München.



youtu.be/OzbH_6TCsCI

VIDEO Impulsreferat: Private Equity und Carried Interest

19. März 2018



Venture Capital Carried-Interest
Fondsgesetzgebung Managementbeteiligung

Bei Carried Interest handelt es sich um eine Form der Ergebnisbeteiligung für das Fondsmanagement. Warum die Gesetzgebung immer wieder Fragen aufwirft, erläutert P+P-Partner Amos Veith.



youtu.be/bW55C0AFhFo

Investmentsteuergesetz – Praxistest zeigt Schwachstellen auf

von Ronald Buge (P+P Pöllath + Partners), Dr. Peter Bujotzek (P+P Pöllath + Partners)

26. Juli 2018

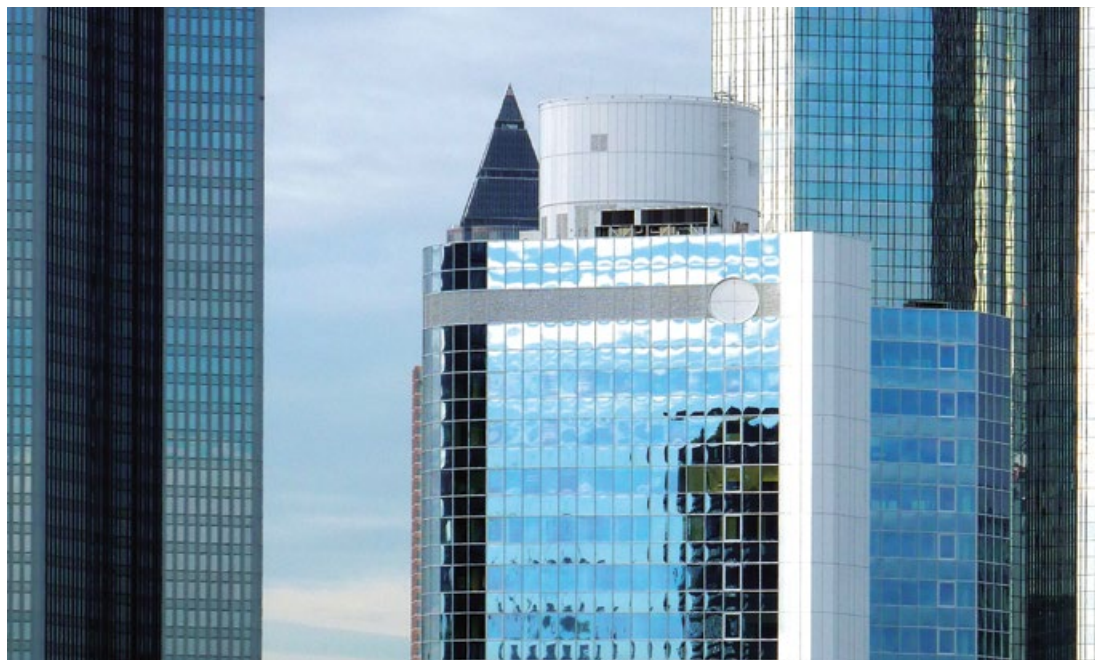
Investmentfonds

Investmentsteuerrecht

Finanzverwaltung

MUPET 2018

AIFM



Am 1. Januar 2018 trat infolge der Investmentsteuerreform das neue Investmentsteuergesetz in Kraft. Die ersten Praxiserfahrungen boten Anlass, das nun mehr als sieben Monate alte Gesetz aus Sicht der Private Equity Fondsbranche im Rahmen der diesjährigen MUPET am 5. und 6. Juli 2018 in München zu besprechen.

Wir bedanken uns besonders bei Herrn Dr. Alexander Mann (Hessische Finanzverwaltung), der zum nunmehr dritten Jahr unserer Einladung folgte, um mit uns auf dem Podium die neuesten Erkenntnisse und Entwicklungen im Zusammenhang mit dem neuen Investmentsteuerrecht zu diskutieren. Mann ist ausgewiesener Kenner des Investmentsteuerrechts und gestaltet in der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Investmentsteuerreform die maßgeblichen Veröffentlichungen der Finanzverwaltung mit.

Aktuelles aus Gesetzgebung und Finanzverwaltung

Eingangs wurde besprochen, dass das bereits vor seinem In-Kraft-Treten durch das BEPS-Umsetzungsgesetz und das Steuerumgebungsbekämpfungsgesetz zweimal geänderte Investmentsteuergesetz voraussichtlich durch das derzeit als Referentenentwurf vorliegende Jahressteuergesetz 2018 und gegebenenfalls durch weitere Gesetzes (z.B. im Rahmen eines „Brexite-Gesetzes“) weiter punktuell angepasst wird (z.B. Änderungen und Konkretisierungen bezüglich der Qualifikation von Aktien-, Misch- und Immobilienfonds).

Am 15. Juni 2018 wurde außerdem nach Veröffentlichung mehrerer „kleiner“ BMF-Schreiben zu einzelnen Anwendungsfragen der inzwischen dritte Entwurf eines umfassenden, aber nach wie vor nicht vollständigen, Anwendungsschreibens zum Investmentsteuergesetz durch das BMF bekannt gemacht. Mann teilte mit, dass voraussichtlich zeitnah nach Ablauf der Stellungnahmefrist zu diesem Entwurf (Ende Juli 2018) ein weiteres Anwendungsschreiben zu ersten Teilen des Investmentsteuergesetzes (§ 1 bis § 24 sowie § 56) vorab veröffentlicht wird. Wann ein vollständiges „großes“ Anwendungsschreiben final verabschiedet wird, konnte Mann noch nicht einschätzen.

Ausgewählte Anwendungsfragen

Kapitalertragsteuer bei Personengesellschaften mit Investmentfonds als Gesellschafter

Erzielt eine Personengesellschaft, an der ein Investmentfonds beteiligt ist, so genannte inländische Beteiligungseinkünfte oder sonstige inländische Einkünfte, die einem Kapitalertragsteuerabzug unterliegen (insbesondere Dividenden von deutschen Kapitalgesellschaften), erfolgt nach allgemeinen Grundsätzen gegenüber der Personengesellschaft der Kapitalertragsteuerabzug zum Steuersatz von 25% zzgl. Solidaritätszuschlag und im gesonderten und einheitlichen Feststellungsverfahren bei der Personengesellschaft wird die anrechenbare Kapitalertragsteuer festgestellt.

Nicht zweifelsfrei geklärt ist die Frage, ob bzw. auf welcher Grundlage der Investmentfonds den auf ihn entfallenden Teil der Kapitalertragsteuer gegebenenfalls erstatten lassen kann, soweit die Kapitalertragsteuer 15% (inklusive Solidaritätszuschlag) überschreitet. Dieser Steuersatz wäre anwendbar bei direkter Erzielung der entsprechenden Einkünfte durch den Investmentfonds, d.h. ohne Zwischenschaltung der Personengesellschaft. Mann teilte unsere Auffassung, dass im Ergebnis eine Erstattung wie vorstehend beschrieben sowohl bei zwischengeschalteten vermögensverwaltenden als auch bei gewerblichen Personengesellschaften möglich sein muss und verwies auf § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InvStG, der gegebenenfalls in analoger Anwendung als Rechtsgrundlage in Betracht komme (Erstattung durch Betriebsstättenfinanzamt des Entrichtungspflichtigen auf Antrag des Investmentfonds).

Qualifikation von Investmentfonds und Teilfreistellungen

Wenn ein Investmentfonds fortlaufend einen bestimmten Anteil seines Wertes in Kapitalbeteiligungen anlegt und dadurch als Aktien- oder Mischfonds zu qualifizieren ist, sind auf Ebene der Anleger Teilfreistellungen anwendbar mit der Folge einer anteiligen Steuerfreiheit der Investorserträge.

Bestimmung des „Wertes“ von Investmentfonds

Der maßgebliche Wert des Investmentfonds soll sich grundsätzlich nicht nach dem so genannten Nettoinventarwert, sondern nur nach dem Wert der Vermögensgegenstände ohne Berücksichtigung von Verbindlichkeiten bestimmen. Mann meint, dass dabei auf den gemeinen Wert der Vermögensgegenstände abzustellen ist. Dadurch könnten sich gegebenenfalls streitanfällige Bewertungsfragen stellen. Vermieden werden könnte dies, wenn die ursprünglichen Anschaffungskosten für die Vermögensgegenstände für Zwecke der Wertbestimmung herangezogen würden.

Nachweis des Kapitalbeteiligungsbestandes

Ergibt sich die Quote der Kapitalbeteiligungen nicht aus den Anlagebedingungen des Investmentfonds, sind Teilfreistellungen auf Antrag des Anlegers in der Veranlagung dennoch anzuwenden, wenn der Anleger nachweist, dass der Investmentfonds die maßgeblichen Anlagegrenzen während des Geschäftsjahres tatsächlich durchgehend überschritten hat. Als Nachweise sollen dafür Halbjahres- oder Jahresberichte (nur) dann genügen, wenn darin eine ausdrückliche Bestätigung des Investmentfonds enthalten ist, dass die Kapitalbeteiligungsquote fortlaufend eingehalten wurde. Ob und gegebenenfalls unter welchen weiteren Voraussetzungen Quartalsberichte als Nachweismittel ausreichen, ist nicht geklärt.

Mann führte aus, dass eine bundeseinheitliche Auffassung in der Finanzverwaltung zum Umfang der Nachweispflichten noch nicht bestehe. Jedenfalls die hessische Finanzverwaltung werde aber keine allzu hohen Anforderungen stellen und beispielsweise Quartalsberichte akzeptieren, wenn die Kapitalverwaltungsgesellschaft zusätzlich bestätigt, dass nach ihrem besten Wissen die in den Berichten ausgewiesenen Werte während des ganzen Geschäftsjahres tatsächlich nicht unterschritten, die maßgebliche Kapitalbeteiligungsquote demnach fortlaufend eingehalten wurde.

Höhe der Teilfreistellungen bei Beteiligung von Personengesellschaften als Anleger an Investmentfonds

Der zweite Entwurf eines Anwendungsschreibens zum Investmentsteuergesetz vom 11. August 2017 sah betreffend Personengesellschaften als Anleger von Investmentfonds vor, dass (i) im Rahmen der gesonderten und einheitlichen Feststellung der Besteuerungsgrundlagen bei der Personengesellschaft der Investorsertrag ohne

Berücksichtigung von Teilfreistellungen festzustellen ist (ii) und die Teilfreistellungen erst im Rahmen der Veranlagung des jeweiligen Gesellschafters anzuwenden sind („Brutto-Methode“). Diese Aussage entfiel im aktuellen dritten Entwurf ersatzlos. Mann erläuterte, dass diese Streichung auf Uneinigkeiten innerhalb der Finanzverwaltung zum Verfahren zurückgeht, dass aber damit zu rechnen sei, dass in der Praxis bereits im Rahmen der gesonderten und einheitlichen Feststellung bei der Personengesellschaft der Investmentertrag mit Berücksichtigung der anteiligen, auf die Gesellschafter entfallenden, Teilfreistellungen festgestellt wird („Netto-Methode“). Damit wird die Entscheidung über die anwendbaren Teilfreistungssätze verbindlich und einheitlich bereits durch die Feststellungsfinanzämter durchgeführt und werden die (Wohn-)Sitzfinanzämter der Gesellschafter insoweit entlastet.

Bei der Ermittlung des Gewerbeertrags einer an einem Investmentfonds beteiligten Mitunternehmerschaft sollen sich die Teilfreistellungen für die Mitunternehmerschaft ausweislich des aktuellen Entwurfs eines Anwendungsschreibens anteilig nach den für die verschiedenen Mitunternehmergruppen (natürliche Personen, Kredit-/Finanzdienstleistungsinstitute oder Lebens-/Krankenversicherungsunternehmen sowie sonstige Körperschaftsteuersubjekte) anwendbaren Teilfreistungssätzen richten („Durchschau“ entsprechend § 7 Satz 4 GewStG).

(Keine) Berücksichtigung von mittelbar über Personengesellschaften gehaltenen Kapitalbeteiligungen

Nach Auffassung der Finanzverwaltung bleiben Kapitalbeteiligungen, die nicht direkt von einem Investmentfonds, sondern nur mittelbar über Personengesellschaften (etwa Zielfonds in der Rechtsform von Personengesellschaften) gehalten werden, für Zwecke der Bestimmung der Quote der Kapitalbeteiligten des Investmentfonds unberücksichtigt. Mann erläuterte, dass diese Ansicht voraussichtlich unverändert bestehen bleiben wird. Das hätte zur Folge, dass Dach-Investmentfonds regelmäßig nicht als Aktien- oder Mischfonds zu qualifizieren sein und die Anleger eines Dach-Investmentfonds dementsprechend nicht von Teilfreistellungen auf ihre Investmenterträge profitieren dürften.

Das Podium war sich einig, dass diese Auffassung der Finanzverwaltung bedenklich ist. Jedenfalls bei vermögensverwaltenden Personengesellschaften müssen unseres Erachtens die von einer Personengesellschaft gehaltenen Kapitalbeteiligungen anteilig dem Investmentfonds als Gesellschafter zugerechnet werden (so genannte Bruchteilsbetrachtung, vgl. § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO). Bei gewerblichen Personengesellschaften müsste aus Gründen einer sachlich zutreffenden Besteuerung und unter Berücksichtigung des Rechtsgedankens des § 8b Abs. 6 KStG dasselbe gelten. Betroffene Steuerpflichtige sollten ggf. Rechtsbehelfsverfahren gegen anderslautende Feststellungs-/Steuerbescheide in Erwägung ziehen.

Abgrenzung der privaten Vermögensverwaltung vom Gewerbebetrieb

Im zweiten Entwurf eines Anwendungsschreibens wurde durch die Finanzverwaltung die Auffassung vertreten, dass sich für Zwecke der Körperschaftsteuer bei Investmentfonds die Abgrenzung der gewerblichen Einkünfte von der privaten Vermögensverwaltung nach den allgemeinen einkommensteuerlichen Regelungen bestimmt und die (wohl) großzügigeren gewerbesteuerlichen Abgrenzungskriterien für eine „aktive unternehmerische Bewirtschaftung“ insoweit unbeachtlich sind. Dementgegen sieht der unseres Erachtens insoweit zu begrüßende, dritte Entwurf nunmehr vor, dass gewerbliche Einkünfte nur bei einer aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung der Vermögensgegenstände des Investmentfonds vorliegen.

Mann werde sich laut eigener Aussage in der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Investmentsteuerreform allerdings dafür einsetzen, dass die Formulierung aus dem zweiten Entwurf wieder aufgenommen wird (Unbeachtlichkeit der aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung für Körperschaftsteuerzwecke). Die Tätigkeit eines Investmentfonds solle nach denselben Kriterien beurteilt werden wie die Tätigkeit eines Anlegers bei der Direktanlage.

Für den dritten Entwurf spricht unseres Erachtens, dass damit im Ergebnis ein praktisch wünschenswerter Gleichlauf der Qualifikation der Tätigkeit von Investmentfonds für gewerbe- und körperschaftsteuerliche Zwecke erreicht würde. Zudem ist auch nach allgemeinen einkommensteuerlichen Grundsätzen der Abgrenzung des Gewerbebetriebs von der Vermögensverwaltung (so genannte Fruchtziehungsformel) stets das Gesamtbild der Betätigung unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung und der jeweiligen artspezifischen Besonderheiten der in Rede stehenden Wirtschaftsgüter entscheidend. Tätigkeiten, die keine „aktive unternehmerische Bewirtschaftung“ von Vermögensgegenständen eines Investmentfonds darstellen, sind unseres Erachtens artspezifisch für die Anlagetätigkeit von Investmentvermögen und können daher für sich gesehen nicht schon einen Gewerbebetrieb begründen.

Die Anlagetätigkeit eines Investmentfonds ist gerade nicht der Direktanlage eines Anlegers vergleichbar, so dass unterschiedliche Maßstäbe sachgerecht sind.

Erwerbbarkeit von Anteilen an geschlossenen AIF für Spezial-Investmentfonds

Zweifelhaft ist derzeit auch die Frage, ob Anteile an geschlossenen AIF, insbesondere in der Rechtsform einer Personengesellschaft, für Spezial-Investmentfonds erwerbbarer Vermögensgegenstände in Gestalt eines „Wertpapiers“ (§ 26 Nr. 4 Bstb. a InvStG) sein können. Unseres Erachtens sind AIF-Anteile unter den Voraussetzungen der so genannten Eligible-Assets-Richtlinie erwerbbar (Verlustbeschränkung; Handelbarkeit; Unternehmenskontrolle; etc.).

Die Regelung im dritten Entwurf eines Anwendungsschreibens hierzu ist missverständlich. Einerseits sollen Wertpapiere danach nur erwerbbar sein, die an einer Börse zugelassen oder in einen organisierten Markt einbezogen sind. Andererseits sollen Anteile an geschlossenen Fonds unabhängig von ihrer Rechtsform als Wertpapiere erwerbbar sein, wenn der geschlossene Fonds einer Unternehmenskontrolle unterliegt und der Rechtsträger den Vorschriften des Anlegerschutzes unterliegt. Für geschlossene Fondsanteile dürfte daher eine Börsennotierung bzw. eine Einbeziehung in einen organisierten Markt im Ergebnis entbehrlich sein. Man geht davon aus, dass die entsprechenden Passagen noch überarbeitet werden, so dass in einem finalen Anwendungsschreiben mit einer Klarstellung zu rechnen sein dürfte.

Investment- und Außensteuerrecht

Während das neue Investmentsteuerrecht die Hinzurechnungsbesteuerung nach dem AStG umfassend sperrt, waren bis zum 31. Dezember 2017 die Regelungen über die Hinzurechnungsbesteuerung auf Anleger von Kapital-Investitionsgesellschaften anwendbar. Um eine doppelte steuerliche Belastung durch die Hinzurechnungsbesteuerung einerseits und die Regelbesteuerung der tatsächlichen Ausschüttungen (denen passive Einkünfte von Kapital-Investitionsgesellschaften zugrunde lagen) und/oder Veräußerungsgewinne zu vermeiden, waren diese Ausschüttungen und Veräußerungsgewinne unter bestimmten Voraussetzungen steuerfrei, soweit innerhalb von sieben Jahren Hinzurechnungsbeträge aus einer Beteiligung an der Kapital-Investitionsgesellschaft der Besteuerung unterlegen haben (§ 19 Abs. 4 InvStG a.F. i.V.m. § 3 Nr. 41 EStG).

Das Podium war sich einig, dass auch nach Inkrafttreten des neuen Investmentsteuergesetzes (i) ein fiktiver Veräußerungsgewinn aus der Übergangsbesteuerung gemäß § 56 Abs. 2 InvStG, (ii) Ausschüttungen sowie (iii) Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an ehemaligen Kapital-Investitionsgesellschaften, die nunmehr als Investmentfonds zu qualifizieren sind, unter den Voraussetzungen des § 3 Nr. 41 EStG steuerfrei sind.

Fazit

Insgesamt hat sich gezeigt, dass das neue Investmentsteuerrecht auch nach seinem Inkrafttreten eine Fülle von Einzelfragen offen lässt. Wünschenswert wäre die möglichst zügige Klärung dieser Fragen durch die Finanzverwaltung, möglichst durch ein „großes“ Anwendungsschreiben zum Investmentsteuergesetz. Zuversichtlich stimmt jedenfalls die Ankündigung der zeitnahen Veröffentlichung eines Anwendungsschreibens zu § 1 bis § 24 und § 56 InvStG.

VIDEO Erste Praxiserfahrungen mit der Investmentsteuerreform

von Ronald Buge (P+P Pöllath + Partners), Dr. Peter Bujotzek (P+P Pöllath + Partners), Dr. Alexander Mann (Hessisches Ministerium der Finanzen)

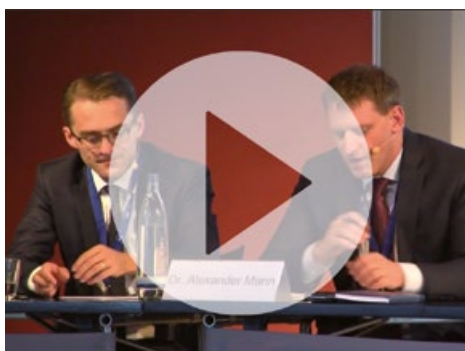
10. Oktober 2018

Investmentfonds

Investmentsteuerrecht

MUPET 2018

AIFM



Die Referenten Ronald Buge (P+P), Dr. Peter Bujotzek (P+P) und Dr. Alexander Mann (Hessisches Ministerium der Finanzen) berichten über ihre ersten Erfahrungen mit der Reform der Investmentsteuer, die zum 1. Januar 2018 in Kraft getreten ist. Dabei geht es sowohl um den Status Quo der Auswirkungen der Investmentsteuerreform als auch um einen Ausblick auf kommenden Gesetzesvorhaben insbesondere aus Sicht eines Vertreters der Exekutive.



youtu.be/SERGmUZVXpE

Krypto / ICO und Venture Capital

Kryptowährungen – Coin ist nicht gleich Coin

von David Peroz (P+P Pöllath + Partners)

22. Februar 2018



Kryptowährungen liegen im Trend. Bild: Pixabay

Venture Capital

ICO

Kryptowährung

Initial Coin Offerings (ICOs) haben das Potenzial, Unternehmen zu ermöglichen, innerhalb kürzester Zeit viel Kapital einzunehmen. Verglichen mit traditionellen Finanzierungsmethoden versprechen ICOs deutlich mehr Flexibilität.

Durch ICOs können sich auch Private mit kleinen Budgets an Anlagen beteiligen, zu denen sie bei klassischen Venture-Capital-Finanzierungen keinen Zugang hätten. Investoren erhalten neu kreierte Coins bzw. Token – meist zahlen sie dafür mit etablierten Kryptowährungen wie Bitcoin oder Ether. Die neu ausgegebenen Coins vermitteln dem Erwerber oft in den Algorithmus des Coins eingebaute Befugnisse.

Je nach Ausgestaltung können diese von Rabatten auf etwaige Produkte der Initiatoren, Partizipation an zukünftigen Gewinnen bis hin zu Mitbestimmungsrechten reichen – aber auch eine Armada an rechtlichen Problemen nach sich ziehen.

Wo Honig ist, da gibt es Fliegen

Bereits Verwender „einfacher“ Kryptowährungen (mit dem wohl bekanntesten Vertreter Bitcoin, einem Token, der über seinen Marktwert hinaus keine weiteren Rechte einräumt) sehen sich zunächst steuerlichen Themen ausgesetzt. Für Privatpersonen gilt: Kryptowährungen werden grundsätzlich als nicht abnutzbare immaterielle Wirtschaftsgüter behandelt. Bei der Veräußerung eines Coins handelt es sich daher grundsätzlich um ein steuerbares privates Veräußerungsgeschäft. Liegt zwischen Erwerb und Veräußerung des jeweiligen Coins mindestens ein Jahr oder liegen Gewinne unterhalb einer Grenze von 600 EUR, ist die Veräußerung steuerfrei.

Gewährt ein Token hingegen zusätzlich einen Anspruch auf „Zinsen“, wie man dies zum Beispiel bei BitCore über wöchentliche Gratisausschüttungen (Airdrops) annehmen könnte, erhöht sich der Zeitraum auf zehn Jahre. Bei diesem Token handelt es sich dann um ein Wirtschaftsgut, aus dessen Nutzung als Quelle für Einkünfte zumindest in einem Kalenderjahr Einkünfte erzielt werden. Anders ist die Lage, wenn eine Person nicht am Handel, sondern am Mining, also der Produktion von Token, beteiligt ist.

Für gewerblich tätige Unternehmen gelten andere Vorschriften. Sie können keine privaten Veräußerungsgeschäfte tätigen. Abhängig von der jeweiligen Gesellschaftsstruktur können auf Gewinne, die mit dem Handel von Kryptowährungen erzielt wurden, Körperschaftsteuer bzw. Einkommensteuer sowie Gewerbesteuer erhoben werden. Bezüglich der Umsatzsteuer hat der Europäische Gerichtshof dagegen im Jahr 2015 entschieden, dass auch der gewerbliche Tausch von Kryptowährungen gegen Fiat-Währungen, wie Euro oder Dollar, grundsätzlich keiner Umsatzsteuer unterliegt.

Der Teufel steckt im Detail

Neben diversen steuerlichen Baustellen im Detail sind der Fantasie problembewusster Juristen auch in anderen Rechtsgebieten keine Grenzen gesetzt. Die Kryptowährung mit der zurzeit zweitgrößten Marktkapitalisierung, Ethereum, gewährt ihren Eigentümern beispielsweise die Möglichkeit, über sogenannte Smart Contracts individuell programmierbare Vertragsmodalitäten einzurichten, die bei Eintritt des definierten Umstands Verfügungen jeder Art auslösen können. Dabei ist eine genaue Prüfung der konkreten Mechanismen essenziell.

So hat die auf der Blockchain von Ethereum basierende Kryptowährung Golem die Funktionalität von Ethereum über Smart Contracts abgewandelt, um die Währung als Zahlungsmittel für die eigentliche Dienstleistung des Systems zu nutzen. Über Golem soll dezentral die Rechenleistung fremder Computer online vermittelt werden.

Daran knüpfen sich aus rechtlicher Sicht Folgefragen: Zwischen wem kommt dabei der Vertrag zustande, wenn ein Nutzer auf die Rechenleistung unbekannter User zugreift? Kann es Schlechtleistungen eines Einzelnen geben, wenn dies durch die Masse für den Nutzer nicht spürbar sein wird? Ist eine Rückabwicklung mit Kryptowährungen überhaupt möglich, wenn viele Blockchains technisch Transaktionsketten nur fortsetzen, aber die Lage nicht in den Zustand ex tunc, also vor Vertragsschluss, zurückversetzen können? Moderne Algorithmen und die globale Vernetzung über das Internet bieten, wie so oft, Möglichkeiten, die sich nur schwer unter Regeln fassen lassen, welche dem über hundertjährigen Bürgerlichen Gesetzbuch entstammen.

Wirklich interessant wird es bei Token, die ihren Eigentümern Ansprüche gegenüber oder sogar Anteile an den Herausgebern dieser Token oder etwaigen Dritten vermitteln (sollen). Auch hier sind die verschiedensten Modelle denkbar. So zielt die Plattform LAToken darauf ab, Token an echte Wertgegenstände, wie Unternehmensanteile, Darlehen, Immobilien oder Kunstwerke, zu knüpfen. Die richtigen Vermögenswerte werden dabei von einer Verwahrstelle gehalten, welche die an den jeweiligen Vermögenswert geknüpften Token über ICOs vergibt.

Die Vorteile sind evident. Es ist weder ein Mindestemissionsvolumen nötig, wie dies bei Börsennotierungen der Fall wäre, noch müssen horrenden jährliche Notierungs-, Transaktions- oder Zeichnungsgebühren in einer Höhe gezahlt

werden, wie dies an den etablierten Börsen oder klassischen OTC-Märkten üblich wäre. Der größte Vorteil liegt in der Schnelligkeit und der Flexibilität. Bei einem IPO bedarf es üblicherweise einer Vorbereitungszeit von einem halben Jahr, während ein ICO in kürzerer Zeit möglich ist.

Aus großer Macht folgt große Verantwortung

Die Vorteile von ICOs bei der Einnahme von Kapital basieren neben modernen Anwendungen und effizienten Prozessen vor allem auf dem – derzeit noch – unregulierten Markt. Dabei sind jedoch diverse gesetzliche Einschränkungen denkbar. Ethereums Co-Founder Vitalik Buterin, einer der Stars der Szene, kündigte kürzlich ein neues dezentralisiertes Fundraisingmodell namens DAICO an: Dies soll zunächst wie ein ICO ablaufen. Allerdings haben die Inhaber dieser Art von Token die Möglichkeit, darüber abzustimmen, wie viel Geld den Initiatoren zur Verfügung gestellt wird oder ob die Finanzierung doch lieber gestoppt werden soll.

Mit dieser Demokratisierung und Stärkung der Anlegerrechte steigen auch die rechtlichen Anforderungen an die Finanzierung. So könnten bestimmte Eigenschaften der Token, wie die Teilhabe an Gewinnen oder Mitbestimmungsrechte, zur Klassifizierung des Tokens als Wertpapier im Sinne des Wertpapierprospektgesetzes oder Vermögensanlage im Sinne des Vermögensanlagegesetzes führen, was eine Prospektpflicht für das jeweilige ICO nach sich ziehen könnte. Fehlende, ungenaue oder unrichtige Angaben können dabei zu empfindlichen Strafen für die Initiatoren von ICOs führen – ähnlich ist die Situation auf europäischer Ebene.

Fazit

Die Rechtslage kann nur für jeden Token bzw. jeden ICO im Einzelfall beleuchtet werden. In jedem Fall ist es nur eine Frage der Zeit, bis die Szene vom deutschen oder europäischen Aufsichtsrecht in seine Schranken verwiesen wird. Ein solcher Trend ist in den USA, China und Südkorea zu beobachten. Die zugrunde liegende Technologie ist allerdings nicht mehr aufzuhalten.

Kryptotoken-Fonds – Ein lukratives Investitionsvehikel?

von Dr. Christian Hillebrand (P+P Pöllath + Partners), Dr. David Hötzel (P+P Pöllath + Partners)

26. Februar 2018

Investmentsteuerrecht Fondsstrukturierung Carried-Interest ICO Venture Capital Ertragsteuer Aufsichtsrecht

Während die Geburtsstunde von Kryptowährungen im Jahr 2008 kein Geheimnis mehr ist, unterschätzt mancher Marktteilnehmer noch immer die breite Palette bereits heute marktgängiger Kryptotoken. Aufbauend auf der Blockchain-Technologie entsteht derzeit eine ausdifferenzierte, interessante Assetklasse, die über den medial ausgiebig beleuchteten Bitcoin weit hinausgeht. Dieses neue Ökosystem gedeiht in einer Zeit, in der Finanzierung günstig zu haben ist und sonstige Assetklassen immer teurer werden. Folge ist eine steigende Nachfrage nach strukturierten Anlageprodukten in diesem Bereich.

Während Kryptotoken-Fonds immer mehr in den Fokus von Emittenten und Investoren geraten, fällt zugleich auf, dass es bislang nur verhältnismäßig wenige Fondsvehikel mit Fokus auf Investitionen in Kryptowährungen gibt. Ein

Grund dafür dürfte sicherlich in den rechtlichen und steuerlichen Unsicherheiten liegen, die hiermit verbunden sind und die einem in der rechtlichen Beratungspraxis wiederholt begegnen.

Bekannte Fondsstrukturen als Ausgangspunkt

Auf den ersten Blick erscheint die Errichtung eines Kryptotoken-Fonds relativ simpel und der Errichtung eines „üblichen“ Venture Capital-Fonds ähnlich. Gewählt werden kann eine (steuerlich transparente) Struktur in Form einer deutschen GmbH & Co. KG, an der sich die Investoren als beschränkt haftende Gesellschafter (Kommanditisten) beteiligen. Besteht für die Investoren eine Mindestzeichnungssumme von 200.000 Euro und verfügen diese neben Risikokenntnis auch über genügend Sachverstand, Erfahrung und Kenntnis, genügt für die das Fondsvehikel verwaltende Managementgesellschaft eine mit überschaubarem Aufwand bei der BaFin zu beantragende Registrierung als Kapitalverwaltungsgesellschaft, die insbesondere für das Portfolio- und Risikomanagement verantwortlich ist.



Kryptotoken-Fonds: Lukratives wie herausforderndes Investitionsvehikel.

Bild: Pixabay

Aufsichtsrechtliche Stolpersteine

Der Teufel – und auch die Unterschiede – stecken jedoch wie so häufig im Detail. Während Beteiligungen an Venture Capital-Fonds stets für eine gewisse Mindestzeit eingegangen werden (häufig etwa zehn Jahre plus gegebenenfalls Verlängerung – sogenannter geschlossener Fonds), ist bei Kryptotoken-Fonds auch die Möglichkeit des steten Wechsels des Gesellschafterbestands vorstellbar (sogenannter offener Fonds). Hintergrund ist, dass bei Kryptotoken ein zumindest potenziell liquider Markt vorhanden ist und ein kündigender Investor bei Ausscheiden tatsächlich ausbezahlt werden kann. Schon hieran zeigt sich, dass sich ein Marktstandard erst noch herausbilden muss. Zudem ist bereits heute absehbar, dass in Zukunft eine Regulierung von Kryptowährungen einsetzen wird; allein in welchem Maße das geschieht und welche Auswirkungen dies gegebenenfalls auch auf Kryptotoken-Fonds haben kann, bleibt zu beobachten. Die BaFin hat sich bislang nur begrenzt zum Thema Kryptowährungen geäußert und sich hierbei zumeist auf Bitcoin fokussiert. Dass die deutsche Finanzaufsicht auch andere Kryptotoken im Blick hat, zeigen Warnungen vor den Risiken von Initial Coin Offerings vom November 2017.

Steuerliche Stolpersteine

Ebenso wenig Rechtssicherheit bieten Kryptotoken-Fonds steuerlich. Positiv ist zunächst festzustellen, dass der Europäische Gerichtshof bereits im Oktober 2015 gute Anhaltspunkte zur Umsatzsteuer gegeben hat, wonach die Übertragung von Bitcoin als solche – ebenso wie bei sonstigem Geld – nicht umsatzsteuerbar ist. Ertragsteuerlich hat das Finanzministerium Hamburg im Dezember 2017 ebenfalls zu Bitcoin in der privaten Vermögenssphäre Stellung genommen und die augenscheinliche Steuerbarkeit von Veräußerungsgewinnen innerhalb einer einjährigen Haltefrist verifiziert. Mit diesen ersten Äußerungen sind die Rechtsfragen im Detail gerade für Fondsstrukturen jedoch mitnichten geklärt. Ertragsteuerliche Sorgfalt erfordert etwa die Frage, ob und nach welchen Kriterien ein vermögensverwaltend strukturierter Fonds, dessen Geschäft im An- und Verkauf verschiedener Kryptotoken besteht, die Grenze zu einer gewerblichen Tätigkeit überschreitet. Bei gewichteten Haltedauern, die sich aufgrund des volatilen Marktes der Token eher in Monaten als in Jahren ausdrücken lassen, kommen die herkömmlichen Abgrenzungsmodelle schnell an ihre Grenzen (das gilt besonders für die Kriterien im oft zitierten Erlass der

Finanzverwaltung zur Abgrenzung der privaten Vermögensverwaltung zum Gewerbebetrieb für Venture Capital- und Private Equity-Fonds, man spricht hierbei von einem Private Equity-Erlass).

Weitere steuerliche Fallstricke

Nimmt die Finanzverwaltung bei unbedachten Fondsstrategien eine gewerbliche Tätigkeit an, fällt neben der Einkommensteuer (bzw. Körperschaftsteuer) auf Veräußerungsgewinne auf Ebene der Investoren auch Gewerbesteuer auf Fondsebene an. Dies stellt eine zusätzliche Belastung dar, die etwa bei ausländischen Investoren wirtschaftlich als echte Mehrbelastung verbleibt und sie zudem zur Abgabe von Steuererklärungen in Deutschland verpflichtet. Ertragsteuerliche Sonderfragen zur Behandlung des bei herkömmlichen Private Equity-Fonds privilegiert besteuerten Carried Interest oder der Besteuerung von Token mit fruchtziehungsähnlichen Funktionen seien hier nur benannt und sollten bei Aufsetzen einer Fondsstruktur nicht übersehen werden.

Nicht vernachlässigt werden sollte schließlich, dass die umsatzsteuerliche Sicherheit, in der sich Investoren seit der EuGH-Entscheidung 2015 wähnen, trügerisch sein kann. Die Straßburger Richter haben zwar zu Bitcoin entschieden – einer Kryptowährung, die funktional als reiner Tauschintermediär (Geld) existiert. Der investierende Fondsmanager sollte jedoch im Blick haben, dass so mancher Token eine im umsatzsteuerlichen Sinne verbrauchsfähige Leistung vermitteln könnte, die über die reine Tauschmittelfunktion hinaus- und damit gegebenenfalls an der Unschädlichkeitsschwelle des EuGH vorbeigeht.

Fazit

Kryptotoken-Fonds haben das Potenzial, in Zukunft ein lukratives Investitionsvehikel zu sein. Ob dieses Potenzial verwirklicht wird, hängt jedoch von einer Vielzahl von Einzelfragen ab. Neben der allgemeinen Marktentwicklung von Kryptotoken sind dabei insbesondere aufsichts- und steuerrechtliche Unwägbarkeiten im Blick zu behalten. Hierbei bleibt zu hoffen, dass Gesetzgeber und Verwaltung mit Augenmaß Rechtssicherheit verschaffen.

Venture Capital – Studie zeigt Defizite in Deutschland

von Dr. Philip Mostertz (P+P Pöllath + Partners)

3. Juli 2018

Venture Capital Finanzierung
Start-up Digitalisierung

Zu wenig Kapital vor allem in der Later Stage-Finanzierung, den Anschluss an Asien und die USA längst verpasst – die aktuelle Studie des BVK zeigt, dass bei Venture Capital-Investments in Deutschland noch deutlich Luft nach oben ist. Mit einem 6-Punkte-Plan sollen die Schwachstellen des deutschen Venture Capital-Marktes überwunden werden.



Die aktuelle Studie des Bundesverbands Deutscher Kapitalbeteiligungsgesellschaften e.V. (BVK), der Internet Economy Foundation (IE.F) und der Beratungsgesellschaft Roland Berger befasst sich eingehend mit dem deutschen Venture Capital-Markt. Welche Bedeutung hat Venture Capital für die Volkswirtschaft? Wie hat sich Venture Capital in Deutschland entwickelt? Wo steht Deutschland im europäischen und internationalen Vergleich? Welche Maßnahmen können ergriffen werden, um Venture Capital in Deutschland weiter zu fördern?

*„Volkswirtschaftlich betrachtet ist Venture Capital mehr als eine Anlageklasse, es ist geradezu ein Treibstoff für Innovation, Wachstum und Beschäftigung“
(René Obermann, Warburg Pincus)*

Für die Studie unter dem Titel „Treibstoff Venture Capital: Wie wir Innovation und Wachstum befeuern“ wurden zahlreiche Interviews mit Venture Capital-Fondsmanagern geführt und umfangreiches Daten- und Studienmaterial ausgewertet.

Deutschland mit Aufholbedarf bei Venture Capital-Investitionen

In 2017 wurde in Deutschland Venture Capital in Höhe von rd. 1,1 Mrd. Euro investiert. In den USA waren es dagegen rd. 63,8 Mrd. Euro. In Deutschland machen Venture Capital-Investitionen damit gerade einmal 0,035 % des Bruttoinlandproduktes (BIP) aus. In den USA sind es rd. 0,371 % des BIP.

Auch gegenüber Asien haben Deutschland und Europa zunehmend das Nachsehen. Lagen Europa und Asien im Jahr 2012 bei den jährlichen Venture Capital-Investitionen noch gleich auf, ist der Unterschied mittlerweile signifikant. Inzwischen liegt Asien mit Venture Capital-Investitionen in Höhe von EUR 62,8 Mrd. in 2017 fast gleichauf mit den USA und hat Europa abgehängt. Insbesondere China investiert verstärkt staatliche Gelder in Form von Venture Capital.

Knackpunkt Later Stage – Studie attestiert zu kleine Investitionsvolumina

Besonders kritisch wird die Finanzierungslücke in der Later Stage gesehen, also in der Finanzierungsphase, in der Unternehmen ihren Marktzugang und ihr Wachstum finanzieren. Der Later Stage-Finanzierung kommt bei der Entwicklung der Unternehmen entscheidende Bedeutung zu. Hier etablieren sich die Unternehmen am Markt und legen den Grundstein für ihren möglichen späteren Erfolg.

In dieser wichtigen Phase fehlt es deutschen Unternehmen im Vergleich zu ihren US-amerikanischen und asiatischen Konkurrenten an Finanzierungsmöglichkeiten. Während in den USA und in Asien mehr als die Hälfte der Venture Capital-Investitionen auf die Later Stage fällt (in Asien sogar über 70 %), sind es in Europa gerade einmal 38 %.

Zu wenig Venture Capital führt zu einem Teufelskreis

Die Studie identifiziert insbesondere folgende Hemmnisse für Venture Capital in Deutschland:

- Es fehlen große deutsche Venture Capital-Fonds, die in der Lage sind, die kapitalintensiven Investitionen der Later Stage zu bedienen.
- Es bestehen zu viele bürokratische und steuerliche Hemmnisse.
- Deutsche institutionelle Investoren (Versicherungen, Pensionskassen etc.) beteiligen sich zu selten an Venture Capital-Fonds.
- Der kapitalgedeckten Altersvorsorge kommt in Deutschland aufgrund des umlagebasierten gesetzlichen Rentensystems insgesamt eine zu geringe Bedeutung zu.
- In Deutschland fehlen Erfolgsgeschichten von Start-ups, die ihren Investoren außergewöhnliche Renditen ermöglicht haben.

Diese Punkte führen zu zwei in sich verflochtenen Teufelskreisen aus mangelnder Kapitalbildung und eingeschränkter Skalierung der hiesigen Unternehmen, die Venture Capital-Investitionen hemmen.

Durchbrechung der Teufelskreise – Studie schlägt 6-Punkte-Plan vor

Die Studie schlägt sechs Maßnahmen vor, um die Teufelskreise zu durchbrechen und Venture Capital in Deutschland zu fördern:

1. Later Stage-Investitionen von Venture Capital-Fonds sollten staatlich gefördert werden mit einem Hebelmechanismus zwischen privatem und öffentlichem Geld.
2. Es sollte ein staatlicher Venture Capital-Dachfonds errichtet werden, an dem sich auch große private institutionelle Investoren beteiligen.
3. Erfolgsbeispiele erfolgreicher deutscher Start-ups sollten vom Staat aktiv verbreitet werden, um die allgemeine Attraktivität von Venture Capital-Investitionen zu steigern.
4. Die rechtlichen Rahmenbedingungen für Venture Capital sollten verbessert werden. Dies betrifft insbesondere folgende Punkte: Abschaffung der Umsatzsteuer auf die Vergütung für die Verwaltung von Venture Capital-Fonds (Management Fee), Einführung von gesetzlicher Steuertransparenz für Venture Capital-Fonds, Erweiterung der Abschreibungsmöglichkeiten für Venture Capital-Investitionen und Ausdehnung des INVEST-Zuschusses auf Beteiligungen an Venture Capital-Fonds.
5. Einhergehend mit einer Modernisierung des Rentensystems (Förderung kapitalgedeckter Altersvorsorge) sollte die Teilhabe der Bürger am Venture Capital-Markt – und damit an den Erträgen der Digitalwirtschaft – gefördert werden.

Universitäten und Forschungsinstitute sollten mittels einer Exzellenzinitiative gefördert werden, damit diese ihre Forschungsergebnisse durch Gründung innovativer Start-ups in den Markt bringen und kommerzialisieren können.

Digitale Assets – Unternehmensrecht hat Anpassungsbedarf

von Dr. Andreas Rodin (P+P Pöllath + Partners)

10. Juli 2018

ICO Finanzierung Blockchain Aufsichtsrecht

Disruptive Entwicklungen bergen für alle Beteiligten enorme Herausforderungen. Das gilt auch und insbesondere für den Einsatz der Blockchain-Technologie im Rahmen der Unternehmensfinanzierungen. Anpassungen im Unternehmensrecht sind dabei unerlässlich.



Herausforderungen stellen sich den kapital-suchenden Unternehmen, den Private Equity-Gesellschaften, die in digitale Assets investieren wollen, den Aufsichts-behörden und den Steuerbehörden. Tokens und ICOs sind die kryptischen Zauberworte, zu deren Klärung derzeit so viel geschrieben wird.

Keiner will den Anschluss verpassen, viele haben die Sorge, über ICOs Geld zu verlieren wie vor ca. 20 Jahren beim Zerplatzen der dot.com-Blase. Der ICO der Savedroid AG, bei dem dieser Tage 40 Mio. Euro durch das Unternehmen eingenommen wurden, hat den Zeichnern einen gehörigen Schrecken versetzt. Der CEO verschwand, hinterlässt auf seinem

Twitter-Account einen Tweet mit der Botschaft: „Thanks guys! Over and out“ und postete zwei Fotos, eines vom Frankfurter Flughafen, das zweite eine Bierflasche einer ägyptischen Biermarke vor Küstenpanorama. Die Betroffenen geraten in Panik: War ein Hackerangriff erfolgreich oder hat sich gar das Team unter Mitnahme des Geldes davon gemacht?

Nein, es war nur ein PR-Gag. Alles ist noch einmal gut gegangen, zeigt aber deutlich auf, wieviel notwendig ist, um die Geheimnisse zu lösen, die sich um diese Anlageklasse ranken. Hier die wesentlichen Stichpunkte: Zur Umsetzung blockchain-basierter Geschäftsmodelle bedarf es wesentlicher Anpassungen im deutschen Unternehmensrecht. Nur durch Gesetzesänderung kann die Möglichkeit geschaffen werden, Gesellschaftsanteile in Form von Token zu digitalisieren und der Rahmen für Emission und Handel digital geschaffener Gesellschaftsanteile bestimmt werden.

Digitale Assets – Eindeutige Regeln notwendig

Wer ein ICO durchführt, nimmt am Kapitalmarkt teil. Die dabei zu beachtenden Regeln des Aufsichtsrechts hängen davon ab, wie die begebenen Token zu qualifizieren sind. Hier prüft die BaFin jeden Einzelfall gesondert. Je nach Ausgestaltung können Token Finanzinstrumente, Wertpapiere, Investmentanteile oder Vermögensanlagen sein. Für ihre Emission gelten dann entweder Wertpapierhandelsgesetz, das Wertpapierprospektgesetz, das Kapitalanlagegesetzbuch oder das Vermögensanlagegesetz. Der Einsatz der Blockchain-Technologie ist in diesen Gesetzen nicht vorgesehen, aber die BaFin muss und wird Regeln definieren.

Finanzaufsicht ist Anlegerschutz. Bemerkenswert ist, dass die luxemburgische CSSF vor ein paar Tagen verfügt hat, dass Token nur für professionelle Investoren im Sinne der MiFID zugelassen werden. Steuerlich ist nicht abschließend geklärt, wie das kapitalaufnehmende Unternehmen den Geldeingang erfasst. Oft landet man bei dem Sprichwort: „Und weißt Du nicht wohin, dann buche auf Gewinn!“

Ähnlich unklar ist die Besteuerung der Einkünfte aus Token beim Investor – entweder gewerbliche Einkünfte oder private Veräußerungsgeschäfte.

ICOs im Fokus von Zivil-, Aufsichts- und Steuerrecht (Teil 1)

von Dr. Georg Greitemann (P+P Pöllath + Partners), Christine Funk (P+P Pöllath + Partners), Dr. Sebastian Käßlinger (P+P Pöllath + Partners), Norman Mayr (P+P Pöllath + Partners), Dr. David Hötzel (P+P Pöllath + Partners)

27. Juli 2018

Crowdfunding ICO Finanzierung Blockchain
MUPET 2018 Aufsichtsrecht

Initial Coin Offerings (ICOs) verlassen ihr Nischendasein und etablieren sich im Markt. Dieser zweiteilige Beitrag widmet sich den Grundlagen der Unternehmensfinanzierung durch ICOs und sich in diesem Zusammenhang stellenden zivil-, aufsichts- und steuerrechtlichen Fragen. Teil 1: Zivilrecht

Initial Coin Offerings (ICOs) – unter diesem schillernden Terminus wird eine bemerkenswerte Finanzierungsmethode durch Ausgabe so genannter Kryptotoken im Markt diskutiert. Nicht nur internetaffine Start-Ups beschäftigen sich mit diesem Phänomen. Im Jahr 2018 scheinen ICOs ihr Nischendasein zu verlassen und werden vielerorts auf ihre Praxistauglichkeit geprüft. Zu einer professionellen und seriösen Prüfung gehört natürlich auch die Beachtung zivilrechtlicher, aufsichtsrechtlicher und steuerlicher Fragen. Dieser zweiteilige Beitrag widmet sich in diesem ersten Teil den Grundlagen der Unternehmensfinanzierung durch ICO und sich in diesem Zusammenhang stellenden zivilrechtlichen Fragen, im zweiten Teil beleuchtet der Beitrag aufsichtsrechtliche und steuerliche Fragen ebenfalls im Rahmen von ICO.



ICOs werfen vielfältige rechtliche Fragen auf.
Bild: TheDigitalArtist/Pixabay

Unternehmensfinanzierung durch ICOs

Ein ICO ist eine Form der Schwarmfinanzierung (Crowdfunding), bei der zur Unternehmensfinanzierung oder Finanzierung einer sonstigen Idee ein selbst geschaffener (programmierter) so genannter Kryptotoken ausgegeben wird. Erwerben können Investoren den Token übers Internet gegen Zahlung eines Betrages in einer Fiatwährung (z.B. Euro) oder in einer Kryptowährung (z.B. Ether oder Bitcoin).

Zu unterscheiden ist der ICO vom phonetisch nahestehenden IPO (Initial Public Offering), denn durch die ausgegebenen Kryptotoken werden (jedenfalls aktuell typischerweise) keine Unternehmensbeteiligungen (Equity) an die Erwerber vermittelt. Wirtschaftlich ist mit der Ausgabe des Tokens häufig vielmehr ein Leistungsversprechen verbunden, wonach der Token-Inhaber beispielsweise an zukünftigen (Dienst-)Leistungen und Angeboten des emittierenden Unternehmens teilhaben kann (man spricht von so genannten Utility-Token). Die jeweiligen Investoren bekommen damit etwa die Möglichkeit, die Token später selbst zu nutzen oder sie auf Exchanges zu veräußern und so an einem eventuell steigenden Marktwert der Token (= der dafür versprochenen Leistung) zu profitieren.

Die ausgebenden Unternehmen versprechen sich durch einen ICO eine Finanzierungsform, die sie von klassischer Banken- oder Venture Capital Finanzierung unabhängiger macht. Dabei können sie sich per ICO über das Internet an Kapitalgeber weltweit wenden, selbst wenn es sich nur um Kleininvestoren handelt. Nicht zuletzt kann die aktuelle mediale Aufmerksamkeit einen erfreulichen Marketingeffekt mit sich bringen.

Zivilrecht

Aus zivilrechtlicher Sicht könnte man einen ICO definieren als die Ausgabe eines neuen Kryptotoken, der eine übertragbare Dienstleistung oder ein Recht repräsentiert, gegen Zahlung einer Gegenleistung auf Basis eines schuldrechtlichen Vertrages.

Bei dem ausgegebenen Kryptotoken kann zwischen Coins, Utility-Token und Equity-Token unterscheiden werden: Coins repräsentieren keinerlei Rechte. Es handelt sich vielmehr um digitale Münzen mit Geldersatzfunktion. Beispiele sind Bitcoin, Ether und Ripple. Utility-Token repräsentieren das Recht auf Zugang zu Dienstleistungen oder auf Zugang zu einem Produkt. Ein Beispiel für einen Utility-Token ist der Token mit dem Kürzel SVD, der im Rahmen des ICOs von Savedroid ausgegeben wurde. Dieser Token dient als Zahlungsmittel auf der Savedroid-App und repräsentiert damit das Recht, die Dienstleistungen von Savedroid in Anspruch zu nehmen. Ein Equity-Token schließlich repräsentiert Rechte am emittierenden Unternehmen selbst. Das können beispielsweise bestimmte Mitbestimmungsrechte oder Genussrechte sein (z.B. Anteile am Gewinn) oder maximal auch Gesellschaftsanteile. Ein Beispiel für einen Equity-Token ist der im Rahmen des ICO von Envion ausgegebene Token mit dem Kürzel EVN. Dieser repräsentiert Genussrechte.

Der Tokenkauf als solches ist als Erwerb eines „sonstigen Gegenstandes“ im Sinne des § 453 Abs. 1 BGB zu qualifizieren. Denn ein Token ist weder ein körperlicher Gegenstand noch ein Recht. Die Rechte, die der Token repräsentiert, werden erst durch den schuldrechtlichen Vertrag gewährt. Der Token ist vielmehr ein Smart Contract. Hierbei handelt es sich um ein Computerprotokoll, das die Abwicklung von Verträgen technisch unterstützt. Anzumerken ist, dass ein Smart Contract kein Vertrag im zivilrechtlichen Sinne ist, da es sich hierbei nicht um eine Willensäußerung handelt. Der Smart Contract soll vielmehr ausführen was vertraglich vereinbart wurde.

Da Smart Contracts auf der Blockchain liegen und die Blockchain (nahezu) unveränderlich ist, ist die Ausführung des Smart Contracts gesichert, ja sogar unaufhaltbar. Theoretisch wäre es daher auch möglich, die durch die Token repräsentierten Rechte durch einen Smart Contract zu sichern. In der Praxis ist dies jedoch nicht zu beobachten, da sich die Unternehmen, die einen ICO durchführen, in der Regel in einer sehr frühen Phase der Geschäftsentwicklung befinden und die zu sichernden Rechte noch gar nicht existieren.

Besondere Bedeutung kommt daher der schuldrechtlichen Vereinbarung zu. Diese besteht in der Regel aus einem Whitepaper und einem Token-Kaufvertrag, die in der Praxis eher rudimentär ausgestaltet sind. Betrachtet man einmal die schuldrechtlichen Vereinbarungen des Envion-ICO, so erkennt man, dass die Investoren, im Vergleich zu einer Venture Capital Finanzierung, einige Nachteile in Kauf nehmen mussten. So sieht der Token-Kaufvertrag ein jederzeitiges freies Einziehungsrecht der Gesellschaft betreffend die ausgegebenen Token gegen Zahlung des Nennwerts vor. Des Weiteren sind die Genussrechte nachrangig ausgestaltet und das Kündigungsrecht ist vollständig ausgeschlossen. Eine Beteiligung des Token-Inhabers an den stillen Reserven ist nicht vorgesehen, ebenso wenig wie eine Interessensvertretung, eine strukturierte Koordinationsmöglichkeit oder Mitwirkungsrechte der Token-Inhaber.

Es bleibt abzuwarten, wie sich künftige ICOs entwickeln. Aufgrund der steigenden Anzahl der ICOs weltweit und dem damit einhergehenden Wettbewerb, wird erwartet, dass Investoren künftig strengere Auswahlkriterien anlegen werden. Ein erfolgreicher ICO würde dann auch stärkere Sicherheiten und mehr Einflussmöglichkeiten zugunsten der Investoren notwendig machen.

ICOs im Fokus von Zivil-, Aufsichts- und Steuerrecht (Teil 2)

von Dr. Georg Greitemann (P+P Pöllath + Partners), Christine Funk (P+P Pöllath + Partners), Dr. Sebastian Käßplinger (P+P Pöllath + Partners), Norman Mayr (P+P Pöllath + Partners), Dr. David Hötzel (P+P Pöllath + Partners)

27. Juli 2018

Crowdfunding ICO
Finanzierung Start-up
MUPET 2018 Aufsichtsrecht

Initial Coin Offerings (ICOs) verlassen ihr Nischendasein und etablieren sich im Markt. Dieser zweiteilige Beitrag widmet sich den Grundlagen der Unternehmensfinanzierung durch ICOs und sich in diesem Zusammenhang stellenden zivil-, aufsichts- und steuerrechtlichen Fragen. Teil 2: Aufsichts- und Steuerrecht.



Initial Coin Offerings beschäftigen Berater im Aufsichts- und Steuerrecht.

Bild: TheDigitalArtist/Pixabay

Initial Coin Offerings (ICOs) – unter diesem schillernden Terminus wird eine bemerkenswerte Finanzierungsmethode durch Ausgabe sogenannter Kryptotoken im Markt diskutiert. Nicht nur internetaffine Start-Ups beschäftigen sich mit diesem Phänomen. Im Jahr 2018 scheinen ICOs ihr Nischendasein zu verlassen und werden vielerorts auf ihre Praxistauglichkeit geprüft. Zu einer professionellen und seriösen Prüfung gehört natürlich auch die Beachtung zivilrechtlicher, aufsichtsrechtlicher und steuerlicher Fragen. Dieser zweiteilige Beitrag widmet sich im ersten Teil den Grundlagen der Unternehmensfinanzierung durch ICO und sich in diesem Zusammenhang stellenden zivilrechtlichen Fragen, in diesem zweiten Teil beleuchtet der Beitrag aufsichtsrechtliche und steuerliche Fragen ebenfalls im Rahmen von ICO.

Aufsichtsrecht

Um etwaige aufsichtsrechtliche Anforderungen vollumfänglich zu erfüllen, sind Marktteilnehmer, die Dienstleistungen in Bezug auf Token erbringen, mit Token handeln oder Token öffentlich anbieten, gehalten, genau zu prüfen, ob ein reguliertes Instrument, wie beispielsweise ein Finanzinstrument oder ein Wertpapier, vorliegt. Denn ICOs bewegen sich aus regulatorischer Sicht nicht im luftleeren Raum, sondern unterfallen je nach Ausgestaltung der Token den geltenden aufsichtsrechtlichen Anforderungen.

Ob eine bestimmte Dienstleistung in Bezug auf Token eine Erlaubnispflicht nach dem KWG, KAGB, VAG oder ZAG auslöst bedarf einer gründlichen Einzelfallprüfung, da dessen Ausübung ohne die entsprechende Erlaubnis im schlimmsten Fall mit Freiheitsstrafe geahndet werden kann.

Falls der der Dienstleistung zugrunde liegende Token als Finanzinstrument qualifiziert, steht dessen Handel entweder als Bankgeschäft (z.B. Finanzkommissionsgeschäft, Emissionsgeschäft) oder als Finanzdienstleistung (z.B. Anlagevermittlung, Anlageberatung, Betrieb eines multilateralen oder organisierten Handelssystems, Platzierungsgeschäft, Abschlussvermittlung, Finanzportfolioverwaltung, Eigenhandel, Anlageverwaltung) unter dem Erlaubnisvorbehalt des KWG.

Nach Auffassung der BaFin ist eine Bank- oder Finanzdienstleistungserlaubnis jedoch nicht nur dann erforderlich, wenn der Erbringer der Dienstleistung seinen Sitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat, sondern auch dann, wenn er seinen Sitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland hat und sich zielgerichtet an den deutschen Markt wendet, um gegenüber Unternehmen und/oder Personen, die ihren Sitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben, wiederholt und geschäftsmäßig Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen anzubieten.

Keiner Erlaubnis in Deutschland bedarf es dahingegen für den Erbringer einer Dienstleistung aus dem Ausland in sogenannten „Reverse Solicitation/Enquiry-Situationen“, wonach die Geschäfte aufgrund der Initiative des Kunden zustande gekommen sind und sich der Erbringer der Dienstleistung aus dem Ausland daher nicht ziel- und zweckgerichtet an den deutschen Markt gerichtet hat.

Je nach den Umständen des ICOs kann dessen zugrundeliegender Handlung des Weiteren auch ein Erlaubnisvorbehalt nach dem KAGB (bei erlaubnispflichtigen Dienstleistungen einer KVG bei Qualifikation des Token als Anteil an einem Investmentvermögen), dem ZAG (bei der Erbringung von Zahlungsdiensten, wie beispielsweise dem Finanztransfargeschäft oder dem Akquisitionsgeschäft) oder dem VAG (bei der Betreibung eines Versicherungsgeschäfts) auslösen.

Neben einer Erlaubnispflicht in Deutschland kann darüber hinaus bei einem ICOs je nach Ausgestaltung des Tokens eine Pflicht zur Erstellung eines Verkaufsprospekts nach dem WpPG, KAGB oder VermAnlG in Betracht kommen. Im Falle einer Prospektpflicht gelten hinsichtlich des zu erstellenden Informationsdokuments umfassende aufsichtsrechtliche Vorgaben; bei Nichteinhaltung dieser Vorgaben kann der Ersteller einer Prospekthaftung ausgesetzt sein. Selbst im Falle des Nichtvorliegens der vorgenannten Prospektpflicht und der daraus folgenden spezialgesetzlichen Prospekthaftung unterliegen die Informationen, die Anlegern im Rahmen des ICOs z.B. in so genannten White Papers zugänglich gemacht werden, immer noch der bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung, so dass auch bei deren Erstellung gewisse Grundsätze zu beachten sind.

Steuerrecht

Die Entwicklungen der Kryptowelt bleiben den Finanzbehörden natürlich nicht verborgen. Mit nunmehr mehreren Erlassen haben Bundesfinanzministerium (BMF) und die obersten Finanzbehörden der Länder klargestellt, dass der Fiskus diesen Bereich nicht dem steuer(durchsetzungs)freien Raum überlassen wird.

Dem Vernehmen nach geht die Finanzverwaltung bei der Ausgabe von Kryptotoken von einer erhöhten Mitwirkungspflicht der Steuerpflichtigen für die Aufklärung und Aufbereitung von Sachverhalten aus (§ 90 Abs. 2 AO). Da ICOs per Internet stattfinden, handele es sich notwendigerweise um einen grenzüberschreitenden Sachverhalt. Für solche gelte die erhöhte Mitwirkungspflicht. Bis zu einer gerichtlichen Klärung dieser Frage ist bei Durchführung eines ICOs eine sorgfältige und vollständige Dokumentation höchst ratsam.

ICOs sind materiell-rechtlich zunächst aus Sicht des Ertragsteuerrechts zu beachten. Bei einem bilanzierungspflichtigen Steuerpflichtigen dürfte die Ausgabe des (allenfalls mit niedrigen Herstellungskosten aktivierten, selbstgeschaffenen) Token zu einer Realisierung in fast vollständiger Höhe des eingesammelten Betrages führen. Ein gegenläufiger Passivposten kann bei vielen Token nicht gebildet werden, mit der Folge, dass bereits am Tag der Durchführung des ICO ein voll steuerpflichtiger Ertrag entstehen kann. Diese Steuerfolge dürfte dem Bestreben einer Start-Up-Finanzierung per ICO im Inland enorm abträglich sein. Derzeit im Markt diskutierte Strukturierungsüberlegungen sollten freilich ihrerseits sorgfältig durchdacht werden: Ein ICO in einer steuergünstigen ausländischen Jurisdiktion kann die Folgen der so genannten Hinzurechnungsbesteuerung auslösen; die Nutzung etwa eines gemeinnützigen Vehikels kann das eingesammelte Kapital zu stark binden.

Darüber hinaus ist die Umsatzsteuer im Blick zu behalten. Zwar attestiert das BMF im Anschluss an den Europäischen Gerichtshof der Übertragung von Kryptowährungen Umsatzsteuerfreiheit. Das gilt aber nur für Token mit bloßer Zahlungsmittelfunktion. Die Ausgabe anderer Tokenarten (Utility-, Debt- sowie Equity Token) sollte auf ihre Umsatzsteuerpflichtigkeit hin geprüft werden. Für beispielsweise Utility-Token könnte das geplante Jahressteuergesetz 2018 einen Anhaltspunkt liefern: Gemäß dem aktuell vorliegenden Referentenentwurf vom 21.06.2018 soll u.a. die Gutschein-Richtlinie ((EU)2016/1065) umgesetzt werden. Danach werden in § 3 UStG die Absätze 13 bis 15 angefügt, die ein differenziertes System für die Besteuerung von Ein- und Mehrzweckgutscheinen vorsehen.

Es gibt gute Argumente, Utility-Token dem Besteuerungsregime für Mehrzweckgutscheine zu unterwerfen. Folge wäre, dass der ICO selbst umsatzsteuerfrei bleibt (erst bei Verwendung des Token als Gegenleistung für eine spätere Leistung des Unternehmens fällt gegebenenfalls Umsatzsteuer an).

Mergers & Acquisitions

Marktentwicklung & rechtliche Rahmenbedingungen

- **VIDEO** Impulsreferat: Private Equity und Unternehmenskauf 54
- **VIDEO** Diskussion: Private Equity und Unternehmenskauf 54
- M&A 2018 – Protektionismus bestimmt den Markt..... 55
von Dr. Tim Junginger (P+P Pöllath + Partners)
- Private Equity – Workshop mit Fokus auf M&A-Deals 57
von Dr. Jesko von Mirbach (P+P Pöllath + Partners)
- PE-Deals – Standards bestimmen Kaufverträge 58
von Philipp von Braunschweig (P+P Pöllath + Partners)
- Jüngste Entwicklungen bei M&A-Transaktionen mit Private Equity Sponsoren 60
von Dr. Jesko von Mirbach (P+P Pöllath + Partners)
- Datenschutz in der Due Diligence..... 62
von Christine Funk (P+P Pöllath + Partners)
- **VIDEO** Corporate Governance – Aktuelle Entwicklungen zu Aufsichtsrat und Beirat..... 64
von Dr. Eva Nase (P+P Pöllath + Partners), Dr. Sebastian Seier (P+P Pöllath + Partners)
- Neues zum Rechtsschutz bei und nach Übernahmen..... 64
von Dr. Wolfgang Grobecker (P+P Pöllath + Partners), Dr. Tobias Hueck (P+P Pöllath + Partners)

Venture Capital

- Wird Venture Capital „erwachsen“? – Eine Marktübersicht 66
von Christian Tönies (P+P Pöllath + Partners)
- Podcast Business Angels – So investieren Sie richtig..... 68
von Eva-Juliane Stark (P+P Pöllath + Partners)
- Start-ups – Kleingesellschafter strategisch klug einbinden..... 68
von Christian Tönies (P+P Pöllath + Partners), Dr. Georg Seitz (P+P Pöllath + Partners)

Managementbeteiligung

- Managementbeteiligungen (Teil 1) – Alternativen zur Equity-Beteiligung..... 71
von Dr. Barbara Koch-Schulte (P+P Pöllath + Partners), Dr. Benedikt Hohaus (P+P Pöllath + Partners)
- Managementbeteiligungen (Teil 2) – Genussrechte..... 73
von Dr. Barbara Koch-Schulte (P+P Pöllath + Partners), Dr. Benedikt Hohaus (P+P Pöllath + Partners)
- Managementbeteiligungen (Teil 3) – Bonusprogramme und virtuelle Beteiligungen..... 74
von Dr. Barbara Koch-Schulte (P+P Pöllath + Partners), Dr. Benedikt Hohaus (P+P Pöllath + Partners)
- **VIDEO** Managementbeteiligungen – Alternativen zur Equity-Beteiligung 77
von Dr. Benedikt Hohaus (P+P Pöllath + Partners), Dr. Barbara Koch-Schulte (P+P Pöllath + Partners),
Dr. Alexander Götz (Blättchen & Partner)

- Stille Unterbeteiligung als Beteiligungsinstrument für Mitarbeiter 78
von Dr. Barbara Koch-Schulte (P+P Pöllath + Partners), Dr. Sebastian Sumalvico (P+P Pöllath + Partners)
- Incentives für Führungskräfte im Rahmen von Buy-outs 80
von Dr. Benedikt Hohaus (P+P Pöllath + Partners), Silke Bandener (P+P Pöllath + Partners)

Kartellrecht & Investitionskontrolle

- PE-Investoren – EuG bestätigt kartellrechtliche Haftung 82
von Daniel Wiedmann (P+P Pöllath + Partners)
- Investitionskontrolle – Protektionismus ist nicht das Ziel 84
von Dr. Frank Thiäner (P+P Pöllath + Partners), Daniel Wiedmann (P+P Pöllath + Partners),
Christine Hochstatter (Bundesministerium für Wirtschaft und Energie)
- Auslandsinvestitionen – Bundesregierung senkt Schwellenwerte 86
von Daniel Wiedmann (P+P Pöllath + Partners), Benjamin Letzler (P+P Pöllath + Partners),
Xin Zhang (P+P Pöllath + Partners)

VIDEO Impulsreferat: Private Equity und Unternehmenskauf

19. März 2018



W&I-Versicherungen

2018 dürfte ein herausforderndes Jahr für die Private Equity-Branche werden. Dank eines rekordverdächtigen Vorjahrs sind die Kassen vieler Beteiligungsgesellschaften gut gefüllt, gleichzeitig sind die Preise hoch und das Auffinden geeigneter Zielunternehmen wird zunehmend schwieriger. P+P-Partner Frank Thiäner gibt einen Überblick über die aktuellen Markttrends.



youtu.be/OVmtgFYvW5Y

VIDEO Diskussion: Private Equity und Unternehmenskauf

19. März 2018



W&I-Versicherungen

PE-Transaktionen

Peter Hammermann (vormals Equistone), Philipp Meyer-Horn (Greenhill & Co.) und die P+P-Partner Benedikt Hohaus, Matthias Bruse und Frank Thiäner diskutieren aktuelle Entwicklungen im Markt für Private Equity.



youtu.be/Af6T1ZmUK04

M&A 2018 – Protektionismus bestimmt den Markt

von Dr. Tim Junginger (P+P Pöllath + Partners)

19. März 2018

W&I-Versicherungen

PE-Transaktionen

Außenwirtschaftsrecht



Der Festakt anlässlich des 20-jährigen Kanzleijubiläums von P+P Pöllath + Partners am 23. Februar 2018 in München war Schauplatz einer Panel-Diskussion zu den aktuellen Herausforderungen im M&A-Transaktionsgeschäft.

In seinem Impulsvortrag betonte der P+P-Partner Frank Thiäner die sich aus dem aktuellen politischen wie makroökonomischen Umfeld ergebenden großen Risiken sowie die gleichzeitig bestehenden großen Chancen. 2017 sei ein Rekordjahr des Fundraising gewesen und die Kassen zahlreicher Private Equity-Fondsgesellschaften (PE-Fonds) seien gut gefüllt. Gleichzeitig seien die Preise für Unternehmen hoch und das Auffinden geeigneter Zielgesellschaften werde immer anspruchsvoller. Daneben führten unberechenbare politische Führungen und die Rückkehr zu protektionistischer Wirtschaftspolitik zu Unsicherheit und Zurückhaltung auch in der Private Equity-Branche. Dies alles ereigne sich in einer Welt, die durch die fortschreitende Digitalisierung vor der vierten industriellen Revolution stehe und durch Automatisierung, Flexibilisierung und Individualisierung zahllose neue Wertschöpfungswege schaffe.

Trend zur Risikoverlagerung

Die politische und ökonomische Unsicherheit fände sich auch in den Unternehmenskaufverträgen wieder. So sei insbesondere eine vermehrte Nachfrage nach einer Kaufpreisabrechnung zum Übertragungstichtag, den sog. Closing-Accounts, als auch eine Rückkehr sog. Material-Adverse-Change-Klauseln zu erwarten. Derartige Klauseln verschoben den Risikoübergang zu Lasten des Verkäufers auf einen möglichst späten Zeitpunkt. Derartige Gestaltungen würden umso relevanter, wenn der erwartete Zeitraum zwischen Signing (Unterzeichnung des Unternehmenskaufvertrages) und Closing (Vollzug des Unternehmenskaufvertrages) mehrere Monate umfasst. Verschärft werde dies durch protektionistische wirtschaftspolitische Tendenzen. Derartige Tendenzen ließen sich weltweit beobachten. In Deutschland müsse hier insbesondere die verschärfte Außenwirtschaftsverordnung (AWV) erwähnt werden. Eine Außenwirtschaftskontrolle trete immer öfter neben eine Kontrolle der Transaktion durch die Kartellbehörden.

Neue Marktteilnehmer

Ein weiterer Trend sei, dass Versicherungen vermehrt in den Markt für M&A-Transaktionen drängten. Die Versicherung übernehme dabei aktuell oft die gesamte Haftung des Verkäufers aus dem Unternehmenskaufvertrag. Dies führe zu neuen rechtlichen Fragestellungen, insbesondere der Frage nach der Haftung des Veräußerers neben oder anstelle der Versicherung. In diesem Zusammenhang stellten sich dann insbesondere Fragen nach einer Wissens- und Verschuldenszurechnung auf Seiten des Verkäufers. Derartige neue Diskussionen bildeten auch einen Schwerpunkt der aktuellen anwaltlichen Beratungstätigkeit.

Marktumfeld und Deal Terms

Das Panel beschäftigte sich sodann mit zwei weiteren Themenblöcken: Allgemeines Marktumfeld für Private Equity-Transaktionen sowie den aktuell zu beobachtenden, relevanten Vertragsbedingungen (Deal Terms).



Podium diskutierte Zukunftsfragen: Dr. Benedikt Hohaus, Philip Meyer-Horn, Dr. Matthias Bruse, Dr. Peter Hammermann, Dr. Frank Thiäner (v.l.n.r). Bild: TinoPix Photography

Peter Hammermann (vormals Equistone) betonte, dass das Marktumfeld immer noch gute Gelegenheiten für PE-Fonds biete, die Anforderungen an erfolgreiche Marktteilnehmer aber auch zu einer gewissen Selektion führe. Philipp Meyer-Horn, Managing Director Greenhill & Co., betonte, dass die Frage der richtigen Mittelverwendung entscheidend sei, gerade in Zeiten, in denen sehr hohe Reserven für künftige Investments bereitstünden. Strategische Investoren stünden PE-Fonds dabei als Konkurrenten um die besten Investitionen in nichts nach. P+P-Partner Benedikt Hohaus wies darauf hin, dass dem Management als „dritter Partei“ im Rahmen einer Transaktionsverhandlung eine entscheidende Bedeutung zukommen könne. Wichtig sei in diesem Zusammenhang, die Transaktionskomplexität nicht unangemessen zu erhöhen.

Thiäner stellte fest, dass zusätzliche Komplexität durch protektionistische Wirtschaftspolitik geschaffen werde, dieser aber pragmatisch begegnet werden könne. Meyer-Horn bestätigte in diesem Zusammenhang gestiegene Anforderungen an das Transaktionsmanagement. Hammermann stellte jedoch heraus, dass dieses Thema nicht sämtliche Transaktionen betreffe, sondern auf ganz bestimmte Sachverhalte ziele und mahnte die notwendige Differenzierung an.

Mit Blick auf das Management wies Hohaus darauf hin, dass das Buhlen um die besten Investments zu attraktiven Beteiligungsmodellen für die beteiligten Manager führen könne. Hier sei auf eine richtige Incentivierung des Managements zu achten, um sog. „Fat Cats“ zu vermeiden.

Fazit

Das Panel schloss mit der Feststellung, dass die Feuerprobe der Warranty and Indemnity-Versicherungen (W&I-Versicherung) wohl noch ausstehe. Die gesteigerte Nachfrage nach entsprechenden Versicherungen könne sich durch zukünftige Versicherungs- bzw. Regressfälle auch wieder abschwächen. Das Produkt W&I-Versicherung habe jedoch seine Berechtigung und führe zu einer weiteren Professionalisierung des Transaktionsablaufs.

Private Equity – Workshop mit Fokus auf M&A-Deals

von Dr. Jesko von Mirbach (P+P Pöllath + Partners)

20. Juni 2018

Corporate Governance

Fonds-Manager

Finanzierung

Fondsstrukturierung

PE-Transaktionen

In einem Praxisworkshop am 12.06.2018 gaben die Referenten Mark Suderow (Deutsche Private Equity) sowie Otto Habers- tock, Peter Bujotzek und Tobias Jäger (P+P Pöllath + Partners) einen Überblick über Chancen und Risiken einer Unternehmens- transaktion mit Pri- vate Equity.



Workshop zeigt Chancen und Risiken von Unternehmenstransaktionen mit Private Equity.

Bild: Skitterphoto/Pixabay

Einführend erläuterte Mark Suderow das Geschäftsmodell und die klassische Ausgestaltung eines PE-Fonds. Im weiteren Verlauf der Veranstaltung ergänzte er die Ausführungen seiner juristischen Kollegen um seine Kenntnisse und langjährigen Erfahrungen als Fondsmanager. Dabei kam es ihm darauf an, den Workshop-Teilnehmern die Beweggründe für die jeweilige juristische Ausgestaltung aus der Sicht eines PE-Fonds zu erläutern. Durch diese zusätzliche Perspektive aus dem Inneren eines PE-Fonds ermöglichte Suderow den Workshop-Teilnehmern, einen ganzheitlicheren Überblick über Unternehmenstransaktionen mit Private Equity zu gewinnen.

Grundlagen der PE-Fonds-Strukturierung

Anschließend führte P+P-Partner Peter Bujotzek die Workshop-Teilnehmer durch die Grundlagen der Strukturierung eines PE-Fonds. Er befasste sich im Schwerpunkt mit der Frage, warum ein PE-Fonds typischerweise als vermögensverwaltende Personengesellschaft ausgestaltet ist und welche steuerlichen und aufsichtsrechtlichen Implikationen dafür verantwortlich sind. Ziel sei, die steuerliche Neutralität des Fondsvehikels sicherzustellen.

Dies habe zur Folge, dass die Gewinne aus der Veräußerung des Fondsinvestments ausschließlich bei den Investoren so versteuert werden, als ob sie direkt investiert hätten. Dazu müsse insbesondere vermieden werden, dass die Tätigkeit des Fondsvehikels als gewerblich qualifiziert wird. In diesem Zusammenhang verwies Bujotzek auf die Voraussetzungen, die sich aus dem zugrundeliegenden BMF-Schreiben vom 16.12.2003 ableiten lassen.

Otto Haberstock und Tobias Jäger, beide ebenfalls bei P+P Pöllath + Partners, gaben im weiteren Workshop-Verlauf einen Überblick über die einzelnen Phasen einer Unternehmenstransaktion mit Beteiligung eines PE-Investors auf Käuferseite. Sie legten dabei einen Schwerpunkt auf einzelne Besonderheiten der vorvertraglichen Verhandlungen (u.a. Bieterverfahren vs. Exklusivität, Break Up Fee), der Vorfeldvereinbarungen (u.a. NDA, Lol, Binding Offer) sowie der Gestaltung des Unternehmenskaufvertrages (u.a. Equity Commitment Letter, W&I-Versicherung, MAC-Klausel).

Management der Zielgesellschaft von besonderer Bedeutung

In der Folge wiesen Haberstock und Suderow auf die besondere Bedeutung des Managements der Zielgesellschaft hin, ohne dessen Bereitschaft zur Mitwirkung der gesamte Verkaufsprozess scheitern könne. Aus der Sicht eines klassischen PE-Fonds sei es aufgrund seiner vermögensverwaltenden Ausgestaltung unbedingt erforderlich, dass das Management nach der Transaktion in der Zielgesellschaft verbleibt.

Dies werde durch eine entsprechende Incentivierung erreicht, indem dem Management typischerweise eine „echte“ Beteiligung als Gesellschafter der Erwerbergesellschaft gewährt wird. Daneben haben sich verschiedene andere Formen der Managementbeteiligungen, wie beispielsweise virtuelle Kapitalbeteiligungen sowie verschiedene Bonifikationen und Tantiemen, entwickelt. Schließlich veranschaulichte Haberstock anhand eines Strukturbeispiels die verschiedenen Finanzierungsmodelle eines Leveraged Buy-Outs mit struktureller Subordination.

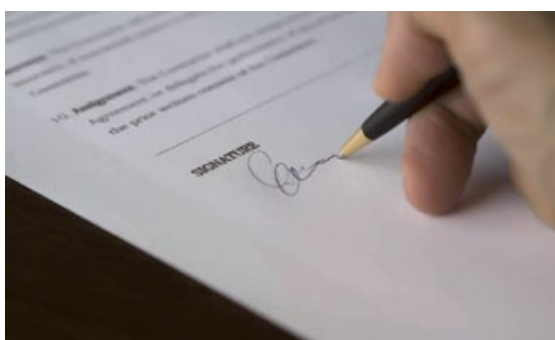
Abschließend stellten die Referenten gemeinsam die Veränderungen dar, die sich für die Zielgesellschaft als zukünftige Portfoliogesellschaft des PE-Fonds üblicherweise ergeben. Dies betreffe unter anderem die im Rahmen der Transaktion geänderte Corporate Governance, die Informations- und Reportingpflichten gegenüber dem PE-Fonds sowie die Verpflichtung der Portfoliogesellschaft zukünftig Ausschüttungen zur Bedienung der Akquisitionskredite zu verwenden.

PE-Deals – Standards bestimmen Kaufverträge

von Philipp von Braunschweig (P+P Pöllath + Partners)

10. Juli 2018

Due Diligence Compliance W&I-Versicherungen Finanzierung Buy-out Datenschutz-Grundverordnung



Buyouts – Einsatz von Standards verkürzen die Vertragsverhandlungen. Bild: edar/Pixabay

Der derzeitige Buyout-Markt kann nach wie vor als „Verkäufermarkt“ beschrieben werden. Einem hohen Anlagedruck der Private Equity-Spieler mit reichlich verfügbarer Fremdfinanzierung steht ein begrenztes Angebot an attraktiven Zielunternehmen gegenüber. Das wirkt sich auch auf die Verhandlungs- und Vertragspraxis aus.

Waren die Jahre in und nach der jüngsten Finanzkrise noch von rigiden Verkäufergewährleistungskatalogen, hohen Haftungsgrenzen und Kaufpreiseinbehalten geprägt, ist schon seit Jahren ein Absinken der Haftungsgrenzen und Einbehalte zu beobachten. Verkäufendarlehensfinanzierungen bleiben zunehmend Sondersituationen vorbehalten. Übliche Verjährungsfristen für operative Gewährleistungen haben sich von vormals über zwei Jahren in Richtung zwölf Monate bewegt; nach wie vor werden Käufer aber darauf bestehen,

mindestens einen Jahresabschluss des Zielunternehmens in eigener Regie zu erstellen, bevor die Verjährung der Garantieansprüche eintritt.

Kaufpreisformeln mit Stichtagsabschluss und Kaufpreisanpassungen im Hinblick auf Liquiditäts- und Verschuldungsstand zum Vollzugstag sind weitgehend sogenannten Locked Box-Gestaltungen gewichen, das heißt

Fixkaufpreisen, die auf einen zurückliegenden Bilanzstichtag berechnet und von diesem an mit einer rechnerischen Verzinsung (sogenannter Locked Box-Zins) versehen werden.

Kaufverträge werden einfacher und kürzer

All diese Entwicklungen haben tendenziell zu einer Vereinfachung und Verkürzung von Unternehmenskaufverträgen geführt. Standardisierung und zunehmende Professionalität (auch von Inhouse-Juristen und mittelständischen Anwaltskanzleien) tun ein Übriges, um Verhandlungsprozesse weiter zu verkürzen.

Transaktionen, bei denen sich die juristischen Verhandlungen auf ein anwaltliches Sondierungsgespräch während des Bieterverfahrens, den Austausch von zwei oder drei kommentierten Kaufvertragsversionen und nur noch eine oder zwei physische Verhandlungsrunden beschränken, sind im aktuellen Marktumfeld keine Seltenheit.

Marktstandards bei Compliance und Datenschutz

Gegen den allgemeinen Trend einer Vereinfachung von Unternehmenskaufverträgen haben zunehmend detaillierte Klauseln zu Compliance und Datenschutz Eingang in die Vertragswerke gefunden. Für Compliance-Garantien haben sich strenge Marktstandards durchgesetzt, die insbesondere von angelsächsischen Investoren auf der Käuferseite häufig als nicht verhandelbar dargestellt werden. Datenschutzthemen dürften, insbesondere nach Inkrafttreten der Datenschutzgrundverordnung im Mai dieses Jahres, künftig noch größere Bedeutung in Unternehmenskaufverträgen erhalten, spielen aber auch zunehmend eine Rolle bei der Gestaltung von Due Diligence-Prozessen.

Der Einfluss von W&I-Versicherungen

Ein zunehmendes Angebot an Gewährleistungsversicherungen (Warranty and Indemnity Insurance) hat wesentlich zur Entschärfung vieler Verhandlungssituationen zwischen Verkäufern und Käufern beigetragen, meint man doch, damit Garantierisiken weitgehend bei einem Dritten, nämlich der Versicherung, abladen zu können. Starker Wettbewerb unter den Versicherern führt dazu, dass W&I-Versicherungen im deutschen Markt vergleichsweise günstig (mit Prämien im Bereich zwischen 1% und 2% des versicherten Volumens) erhältlich sind; auch die Zeitdauer bis zur Ausstellung der Police hat sich im aktuellen Wettbewerbsumfeld wesentlich verkürzt. Ob dies ein Zeichen zunehmender Professionalisierung oder, wie manche Beobachter meinen, von Überhitzung des W&I-Versicherungsmarktes ist, wird sich noch zeigen.

Versicherungslösungen führen, soweit Risiken auf die Versicherung abgewälzt werden, naturgemäß zu einer Verringerung der Verhandlungsintensität zwischen Käufer und Verkäufer über den Garantiekatalog, haben aber auf den Vertragswortlaut als solchen nur geringe Auswirkungen. Auch in versicherten Deals wird ein marktüblicher Katalog von Verkäufergarantien vereinbart, der dann die Basis für die (meist zwischen Käufer und Versicherer abgeschlossene) Police bildet.

Lediglich in der Rechtsfolgenklausel des Kaufvertrages ergeben sich wesentliche Veränderungen: Dort wird vereinbart, dass die Haftung der Verkäufer zwar dem Grunde nach besteht, der Höhe nach aber auf einen Minimalbetrag begrenzt wird (der häufig dem Selbstbehalt der Versicherungspolice entspricht). Eine möglichst hohe Eigenhaftung der Verkäufer dient den Käufern an sich als Lackmustest für die Zuverlässigkeit der Verkäuferzusicherungen; gleichwohl finden sich nicht selten Unternehmenskaufverträge, in denen die Eigenhaftung der Verkäufer sogar bis auf null reduziert wird. Ob dies dauerhaft im Markt Bestand hat, wird sich zeigen. Viele Beobachter vermuten, dass künftig vermehrte Schadensfälle zu intensiveren Verhandlungen zwischen Käufern und Versicherern führen dürften.

Vorsicht bei der Abgabe von Garantien

Versuchungen von Käufer und Verkäufer, schnelle Einigungen zulasten der Versicherer zu treffen, finden in zweifacher Hinsicht ihre Grenzen: Zum einen schließt der Versicherer nach Durchsicht der käuferseitigen Due Dilligence-Berichte im Regelfall die Haftung für bekannte Sachverhalte aus (oder fordert hierfür, wie z.B. bei der Versicherung identifizierter Steuerrisiken, höhere Prämien), zum anderen ist es dem Verkäufer nach deutschem Recht nicht möglich, die Eigenhaftung für vorsätzlich falsch abgegebene Zusicherungen auszuschließen.

Im klassischen Unternehmenskaufvertrag spielt die Unterscheidung zwischen vorsätzlich und fahrlässig falsch abgegebenen Gewährleistungen kaum eine Rolle, da diese rechtlich meist verschuldensunabhängig sind; im Rahmen von Versicherungslösungen hat die Vorsatzfrage dagegen verschärfte Auswirkungen, sodass Verkäufern dringend abzuraten ist, im Vertrauen auf den Ausschluss der Eigenhaftung Garantien „ins Blaue hinein“ abzugeben.

Fazit

Die derzeitige verkäuferfreundliche Marktsituation spiegelt sich auch in aktuellen Vertragsstandards zu Kaufpreis- und Garantieregelungen wider. Tendenziell führt dies zu stärker standardisierten und weniger umfangreichen Kaufvertragstexten. Datenschutz- und Compliance-Klauseln haben in jüngster Zeit verstärkte Bedeutung in Unternehmenskaufverträgen erlangt. Gewährleistungsver sicherungen erleichtern Käufer und Verkäufer die Einigung über Garantiekataloge, führen aber zu neuen Gestaltungsaufgaben.

Dieser Beitrag erschien erstmals in: VentureCapital-Magazin 07-2018, S. 30/31

Jüngste Entwicklungen bei M&A-Transaktionen mit Private Equity Sponsoren

von Dr. Jesko von Mirbach (P+P Pöllath + Partners)

20. August 2018

Fundraising **W&I-Versicherungen** **MUPET 2018** **PE-Transaktionen**

Bei der MUPET 2018 waren sich die Teilnehmer des M&A-Panels einig, dass der deutsche Markt für Transaktionen mit Private Equity Sponsoren in den ersten sechs Monaten dieses Jahres stabil geblieben ist und weiterhin eine hohe Deal-Frequenz aufweist.

Private Equity Sponsoren in M&A-Deals – Jessica Adam (Macfarlanes), Dr. Gernot Eisinger (Afinum), Dr. Sven Harmsen (Baird) und Stefan Maser (Equistone Partners) diskutierten das Thema als Panelmitglieder. Das M&A-Panel wurde von Dr. Frank Thiäner (P+P, Bildmitte) geleitet.

Fundraising im aktuellen Marktumfeld

Die aktuelle Marktsituation ermöglicht es, Fundraising für Private Equity Fonds in kurzer Zeit abzuschließen. Fundraising stellt daher in der heutigen Zeit keine allzu große Herausforderung dar. Die Panelmitglieder heben jedoch hervor, dass der Markt für M&A-Transaktionen schwieriger wird. Um gleiche oder ähnliche Renditeerwartungen zu erfüllen, sollte man sich nicht nur auf Finanzwerte, Finanzierungstechnik und Multiple Arbitrage verlassen, sondern



*v.l.n.r.: Jessica Adam (Macfarlanes), Dr. Gernot Eisinger (Afinum), Dr. Sven Harmsen (Baird) und Stefan Maser (Equistone Partners) diskutierten das Thema als Panelmitglieder. Das M&A-Panel wurde von Dr. Frank Thiäner (P+P, Bildmitte) geleitet.
Bild: Gregg Thorne*

die zukünftige Strategie des Unternehmens genauer definieren und sich auf eine aktive Wertschöpfung konzentrieren.

Verkäufermarkt beeinflusst Renditeerwartungen

Der M&A-Markt ist nach wie vor ein Verkäufermarkt. Der stetige Anstieg der Bewertungsmultiplikatoren hat einen großen Einfluss auf die Renditeerwartungen. Nach Ansicht der Panelmitglieder ist der M&A-Markt in Deutschland und Großbritannien aktuell zwar erhitzt, jedoch noch nicht überhitzt. Allerdings gibt es ein erhebliches Volumen an Eigen- und Fremdkapital, dem nur eine begrenzte Anzahl an qualitativ hochwertigen Assets gegenübersteht. Dieses Phänomen führt zu einem Anstieg der Preise sowie einer Erhöhung des Fremdkapitaleinsatzes. Die Panelmitglieder erwarten in absehbarer Zeit eine Abkühlung der Wirtschaft, die bereits in den gegenwärtigen Anlagestrategien berücksichtigt werden muss.

Strategische Investoren vs. Private Equity Sponsoren in Auktionen

Einigkeit im M&A-Panel herrscht auch bei der Ansicht, dass sich ein Private Equity Investor in einer Auktion nicht automatisch gegen einen strategischen Investor durchsetzt, da er von Natur aus nicht über das Synergiepotenzial eines strategischen Investors verfügt. Zudem profitiert ein börsennotierter Strategie davon, dass ihm verhältnismäßig leicht Kapital zur Verfügung gestellt werden kann, welches mit relativ niedrigen Renditeerwartungen verbunden ist. Auch bei der Incentivierung des Managements sind Private Equity Investoren nicht mehr im Vorteil: Wie ein Diskussionsteilnehmer erklärt, haben strategische Investoren mittlerweile synthetische Exit-Optionskonzepte entwickelt, die den Managementteams im Wesentlichen die gleichen wirtschaftlichen Parameter wie ein Private Equity Investor bieten.

Der derzeitige Ablauf der Auktionen macht deutlich, dass die Auktionsprozesse immer kürzer werden. In der Folge müssen sich Investoren zukünftig noch besser vorbereiten. Zudem konkurrieren Investoren in Auktionen in Großbritannien sowie auf dem europäischen Festland vermehrt direkt mit langfristigen Investoren (acht bis zehn Jahre), wie beispielsweise Family Offices und Versicherer. Dieses „geduldige Kapital“ beteiligte sich ursprünglich vorwiegend über Fonds oder Co-Investments.

Mehr Investoren aus Nicht-EU-Ländern investieren in Europa

Die Mitglieder des M&A-Panels stimmen darin überein, dass asiatische Investoren, insbesondere aus China, mittlerweile über ausreichend Erfahrung verfügen, um erfolgreich an Auktionsprozessen in Europa teilzunehmen. Es bleibt abzuwarten, ob die Beschränkungen der ausländischen Investitionskontrolle zunehmen und damit die M&A-Bestrebungen außereuropäischer Investoren ausgebremst werden.

Warranty & Indemnity-Versicherungen

In den meisten M&A-Transaktionen sichern sich die Parteien gegen potenzielle Ansprüche aus Garantien und Steuerefreistellungen durch Warranty & Indemnity-Versicherungen ab. Der Markt für Warranty & Indemnity-Versicherungen in Großbritannien scheint im Vergleich zum Rest Europas bereits weiter entwickelt zu sein. So hat der Versicherungsnehmer in Großbritannien die Möglichkeit, dem Versicherungsgeber gegen eine zusätzliche Prämie Einschränkungen bezüglich Kenntnis und Wesentlichkeit (knowledge and materiality qualifiers) abzukaufen. In der Folge wird die Garantie gegenüber dem Versicherungsgeber so angewendet, als ob die Parteien derartige Einschränkungen nicht vereinbart hätten. Es bleibt abzuwarten, ob diese Möglichkeit auch den Weg in den deutschen M&A-Markt findet und damit die Risiken bei M&A-Transaktionen signifikant verschieben wird.

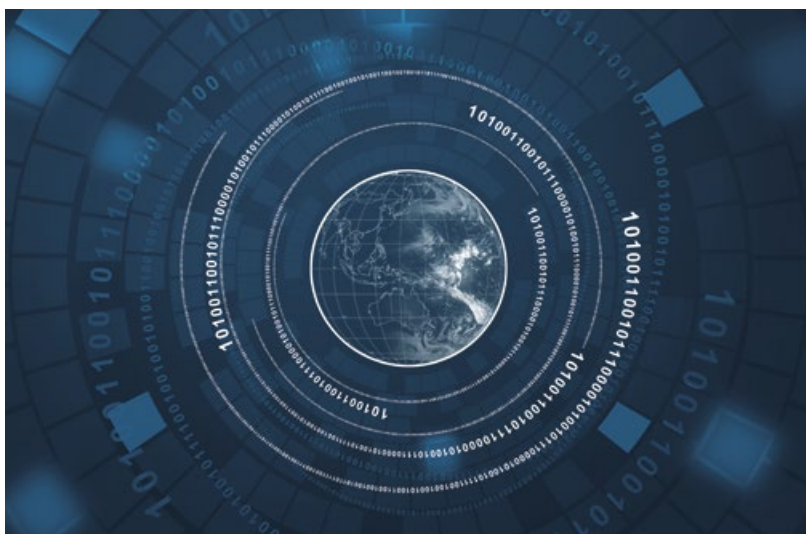
Datenschutz in der Due Diligence

von Christine Funk (P+P Pöllath + Partners)

18. September 2018

Due Diligence Compliance PE-Transaktionen Datenschutz-Grundverordnung

Das neue Datenschutzrecht ist in der M&A-Praxis angekommen. Die Auswirkungen zeigen sich bei jeder Unternehmenstransaktion, insbesondere in der Due Diligence. Zwar war auch schon vor dem Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) die Offenlegung personenbezogener Daten gegenüber Kaufinteressenten begrenzt. Beeindruckt hatte dies die Praxis freilich nicht immer. Mit Inkrafttreten der DS-GVO scheint sich das nun zu ändern.



Die Vielzahl der zu prüfenden Daten in der Due Diligence wirft auch viele datenschutzrechtliche Fragen auf. Bild: Pixabay

Durch die DS-GVO unverändert geblieben ist der datenschutzrechtliche Grundsatz, dass alle Maßnahmen betreffend personenbezogene Daten rechtswidrig sind, sofern sie nicht durch einen gesetzlich normierten Erlaubnisgrund gerechtfertigt sind. Erlaubnisgrund kann beispielsweise die Einwilligung des Betroffenen sein. Betroffene im Rahmen einer Due Diligence sind typischerweise Arbeitnehmer, sowie Kunden und Lieferanten, sofern es sich dabei um natürliche Personen handelt. Datenschutzrechtlich relevant sind alle Informationen, die sich auf diese Personen beziehen, z.B. Name, E-Mail-Adresse, Telefonnummer, Anschrift und Position im Unternehmen.

Aufgrund der Weite des Anwendungsbereichs, weist nahezu jedes Dokument im Datenraum personenbezogene Daten auf. Die Einholung einer Einwilligung der Betroffenen wäre aber nicht nur zeitaufwendig, sie würde auch dazu führen, dass die üblicherweise diskret geführten Verhandlungen zwischen Käufer und Verkäufer einer Vielzahl von Personen bekannt würden. Ob die Einwilligung vorab, d.h. ohne Kenntnis von der konkreten Transaktion, erklärt werden kann, ist fraglich. Denn die Einwilligung ist „in informierter Weise“ unter Bezugnahme auf einen hinreichend bestimmten Datenverarbeitungszweck abzugeben. Die Einwilligung ist daher allenfalls in Einzelfällen als Erlaubnisgrund für die Datenverarbeitung im Rahmen einer Due Diligence geeignet.

Alternativ käme der Erlaubnisgrund des berechtigten Interesses des Verantwortlichen in Betracht, sofern entgegenstehende Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Personen nicht überwiegen (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO). Die dabei durchzuführende Interessenabwägung unterliegt im Streitfall der Interpretation der Gerichte und führt daher nicht zu rechtssicheren Ergebnissen. Hinzu kommt, dass selbst bei Vorliegen eines Erlaubnisgrundes für die Datenverarbeitung, die Datenerhebung Informationspflichten des Verantwortlichen nach Art. 13, 14 DS-GVO auslöst, was wiederum zu einem frühzeitigen Bekanntwerden der Transaktion führt.

Anonymisierte Unterlagen als Ausweg?

Ausweg kann die Offenlegung anonymisierter Unterlagen in der Due Diligence sein. Anonymisierung bedeutet dabei, dass die betroffene Person nicht oder nicht mehr identifiziert werden kann (vgl. Erwägungsgrund 26 der DS-GVO). In diesem Fall ist das Datenschutzrecht nicht mehr anwendbar. Zur Durchführung einer umfassenden Anonymisierung müssen alle Dokumente vor dem Hochladen in den Datenraum auf personenbezogene Daten

durchgesehen und diese sodann geschwärzt werden. Das Schwärzen der Unterlagen bedeutet – neben der ohnehin aufwendigen Befüllung des Datenraums – eine zusätzliche, nicht zu unterschätzende Belastung der Target-Gesellschaft. Zudem wird die Prüfung der Unterlagen im Datenraum durch den Kaufinteressent aufgrund der Schwärzung erschwert, gleichen die Unterlagen doch nunmehr Lückentexten. Da selbst Unterschriften zu schwärzen sind, kann nicht einmal der Abschluss von Verträgen nachvollzogen werden. Zur Ausgleichung dieses Informationsdefizits könnte in Erwägung gezogen werden, eine Garantie in den Unternehmenskaufvertrag aufzunehmen, dass die Schwärzungen nur soweit zur datenschutzrechtlichen Anonymisierung notwendig vorgenommen wurden und nicht zu einer Entstellung des wesentlichen Inhalts der im Datenraum hinterlegten Unterlagen geführt haben.

Des Weiteren hat die Frage der Einbeziehung Dritter in die Erstellung des Datenraums datenschutzrechtliche Relevanz. So ist etwa an den Abschluss von Auftragsverarbeitungsverträgen nach Art. 28 DS-GVO zu denken, wenn Datenverarbeitungsprozesse an externe Dienstleister ausgelagert werden. Typisches Beispiel ist die Inanspruchnahme eines Datenraums, der auf einem Server liegt, der nicht unmittelbar durch die Target-Gesellschaft, sondern durch einen Dritten betrieben wird. Befindet sich der Auftragsverarbeiter im Ausland, ist zudem zu prüfen, ob EU-Standardvertragsklauseln abzuschließen sind. Mit diesen verpflichtet sich der Auftragsverarbeiter gegenüber dem Verantwortlichen die europäischen Datenschutzstandards einzuhalten. Dabei ist darauf zu achten, dass sowohl der Auftragsverarbeitungsvertrag als auch ggf. die EU-Standardvertragsklauseln mit derjenigen Target-Gesellschaft als Verantwortlicher abgeschlossen werden, die ihre Daten im Datenraum zur Verfügung stellt. Die in der Vergangenheit teilweise zu beobachtende Praxis, dass der Finanzberater des Verkäufers den Datenraum bestellt, ist so ohne weiteres nicht möglich.

Datenaustausch im Konzern

Im Falle der Veräußerung einer ganzen Gruppe ist zudem zu beachten, dass im Rahmen der DS-GVO grundsätzlich kein Konzernprivileg existiert, d.h. dass jede Gesellschaft der Gruppe datenschutzrechtlich gesondert zu betrachten ist und dass ein Austausch von personenbezogenen Daten zwischen den Gruppen-Gesellschaften eines gesetzlich normierten Erlaubnisgrundes bedarf. Erwägungsgrund 48 der DS-GVO stellt zwar klar, dass ein Datenaustausch innerhalb einer Unternehmensgruppe auf der Grundlage eines berechtigten Interesses im Sinne des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO erfolgen kann, sofern die Übermittlung internen Verwaltungszwecken dient. Da die Durchführung einer Due Diligence jedoch nicht hierunter fällt, ist es grundsätzlich unzulässig, wenn die Muttergesellschaft die Due Diligence-Unterlagen aller ihrer Tochtergesellschaften zentral sammelt, anonymisiert und in den Datenraum einstellt. Abhilfe könnte hier der Abschluss eines Auftragsvertrages zwischen der Muttergesellschaft und der jeweiligen Tochtergesellschaft schaffen.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass eine Target-Gesellschaft bei Offenlegung von Unterlagen in der Due Diligence gut beraten ist, penibel auf die Einhaltung des Datenschutzrechts zu achten. Dies gilt nicht nur wegen der drohenden Geldbußen von bis zu EUR 20 Mio. oder 4 % des gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes, sondern auch weil der Umgang des Targets mit dem Datenschutz dem Kaufinteressenten frühzeitig einen ersten Eindruck der im Target gelebten Datenschutz-Compliance vermittelt.

VIDEO Corporate Governance – Aktuelle Entwicklungen zu Aufsichtsrat und Beirat

von Dr. Eva Nase (P+P Pöllath + Partners), Dr. Sebastian Seier (P+P Pöllath + Partners)

4. Oktober 2018

Gesellschaftsrecht

Corporate Governance

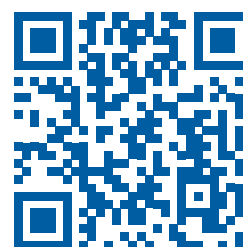
Compliance

Aufsichtsrecht

MUPET 2018



Die Referenten Dr. Eva Nase (P+P) und Dr. Sebastian Seier (P+P) geben in ihrem Vortrag Auskunft über aktuelle Entwicklungen und Herausforderungen der Corporate Governance, insbesondere mit Blick auf das normative Umfeld für Aufsichts- und Beiräte. Zur Sprache kommen dabei auch aktuelle Trends und Themen aus der Rechtsprechung zu unterschiedlichen Streitfragen bei Corporate Governance.



youtu.be/Wzx8ebToDGE

Neues zum Rechtsschutz bei und nach Übernahmen

von Dr. Wolfgang Grobecker (P+P Pöllath + Partners), Dr. Tobias Hueck (P+P Pöllath + Partners)

4. Dezember 2018



Gesellschaftsrecht

Der bei öffentlichen Übernahmeangeboten wohl interessanteste Aspekt ist der des Preises. Besondere Bedeutung haben hier die gesetzlichen Mindestpreisregelungen nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG). Der Fall der Celasio-Übernahme und die jüngste Rechtsprechung hierzu zeigen: Bieter müssen bei der Strukturierung von Übernahmeangeboten künftig noch sorgfältiger kalkulieren.

Die bei öffentlichen Übernahmeangeboten wohl am meisten interessierende Frage ist diejenige nach dem Preis. Besondere Bedeutung kommt dabei den gesetzlichen Mindestpreis-

Rechtsprechung zur Celasio-Übernahme stellt Weichen für künftige Übernahmeangebote. Bild: lovelyday12/fotolia

regelungen des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes (WpÜG) zu. Hiernach hat der Bieter den Aktionären der Zielgesellschaft eine angemessene Gegenleistung anzubieten. Ist die in einem öffentlichen Angebot vorgesehene Gegenleistung nicht angemessen, steht den Aktionären, die das Angebot angenommen haben, ein Nachzahlungsanspruch zu. Dies hatte der Bundesgerichtshof (BGH) bereits in seiner Postbank-Entscheidung im Jahr 2014 klargestellt (Az.: II ZR 353/12). Für Bieter und Aktionäre nicht weniger bedeutsam dürften die jüngsten Entwicklungen der Rechtsprechung zum Rechtsschutz bei und nach öffentlichen Übernahmen sein.

Entwicklungslinien der Rechtsprechung

Der Reihe nach: Der BGH hat in einem Urteil vom 7. November 2017 entschieden, dass bei der Ermittlung der angemessenen Gegenleistung für ein öffentliches Übernahmeangebot an die Aktionäre auch die vom Bieter für den derivativen Erwerb von Wandelschuldverschreibungen gezahlten Preise zu berücksichtigen sind (Az.: II ZR 37/16).

Der amerikanische Konzern McKesson hatte im Vorfeld der Übernahme des Pharmahändlers Celesio im Jahr 2014 Wandelanleihen auf Celesio-Aktien vom US-Fonds Elliott International erworben und in Aktien gewandelt. Der höchste von McKesson für den Erwerb von Anleihen gezahlte Kaufpreis betrug umgerechnet 30,95 Euro je Aktie. Das öffentliche Übernahmeangebot von McKesson sah hingegen nur einen Preis von 23,50 Euro je Aktie vor.

Die Celesio-Aktionärin Magnetar Capital hatte daraufhin die Zahlung des Differenzbetrags in Höhe von 7,45 Euro je Aktie geltend gemacht und bekam vom BGH recht: Die maßgebliche Regelung zur Berücksichtigung von Vorerwerben (§ 31 Abs. 6 WpÜG) sei im Sinne eines allgemeinen Umgehungsschutzes zu verstehen. Der Gesetzgeber habe sicherstellen wollen, dass der Bieter an dem Preis festgehalten werde, den er im zeitlichen Zusammenhang mit dem Übernahmeangebot für die Aktien als angemessen angesehen habe. Diese Preisvorstellung zeige sich aber auch an dem Erwerb von Anleihen und dem mit ihnen verbundenen Recht zum Aktienwerb. Da mit dem Rechtsrahmen des WpÜG vor allem ein faires und transparentes Verfahren zur Verfügung gestellt werden sollte, sei eine weite Auslegung geboten.

Bislang hatte der BGH nur über einen Nachzahlungsanspruch für Aktionäre die ein zu geringes Übernahmeangebot angenommen haben, zu entscheiden; nicht hingegen über ein Andienungsrecht der Aktionäre, die das Angebot nicht angenommen haben, weil es ihnen (zu Recht) zu niedrig erschien. Ebendiese Frage beschäftigt inzwischen die Instanzgerichte.

Bemerkenswert ist insbesondere die noch nicht rechtskräftige Entscheidung des Landgerichts Stuttgart im Spruchverfahren zu dem Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag, den McKesson und die Celesio AG im Nachgang zum Übernahmeangebot geschlossen haben (Az.: 31 O 1/15 KfH SpruchG). In dem Beschluss vom 17. September 2018 hat das Gericht inzident die Voraussetzungen eines Anspruchs aus culpa in contrahendo, gerichtet auf Zahlung des gesetzlichen Mindestpreises von 30,95 Euro je Aktie, Zug um Zug gegen Übereignung der nicht eingelieferten Aktien dem Grunde nach als gegeben angesehen.

Allerdings bestehe der Anspruch auf Rechtsfolgenseite nicht, da als rechtmäßiges Alternativverhalten der Bieterin auch das Absehen von dem Angebot in Betracht komme und sich im konkreten Fall nicht mit dem erforderlichen Maß der Überzeugung feststellen lasse, dass die Bieterin bei Kenntnis des gesetzmäßigen Mindestpreises ein Angebot zu 30,95 Euro unterbreitet hätte.

Zu erwartende Rechtsfolgen

Ob diese Rechtsprechung der Überprüfung durch die Instanzen standhalten wird, erscheint fragwürdig. Zum einen scheidet die Nichtabgabe eines Übernahmeangebots als rechtmäßiges Alternativverhalten aus, wenn – wie im besagten Fall – die Bieterin verpflichtet war, ein Angebot zum Preis von 30,95 Euro je Aktie vorzulegen. Zum anderen gebieten wesentliche Ziele des WpÜG, namentlich die Stärkung des Minderheitenschutzes bei Übernahmen sowie die Aktionärsleichbehandlung, die prinzipielle Anerkennung eines Andienungsanspruchs auch derjenigen Aktionäre, die ein zu niedrig bemessenes Angebot nicht angenommen haben.

Nach Auffassung des Landgerichts Stuttgart könne jedoch die im Rahmen eines Übernahmeangebots tatsächlich angebotene Gegenleistung für die Prüfung der Angemessenheit einer Barabfindung an außenstehende Aktionäre anlässlich einer zeitlich nachfolgenden aktienrechtlichen Strukturmaßnahme, wie etwa dem Abschluss eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages, von Bedeutung sein; insbesondere dann, wenn die Strukturmaßnahme in engem zeitlichen Zusammenhang mit dem insoweit „wertprägenden“ Übernahmeangebot stehe. Sollte sich diese Rechtsprechung verfestigen, hätte dies weitreichende Folgen für die seit der Stollwerck-Entscheidung des BGH gängige Praxis, für die Bemessung der Abfindungshöhe auf den höheren Wert eines nach IDW S 1 ermittelten Ertragswerts oder des nach Umsatz gewichteten Börsen-Durchschnittskurses innerhalb einer dreimonatigen Referenzperiode vor der Bekanntmachung einer Strukturmaßnahme abzustellen: Die im Rahmen eines vorausgegangenen Übernahmeangebots tatsächlich angebotene Gegenleistung würde eine zusätzliche Untergrenze für die

Berechnung der angemessenen Abfindung an außenstehende Aktionäre bei Strukturmaßnahmen markieren. War die angebotene Gegenleistung unangemessen, könnte überdies der übernahmerechtlich tatsächlich angemessene Betrag zu berücksichtigen sein.

Aus der skizzierten Entwicklungslinie der Rechtsprechung folgt, dass Bieter bei der Strukturierung von Übernahmeangeboten künftig noch sorgfältiger kalkulieren müssen. Selbiges gilt bis auf Weiteres auch für die Bemessung der Abfindungshöhe für außenstehende Aktionäre bei Strukturmaßnahmen wie Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen oder einem Squeeze-out.

Dieser Beitrag erschien erstmals in: Börsen-Zeitung, Nr. 232, Seite B 6, 1. Dezember 2018

Venture Capital

Wird Venture Capital „erwachsen“? – Eine Marktübersicht

von Christian Tönies (P+P Pöllath + Partners)

13. August 2018

Venture Capital

Finanzierung

Digitalisierung

Blockchain

FinTech

VC-Finanzierungen sind in Deutschland mittlerweile etabliert. Mit ein Grund ist, dass inzwischen so genannte „Large-Cap-Finanzierungsrunden“ mit einem Volumen von über 30 Millionen Euro in Deutschland keine Seltenheit mehr sind. Wachstumstreiber ist einmal mehr die Digitalisierung und eine Branche rückt dabei besonders in den Fokus: FinTechs.



FinTechs – Die Wachstumsbranche befeuert auch den Markt für Venture Capital.

Bild: Pixabay

VC-Finanzierungen sind in Deutschland mittlerweile etabliert. Die Bewertungen und Finanzierungssummen sind hoch. Während die Zahl der in Deutschland getätigten Finanzierungsrunden über die Jahre relativ stabil geblieben ist, stieg das jährliche Gesamtvolumen der VC-Finanzierungen deutlich an. Der Grund hierfür ist, dass inzwischen so genannte „Large-Cap-Finanzierungsrunden“ mit einem Volumen von über 30 Millionen Euro in Deutschland keine Ausnahmereischeinungen mehr sind. Die getätigten VC-Finanzierungen konzentrierten sich hierbei vornehmlich auf die Bereiche E-Commerce und Life-Science. Daneben rückt jedoch eine Branche immer mehr in den Fokus: FinTechs.

VC-Marktumfeld in Deutschland

Das VC-Marktumfeld in Deutschland ist insgesamt positiv zu bewerten. Berlin ist nach wie vor die VC-Metropole in Deutschland. Auf Berliner Unternehmen entfielen im Jahr 2017 mehr als die Hälfte aller bundesweiten VC-Finanzierungen und über zwei Drittel der deutschlandweiten VC-Investitionssummen. Im Jahr 2017 gab es in Deutschland insgesamt 507 Transaktionen mit einem Gesamtvolumen von 4,3 Milliarden Euro. Auch die Zahl der ausländischen Investoren ist gestiegen. Sie betrug im Jahr 2017 ca. 40%. Überträgt man diese Zahlen auf den europäischen Markt

mit einem Gesamtvolumen von ungefähr 16 Milliarden Euro, kann man sich in Deutschland – rein nach den Zahlen – nicht beschweren. Angeführt von Großbritannien mit einem Gesamtvolumen von 5,2 Milliarden Euro nimmt Deutschland den zweiten Rang innerhalb des europäischen VC-Marktes ein.

Im Vergleich zum amerikanischen Transaktionsumfeld mit einem Gesamtvolumen von 64 Milliarden Euro ist der deutsche VC-Markt jedoch noch weit davon entfernt, zu einem „Global Champion“ aufzusteigen. Dies gilt nicht nur hinsichtlich des Gesamtinvestitionsvolumens, sondern auch in Bezug auf die so genannten „Later-Stage-Finanzierungen“. Diese machen im amerikanischen VC-Markt knapp zwei Drittel des Gesamtinvestitionsvolumens aus. Dennoch ist der deutsche VC-Markt seit 2002 in einem ständigen Wachstum und VC auf einem guten Weg.

Umbruch der Digitalwirtschaft durch FinTechs

Betrachtet man konkret die Zahlen des VC-Marktes, so stellt man – quellenunabhängig – eine Steigerung der VC-Investitionen in FinTechs fest. FinTechs rangieren aktuell mit einem Investitionsvolumen von ca. einer halben Milliarde Euro im Jahr 2017 hinter E-Commerce auf dem zweiten Platz im deutschen VC-Investmentmarkt.

Aber was sind eigentlich FinTechs? Der Begriff FinTech setzt sich zusammen aus den Worten Finanzdienstleistungen und Technologie und beschreibt letztlich die Veränderungen im Finanzdienstleistungssektor durch den Einsatz von Technologie. Mit dem Zeitalter des Internets und der Digitalisierung begann auch die Entwicklung der FinTech-Branche am Ende der Neunziger Jahre.

Die wichtigsten Geschäftsfelder für FinTechs sind seither das Bankwesen und die Versicherungswirtschaft (auch „InsureTech“). Der letzte Durchbruch im Bankensektor beispielsweise war der Geldautomat und das Online-Banking. Die letzte wirkliche Revolution im Versicherungswesen ist die elektronische Versicherungsbestätigung. Allein dadurch wird klar, dass die weitere Digitalisierung des Finanzdienstleistungssektors durch FinTechs einen Umbruch zur Folge haben wird.

In diesem Zusammenhang ist der Begriff der „Disruption“ allgegenwärtig und zeigt das große Potential der FinTech-Branche. Disruption leitet sich von dem englischen Wort „disrupt“ („zerstören“, „unterbrechen“) ab und beschreibt die Ablösung und Verdrängung von traditionellen Geschäftsmodellen, Produkten, Technologien oder Dienstleistungen durch innovative Erneuerungen. Diese Disruption führt neben dem klassischen Konkurrenzkampf im Wettbewerb zumindest im Bereich der Digitalwirtschaft auch zu interessanten Kooperationsmodellen. Denn FinTechs profitieren von dem Know-how und dem Bekanntheitsgrad der führenden Banken und Versicherungen und schätzen diese als Partner an ihrer Seite.

Im Gegenzug verwundert es nicht, dass der stattfindende Umbruch durch klassische VC-Investoren und strategische Investoren (wie eben Banken und Versicherungen) noch befeuert wird. Sie sehen neben der Möglichkeit, mit Investments in FinTech-Startups Geld zu verdienen, auch die Chance, mit zukunftsweisenden Ideen den (digitalen) Marktanschluss zu halten.

Die weitere Entwicklung bleibt spannend

Der Markt spürt längst den Wettbewerb neuer, teils völlig branchenfremder Unternehmen. Vorreiter wie PayPal oder Google Wallet konkurrieren schon längst durch ihre mobilen Bezahlssysteme mit der vermeintlich noch bestehenden Dominanz der Banken im Zahlungsverkehr. FinTech wird daher für VC-Investoren auch zukünftig eine interessante Thematik bleiben. Hierauf kann und muss sich der Markt einstellen.

Podcast Business Angels – So investieren Sie richtig

von Eva-Juliane Stark (P+P Pöllath + Partners)

6. November 2018



Venture Capital

Finanzierung

Start-up

Due Diligence

Business Angels sind wichtiger Bestandteil in der Wachstumsfinanzierung von Start-up-Unternehmen. Für die Investoren bieten sich vielfältige Möglichkeiten, doch nicht alle jungen Unternehmen sind es auch „wert“, dass in sie investiert wird.



youtu.be/bzlX4L0E0mo

Worauf Business Angels bei der Auswahl eines geeigneten Investitionsziels achten sollten, wird in diesem Podcast (in englischer Sprache) erläutert. Eva-Juliane Stark, Associate bei P+P Pöllath + Partners geht dabei insbesondere auf die Due Diligence im Rahmen einer Investition ein.

Dieser Podcast wurde erstmals veröffentlicht bei: CrossEUWBA Inspire-Innovate-Invest, 26. September 2018

CrossEUWBA steht für „Enhancing the cross-sector emergence of new women business angels across Europe“ und ist ein auf zwei Jahre angelegtes Projekt in Kooperation mit der EU. Das Projekt richtet sich insbesondere an junge Unternehmerinnen und dient als Plattform für Informationen, Networking und Investitionen.

Start-ups – Kleingesellschafter strategisch klug einbinden

von Christian Tönies (P+P Pöllath + Partners), Dr. Georg Seitz (P+P Pöllath + Partners)

12. Dezember 2018

Venture Capital Start-up Finanzierung Gesellschaftsrecht



Start-ups – Kleingesellschafter helfen häufig beim Markteintritt.

Bild: rawpixel/Pixabay

Ein finanzieller Einstieg von Familienmitgliedern oder nahen Bekannten ist in der Frühphase eines Start-ups mangels Alternativen naheliegend, mag aber strategisch wohlüberlegt und mit einem klaren Regelungsregime umgesetzt sein. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund späterer Interessenkonflikte mit großen Investoren, die regelmäßig kleinere Early Stage-Investoren aufgrund ihrer Finanzkraft und den damit verbundenen Beteiligungsvorrechten ins „Abseits“ zu stellen vermögen.

Weiterhin kann die Vielfalt verschiedener Individualinteressen eines gewachsenen Kreises von Family and Friends-Investoren (folgend „Kleingesellschafter“) eine Gesellschaft in einem späteren Stadium auch in ihrer Entscheidungsfindung erheblich beeinträchtigen, weshalb bereits von Anfang an geeignete Strategien für eine effektive Beschlussfassung zu entwickeln sind.

Die Relevanz der Finanzierung durch Kleingesellschafter ist nicht unerheblich, greift doch jedes dritte Gründerteam auf diese Finanzierungsquelle zurück. Vor diesem Hintergrund ergeben sich in der Early Stage-Beratung von Gründern und Gesellschaftern eines Start-ups folgende Handlungsempfehlungen für den Umgang mit Kleingesellschaftern:

Frühe, klare Regelungen für den späteren Einstieg von Investoren

Es ist essenziell, in der Anfangsphase ein einfaches und verständliches Regelungsregime in der Satzung und der Gesellschaftervereinbarung für alle Gesellschafter zu implementieren.

Vinkulierung und Tag-along-Rechte

Wichtigstes Regelungsinstrument ist die Vinkulierung von Geschäftsanteilen in der Satzung, wodurch einem ungewollten Ausscheiden eines Kleingesellschafters und dem Verkauf seiner Geschäftsanteile an einen Dritten vorgebeugt und der Gesellschafterkreis zusammengehalten wird. Bereits in der Early Stage-Phase können in der Gesellschaftervereinbarung Mitverkaufsrechte beim Verkauf von Geschäftsanteilen durch einen Gesellschafter an einen Dritten (Tag-along-Rechte) vereinbart werden, die einem anderen Kleingesellschafter das Recht einräumen, seine Geschäftsanteile zu den jeweils gleichen Bedingungen an einen Dritten mit zu veräußern. Diese Tag-along Rechte sind typische Minderheitenschutzrechte und führen dazu, dass beim Anteilsverkauf durch Gesellschafter an Dritte unter den bestehenden Gesellschaftergruppen mehr Gerechtigkeit hergestellt wird.

Secondary Options

Weiterhin sind Secondary Options ein in der Gesellschaftervereinbarung zu verankerndes Mittel, wodurch Möglichkeiten zum Kauf (Call) und Verkauf (Put) von Geschäftsanteilen vor oder während einer Finanzierungsrunde vereinbart werden können. So kann einem Kleingesellschafter das Recht eingeräumt werden, einen Teil oder sämtliche seiner Geschäftsanteile an einen (zukünftigen) Investor in einer oder der kommenden Finanzierungsrunde zu verkaufen (Put), um so sein Investment zu einem Teil oder vollständig zu amortisieren.

Effektive Bündelung der Partikularinteressen

Sofern eine Gesellschaft einen mittleren zweistelligen Gesellschafterkreis erreicht, ist sie in ihrer Abstimmungs- und Entscheidungsstruktur zunehmend schwerfällig zu handhaben. Dies gilt insbesondere bei außerordentlichen Gesellschafterbeschlüssen oder bei einer Änderung der Gesellschaftervereinbarung, bei welcher regelmäßig Einstimmigkeit erforderlich ist. Gerade deshalb empfiehlt es sich, bereits in einem frühen Stadium gebündelte Strukturen zur Willensbildung einzurichten, die eine kurzfristige Entscheidungsfindung der Kleingesellschafter und der größeren Investoren ermöglichen.

Pooling der Stimmrechte

Eine Form der Beteiligung sind Stimmbindungsverträge, bei denen die Kleingesellschafter formal ihre Gesellschafterstellung behalten, sich aber in einem Stimmbindungsvertrag untereinander verpflichten, ihre Stimmrechte in einem formalisierten Vorabverfahren einheitlich auszuüben und sodann in der Gesellschafterversammlung einheitlich abzustimmen oder ihre einheitlich ausgeübten Erklärungen durch einen vorab bestimmten Vertreter in der Gesellschafterversammlung ausüben zu lassen. Dieses Verfahren ist regelmäßig zulässig und ermöglicht der Gesellschaft, rasch zu einer Entscheidungsfindung auf Gesellschafterebene zu gelangen, ohne sämtliche Individualinteressen auf dieser berücksichtigen zu müssen.

Häufig werden diese Stimmbindungsverträge um eine Abschlussvollmacht ergänzt, bei welcher die Vollmacht nicht lediglich auf die Abstimmung in der Gesellschafterversammlung, sondern auch auf den Abschluss einer weiteren Finanzierungs- und Beteiligungsvereinbarung mit neuen Investoren erweitert wird. Mit dem Abschluss einer Stimmbindungsvereinbarung entsteht eine Innen-GbR, bei welcher der Kleingesellschafter nunmehr im Innenverhältnis mit den übrigen Pooling-Beteiligten seine Rechte durch intern gefasste Beschlüsse wahrnimmt und diese an den Stimmrechtsbevollmächtigten zur weiteren Wahrnehmung im Außenverhältnis delegiert.

Kapitalpool

Möglich ist auch, dass die Kleingesellschafter nicht lediglich ihre Stimmrechte übertragen, sondern gemeinschaftlich eine Beteiligungsgesellschaft gründen – zumeist eine GbR, GmbH & Co. KG oder UG – und diese wiederum für die Kleingesellschafter Anteile am Start-up hält. In diesem Fall werden nicht (Stimm-)Rechte der Kleingesellschafter gepoolt, sondern deren Anteilsrechte unmittelbar an der Beteiligungsgesellschaft und mittelbar am Start-up.

Treuhandvereinbarungen

Auch eine Treuhand bietet sich an, bei welcher ein Gesellschafter als Treuhänder die Anteile für die Treugeber hält. Ähnlich wie der Kapitalpool hat dieses Modell den Vorteil, dass sämtliche Anteile vom Treuhänder gehalten werden und nur dieser auf Gesellschafterebene seine Gesellschafterrechte ausübt. Im Innenverhältnis ist der Treuhänder

gleichwohl auch an die Weisungen der Treugeber gebunden. Zudem sind neben den bereits vorhandenen gesetzlichen Regelungen zur Treuhand zusätzliche Vereinbarungen zur Übertragungsverpflichtung im Fall der Beendigung der Treuhand (dann beurkundungspflichtig) oder zu Dividendenansprüchen oder Auskunftspflichten empfehlenswert. Das rechtliche Eigentum an den Geschäftsanteilen steht dem Treuhänder im Außenverhältnis gegenüber der Gesellschaft zu, das wirtschaftliche im Innenverhältnis den Treugebern.

Fazit

Die Finanzierung durch Family and Friends-Investoren ist eine dankbare erste Form der Finanzierung, ihre weitere Ausgestaltung und ihr Einfluss auf ein Unternehmen sollte aber mit Stimmbindungsvereinbarungen, Treuhandstrukturen, einer Vinkulierung und Tag-along-Mechanismen sowie Secondary Options sorgfältig austariert und abgesichert werden, um spätere Finanzierungsrunden so einfach wie möglich zu gestalten.

Dieser Beitrag erschien erstmals in: VentureCapital Magazin, Start-up 2019, S. 38/39

Managementbeteiligung

Managementbeteiligungen (Teil 1) – Alternativen zur Equity-Beteiligung

von Dr. Barbara Koch-Schulte (P+P Pöllath + Partners), Dr. Benedikt Hohaus (P+P Pöllath + Partners)

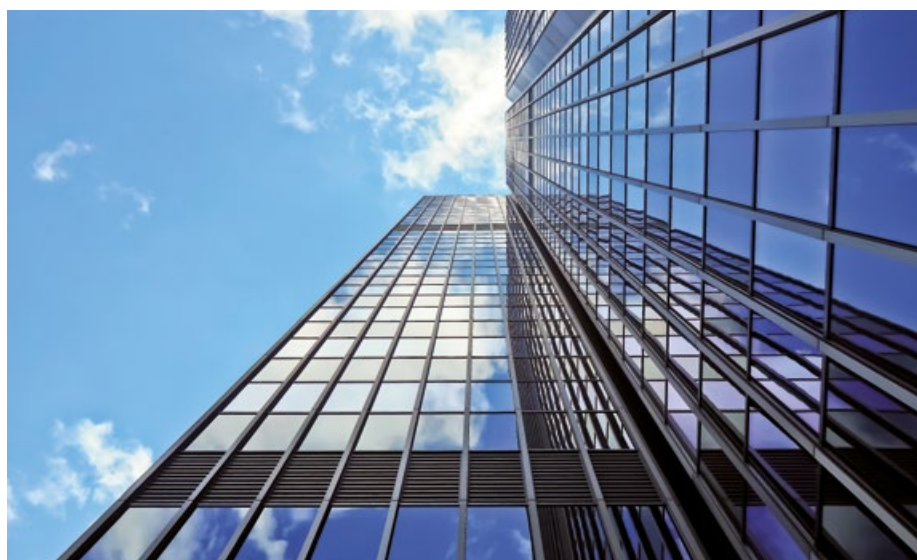
7. August 2018

Managementbeteiligung

MUPET 2018 Virtuelle Anteile

Gesellschaftsrecht

Die echte Eigenkapitalbeteiligung ist im Rahmen von Private Equity-Transaktionen immer noch der Standard. Es gibt allerdings vielfältige Gründe, sich über alternative Strukturen Gedanken zu machen. Dieser dreiteilige Beitrag setzt sich in diesem ersten Teil mit der Motivation und den Alternativen einer Eigenkapitalbeteiligung für Manager auseinander, im zweiten Teil wird eine Managementbeteiligung über Genussrechte näher beleuchtet, der dritte und letzte Teil beschäftigt sich dann mit Bonusmodellen und deren Besteuerung.



Eigenkapitalbeteiligung – Es gibt lohnende Alternativen zur klassischen Form der Managementbeteiligung. Bild: Pixabay

Gründe, über Alternativen zur Eigenkapitalbeteiligung nachzudenken

Zum einen kann der Unternehmenswert des Unternehmens, an dem das Management beteiligt werden soll, so hoch sein, dass eine substantielle Beteiligung am Eigenkapital wirtschaftlich nicht darstellbar ist. Die Beteiligung ist einfach zu teuer und das Management kann die finanziellen Mittel dafür nicht aufbringen. Darüber hinaus kann die hohe Unternehmensbewertung dazu führen, dass sich das der Eigenkapitalbeteiligung zugrunde liegende ökonomische Modell für das Management nicht rechnet, weil der Einstiegspreis zu hoch und das Upside zu niedrig ist. Chancen und Risiken stehen nicht in einem angemessenen Verhältnis zueinander.

Zum anderen kann die Kapitalstruktur für die Umsetzung eines echten Eigenkapitalbeteiligungsmodells nicht geeignet sein. Im Rahmen von Private Equity-Transaktionen wird das Eigenkapital häufig in Form von unterschiedlichen Finanzierungsinstrumenten geleistet. Neben dem klassischen Stammkapital, das eine Teilhabe an den stillen Reserven des Unternehmens vermittelt, werden Vorranginstrumente wie Gesellschafterdarlehen und Vorzugskapital geschaffen. Letztere vermitteln lediglich einen Rückzahlungsanspruch des eingesetzten Kapitals und eine auflaufende Verzinsung bzw. Vorzugsdividende von 6-12% p.a., haben aber eine Liquidationspräferenz vor dem Stammkapital. Das Management investiert dann in das Stammkapital und gar nicht bzw. unterproportional in die Vorranginstrumente. Dadurch kann für das Management ein zusätzlicher Leverage, der allerdings aufgrund der Vorrangigkeit mit einem höheren Risiko bezahlt wird, geschaffen werden. Wenn die Kapitalstruktur aber schon feststeht und nicht mehr veränderbar ist, kann eine Private Equity typische Kapitalstruktur nicht implementiert werden.

Auch im Rahmen von Restrukturierungsfällen, in denen das Management gegebenenfalls in einem bestehenden Eigenkapitalbeteiligungsmodell das investierte Kapital verloren hat, ist es dem Management häufig nur schwer vermittelbar, neues Geld in eine neue Beteiligung zu investieren. Das Management will dem schlechten Geld kein gutes Geld hinterherwerfen.

Andere Investoren scheuen hingegen die Mitsprache- und Gesellschafterrechte, die eine Eigenkapitalbeteiligung mit sich bringen. Eine zu starke Beschränkung der Vermögens- und Verwaltungsrechte aus einer Eigenkapitalbeteiligung kann aber zur Versagung des wirtschaftlichen Eigentums an der Eigenkapitalbeteiligung bei den Managern führen, sodass die Besteuerung der Erlöse als Kapitaleinkünfte nicht mehr gewährleistet ist.

Das Motto vieler Finanzinvestoren ist: „We back the jockeys and not the horses“. Insofern ist das Management ein wesentlicher Faktor für einen erfolgreichen Buy-Out. Allerdings müssen Eigenkapitalbeteiligungen nicht nur aufgesetzt, sondern später auch verwaltet werden. Finanzinvestoren tendieren insofern eher dazu, weniger Personen zu beteiligen, diese dann aber richtig. Investitionsbeträge unter 30.000 Euro bis 50.000 Euro sind nicht sinnvoll, da der Aufwand in keinem Verhältnis zum Ertrag steht. Für Manager mit geringen finanziellen Mitteln empfiehlt sich dann eine virtuelle Beteiligung anstelle einer echten Eigenkapitalbeteiligung.

Mögliche Alternativen

Im Markt sieht man zum einen Modelle mit Fremdkapitalinstrumenten und zum anderen reine Bonusmodelle. Beteiligungen mittels Fremdkapitalinstrumenten findet man insbesondere dann, wenn die Initiatoren der Mitarbeiterbeteiligung die Beteiligung nicht als „free lunch“ ausgeben wollen, sondern von dem Management auch einen Eigenkapitaleinsatz („skin in the game“) erwarten. Dies kann zum Beispiel durch Genussrechte oder partiarische Darlehen mit einer gewinnabhängigen Verzinsung erreicht werden.

Wesentlich häufiger werden Bonusmodelle in unterschiedlicher Form umgesetzt. Unter das Stichwort „virtuelles Eigenkapital“ fallen z.B. Phantom Stocks bzw. Phantom Shares oder virtuelle Beteiligungen. Virtuelle Anteile sollen

den Inhaber wirtschaftlich so stellen, als habe er echte Gesellschaftsanteile erworben. Gesellschafterrechte wie Stimmrechte und Dividendenbezugsrechte werden hierbei gerade nicht gewährt.

Andere Modelle sind allein auf den Exit des Investors ausgerichtet. In Abhängigkeit der vom Investor auf sein eingesetztes Kapital bei einem Exit erzielten Rendite, bekommt der Inhaber des Exitbonus' eine Zahlung. Die Rendite wird entweder auf Basis des vom Investor erzielten IRRs und/oder Money Multiples berechnet.

Sofern ein Exit, wie z.B. bei Family Offices oder chinesischen Investoren, nicht zwingend vorgesehen ist oder wie bei Infrastruktur-Investoren erst nach zehn Jahren oder mehr erfolgt, sieht man auch Bonusprogramme, die an operative Performance-Ziele geknüpft sind. Dies geht dann häufig in die Richtung von Long Term Incentive-Plänen mit einer Laufzeit von fünf Jahren.

Managementbeteiligungen (Teil 2) – Genussrechte

von Dr. Barbara Koch-Schulte (P+P Pöllath + Partners), Dr. Benedikt Hohaus (P+P Pöllath + Partners)

7. August 2018

Einkommensteuer

Managementbeteiligung

MUPET 2018

PE-Transaktionen

Die echte Eigenkapitalbeteiligung ist im Rahmen von Private Equity-Transaktionen immer noch der Standard. Es gibt allerdings vielfältige Gründe, sich über alternative Strukturen Gedanken zu machen. Dieser dreiteilige Beitrag setzt sich im ersten Teil mit der Motivation und den Alternativen einer Eigenkapitalbeteiligung für Manager auseinander, in diesem zweiten

Teil wird eine Managementbeteiligung über Genussrechte näher beleuchtet, der dritte und letzte Teil beschäftigt sich dann mit Bonusmodellen und deren Besteuerung.



Genussrechte – Attraktive Alternative zur klassischen Equity-Beteiligung. Bild: geralt/Pixabay

Genussrechte – Eigen- oder Fremdkapital

Genussrechte beruhen auf einer schuldrechtlichen Vereinbarung zwischen dem Kapitalgeber und dem Schuldner, sie vermitteln keine Gesellschafterrechte. Gesetzlich werden Genussrechte lediglich erwähnt, nicht aber geregelt (§ 221 Abs. 3 AktG).

Dementsprechend flexibel können Genussrechte in Bezug auf die mit ihnen verbundenen Vermögensrechte

ausgestaltet werden. Je nach Ausgestaltung, kann ein Genussrecht handelsbilanziell sogar als Eigenkapital qualifiziert werden. Dafür sind folgende Voraussetzungen erforderlich (IDW HFA 1/1994, WPg 1994 S. 419):

- Erfolgsabhängigkeit der Vergütung
- Teilnahme am Verlust bis zur vollen Höhe
- Langfristigkeit der Kapitalüberlassung (mind. 5 Jahre) und
- Nachrangabrede, d. h. Nachrangigkeit der Forderung im Insolvenz- oder Liquidationsfall gegenüber allen Gläubigern.

Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, handelt es sich um Fremdkapital der Gesellschaft.

Diese Flexibilität in der Gestaltung insbesondere der Vermögensrechte und die Tatsache, dass zwar ein Investment des Managers erforderlich ist, damit aber keine Stimm- oder Verwaltungsrechte verbunden sind, scheint das Genussrecht zu einem idealen Managementbeteiligungsinstrument zu machen.

Besteuerung von Genussrechten

Nach bisher allgemein geltender Auffassung war es sogar möglich, Genussrechte handelsbilanziell als Eigenkapital auszugestalten, während sie steuerbilanziell als Fremdkapital qualifiziert werden konnten. Denn § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG und § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG erfassen Zahlungen aus Genussrechten nur dann als dividendenähnlich, wenn mit den Genussrechten auch das Recht auf Beteiligung am Gewinn und Liquidationserlös verbunden ist. Schloss man also die Beteiligung am Liquidationserlös aus, galten die Zinszahlungen auf die Genussrechte handelsrechtlich als Gewinnausschüttung, steuerlich aber als (abzugsfähiger) Zinsaufwand.

Die Oberfinanzdirektion Nordrhein-Westfalen hält eine solche Differenzierung zwischen Handels- und Steuerrecht nun nicht mehr für möglich (Verfügung der OFD NRW vom 12.05.2016, S 2742-2016/0009-St 131, DB 2016 S. 1407). Sie geht davon aus, dass die handelsbilanzielle Maßgeblichkeit auch für die steuerliche Qualifizierung von Genussrechten gilt. Lediglich Ausschüttungen auf Genussrechte, die in der Handelsbilanz als Fremdkapital behandelt werden, mit denen aber das Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös der Kapitalgesellschaft verbunden ist, fallen demnach noch unter § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG, § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG.

Ob sich die Auffassung der OFD Nordrhein-Westfalen durchsetzen wird, ist noch nicht abzusehen. Derzeit handelt es sich noch um eine (aus der Finanzverwaltung unkommentierte) Einzelmeinung. Außer Acht darf man sie aufgrund ihrer materiellen Bedeutung aber nicht lassen.

Werden Genussrechte als Beteiligungsinstrument für Managementbeteiligungen verwendet, ist außerdem zu berücksichtigen, dass eine zu enge Verknüpfung mit dem Arbeitsverhältnis des Managers, eine über Marktniveau liegende Verzinsung oder ein nicht fremdübliche Verzinsungsmechanik (z.B. Ermessenszins) dazu führen können, dass die Finanzverwaltung Auszahlungen auf die Genussrechte bei den Managern als Arbeitslohn qualifiziert mit der Folge, dass sie nicht der Abgeltungssteuer von 25% (zzgl. Solidaritätszuschlag und ggf. Kirchensteuer) unterliegen, sondern dem persönlichen Einkommensteuersatz, der bis zu 45% (zzgl. Solidaritätszuschlag und ggf. Kirchensteuer) betragen kann. Der Arbeitgeber ist dann Haftungsschuldner für die Lohnsteuer.

Diese Beschränkungen in der Ökonomie der Genussrechte führen häufig dazu, dass von einer Managementbeteiligung in Form von Genussrechten abgesehen wird.

Managementbeteiligungen (Teil 3) – Bonusprogramme und virtuelle Beteiligungen

von Dr. Barbara Koch-Schulte (P+P Pöllath + Partners), Dr. Benedikt Hohaus (P+P Pöllath + Partners)

7. August 2018

Managementbeteiligung

MUPET 2018

Virtuelle Anteile

PE-Transaktionen

Die echte Eigenkapitalbeteiligung ist im Rahmen von Private Equity-Transaktionen immer noch der Standard. Es gibt allerdings vielfältige Gründe, sich über alternative Strukturen Gedanken zu machen. Dieser dreiteilige Beitrag setzt sich im ersten Teil mit der Motivation und den Alternativen einer Eigenkapitalbeteiligung für Manager auseinander, im zweiten Teil wird eine Managementbeteiligung über Genussrechte näher beleuchtet, dieser dritte und letzte Teil beschäftigt sich mit Bonusprogrammen und deren Besteuerung.

Bonusprogramme – Zu regelnde Vertragsbestandteile

Bei Aufsetzen eines Bonusprogramms sind gewisse Elemente standardmäßig enthalten und dazu müssen vorab Fragen beantwortet werden.

Festgelegt werden muss, wer Vertragspartner und damit auch Zahlungsverpflichteter unter dem Bonusprogramm ist. Das kann zum einen der Investor als Gesellschafter der Anstellungsgesellschaft sein, zum anderen die Anstellungsgesellschaft selber. Häufig ist die Entscheidung steuerlich getrieben.

Geregelt werden muss, auf welche Zielgröße incentiviert werden soll. Was sind die Entstehungsbedingungen; das Erreichen welcher Ziele soll die Bonuszahlung auslösen. Hier unterscheiden sich rein exitorientierte Bonuspro-

gramme, die allein auf den Exit abstellen und Langfristprogramme, die auf das Erreichen von gewissen operativen Performance-Kriterien abstellen. Bei letzteren stellt sich dann die Frage, wann eine Bonuszahlung fällig wird. Häufig sieht man hier einen Performance-Zeitraum von 5-7 Jahren, unabhängig vom Eintritt eines Exits.



Eigenkapitalbeteiligung – Es gibt lohnende Alternativen zur klassischen Form der Managementbeteiligung. Bild: Pixabay

Darüber hinaus stellt sich bei Phantom-Stock-Programmen, die virtuell eine echte Eigenkapitalbeteiligung spiegeln, die Frage, was bei Kapitalmaßnahmen passiert. Kommt es automatisch zu einer Verwässerung oder werden die wirtschaftlichen Parameter angepasst, um die beteiligten Manager nach einer Kapitalmaßnahme wirtschaftlich so zustellen, dass es nicht zu einer wirtschaftlichen Verwässerung kommt.

Auch bei virtuellen Programmen, egal ob in der Form einer Exit-Beteiligung oder einer Langfrist-Incentivierung, gibt es einen sogenannten Leaver Scheme. Dieser regelt, was passiert, wenn der beteiligte Manager vor einem Exit bzw. dem festgelegten Enddatum aus dem Unternehmen ausscheidet. Hier wird zwischen Good Leaver (z.B. Tod, Berufsunfähigkeit, Kündigung des Managers durch die Gesellschaft ohne wichtigen Grund) und Bad Leaver (z.B. Kündigung des Managers durch die Gesellschaft aus wichtigem Grund, Kündigung durch den Manager ohne wichtigen Grund) unterschieden. Der Bad Leaver verliert klassischer Weise seinen Anspruch auf Zahlung vollständig, da er

selbst auch nichts eingezahlt hat. Der Good Leaver bekommt regelmäßig einen pro-rata temporis Anspruch auf Zahlung eines Bonus (Vesting). Arbeitsrechtliche Vorgaben sind hierbei zu beachten.

Besteuerung von Boni und virtuellen Beteiligungen

Beim Manager sind Boni als Teil der Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit voll einkommensteuerpflichtig. Dies gilt unabhängig davon, ob die Zahlung vom Arbeitgeber oder einem Dritten, z.B. dem Gesellschafter, stammt, wenn sie durch das Arbeitsverhältnis veranlasst ist. Davon wird bei solchen Bonusprogrammen in der Regel auszugehen sein.

Auf der Seite der zahlungsverpflichteten Partei stellt sich die Frage nach der Abzugsfähigkeit der Zahlung. Hier ist wie folgt zu differenzieren:

- Ist das Arbeitgeberunternehmen zahlungsverpflichtet, so kommt ein Abzug des Bonus' als Personalaufwand in Betracht.
- Zahlt der Gesellschafter auf die Verbindlichkeit des Arbeitgeberunternehmens oder geht er selbst eine Zahlungsverpflichtung gegenüber dem Manager ein, kommt nur eine verdeckte Einlage und damit eine Geltendmachung bei den nachträglichen Anschaffungskosten auf die Beteiligung an der Gesellschaft oder als Veräußerungskosten in Betracht. Der Aufwand wirkt sich also erst bei Verkauf der Beteiligung aus.

Bei exitbezogenen Zahlungen mit einer Ausrichtung der Zahlung auf die Steigerung des Shareholder Value könnte man darüber nachdenken, ob solche Zahlungen durch das Arbeitgeberunternehmen verdeckte Gewinnausschüttungen an den Gesellschafter darstellen. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass jeder Steigerung des Unternehmenswertes in der Regel auch eine Steigerung des Gewinns oder der Gewinnaussichten der Gesellschaft zugrunde liegt. Insofern sind exiterlösbezogene Zahlungen nicht nur eine Incentivierung im Sinne des Gesellschafters, sondern immer auch im Sinne der Gesellschaft (vgl. FG Münster vom 01.10.2014 – 9 K 4169/10 K F).

Reporting von virtuellen Beteiligungen

Der bilanzielle Ausweis von virtuellen Beteiligungsprogrammen (Exit Bonus) kann dann ein Problem sein, wenn die dadurch verursachte Reduzierung des EBITDA und des Eigenkapitals in der Kommunikation gegenüber Kreditgebern Schwierigkeiten verursachen könnte. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn es eine große Zahl von Kreditgebern gibt, was vor allem bei der Begebung einer Anleihe vorkommt. Um die Covenants der Bankfinanzierung nicht zu reißen, muss in einer solchen Situation das EBITDA um den Bonusaufwand normalisiert werden. Diese Normalisierung muss erklärt werden.

Für Geschäftsberichte nach HGB entsprach es bisher gängiger Praxis, dass der Gesamtaufwand aus dem Exit Bonus geschätzt wurde und der Gesamtaufwand per Personalaufwand an Rückstellung über die erwartete Laufzeit bis zum Exit pro rata temporis zu verteilen war. Dem hat sich der Bundesfinanzhof nun entgegengestellt (BFH-Urteil vom 15.03.2017 – I R 11/15). Dieser stellt mit faktischer Wirkung für das HGB fest, dass der Aufwand aus einem Bonus, der auf den Exit bedingt und an das Erreichen bestimmter Mindestwerte geknüpft ist, erst beim Exit und nicht schon über die „Wartezeit“ bis zum Exit als Aufwand zu erfassen ist. Dies ist ein positives Urteil in zweifacher Hinsicht. Erstens entfällt das Reporting des Personalaufwandes während der Halteperiode. Hat der Exit stattgefunden, interessieren sich die Fremdkapitalgeber nicht für die Effekte des Bonus auf das EBITDA. Zweitens akzeptiert der BFH die Kosten des Bonus' grundsätzlich als steuerlich abziehbare Betriebsausgabe.

Bei Bilanzierung nach IFRS ist die Situation komplexer. Hier muss der Bonusaufwand über die erwartete Laufzeit bis zum Exit pro rata verteilt werden. IFRS 2 unterscheidet dabei Programme, die „equity-settled“ und solche die „cash-settled“ sind.

Bonusprogramme werden klassischerweise nicht mit Eigenkapitalinstrumenten bedient (equity-settled), sondern in cash ausbezahlt (cash-settled). Für Programme, die ein Cash-Settlement vorsehen, regelt IFRS 2, dass der Aufwand jährlich neu geschätzt werden muss, mit der Folge, dass bei einer positiven Unternehmensentwicklung die

EBITDA-Belastung des Unternehmens steigt und bei relativ großen Programmen ein erheblicher Erklärungsbedarf gegenüber den Kreditgebern entstehen kann.

Daher versucht man in der Praxis, die Bonusprogramme mit einem Equity Settlement auszugestalten. Bei solchen Programmen wird der Aufwand im Zeitpunkt der Zusage des Bonus' einmalig geschätzt. Hierbei sind auch negative Unternehmensentwicklungen zu berücksichtigen, weshalb der Wert häufig niedriger als bei einem Cash Settlement ist. Der einmal festgestellte Wert bleibt festgeschrieben, unabhängig davon, wie hoch der finale Exit Bonus ist, was Planungs- und Kommunikationssicherheit herbeiführt.

Ein Equity Settlement nach IFRS 2 kann über zwei Wege erreicht werden:

1. Eine Holdinggesellschaft oberhalb der bilanzierenden Konzernmutter verpflichtet sich, den Bonus zu bezahlen. Der Bonus ist dennoch in jedem Fall als Personalaufwand bei der Konzernmutter zu erfassen, obwohl diese wirtschaftlich dadurch nicht tangiert wird – das Programm ist aber equity-settled (quasi Einlage der Holding in die Konzernmutter).
2. Ist dies nicht möglich oder gewollt, muss der Bonus bei Exit in Anteilen des Unternehmens ausbezahlt werden. Eine juristische Sekunde danach kann der Begünstigte über ein Put-Recht die Anteile wieder an die Holdinggesellschaft zum Exitwert verkaufen.

Mit dieser Vorgehensweise kann der Gesamtaufwand des Bonusprogrammes häufig in einem vertretbaren Rahmen gehalten und vor allem planbar bis zum Exit gestaltet werden.

VIDEO Managementbeteiligungen – Alternativen zur Equity-Beteiligung

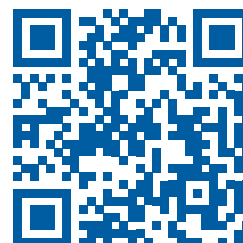
von Dr. Benedikt Hohaus (P+P Pöllath + Partners), Dr. Barbara Koch-Schulte (P+P Pöllath + Partners), Dr. Alexander Götz (Blättchen & Partner)

4. Oktober 2018



Managementbeteiligung MUPET 2018
Virtuelle Anteile Gesellschaftsrecht

Die Referenten Prof. Dr. Alexander Götz (Blättchen & Partner), Dr. Benedikt Hohaus (P+P) und Dr. Barbara Koch-Schulte (P+P) sprechen über alternative Möglichkeiten, das Management an einer Gesellschaft zu beteiligen und gehen dabei insbesondere auf Alternativen zu einer „klassischen“ Equity-Beteiligung ein. Beleuchtet werden neben steuerrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Aspekten auch sonstige Vor- und Nachteile der unterschiedlichen Beteiligungsmodelle.



youtu.be/e4YaXxtHNFY

Stille Unterbeteiligung als Beteiligungsinstrument für Mitarbeiter

von Dr. Barbara Koch-Schulte (P+P Pöllath + Partners), Dr. Sebastian Sumalvico (P+P Pöllath + Partners)

12. Oktober 2018

Mitarbeiterbeteiligung

Finanzverwaltung

Virtuelle Anteile



Die stille Unterbeteiligung bietet sich an, wenn eine unmittelbare Beteiligung von Mitarbeitern nicht gewünscht ist. Bild: Pixler/Fotolia

Die stille Unterbeteiligung beruht auf einer schuldrechtlichen Vereinbarung zwischen einem Gesellschafter des Unternehmens (Hauptbeteiligter) und einem Dritten (Unterbeteiligter), wonach der Hauptbeteiligte dem Unterbeteiligten eine stille (quotale) Beteiligung an seinem Geschäftsanteil einräumt. Der Unterbeteiligte erbringt im Gegenzug eine (Geld-)Einlage. Der Hauptbeteiligte bleibt zivilrechtlicher Eigentümer des Geschäftsanteils. Die Unterbeteiligung kann grundsätzlich formfrei vereinbart werden.

Die Bezeichnung „still“ ist Programm: Die Unterbeteiligung muss nicht im Handelsregister oder gegenüber Mitgesellschaftern offengelegt werden. Ausgehend von den steuerlichen Folgen wird zwischen typischer und atypischer Unterbeteiligung differenziert.

Verschiedene Modelle

Mit der typischen Unterbeteiligung erwirbt der Unterbeteiligte einen Anspruch auf einen Anteil am Gewinnanspruch des Hauptbeteiligten. Wertveränderungen den Geschäftsanteil betreffend berühren den Unterbeteiligten grundsätzlich nicht. Bei Beendigung der Unterbeteiligung erhält der Unterbeteiligte seine Einlage zurück, sofern keine Verlustbeteiligung vereinbart ist. Bei der atypischen Unterbeteiligung nimmt der Unterbeteiligte entsprechend seiner Quote auch an den Wertveränderungen, also am Geschäftswert und an den stillen Reserven des Geschäftsanteils auch im Liquidationsfall, teil. Dementsprechend trägt der atypisch Unterbeteiligte ein originäres Verlustrisiko. Zudem müssen dem Unterbeteiligten im Innenverhältnis Stimm- oder Verwaltungsrechte in Bezug auf die von der Unterbeteiligung umfassten Geschäftsanteile zustehen, die der Hauptbeteiligte nur in Abstimmung mit dem Unterbeteiligten ausüben kann.

Steuerliche Folgen der typischen Unterbeteiligung

Folge der typischen Unterbeteiligung ist ein darlehensähnliches Verhältnis. Dem Unterbeteiligten steht lediglich ein Zahlungsanspruch gegenüber dem Hauptbeteiligten zu. Der Hauptbeteiligte bleibt zivilrechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer der Geschäftsanteile. Gewinnausschüttungen führen beim Hauptbeteiligten zu Einkünften aus Kapitalvermögen (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG) bzw., soweit er die Geschäftsanteile im Betriebsvermögen hält, zu Einkünften aus Gewerbebetrieb. Die an den Unterbeteiligten weitergeleiteten Gewinnanteile sind beim Hauptbeteiligten Aufwendungen. Sofern die Beteiligung im Betriebsvermögen gehalten wird, können die Zahlungen als Betriebsausgaben abgezogen werden. Im Privatvermögen kann ein Werbungskostenabzug eventuell wegen § 20 Abs. 9 Satz 1, 2. HS. EStG ausgeschlossen sein. Beim Unterbeteiligten sind die ihm vom Hauptbeteiligten weitergeleiteten Gewinnanteile als Einkünfte aus Kapitalvermögen (§ 20 Abs. 1 Nr. 4 EStG) bzw., soweit er die Geschäftsanteile im Betriebsvermögen hält, als Einkünfte aus Gewerbebetrieb zu versteuern. Gleiches gilt bei Beendigung der Unterbeteiligung, soweit der Unterbeteiligte einen über Einlage hinausgehenden Mehrerlös erzielt.

Die Rückzahlung der Einlage selbst ist hingegen Kapitalrückzahlung und hat für den Unterbeteiligten keine steuerlichen Auswirkungen. Kann die Einlage bei Beendigung, z.B. aufgrund Zahlungsunfähigkeit, nicht oder nicht vollständig zurückgezahlt werden, ist noch nicht endgültig entschieden, ob dieser Verlust steuerlich zu berücksichtigen ist.

Steuerliche Folgen der atypischen Unterbeteiligung

Die atypische Unterbeteiligung führt dazu, dass gemäß § 39 Abs. 2 Satz 1 AO das wirtschaftliche Eigentum an den Geschäftsanteilen dem Unterbeteiligten entsprechend seiner Beteiligungsquote zuzurechnen ist. Diese steuerliche Transparenz wird nach Meinung des Bundesfinanzhofs ausschließlich unter folgenden Voraussetzungen erreicht:

1. Die Unterbeteiligung muss sowohl eine (quotale) Gewinn- als auch Verlustbeteiligung vorsehen.
2. Der Unterbeteiligte muss an den stillen Reserven partizipieren.
3. Das Stimmrecht aus den Kapitalanteilen darf durch den Hauptbeteiligten, soweit von der Unterbeteiligung umfasst, nur nach der vorherigen Abstimmung im Innenverhältnis ausgeübt werden. Hier ist in der Rechtsprechung noch unklar, wie stark die Position des Unterbeteiligten sein muss.
4. Der Unterbeteiligte muss Auskunfts- und Einsichtsrechte wie der Hauptbeteiligte haben.
5. Die Unterbeteiligung muss unter Zahlung einer Abfindung, die auch die stillen Reserven erfasst, beidseitig gekündigt werden können.

Der unterbeteiligte Mitarbeiter versteuert Erträge aus der Unterbeteiligung so, als würde er die Kapitalanteile unmittelbar halten: Soweit es sich um Privatvermögen handelt, sind Gewinnausschüttungen Kapitaleinkünfte und unterliegen der Abgeltungssteuer. Gleiches gilt für Veräußerungsgewinne bei einer Beteiligung von <1% des Grundkapitals, bei einer Beteiligung von mindestens 1% handelt es sich um Einkünfte aus Gewerbebetrieb, die dem Teileinkünfteverfahren unterliegen.

Beim Hauptbeteiligten sind die Einkünfte entsprechend zu kürzen. Ein steuerlicher „Durchfluss“ durch den Hauptbeteiligten findet nicht statt.

Fazit

Eine Unterbeteiligung bietet sich als Gestaltungsvariante für Mitarbeiterbeteiligungen an, insbesondere wenn eine unmittelbare Beteiligung nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich ist oder wenn die Beteiligung nicht offengelegt werden soll. Die atypische Unterbeteiligung vermag dabei, den Unterbeteiligten wirtschaftlich und

steuerlich wie einen Gesellschafter zu stellen. Allerdings sind in der Strukturierung bestimmte Voraussetzungen zu erfüllen.

Dieser Beitrag erschien erstmals in: *VentureCapital Magazin*, 10-2018, S. 28/29

Incentives für Führungskräfte im Rahmen von Buy-outs

von Dr. Benedikt Hohaus (P+P Pöllath + Partners), Silke Bandener (P+P Pöllath + Partners)

19. November 2018

Managementbeteiligung

Buy-out

Gesellschaftsrecht

Virtuelle Anteile

Veräußerungserlös

Ziel von Finanzinvestoren ist es, etablierte, cashflowstarke Unternehmen zu erwerben, weiterzuentwickeln und mit Gewinn zu verkaufen. Sie benötigen dafür ein qualifiziertes und hochmotiviertes Management. Im Rahmen von Buy-outs sind Beteiligungen von Führungskräften am Unternehmenserfolg daher mittlerweile Standard.

Das Management des zu übernehmenden Unternehmens spielt mit Blick auf die von den Finanzinvestoren angestrebte Unternehmensentwicklung eine wichtige Rolle im Rahmen von Buy-outs. Um einen Gleichlauf der Interessen von Management und Investor für die Dauer des Private Equity-Investments zu erreichen, wird das Management regelmäßig am Erfolg des Unternehmens beteiligt.



Buy-outs – Finanzinvestoren motivieren Führungskräfte durch Beteiligungen.

Bild: alphaspirt/Fotolia

Klassische Eigenkapitalbeteiligung

Bei Erwerb eines Unternehmens sieht der Private Equity-Investor üblicherweise zwischen zehn und 15 Prozent der Gesellschaftsanteile an dem Akquisitionsvehikel für den Erwerb durch das Management vor. Neben der Finanzierung mit „echtem“ Eigenkapital (circa zehn bis 15 Prozent) gibt der Finanzinvestor einen wesentlichen Teil des benötigten Kapitals in Form von Gesellschafterdarlehen oder Vorzugskapital (85 bis 90 Prozent) in die Holdinggesellschaft. Beide Finanzinstrumente gewähren keine Beteiligung an den stillen Reserven des Unternehmens. Gesellschafterdarlehen sind aber mit einer fixen Rendite zwischen acht und zehn Prozent per annum ausgestaltet und das Vorzugskapital erfährt einen prozentual ähnlich hohen Dividendenvorzug. Im Vergleich zum echten Eigenkapital verfügen sie außerdem über eine Liquidationspräferenz in Höhe des eingezahlten Kapitals. Der Geschäftsführer kann also eine Beteiligung am klassischen Eigenkapital erwerben. Darüber hinaus kann er Gesellschafterdarlehen gewähren oder Vorzugskapital zeichnen. Im Falle eines Exits werden diese Finanzinstrumente dann vor dem klassischen Eigenkapital bedient. Investiert der Manager nicht oder in einem geringeren Verhältnis als der Finanzinvestor in diese vorrangigen Finanzinstrumente, steht seine Beteiligung höher im Risiko. Das höhere Risiko korrespondiert aber im Falle eines erfolgreichen Exits in Bezug auf das eingesetzte Kapital mit einem (wirtschaftlich betrachtet)

höheren Anteil am Erlös auf das klassische Eigenkapital. Letztlich entspricht das jedem mit Fremdkapital finanzierten Investment.

Ankaufsrecht des Hauptgesellschafters

Zur Vereinfachung der Verwaltung (zum Beispiel Ausübung von Stimmrechten etc.) wird die Beteiligung ab einer gewissen Anzahl von Personen über eine Personengesellschaft oder Treuhand gehalten. Für den Fall, dass die Manager vor dem Exit aus dem Unternehmen ausscheiden (sogenannte Leaver), besitzt der Hauptgesellschafter in der Regel ein Ankaufsrecht des Hauptgesellschafters. Die Beteiligung soll regelmäßig einem Nachfolger in der Position angeboten werden können.

Steuerliche Behandlung

Im Falle eines Exits erhalten die Co-Investoren den auf den Verkauf der von ihnen gehaltenen Beteiligungsinstrumente entfallenden Veräußerungserlös. Laufende Dividendenausschüttungen finden in der Regel nicht statt, da die Kreditverträge der Bankenfinanzierung dies üblicherweise nicht zulassen. Steuerlich handelt es sich bei solchen Beteiligungen anerkanntermaßen um echte Kapitalbeteiligungen. Das heißt, Veräußerungserlöse daraus unterliegen (bei einer Beteiligung von unter einem Prozent am Stammkapital) der Abgeltungssteuer von 25 Prozent (zuzüglich Solidaritätszuschlag und Kirchensteuer) und nicht der Lohnversteuerung.

Virtuelle Lösung als Alternative

Sofern die Unternehmensbewertung oder die Kapitalstruktur des Akquisitionsvehikels eine echte Kapitalbeteiligung nicht zulässt, wird sie häufig in Form einer virtuellen Beteiligung des Managements aufgesetzt. Das ist auch dann der Fall, wenn das Management im Rahmen eines vorherigen Managementbeteiligungsmodells Geld verloren hat und nicht bereit ist, neues Geld zu investieren. Auch bei sehr großen internationalen Managementteams mit mehr als 200 Teilnehmern wird häufig nur das First-Line-Management über eine echte Kapitalbeteiligung beteiligt und Second- und Third-Line-Management werden aus Vereinfachungsgründen virtuell beteiligt. Bei dem virtuellen Beteiligungsprogramm wird das Management über eine Bonusvereinbarung so gestellt, als wäre es am Eigenkapital der Gesellschaft beteiligt. Die Auszahlung erfolgt zum Zeitpunkt des Exits. Sogenannte Leaver-Regelungen gelten dann analog der echten Kapitalbeteiligung auch für die virtuelle Beteiligung.

Flexibel in der Ausgestaltung

Der Nachteil einer virtuellen Beteiligung ist, dass das Management mangels eigenen Investments kein „Skin in the Game“ hat und die Risikoneigung daher unterschiedlich ausgeprägt sein kann. Steuerlich unterliegt eine virtuelle Beteiligung der Lohnsteuer und ist beim Empfänger voll mit dem individuellen Steuersatz zu versteuern. Dem steuerlichen Nachteil steht aber die Flexibilität in der möglichen Ausgestaltung einer solchen virtuellen Beteiligung gegenüber. Überproportionale Erlösvereinbarungen oder Mindestrenditen für den Private Equity-Investor können aus steuerlicher Sicht problemlos vereinbart werden, da die Erlöse sowieso gänzlich der Lohnsteuerpflicht unterliegen.

Fazit

Beteiligungen des Managementteams im Rahmen eines Buy-outs durch Private Equity-Investoren sind heute absoluter Standard. Ob diese entweder durch eine echte Eigenkapitalbeteiligung oder durch eine virtuelle Beteiligung erfolgen, hängt von der konkreten Ausgangslage ab. Allen Beteiligungsmodellen ist aber immanent, dass eine Interessenhomogenisierung zwischen Management und Private Equity-Investor erreicht werden soll.

Dieser Beitrag erschien erstmals in: GoingPublic Magazin Special Mitarbeiterbeteiligung 2018, S. 22/23

Kartellrecht & Investitionskontrolle

PE-Investoren – EuG bestätigt kartellrechtliche Haftung

von Daniel Wiedmann (P+P Pöllath + Partners)

23. Juli 2018

PE-Transaktionen

Due Diligence

Compliance



EuG-Urteil – Private Equity-Investoren haften gesamtschuldnerisch mit einem Portfolio-Unternehmen für dessen Kartellverstoß. Bild: Pixabay

Das Gericht der EU („EuG“) hat mit Urteil vom 12. Juli 2018 bestätigt, dass ein Private Equity-Investor gesamtschuldnerisch mit einem Portfolio-Unternehmen für dessen Kartellverstoß haften kann.

Bußgeldentscheidung der Kommission

Mit Beschluss vom 2. April 2014 hatte die Europäische Kommission („Kommission“) Geldbußen von mehr als 300 Mio. Euro gegen mehrere Hersteller von Hochspannungserd- und -unterwasserkabeln wegen Beteiligung an einem Marktaufteilungskartell von 1999 bis 2009 verhängt.

Die höchste Geldbuße von rund 105 Mio. Euro erhielt das Unternehmen Prysmian. Hiervon wurde Goldman Sachs für einen Betrag von 37 Mio. Euro gesamtschuldnerisch in Mithaftung genommen, da Goldman Sachs nach Ansicht

der Kommission Prysmian im Zeitraum von Juli 2005 bis Januar 2009 über den GS Capital Partners V Funds, LP und andere verbunden Unternehmen kontrollierte.

Die Argumente von Goldman Sachs, dass es Prysmian nicht kontrollierte und es sich hierbei nur um eine (passive) Finanzinvestition handelte, hat das EuG nun zurückgewiesen.

Gegen die Entscheidung kann innerhalb von zwei Monaten Revision beim Europäischen Gerichtshof eingelegt werden.

Entscheidung des EuG

In seinem Urteil (T-419/14) unterschied das EuG zwischen zwei Zeiträumen: (i) dem Zeitraum 2005 bis 2007, in dem Goldman Sachs ca. 84-91 % des Gesellschaftskapitals, aber 100 % der Stimmrechte an Prysmian hielt und (ii) dem Zeitraum 2007 bis 2009, in dem Goldman Sachs weder eine Kapital- noch eine Stimmrechtsmehrheit hielt.

Für den ersten Zeitraum entschied das EuG, dass für die Ausübung eines bestimmenden Einflusses durch Goldman Sachs über Prysmian bereits eine (widerlegbare) Vermutung spricht, da Goldman Sachs mittelbar sämtliche Stimmrechte an Prysmian hielt (und auch eine Mehrheitsbeteiligung am Gesellschaftskapital). Das EuG weitet hiermit die mit dem Urteil Akzo (C-97/08 P) eingeführte Vermutungsregel aus, die bisher lediglich auf einen (nahezu) vollständigen Kapitalanteils- und nicht Stimmrechtsbesitz abstellte. Diese Vermutung konnte Goldman Sachs nach Ansicht des EuG nicht widerlegen.

Auch für den zweiten Zeitraum sah es das EuG als erwiesen an, dass Goldman Sachs Prysmian kontrollierte, auch wenn die Vermutungsregel hier nicht griff. Insbesondere stellt das EuG hierbei auf die folgenden Anhaltspunkte ab:

- die Befugnis zur Berufung von Mitgliedern in verschiedene Geschäftsführungsorgane von Prysmian;
- die Befugnis, die Anteilsinhaber zu Versammlungen einzuberufen und Geschäftsführer abzurufen;
- die Rolle, die Mitglieder mit Verbindungen zu Goldman Sachs in Geschäftsführungsorganen und dem Strategischen Ausschuss von Prysmian spielten;
- den Umstand, dass Goldman Sachs regelmäßige Berichte über die Geschäftstätigkeit von Prysmian erhielt; und
- Geschäftsverbindungen zwischen Prysmian und anderen Portfolio-Unternehmen von Goldman Sachs.

Für den zweiten Zeitraum spielte hierbei eine wesentliche Rolle, dass sich die Besetzung der Geschäftsführungsorgane verglichen mit dem ersten Zeitraum nicht wesentlich änderte und Goldman Sachs sich für eine Änderung der Mehrheitsverhältnisse Vetorechte ausbedungen hatte.

Situation in Deutschland und mögliche Auswirkungen

Seit 2017 gibt es im deutschen Recht für Muttergesellschaften ein mit dem Unionsrecht nahezu gleichlaufendes Haftungsregime (9. GWB-Novelle). Die Rechtsprechung des EuG hat daher auch Relevanz für Verfahren des Bundeskartellamts.

Es ist nicht unwahrscheinlich, dass die Kommission und das Bundeskartellamt diese Rechtsprechung des EuG in zukünftigen Verfahren berücksichtigen werden. Für Private Equity-Investoren kann dies ein höheres Kartellrechtsrisiko bedeuten. Dieses kann durch Berücksichtigung solcher Risiken in der Due Diligence und einer Compliance-Organisation auf Ebene der Portfolio-Unternehmen reduziert werden.

Kurz und kompakt

- Kartellrechtliche Haftungsrisiken von Private Equity-Investoren sind nun gerichtlich bestätigt
- Eine gesamtschuldnerische Haftung ist auch bei kontrollierenden Beteiligungen von unter 50% (der Stimm- und Kapitalrechte) möglich
- Nahezu gleichlaufendes Haftungsregime im deutschen Recht
- Mögliche Vorkehrungen durch spezifische Due Diligence und Compliance-Organisation

Investitionskontrolle – Protektionismus ist nicht das Ziel

von Dr. Frank Thiäner (P+P Pöllath + Partners), Daniel Wiedmann (P+P Pöllath + Partners), Christine Hochstatter (Bundesministerium für Wirtschaft und Energie)

8. Oktober 2018

Außenwirtschaftsrecht

Investitionskontrolle

MUPET 2018



Schwieriger Balanceakt – Die Bundesregierung will wichtige Industriezweige besser schützen ohne Protektionismus zu betreiben. Bild: Pixabay

Nach der seit Juli 2017 geltenden Fassung der Außenwirtschaftsverordnung (AWV) kann das Bundeswirtschaftsministerium (BMWi) Beteiligungen von Investoren aus dem EU-Ausland an deutschen Unternehmen prüfen und diese untersagen, wenn sie die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährden. Als Instrument des Protektionismus will die Bundesregierung die AWV aber nicht verstanden wissen. Dr. Frank Thiäner und Daniel Wiedmann (beide P+P) sprachen im Rahmen der MUPET 2018 mit Christine Hochstatter (Bundesministerium für Wirtschaft und Energie) über die aktuellen Entwicklungen in der Investitionskontrolle.

Nach der Außenwirtschaftsverordnung (AWV) kann das Bundeswirtschaftsministerium (BMWi) Beteiligungen von Investoren aus dem EU-Ausland an deutschen Unternehmen prüfen und diese untersagen, wenn sie die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährden. Die Bundesregierung hat die AWV im Juli 2017 geändert. Hintergrund der

Änderung war zum einen die steigende Anzahl der Anträge und zum anderen die wachsende Komplexität der zu prüfenden Fälle.

Die Änderung des Prüfungsverfahrens umfasste vor allem eine Verlängerung der Prüffristen, die Einführung einer Meldepflicht für Erwerbe kritischer Infrastrukturen sowie präzisere Regelungen im Bereich des Missbrauchs und der Umgehung der Regelungen. Wie bisher kann das BMWi den Erwerb eines deutschen Unternehmens durch Investoren aus dem EU-Ausland nur dann prüfen, wenn der Erwerb einer Beteiligung von mindestens 25% der Stimmrechte an einem inländischen Unternehmen im Raum steht und hierdurch die öffentliche Ordnung oder Sicherheit gefährdet wird. Für den Bereich der kritischen Infrastrukturen wird derzeit aber eine Absenkung der Aufgreifschwelle erwogen.

Zahl der Prüffälle steigt stetig

Seit dem Jahr 2016 ist ein erheblicher Anstieg der Fallzahlen zu beobachten. Im selben Jahr hat der Erwerb des Roboterbauers KUKA durch chinesische Investoren das Thema Investitionsprüfung in den Fokus der Öffentlichkeit gerückt. Die gegen die Übernahme geäußerten Bedenken beruhten aber im Wesentlichen auf industriepolitischen Erwägungen, die im Rahmen der Investitionsprüfung keine Rolle spielen. Daher konnte die Bundesregierung in diesen Erwerbsprozess nicht eingreifen, denn eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit durch diesen Erwerb war zu keinem Zeitpunkt ersichtlich.

In den vergangenen zwei Jahren hat das Instrument der Investitionskontrolle eine andere Qualität erhalten. Alle Ressorts, die an der Prüfung beteiligt sind und durch das zuständige Referat im BMWi koordiniert werden, prüfen mittlerweile noch genauer. Dieser Umstand trägt letztlich dazu bei, dass es vermehrt zu Prüfverfahren kommt, die im Einzelfall auch länger dauern können. Die beteiligten Akteure sind vor allem das Bundesministerium des Innern, das Bundesministerium der Verteidigung, das Auswärtige Amt und das Kanzleramt. Gegebenenfalls beteiligt das BMWi auch seine nachgeordneten Behörden, z.B. das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle.

Protektionismus steht nicht im Fokus

Trotz dieser genaueren Prüfung bleibt die Untersagung einer Transaktion das letzte Mittel, von dem bislang erst einmal Gebrauch gemacht wurde. Am 1. August 2018 ermächtigte die Bundesregierung das BMWi erstmals, eine Transaktion zu untersagen. Dem BMWi ist die Bedeutung von Investitionen für Deutschland bewusst. Das BMWi will die Investitionskontrolle daher auch nicht als Instrument des Protektionismus verstanden wissen.

Im Fokus der Prüfung steht allein der Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit. Stehen derartige Bedenken im Raum, ist das BMWi gegenüber Vorschlägen, diese auszuräumen aufgeschlossen. Insbesondere besteht die Möglichkeit, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag abzuschließen. In diesem Vertrag sind dann konkrete Maßnahmen aufgelistet, die den bestehenden Bedenken abhelfen sollen.

Deutschland, Italien und Frankreich ergreifen die Initiative

Auf europäischer Ebene haben Deutschland, Italien und Frankreich eine Initiative gestartet, um die Entwicklungen in Bezug auf die Investitionskontrolle voranzutreiben. Den Beteiligten geht es auch hier nicht um Protektionismus. Vielmehr geht es darum, ein Instrument zur Verfügung zu haben, das im Einzelfall wirksam Gefahren für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit verhindern kann. Dabei muss beachtet werden, dass einige Mitgliedstaaten keine Investitionsprüfungen haben und mit der Verordnung auch keine Harmonisierung der Investitionsprüfungen der Mitgliedstaaten erzielt werden soll.

Auch das Prüfkriterium der „Gefahr für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit“ wird sich mit der Verabschiedung der EU-Verordnung nicht ändern. Der Verordnungsentwurf gibt den Mitgliedstaaten aber eine Reihe von Elementen an die Hand, die bei der Auslegung dieses Kriteriums herangezogen werden können. Insofern wird es nicht entscheidend sein, ob das Unternehmen allein aus einer industriepolitischen Sicht zu einer Schlüsselbranche gehört.

Ob Großbritannien nach seinem Ausstieg aus der EU im Rahmen der sektorübergreifenden Investitionsprüfung den übrigen Investoren aus dem Nicht-EU-Ausland gleichgestellt wird, hängt von den Brexit-Vereinbarungen ab. Sehen diese keine spezielle Regelung vor, gilt die sektorübergreifende Investitionskontrolle auch für englischen Investoren.

Wie können Verkäufer bei einem Unternehmensverkauf mögliche Risiken abschätzen? Maßgeblich ist die Tätigkeit des Zielunternehmens einerseits und der mögliche Käufer andererseits. Relevant kann beispielsweise sein, ob das Zielunternehmen den Staat beliefert. Letztlich maßgeblich sind allerdings jeweils die konkreten Umstände des Einzelfalls.

Auslandsinvestitionen – Bundesregierung senkt Schwellenwerte

von Daniel Wiedmann (P+P Pöllath + Partners), Benjamin Letzler (P+P Pöllath + Partners), Xin Zhang (P+P Pöllath + Partners)

21. Dezember 2018

Investitionskontrolle

Außenwirtschaftsrecht

Meldepflichten



Für die so genannten kritischen Infrastrukturen hat die Bundesregierung die Prüfeintrittsschwelle gesenkt.

Bild: Pixabay

Die Bundesregierung hat am 19. Dezember 2018 niedrigere Schwellenwerte für die Überprüfung bestimmter Auslandsinvestitionen in Deutschland beschlossen. Für sensible Wirtschaftssektoren wird die Investitionskontrolle damit nochmals verschärft.

Mit der am 19. Dezember 2018 beschlossenen 12. Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung (AWV) hat die Bundesregierung die rechtlichen Grundlagen der Investitionskontrolle erneut verschärft und ihre Prüfmöglichkeiten erweitert. Im Rahmen der Investitionskontrolle kann das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie Auslandsinvestitionen in deutsche Unternehmen überprüfen und im Falle einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung untersagen.

Die niedrigere Prüfeintrittsschwelle betrifft bestimmte Bereiche innerhalb der sog. sektorübergreifenden Investitionskontrolle sowie die gesamte sektorspezifische Investitionskontrolle.

Sektorübergreifende Investitionskontrolle

Die sektorübergreifende Investitionskontrolle betrifft nur (mittelbare oder unmittelbare) Erwerber von außerhalb der EU oder des EFTA-Raums (sog. Unionsfremde).

Die Prüfeintrittsschwelle von 10 % gilt, wenn Unionsfremde (mittelbar oder unmittelbar) mindestens 10 % der Stimmrechte an deutschen Unternehmen erwerben, die

- kritische Infrastrukturen betreiben,
- bestimmte branchenspezifische Software zum Betrieb von kritischen Infrastrukturen entwickeln oder ändern,
- mit Maßnahmen im Bereich der Überwachung von Telekommunikation betraut sind oder Technik zur Umsetzung derselben hergestellt haben oder hatten,
- die Cloud-Computing-Dienste erbringen und hierfür auf bestimmte sicherheitskritische Infrastrukturen zugreifen,
- Zulassung für Komponenten oder Dienste der Telematikinfrastruktur besitzen, oder
- in der Medienwirtschaft mittels Rundfunk, Telemedien oder Druckerzeugnissen zur öffentlichen Meinungsbildung beitragen und sich durch besondere Aktualität und Breitenwirkung auszeichnen.

Die letztgenannten Unternehmen der Medienwirtschaft wurden neu dem Katalog besonders sensibler Bereiche hinzugefügt. Dieser war erst im Rahmen der letzten AWV-Novelle in 2017 eingefügt worden.

Für alle anderen Bereiche (außerhalb der sektorspezifischen Investitionskontrolle) bleibt es bei der bisherigen Prüfeintrittsschwelle von 25 %.

Sektorspezifische Investitionskontrolle

Die sektorspezifische Investitionskontrolle betrifft alle Erwerber von außerhalb Deutschlands.

Die Prüfeintrittsschwelle von 10 % gilt, wenn Ausländer (mittelbar oder unmittelbar) mindestens 10 % der Stimmrechte an deutschen Unternehmen erwerben, die

- Güter im Sinne des Teils B der Kriegswaffenliste herstellen oder entwickeln,
- bestimmte Bestandteile von Kampfpanzern oder anderen militärischen Fahrzeugen herstellen oder entwickeln,
- Produkte mit IT-Sicherheitsfunktionen zur Verarbeitung von staatlichen Verschlusssachen oder für die IT-Sicherheitsfunktion wesentliche Komponenten solcher Produkte herstellen oder hergestellt haben, oder
- Güter herstellt oder entwickelt, die bestimmten Listenpositionen aus Teil I Abschnitt A der Ausfuhrliste unterfallen.

Ausweitung der Meldepflicht und Inkrafttreten

Da für Erwerbe an Unternehmen in den vorgenannten Sektoren Meldepflichten gelten, führt die Absenkung der Prüfeintrittsschwelle auch zu einer Ausweitung der Meldepflicht.

Die Änderungen sollen kurzfristig in Kraft treten.

Eckdaten

- Prüfeintrittsschwelle bereits bei Erwerben ab 10% der Stimmrechte
- Anwendungsbereich auf bestimmte Sektoren beschränkt
- Ausweitung der bestehenden Meldepflichten
- Änderungen sollen kurzfristig in Kraft treten

Tax

Aktuelle Entwicklungen des nationalen Steuerrechts

- Verdeckte Gewinnausschüttung – Müssen zurückbezahlte Einlagen versteuert werden?..... 92
von Gerald Herrmann (P+P Pöllath + Partners)
- Private Darlehensforderungen – Ausfall führt zu steuerlich abziehbarem Verlust..... 95
von Dr. Peter Bujotzek (P+P Pöllath + Partners)
- Dividendenbesteuerung – Neues BMF-Schreiben kann nicht überzeugen..... 97
von Dr. Pia Dorfmueller (P+P Pöllath + Partners)
- Aktuelle steuerliche Aspekte bei Transaktionsstrukturen..... 99
von Dr. Nico Fischer (P+P Pöllath + Partners), Gerald Herrmann (P+P Pöllath + Partners)
- Immobilientransaktionen – Aktuelle Steuerfragen beschäftigen den Markt 101
von Sören Reckwardt (P+P Pöllath + Partners)
- Aufwendungen bei geschlossenen Fonds sind wieder abziehbar 103
von Ronald Buge (P+P Pöllath + Partners)
- **VIDEO** Zwischen Kooperation und Konfrontation –
Impulsreferat zum Verhältnis zwischen Finanzverwaltung und Steuerpflichtigen..... 105
von Dr. Stephan Viskorf (P+P Pöllath + Partners)
- **VIDEO** Kooperation oder Konfrontation –
Das Verhältnis zwischen Finanzverwaltung und Steuerpflichtigen 105
von Dr. Michael Best (P+P Pöllath + Partners), Dr. Stephan Viskorf (P+P Pöllath + Partners),
Prof. Dr. Klaus-Dieter Drüen, Ludwig-Maximilians-Universität München, Dr. Thomas Eisgruber,
Bayerisches Ministerium der Finanzen, Berthold Welling, Verband der Chemischen Industrie (VCI)
- **VIDEO** Anzeigepflicht für Steuergestaltungen – Interview mit Berthold Welling..... 106
von Dr. Stephan Viskorf (P+P Pöllath + Partners), Berthold Welling, Verband der Chemischen
Industrie (VCI)
- Reform der Grunderwerbsteuer – Vertrauensschutz bleibt bestehen 106
von Dr. Hardy Fischer (P+P Pöllath + Partners)
- Steuernachzahlungen – BFH stellt fixen Zinssatz in Frage..... 109
von Mareike Krämer (P+P Pöllath + Partners)
- Steueränderungen 2018 – Das Wichtigste im Überblick..... 111
von Verena Hang (P+P Pöllath + Partners)
- Managementbeteiligungen – Besteuerungskriterien für Beiräte und Berater 113
von Dr. Barbara Koch-Schulte (P+P Pöllath + Partners)

Aktuelle Entwicklungen des internationalen Steuerrechts

- EuGH-Urteil – Substanzerfordernisse sind europarechtswidrig 120
von Dr. Sebastian Sumalvico (P+P Pöllath + Partners)
- Steuern – Holdingstandort Deutschland international im Nachteil 123
von Verena Hang (P+P Pöllath + Partners)

- Zu- und Wegzug – Wenn der Fiskus an Grenzen stößt 125
von Dr. Maximilian Haag (P+P Pöllath + Partners)
- Zu-/Wegzug – Steuerliche Hürden für Unternehmer und Manager 127
von Dr. Maximilian Haag (P+P Pöllath + Partners)
- § 50d Abs. 3 EStG – Auch aktuelle Fassung ist europarechtswidrig 128
von Gerald Herrmann (P+P Pöllath + Partners)
- Kein Ende der Diskussionen um finale ausländische Verluste 131
von Raphael Baumgartner (P+P Pöllath + Partners)

Erbschaftsteuer und Nachfolge

- Erbschaftsteuer – Bayern geht Sonderweg 133
von Tobias Völkel, Finanzverwaltung Baden-Württemberg
- Erbschaftsteuer – BFH-Urteil verschärft Anforderungen an Wohnungsunternehmen 135
von Dr. Christoph Philipp (P+P Pöllath + Partners), Dr. Martin Liebernickel (P+P Pöllath + Partners),
Dr. Andreas Richter (P+P Pöllath + Partners), Dr. Stephan Viskorf (P+P Pöllath + Partners)
- **VIDEO** Impulsreferat: Private Equity und Familienunternehmen 137
- **VIDEO** Diskussion: Private Equity und Familienunternehmen 137
- Familienunternehmen brauchen steuerliche Planungssicherheit 138
von Verena Hang (P+P Pöllath + Partners)

Krypto / ICO und Steuern

- ICO – Sind Kryptotoken umsatzsteuerpflichtig? 140
von Dr. David Hötzel (P+P Pöllath + Partners)
- Online-Seminar zur Besteuerung digitaler Währungen 142
von Dr. David Hötzel (P+P Pöllath + Partners)
- Unternehmensnachfolge – Urteil konkretisiert Regeln der Buchwertfortführung 143
von Jan-Eckhard Wegener (P+P Pöllath + Partners)
- Erbschaftsteuer – Nachbesserungen durch das JStG 2018 144
von Dr. Martin Liebernickel (P+P Pöllath + Partners)

Verdeckte Gewinnausschüttung – Müssen zurückbezahlte Einlagen versteuert werden?

von Gerald Herrmann (P+P Pöllath + Partners)

14. Februar 2018

Unternehmenssteuerrecht

Finanzverwaltung

Kapitalertragsteuer

Kann die Rückzahlung einer Einlage an einen Gesellschafter Kapitalertragsteuer auslösen? Ja, meint zumindest das Finanzgericht Sachsen in einem Urteil vom 08.06.2016 (Az.: 2 K 1860/15). Dies führt zu einer Ungleichbehandlung zwischen offener und verdeckter Gewinnausschüttung, wenn gleichzeitig mit ihnen Einlagen an die Gesellschafter zurückgewährt werden.



Richter fällen umstrittene Entscheidung. Bild: Gera/Pixabay

Unterschiedliche Behandlung offener und verdeckter Gewinnausschüttungen

Hat beispielsweise ein Gesellschafter im Jahr 1 eine Einlage in seine Gesellschaft erbracht, etwa mit dem Ziel das Eigenkapital der Gesellschaft zu stärken, so kann er diese Einlage im Jahr 3 wieder steuerfrei von der Gesellschaft zurückerlangen, wenn kein vorrangiger Gewinn bei der Gesellschaft entstanden ist und ein entsprechender Auszahlungsbeschluss sowie eine spezielle Bescheinigung vorliegen (sog. „Einlagenrückgewähr“).

Hat demgegenüber eine Gesellschaft ihrem Gesellschafter in einem Jahr nicht ausdrücklich seine zuvor geleistete Einlage zurückgewährt, sondern ihm einen zunächst nicht näher benannten Vorteil (z.B. private Nutzung eines Pkw der Gesellschaft) zugewendet, so kann sich folgendes Problem stellen: Nimmt die Finanzverwaltung im Nachhinein (etwa im Zuge einer Betriebsprüfung) an, dass der zugewendete Vorteil dem Grunde nach eine verdeckte Gewinnausschüttung (vGA) ist, so wird der Vorteil als voll steuerpflichtige Gewinnausschüttung behandelt. Dieses Ergebnis wäre auch sachgerecht, wenn die Gesellschaft tatsächlich Gewinne ausgewiesen hat. Ist aber nun bei der Gesellschaft überhaupt kein ausschüttungsfähiger Gewinn vorhanden, so würde jedenfalls im Falle einer offenen Ausschüttung der an den Gesellschafter zugewendete Vorteil nur das Einlagenkonto schmälern, also im Grundsatz steuerfrei als Einlagenrückgewähr zufließen.

Einer steuerfreien Einlagenrückgewähr steht jedoch in Fällen der vGA häufig die gesetzliche Regelung des § 27 Abs. 3 und 5 KStG entgegen. Diese Regelung verlangt für die steuerfreie Einlagenrückgewähr eine spezielle Bescheinigung, die die Gesellschaft ihrem Gesellschafter ausstellen muss. Diese Bescheinigung kann allerdings im Nachhinein – also nach Aufdeckung der vGA – häufig nicht mehr erteilt werden. Das Gesetz sieht nämlich für die Erteilung der Bescheinigung nach § 27 Abs. 3 und 5 KStG eine enge Frist vor. Die Bescheinigung kann nur solange ausgestellt werden, bis das Einlagenkonto erstmals i.S.v. § 27 Abs. 2 KStG gesondert festgestellt worden ist. Dies ist im häufigen Fall der Aufdeckung einer vGA durch eine Betriebsprüfung (mehrere Jahre später) regelmäßig ein Problem, da der entsprechende Feststellungsbescheid in der Regel bereits ergangen ist.

Die fehlende Bescheinigung führt dazu, dass sowohl der Gesellschafter als auch die Gesellschaft eine tatsächlich erfolgte Einlagenrückgewähr als steuerbare vGA behandeln müssen. Auf Ebene der Gesellschaft entsteht plötzlich ein zu versteuernder Gewinn und der Gesellschafter erhält eine steuerpflichtige Gewinnausschüttung.

Dieses Problem kann auch in Fällen auftreten, in denen tatsächlich ausschüttungsfähiger Gewinn vorhanden ist. Übersteigt nämlich die Höhe der nachträglich aufgedeckten vGA den Gewinn, so müsste sich eigentlich in Höhe der Differenz abermals das Einlagenkonto verringern. Es müsste also die aufgedeckte vGA zumindest insoweit steuerfrei bleiben, als es sich bei ihr tatsächlich um eine Rückgewähr von Einlagen handelt. Dem steht allerdings – genauso wie in dem Fall, in dem keine Gewinne vorhanden sind – die gesetzliche Regelung entgegen: Der über den ausschüttbaren Gewinn hinausgehende Betrag schmälert nicht das Einlagenkonto, sondern wird voll als Gewinnausschüttung versteuert.

Die Qualität der Bescheinigung nach § 27 Abs. 3 und 5 KStG

Rechtlich entzündet sich das geschilderte Problem an der Einordnung und den Voraussetzungen der Bescheinigung, die die Gesellschaft dem Gesellschafter bei einer Einlagenrückgewähr ausstellen muss. Die Bescheinigung kann nämlich zeitlich nur innerhalb knapper Fristen erteilt werden. Außerdem entfaltet die Bescheinigung (und auch das Fehlen einer solchen Bescheinigung) nach einigen Urteilen der finanzgerichtlichen Rechtsprechung und auch des Bundesfinanzhofs (allerdings ins anders gelagerten Fällen) eine sog. „materielle Wirkung“, obwohl es sich eigentlich nur um eine formelle Voraussetzung zu handeln scheint. Die (formelle) Bescheinigung „überlagert“ sozusagen die tatsächliche (materielle) Qualität (Gewinnausschüttung oder Einlagenrückgewähr?) der Zuwendung.

Die Entscheidung des FG Sachsen vom 08.06.2016

Das FG Sachsen hatte eine Konstellation zu entscheiden, in der ein ausschüttungsfähiger Gewinn überhaupt nicht vorhanden war und die an den Gesellschafter geleistete vGA erst nachträglich im Rahmen einer Betriebsprüfung aufgedeckt wurde. Wegen des Fristablaufs konnte die Gesellschaft nicht mehr die nach § 27 Abs. 3 und 5 KStG erforderliche Bescheinigung ausstellen, so dass die vGA voll steuerpflichtig war.

Das FG Sachsen stellt sich in seiner Entscheidung auf den Standpunkt, die Gesetzeslage sei unzweifelhaft und für eine andere Auslegung der Regelungen zur Bescheinigung sei kein Raum. Das FG Sachsen führt weiter explizit aus, dass die gesetzlich fingierte Verwendung die tatsächliche Verwendung der Einlage verdränge und dass dies eben auch dann gelten solle, wenn eine vGA erst nach einer Außenprüfung nachträglich festgestellt werde. Eine teleologische Reduktion hält das FG Sachsen nicht für möglich, die Regelung sei vielmehr klar und eindeutig. Im Ergebnis wies das FG Sachsen die Klage der Gesellschaft also ab, so dass es dabei blieb, dass die de facto erfolgte Rückgewähr von Einlagen für die Gesellschaft und auch für den Gesellschafter voll steuerbar war.

Würdigung der Entscheidung

Gegen dieses Ergebnis sprechen gewichtige Gründe: Zum einen wird mit dieser Lesart der Regelungen zur Bescheinigung ein steuerrechtlicher Grundsatz ins Gegenteil verkehrt. Denn grundsätzlich folgt das Steuerrecht dem materiellen Inhalt des Geschehens und nicht dessen formeller Bezeichnung (sog. „wirtschaftliche Betrachtungsweise“ oder „substance over form“). Zum anderen wurden die Vorschriften über die Bescheinigungen nach der Begründung des Gesetzgebers zu dem Zweck geschaffen, um in Fällen mit Auslandsberührungen nicht überprüfen zu müssen, ob das ausländische Recht einen Direktzugriff auf das Einlagenkonto zulässt. Abseits solcher Fälle mit Auslandsberührung besteht jedoch erst recht kein Bedürfnis für eine derart strenge Auslegung am Wortlaut, die den Zweck der Regelung verfehlt. Zudem ist auch grundsätzlich nicht ersichtlich, weshalb die Bescheinigung nicht auch nachträglich erteilt werden können soll.

Als Argumente für eine Besteuerung der Einlagenrückgewähr wird gelegentlich eingewandt, dass sich die Finanzverwaltung mit Billigkeitsmaßnahmen (§§ 163, 227 AO) helfen könnte. Dies ist allerdings abzulehnen. Billigkeitsmaßnahmen sind ihrer Natur nach dazu gedacht, in Einzelfällen abzuweichen. Darauf weist auch der Wortlaut der

entsprechenden Vorschriften ausdrücklich hin. Es kann folglich schlicht nicht Sinn und Zweck der Billigkeitsregeln sein, jeden Fall der versteuerten Einlagenrückgewähr zu erfassen. Die Besteuerung einer Einlagenrückgewähr als Gewinnausschüttung wäre nämlich in jedem Fall einer vGA unbillig, so dass es sich nicht mehr nur um Einzelfälle handelt. Billigkeitsmaßnahmen sind daher insgesamt nicht das passende Instrument. Vielmehr besteht hier ein in der Gesetzessystematik angelegter Missstand, den entweder der Gesetzgeber eindeutig beheben müsste oder aber der Rechtsanwender konsequent mit den Mitteln der teleologischen und systematischen Auslegung aushebeln können sollte.

Die Regelung kann im Hinblick auf vGA auch nicht mit der gesetzgeberischen Typisierungskompetenz gehalten werden. Zwar müssen Steuerpflichtige vor dem Hintergrund des Charakters des Steuerrechts als Massenfallrecht damit leben, dass in Randbereichen bestimmter Tatbestandsgruppen Unschärfen entstehen, die im Einzelfall zu kleineren Unrechtmäßigkeiten führen. Allerdings liegen hier gerade keine solchen Einzelfälle vor, da die Regelung zumindest dem Grunde nach alle Fälle von vGA erfasst, die sich eigentlich auf das steuerliche Einlagenkonto auswirken müssten, also eine Vielzahl von Fällen.

Fazit

Finanzverwaltung und Rechtsprechung gehen von einer materiellen Wirkung der Bescheinigung nach § 27 Abs. 3 und 5 KStG aus. Dem hat sich auch das FG Sachsen in der hier besprochenen Entscheidung angeschlossen. Die gegen diese Entscheidung eingelegte Revision (Az. I R 45/16) wurde (leider) zurückgenommen, so dass der BFH sich gegenwärtig nicht mit dem hier besprochenen Problem beschäftigen muss. Es bleibt aber zu hoffen, dass ein solcher Fall bald den BFH erreicht und dieser die hier angeführten Argumente aufgreift.

Die nicht seltenen Fälle, in denen ohne jeden Missbrauchsvorwurf und ohne nachträgliche Reaktions- und Korrekturmöglichkeit die materielle Wirkung der Bescheinigung zur Steuerbarkeit einer Einlagenrückgewähr führt, sollten dabei beachtet werden. Ob die Regelung des § 27 Abs. 3 und 5 KStG vor diesem Hintergrund noch zu halten ist, bedarf zumindest kritischer Prüfung.

Es bleibt zu hoffen, dass das ernste Dilemma der Gesellschaften bald erkannt und der tatsächlichen Qualität der Zuwendungen der Vorrang vor der in einer Bescheinigung ausgestellten Herkunft eingeräumt wird, so dass dem Grundsatz der wirtschaftlichen Betrachtungsweise auch an dieser Stelle Geltung verschafft wird. Auf lange Sicht wäre eine Gesetzesänderung wünschenswert, in deren Rahmen schlicht die strenge Frist zur Erteilung der Bescheinigung gelockert werden müsste.

Dieser Beitrag erschien erstmals in: Handelsblatt online, Steuerboard, 13.02.2018

Private Darlehensforderungen – Ausfall führt zu steuerlich abziehbarem Verlust

von Dr. Peter Bujotzek (P+P Pöllath + Partners)

10. April 2018

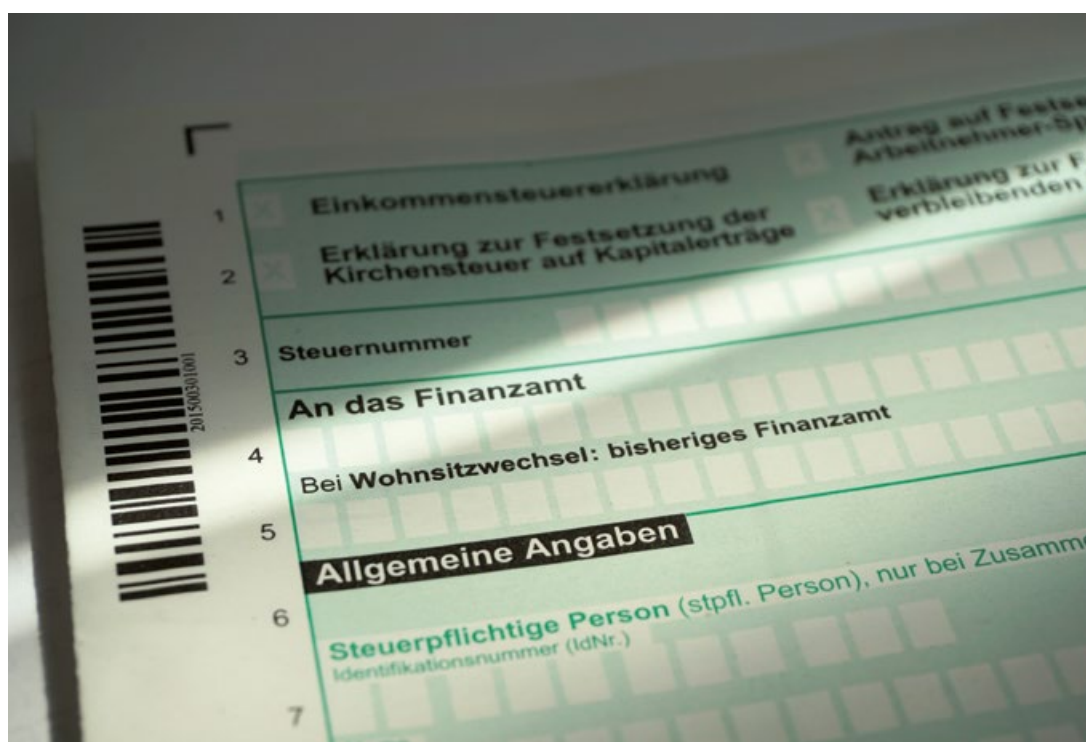
Einkommensteuer

Kapitalertragsteuer

Die vom BFH bejahte Kernfrage des Falles war hierbei, ob der endgültige Ausfall einer Darlehensforderung als eine Veräußerung i.S.v. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7, Satz 2 EStG anzusehen ist. Die Finanzverwaltung lehnt vorerst eine Anwendung des Urteils über den Einzelfall hinaus ab.

Sachverhalt

Geklagt hatte ein im Streitjahr 2012 zusammenveranlagtes Ehepaar. Der Kläger gewährte einem Dritten ab August 2010 ein mit 5% zu verzinsendes Darlehen. Die vereinbarten Tilgungszahlungen blieben seit August 2011 aus. Im August 2012 wurde über das Vermögen des Darlehensnehmers das Insolvenzverfahren eröffnet, woraufhin der Kläger die noch offene Darlehensforderung zur Insolvenztabelle anmeldete. In der gemeinsamen Einkommensteuererklärung für 2012 machten die Kläger den Ausfall der Darlehensforderung als Verlust bei den Einkünften aus Kapitalvermögen geltend.



Das Finanzamt setzte die Einkommensteuer für das Streitjahr jedoch ohne Berücksichtigung dieses Verlustes fest; Einspruch und Klage vor dem FG Düsseldorf blieben zunächst ohne Erfolg. Mit der eingelegten Revision wurden die Kläger allerdings gehört. Der Bundesfinanzhof (BFH) erkennt die Abziehbarkeit der ausgebliebenen Darlehensrückzahlungsbeträge als Verluste im Rahmen der Einkünfte aus Kapitalvermögen grundsätzlich an.

Entscheidungsgründe

Der BFH bestätigt die herrschende Auffassung im Schrifttum, wonach der Gesetzgeber im Zuge der Einführung der Abgeltungsteuer zugleich im Rahmen von § 20 Abs. 2 EStG die traditionelle quellentheoretische Trennung von Vermögens- und Ertragsebene für Einkünfte aus Kapitalvermögen zugunsten einer vollständigen steuerrechtlichen Erfassung aller Wertveränderungen im Zusammenhang mit Kapitalanlagen aufgegeben hat. Dieser Paradigmenwechsel führt nach Ansicht des BFH dazu, dass der vorliegend in Frage stehende Ausfall der Darlehensforderung zu einem steuerlich zu berücksichtigenden Verlust führen kann. Dieser Verlust resultiert aus der Veräußerung der Darlehensforderung als sog. sonstige Kapitalforderung nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 EStG.

Dem steht, so der BFH, nicht entgegen, dass mit dem bloßen Ausfall der Darlehensforderung kein Rechtsträgerwechsel verbunden ist, weswegen der Ausfall begrifflich nicht unter den engen Veräußerungsbegriff des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 EStG fällt. Denn den Begriff der Veräußerung hat der Gesetzgeber gerade um verschiedene Ersatztatbestände erweitert. So steht u.a. der Gewinn aus der Rückzahlung privater Darlehensforderungen einer Veräußerung gleich (§ 20 Abs. 2 Satz 2 EStG). Wenn also die Rückzahlung über dem Nennwert zu einem steuerbaren Gewinn führt, müsse gemäß dem Gebot der Folgerichtigkeit die Rückzahlung einer Kapitalforderung unter dem Nennwert zu einem steuerlich zu berücksichtigenden Verlust führen. Der BFH zieht zudem einen Vergleich zur Übertragung wirtschaftlich wertloser Wirtschaftsgüter ohne Gegenleistung, bei denen anerkanntermaßen ebenfalls ein Veräußerungsverlust entsteht. Aus wirtschaftlicher Sicht ist es unerheblich, ob der Steuerpflichtige die Forderung noch kurz vor dem Ausfall zu Null veräußern kann oder nicht.

Die Verlustverrechnung kann nach Auffassung des BFH losgelöst vom sog. Sparer-Pauschbetrag von 801 € (1.602 € bei zusammenveranlagten Ehegatten) nach § 20 Abs. 9 EStG geltend gemacht werden. Denn der Verlust ist nach § 20 Abs. 4 EStG zu berechnen, wodurch die Werbungskostenverrechnungsgrenze des § 20 Abs. 9 EStG insoweit überlagert wird. Die Verluste sind hingegen weiterhin nach § 20 Abs. 6 EStG nicht mit Verlusten anderer Einkunftsarten und nur beschränkt mit anderen Verlusten aus Kapitalvermögen verrechenbar.

Einordnung und Ausblick

Die für den Steuerpflichtigen günstige Entscheidung ist zu begrüßen, da sie eine neue Verlustverrechnungsmöglichkeit bei den Einkünften aus Kapitalvermögen eröffnet. Allerdings wird jeweils anhand des Einzelfalles zu entscheiden sein, ob die betreffende Darlehensforderung tatsächlich endgültig ausgefallen ist. Allein die Insolvenzeröffnung über das Vermögen des Darlehensschuldners reicht hierfür nach zutreffender Auffassung des BFH nicht, denn es ist ungewiss, ob und in welcher Höhe eine quotale Befriedigung durch den Insolvenzverwalter erfolgen wird. Darüber hinaus trifft der BFH keine Aussage darüber, wann vom endgültigen Ausfall der Darlehensforderung auszugehen ist, sondern verweist insoweit an das FG Düsseldorf zurück. Dieses hat nun die Aufgabe festzustellen, wann die Darlehensforderung endgültig ausgefallen ist. Aus Sicht der Praxis ist zu hoffen, dass das FG Düsseldorf diese Gelegenheit nutzt, um den Rechtsanwendern möglichst klare Vorgaben an die Hand zu geben. Es bietet sich dabei an, auf die zur Zuordnung von Auflösungsverlusten i.S.v. § 17 Abs. 4 EStG entwickelten Grundsätze zurückzugreifen.

Die Besprechungsentscheidung dürfte zudem für andere Fallkonstellationen Relevanz haben, z.B. im Zusammenhang mit dem Urteil des BFH vom 11.07.2017 (XI R 36/15, DB 2017 S. 2330). Dort hatte der BFH u.a. entschieden, dass eigenkapitalersetzende Finanzierungshilfen eines Gesellschafters an seine Gesellschaft nach Aufhebung des Eigenkapitalersatzrechts durch das MoMiG grundsätzlich nicht mehr als nachträgliche Anschaffungskosten auf seine Beteiligung im Rahmen von Veräußerungen von wesentlichen Beteiligungen gemäß § 17 EStG zu behandeln sind; ein aus solchen Finanzierungshilfen resultierender Verlust ist in diesem Rahmen nur noch aus Gründen zeitlich beschränkten Vertrauensschutzes berücksichtigungsfähig. Aufgrund des aktuellen Urteils sollten künftig Verluste aus solchen – privat veranlassten – Finanzierungshilfen unter den vorgenannten Voraussetzungen (endgültiger Ausfall) im Rahmen von Einkünften aus Kapitalvermögen abziehbar sein.

Unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen Veranlassungszusammenhangs sollte die aktuelle Entscheidung schließlich auch auf den Verzicht auf eine private Kapitalforderung übertragbar sein. Der BFH widerspricht mit seinem Urteil der (bisherigen) Verwaltungsauffassung, wonach der Forderungsausfall nicht als Veräußerung i.S.d. § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG anzusehen sein soll. Das Urteil ist bisher noch nicht im BStBl. veröffentlicht, eine Anwendung über den Einzelfall hinaus ist bis zur gemeinsamen Abstimmung der obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder nicht zu erwarten. Gleichwohl sollten betroffene Steuerpflichtige entsprechende Verluste gegenüber dem örtlichen Finanzamt unter Berufung auf die Besprechungsentscheidung geltend machen.

Dieser Beitrag erschien erstmals in: Handelsblatt Steuerboard, 09.04.2018

Dividendenbesteuerung – Neues BMF-Schreiben kann nicht überzeugen

von Dr. Pia Dorfmueller (P+P Pöllath + Partners)

19. Juni 2018

Einkommensteuer

Doppelbesteuerungsabkommen

Finanzverwaltung

Dividenden

Körperschaftsteuer

Dividendenausschüttungen einer deutschen Kapitalgesellschaft an eine ausländische Kapitalgesellschaft unterliegen in Deutschland der Kapitalertragsteuer von 25% zzgl. 5,5% Solidaritätszuschlag hierauf (die effektive Steuerlast beträgt somit 26,375%). Unterliegt die die Dividende empfangende Kapitalgesellschaft in Deutschland der beschränkten Körperschaftsteuerpflicht, so werden grundsätzlich zwei Fünftel der einbehaltenen und abgeführten Kapitalertragsteuer

erstattet. Die effektive Steuerbelastung beträgt dann 16,375%. Durch die Zwischenschaltung einer Holdinggesellschaft und die entsprechende Umleitung der Dividende kann die Belastung mit deutscher Kapitalertragsteuer (Quellensteuer) vermieden oder zumindest reduziert werden. Unter bestimmten Voraussetzungen werden die Quellensteuerentlastungen in Deutschland jedoch nicht gewährt. Ein neues BMF-Schreiben zeigt, wie mit der Entlastung vom Steuerabzug vom Kapitalertrag bei ausländischen Gesellschaften umzugehen ist.



Die jüngste Stellungnahme des BMF zur Dividendenbesteuerung lässt viele Fragen offen.

Bild: BMF/Hendel

Die Anti-Missbrauchsvorschrift des § 50d Abs. 3 EStG (2012)

Die Quellensteuerentlastung wird dann verweigert, wenn die Zwischenschaltung der Holdinggesellschaft hauptsächlich zur Erlangung von Abkommensvorteilen bzw. Vorteilen nach EU-Richtlinien (z.B. EU-Mutter-Tochter-Richtlinie oder EU-Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie) erfolgte und daher als missbräuchlich qualifiziert wird.

Das deutsche Steuerrecht enthält in § 50d Abs. 3 EStG für den Fall des Treaty/EU-Directive Shoppings eine spezielle Anti-Missbrauchsvorschrift, die Vorrang vor der allgemeinen Gestaltungsmissbrauchsklausel des § 42 AO hat. Nach

der sog. Anti-Treaty (Anti-Directive) Shopping-Vorschrift werden Quellensteuerentlastungen in Deutschland nicht gewährt, soweit

1. Personen an der ausländischen Gesellschaft (hier: Holdinggesellschaft) beteiligt sind, denen die Steuerentlastung nicht zustünde, wenn sie die Einkünfte unmittelbar erzielen und
2. die von der ausländischen Muttergesellschaft erzielten Erträge nicht aus ihrer eigenen Wirtschaftstätigkeit stammen; und alternativ
 - in Bezug auf diese Erträge auch keine wirtschaftlichen oder sonst beachtlichen Gründe für die Einschaltung der ausländischen Muttergesellschaft vorliegen oder
 - die ausländische Muttergesellschaft nicht mit einem für ihren Zweck angemessenen eingerichteten Geschäftsbetrieb am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt.

Die EuGH-Entscheidung Deister Holding / Juhler

Der EuGH hat am 20.12.2017 in den verbundenen Rechtssachen Deister Holding (C-504/16) und Juhler (C-613/16, RS1261217) die Vorgängerfassung des derzeitigen § 50d Abs. 3 EStG (i.d.F. des JStG 2007) für mit EU-Recht unvereinbar erklärt.

Das BMF-Schreiben zur weiteren Anwendung der Anti-Missbrauchsvorschrift

Mit Schreiben vom 04.04.2018 (DB 2018 S. 861) hat das BMF zur Anwendung von § 50d Abs. 3 EStG in der Fassung des JStG 2017 sowie zur aktuellen Fassung Stellung genommen. Das BMF merkt hierin zur aktuellen Fassung von § 50d Abs. 3 EStG und des dazugehörigen BMF-Schreibens vom 24.01.2012 mit Blick auf das EuGH-Urteil vom 20.12.2017 lediglich drei Aspekte an:

1. In Anwendungsfällen der EU-Mutter-Tochter-Richtlinie (§ 43b EStG) soll § 50d Abs. 3 Satz 2 EStG nicht mehr gelten. Somit sind auch konzerninterne Verhältnisse der ausländischen Gesellschaft, die eine Entlastung von deutscher Kapitalertragsteuer auf Dividenden beantragt, zu berücksichtigen. Somit werden nun auch Struktur- und Strategiekonzepte des Konzerns als relevant angesehen. (vgl. entgegen BMF-Schreiben vom 24.01.2012, a.a.O., Tz. 8).
2. Auch eine passive Beteiligungsverwaltung soll als eine Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr gelten, wenn die ausländische Gesellschaft ihre Rechte als Gesellschafterin tatsächlich ausübt (vgl. entgegen BMF-Schreiben vom 24.01.2012, a.a.O., Tz. 5.2).
3. Für einen angemessenen Geschäftsbetrieb ist nicht zwingend Voraussetzung, dass die ausländische Gesellschaft ständig sowohl geschäftsleitendes als auch anderes Personal beschäftigt (vgl. entgegen BMF-Schreiben vom 24.01.2012, a.a.O., Tz. 7).

Bewertung: Ungenügend!

Das BMF-Schreiben vom 04.04.2018 ist mit Blick auf die EuGH-Entscheidung Deister Holding / Juhler in vielen Punkten als ungenügend zu bewerten:

1. DBA-Fälle innerhalb der EU müssen ebenfalls erfasst werden.
2. Es müssen neben den Dividenden auch die Fälle von § 50a EStG und § 50g EStG (Zinsen und Lizenzen) erfasst werden.
3. Nicht nur EU-Fälle sind neu zu regeln, sondern auch EWR-Fälle sowie Drittstaaten-Fälle, sofern die Kapitalverkehrsfreiheit auch anzuwenden ist (vgl. z.B. das Diskriminierungsverbot des Art. 24 Abs. 1 und 4 DBA-USA).
4. Die typisierende Missbrauchsvermutung muss bereits durch den Nachweis wirtschaftlicher Gründe widerlegt werden können. Die weitergehenden Anforderungen des § 50d Abs. 3 EStG (z.B. einer eigenen wirtschaftlichen Tätigkeit) verstoßen gegen die Grundsätze der Rechtsprechung des EuGH i.S.d. Rechtssachen Cadbury Schweppes (Urteil vom 12.06.2006 – Rs. C-196/04, DB 2006 S. 2045 m. Anm. Wassermeyer) und Deister Holding / Juhler (a.a.O.).

Der Gesetzgeber muss nun kurzfristig reagieren, denn das teilweise Entschärfen der gesetzlichen Regelung durch das BMF-Schreiben reicht nicht aus.

Dieser Beitrag erschien erstmals in: Handelsblatt online, Steuerboard, 13.06.2018

Aktuelle steuerliche Aspekte bei Transaktionsstrukturen

von Dr. Nico Fischer (P+P Pöllath + Partners), Gerald Herrmann (P+P Pöllath + Partners)

27. Juli 2018



Due Diligence
Finanzverwaltung
Unternehmenssteuerrecht
Holdingstrukturen
Kapitalertragsteuer
Dividenden MUPET 2018

Für die Strukturierung von Transaktionen sind diverse steuerliche Aspekte relevant. Einigen kommt dabei gegenwärtig eine besondere Bedeutung zu und sollten bei der Steuergestaltung daher unbedingt beachtet werden.

*Bei der Strukturierung von Transaktionen kommt der Steuergestaltung eine besondere Rolle zu.
Bild: Pixabay*

Missbrauchsvorschrift § 50d Abs. 3 EStG EU-rechtswidrig

Aufgrund der Mutter-Tochter-Richtlinie der EU können inländische Gesellschaften Dividenden ohne vorherigen Quellensteuerabzug an ihre ausländischen EU-Muttergesellschaften ausschütten. Die Quellensteuerbefreiung ist in Deutschland nur unter den Voraussetzungen von § 50d Abs. 3 EStG möglich. So soll verhindert werden, dass „Briefkastenfirmen“ oder „substanzschwache“ Gesellschaften zwischen inländische Gesellschaften und ihre ausländischen Gesellschafter geschaltet werden, um Ausschüttungen steuerfrei zu vereinnahmen. Deshalb darf eine Muttergesellschaft keine reine Holding sein und muss über einen angemessenen Geschäftsbetrieb verfügen.

Nachdem der EuGH bereits die bis 2011 geltende Fassung des § 50d Abs. 3 EStG für europarechtswidrig erklärt hat, hat er mit Beschluss vom 14.6.2018 auch die aktuelle Gesetzesfassung gekippt. Nach Ansicht des EuGH widerspricht auch die Neufassung von § 50d Abs. 3 der Mutter-Tochter-Richtlinie und der Niederlassungsfreiheit. Der deutsche Gesetzgeber muss § 50d Abs. 3 EStG erneut überarbeiten und eine den europarechtlichen Anforderungen genügende Missbrauchsvorschrift schaffen. Mit Schreiben vom 4.4.2018 hat das BMF den Anwendungsbereich von § 50d Abs. 3 EStG bereits teilweise beschränkt, bleibt dabei jedoch teilweise hinter den Vorgaben des EuGH zurück.

Umsatzsteuerlicher Leistungsort bei grundstücksbezogenen Leistungen

Abweichend von den allgemeinen Regelungen, liegt der umsatzsteuerliche Leistungsort bei grundstücksbezogenen Leistungen am Ort des Grundstücks. Die Bestimmung des Leistungsorts erfordert deshalb die richtige Qualifikation als grundstücksbezogene oder sonstige Leistung. Bislang war die deutsche Finanzverwaltung nur bei der notariellen Beurkundung von einer grundstücksbezogenen Leistung ausgegangen. Neu können auch juristische Dienstleistungen grundstücksbezogen sein, wenn sie im konkreten Zusammenhang mit einer Grundstücksübertragung erbracht werden. So stellt z.B. die Beratung zur Steuerklausel in einem Grundstückskaufvertrag eine grundstücksbezogene Leistung dar. Das gilt zumindest, wenn die Grundstücksübertragung im Wege eines Asset Deals erfolgt. Beratungsleistungen bei Share Deals oder Leistungen im Rahmen einer Due Diligence Prüfung sind jedoch als nicht grundstücksbezogen anzusehen.

Vorsteuerabzug auf Transaktionskosten bei Holdinggesellschaften

Eine Holdinggesellschaft ist nur zum Vorsteuerabzug (z.B. für Beratungsleistungen im Zusammenhang mit Erwerb und Veräußerung von Beteiligungen) berechtigt, wenn sie Unternehmer im Sinne des UStG ist. Die Eigenschaft als Unternehmer liegt vor, wenn die Holdinggesellschaft Dienstleistungen an ihre Tochtergesellschaften erbringt und dazu in deren Verwaltung eingreift. Bei gemischten Holdings, die nur an einen Teil ihrer Tochtergesellschaften Dienstleistungen erbringen, ist nur ein anteiliger Vorsteuerabzug zulässig. Der richtige Aufteilungsmaßstab sowie die Bedeutung der von der Finanzverwaltung postulierten Verhältnismäßigkeitsprüfung sind allerdings noch unklar.

Einlagenrückgewähr aus Drittstaaten

Auf nationaler Ebene kann die Rückgewähr von in die Gesellschaft geleisteten Kapitaleinlagen steuerneutral erfolgen. Das gilt auch für in der EU ansässige Kapitalgesellschaften, erfordert allerdings die vergleichsweise aufwändige Stellung eines Antrags nach § 27 Abs. 8 KStG. Im Verhältnis zu Drittstaaten lehnt die Finanzverwaltung die steuerneutrale Einlagenrückgewähr sogar gänzlich ab. Abweichend davon hat der BFH nun bestätigt, dass die steuerneutrale Einlagenrückgewähr auch bei Gesellschaften aus Drittstaaten möglich ist. Unklar ist weiterhin, in welcher Weise Kapitalrückzahlungen nachgewiesen werden und insbesondere, ob die Voraussetzung einer Kapitalrückzahlung nach deutschem oder ausländischem Handelsrecht beurteilt wird.

Meldepflicht der Steuergestaltung

Die geänderte EU-Amtshilferichtlinie verpflichtet sogenannte Intermediäre zur Anzeige von grenzüberschreitenden Steuergestaltungen. Der Begriff des Intermediärs erfasst auch die steuerlich und rechtlich beratenden Berufe. Unterliegen diese der Verschwiegenheitspflicht, trifft die Anzeigepflicht die Steuerpflichtigen selbst. Steuergestaltungen sind u.a. dann meldepflichtig, wenn die Vergütung des Intermediärs von einem Steuervorteil abhängt, Vertraulichkeitsklauseln existieren, ein doppelter steuermindernder Abzug von Aufwendungen in mehreren Hoheitsgebieten erfolgt oder eine Umwandlung von Einkünften in niedrig besteuerte Einkünfte erfolgt. Zum Teil ist weiter erforderlich, dass ihr Zweck in der Erlangung eines Steuervorteils besteht. Die EU-Mitgliedstaaten setzen die Anzeigepflicht bis zum 31.12.2019 in nationales Recht um. Parallel hierzu gibt es in Deutschland einen Gesetzesentwurf auf nationaler Ebene zur Anzeigepflicht von Steuergestaltungen. Der Entwurf sieht die ebenfalls die Meldepflicht von Intermediären, d. h. von Personen, die eine Steuergestaltung vermarkten, zur Nutzung bereitstellen, für Andere konzipieren, organisieren oder die Umsetzung einer solchen Gestaltung managen. Wann eine solche Tätigkeit vorliegt, wird mit einer nicht abschließenden Liste an Regelbeispielen näher definiert. Die Meldepflicht besteht ohne Rücksicht auf ein Berufsgeheimnis der Intermediäre.

Erhöhte KYC-Anforderungen für Bankkonten

Erhöhte, so genannte Know-Your-Customer-Anforderungen (KYC-Anforderungen) verzögern Kontoeröffnungen z.T. um Monate und führen zu erheblichen zeitlichen Problemen beim Aufsetzen von Erwerbsstrukturen. Akquisitionsgesellschaften können erst im Handelsregister eingetragen werden, wenn das Stammkapital voll eingezahlt ist. Voraussetzung hierfür ist wiederum die erfolgte Kontoeröffnung. Um dem vorzubeugen, kann eine bereits eingetragene Vorratsgesellschaft als Akquisitionsgesellschaft eingesetzt werden. Verzögert sich der Eintragungsprozess vor dem Signing, kann die Akquisitionsgesellschaft den Vertrag erst zum Closing vom Fonds übernehmen (Vertragsübernahme). Denkbar wäre auch eine Zahlung auf abgekürztem Weg vom Fonds direkt an den Verkäufer im Namen und auf Rechnung der Akquisitionsgesellschaft. In der Praxis ziehen allerdings auch die genannten Lösungswege weitere Probleme nach sich – dies ist insbesondere bei ausländischen Gesellschaften der Fall, bei denen zusätzlich die Auswirkungen auf die Anforderungen für eine künftige steuerneutrale Rückgewähr von Kapitaleinlagen zu berücksichtigen sind.

Immobilientransaktionen – Aktuelle Steuerfragen beschäftigen den Markt

von Sören Reckwardt (P+P Pöllath + Partners)

31. Juli 2018

Umsatzsteuer

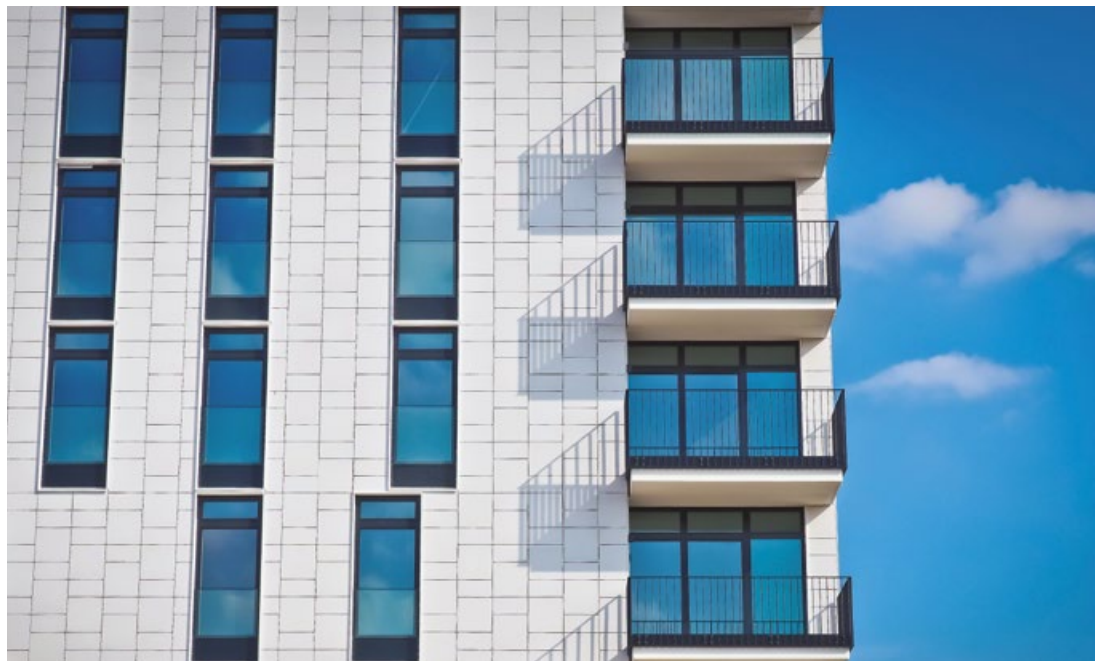
Ertragsteuer

MUPET 2018

Immobilientransaktionen

Grunderwerbsteuer

Jahressteuergesetz 2018



Steuerfragen – Vor allem die Reform der Grunderwerbsteuer sorgt für Spannung im Markt.

Bild: MichaelGaida/Pixabay

Neben verschiedenen Entscheidungen des Bundesfinanzhofs zu aktuellen Steuerfragen beschäftigt die Beratungspraxis insbesondere die angekündigte Reform der Grunderwerbsteuer in Bezug auf Share Deals.

Grunderwerbsteuer

Laut der Mitteilungen zur Finanzministerkonferenz zur Reform der Grunderwerbsteuer plant der Gesetzgeber mehrere Maßnahmen, um Share Deals entgegenzuwirken. Bei der Anteilsübertragung einer grundbesitzhaltenden Personengesellschaft (§ 1 Abs. 2a GrEStG) soll die Beteiligungsquote von 95% auf 90% gesenkt werden. Darüber hinaus soll ein daran angelehnter Tatbestand für Kapitalgesellschaften mit Grundbesitz geschaffen werden.

Außerdem sollen die Haltefristen für steuerfreie Erwerbe von fünf auf zehn oder sogar auf 15 Jahre verlängert werden. Bisher gibt es noch keine Äußerungen zu möglichen Übergangsfristen und -regelungen. Neben diesen kurzfristig zu erwartenden Maßnahmen sind zudem mittelfristig weitere Maßnahmen geplant, wie die Einbeziehung von Stimmrechtsvereinbarungen in Erwerbskonstellationen und die Eindämmung von Gestaltungen mittels Stiftungen.

In Bezug auf die grunderwerbsteuerliche Begünstigung bei Umstrukturierungen im Konzern steht die vom Europäischen Gerichtshof (EuGH; Az.: C-374/17, nach Ersuchen des BFH vom 30.05.2017 – II R 62/14) zu klärende Frage aus, ob es sich hierbei um einen Verstoß gegen das unionsrechtliche Beihilferecht handelt. Sofern der EuGH in der Konzernklausel eine rechtswidrige Beihilfe sehen sollte, wäre die Begünstigungsvorschrift bis zu einer Entscheidung der Europäischen Kommission nicht mehr anzuwenden.

Mit Urteil vom 06.12.2017 hat der BFH (Az.: II R 55/15) entschieden, dass Mieterdienstbarkeiten, die gegen ein angemessenes Entgelt erfolgen, keine Gegenleistung für das Grundstück darstellen und damit nicht Teil der Bemessungsgrundlage sind.

Sofern sich bei einem abgeschlossenen Generalübernehmervertrag nach dem Abschluss des Grundstückskaufvertrags Punkte wesentlich (>10 %) ändern, wie z.B. die Flächengröße oder die Errichtung eines zusätzlichen Gebäudes, hat der BFH mit Urteil vom 08.03.2017 (Az.: II R 38/14) entschieden, dass dann kein einheitliches Vertragswerk vorliegt und mithin keine Grunderwerbsteuer auf den Wert der Bebauung anfällt.

Der BFH (Az.: II R 41/15) hat seine Rechtsprechung zu RETT-Blocker-Strukturen – mit Bedeutung für alle Fälle vor ca. Mitte 2013 – geändert. Bei einer zwischengeschalteten Personengesellschaft ist nunmehr die unmittelbare oder mittelbare Beteiligung am Gesellschaftskapital entscheidend.

Umsatzsteuer

Als Reaktion auf Entscheidungen des Bundesfinanzhofs (BFH; Az.: V R 25/13 und XI R 38/12) hat das Bundesfinanzministerium am 26.05.2017 den Umsatzsteueranwendungserlass (2.8 Abs. 5a UStAE) dahingehend geändert, dass Personengesellschaften als Organgesellschaft qualifiziert werden können, sofern die Gesellschafter der Personengesellschaft neben dem Organträger in das Unternehmen des Organträgers finanziell eingegliedert sind.

Die OFD Frankfurt/Main hat am 13.12.2017 (S 7168 A – 15 – St 16) dargestellt, wie einzelne Vermietungs(neben)leistungen (am Beispiel eines Flüchtlingsheims) umsatzsteuerlich einzuordnen sind.

Ertragsteuer

Für Entlastung sorgte das Urteil des BFH vom 14.07.2016 (Az.: IV R 34/13) nach dem die Vermietung eines Einkaufszentrums nicht als Gewerbebetrieb anzusehen ist. Objektspezifische Besonderheiten, wie — im Falle eines Shopping-Centers — Parkplätze und Sanitäranlagen, sind nach Ansicht des BFH bei der Qualifikation der Einkünfte zu berücksichtigen und führen nicht zwangsläufig zu einer Gewerblichkeit.

Dem Großen Senat des BFH (Az.: GrS 2/16) liegt nach Vorlage vom IV. Senat des BFH (Az.: IV R 26/14) die Frage vor, inwieweit bei mehrstufigen Gesellschaftsstrukturen, wie bei Zebragesellschaften, die erweiterte Gewerbesteuerkürzung auf den „eigenen Grundbesitz“ zu gewähren ist.

Internationales

Der Entwurf des Jahressteuergesetzes 2018 sieht eine Erweiterung der beschränkten Steuerpflicht von Anteilsveräußerungen bei ausländischen Kapitalgesellschaften mit inländischem Immobilienbesitz vor, sofern innerhalb eines 365-tägigen Beurteilungszeitraums eine Zurechnung vorgenommen werden kann. Allerdings läuft die geplante Neuregelung aufgrund des BFH-Urteils vom 31.05.2017 (Az.: I R 37/15) zur Nichtanwendbarkeit des § 8 Abs. 3 KStG in grenzüberschreitenden Sachverhalten in großen Teilen bisher leer.

Mit Urteil vom 07.12.2016 (Az.: I R 76/14) hat der BFH entschieden, dass Verzichtsgewinne ausländischer Objektgesellschaften nicht zu inländischen Einkünften führen, sofern kein Veranlassungszusammenhang zwischen Verzicht und Vermietung oder Veräußerung besteht. Dieser Rechtsprechung soll ebenfalls im Jahressteuergesetz 2018 eine gesetzliche Regelung entgegengesetzt werden.

Aufwendungen bei geschlossenen Fonds sind wieder abziehbar

von Ronald Buge (P+P Pöllath + Partners)

6. August 2018

Einkommensteuer

Finanzverwaltung

Geschlossene Fonds

Betriebsausgaben

Mit seinem Urteil vom 26.04.2018 hat der IV. Senat des Bundesfinanzhofs seine langjährige Rechtsprechung revidiert. Die Begründung dieser Entscheidung, die sich vor allem bei Steuerstundungsmodellen auswirkt, ist bemerkenswert.

Dass Aufwendungen geschlossener Fonds in der Investitionsphase in weitem Umfang nicht als (sofort abziehbare) Betriebsausgaben oder Werbungskosten behandelt werden dürfen, sondern als Anschaffungskosten der von dem Fonds gehaltenen Wirtschaftsgüter zu behandeln sind, ist eine über Jahrzehnte gefestigte Praxis. Diese von Rechtsprechung und Finanzverwaltung seit den 1970er Jahren entwickelten Grundsätze hat die Finanzverwaltung letztlich auf sämtliche Formen geschlossener Fonds erstreckt und ihre diesbezügliche Auffassung im so genannten Fondserlass (BMF vom 20.10.2003, DB 2003 S. 2406), der die so genannten Bauherrenenerlasse ablöste, niedergelegt. Mit einer Reihe von Urteilen hat der IV. Senat des BFH im Jahr 2011 die Auffassung der Finanzverwaltung bestätigt. Nunmehr hat derselbe Senat mit Urteil vom 26.04.2018 (IV R 33/15, RS1275138) seine bisherige Auffassung mit einer bemerkenswerten Begründung revidiert.



Steuerstundungsmodell – BFH revidiert seine langjährige Rechtsprechung. Bild: zwehren/Fotolia

Ausgangslage

Nach dem Fondserlass gelten Aufwendungen, die im wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Abwicklung des Projekts in der Investitionsphase anfallen, bei sämtliche Arten von geschlossenen Fonds als Anschaffungskosten. Die Finanzverwaltung hat dies für Private Equity Fonds in weiteren Erlassen spezifiziert (vgl. insbesondere OFD Rheinland vom 08.01.2007, DB 2007 S. 135).

Einen vorläufigen Schlusspunkt setzte der IV. Senat des BFH im Jahr 2011 mit einer ganzen Reihe von Urteilen, die die Auffassung der Finanzverwaltung bestätigten (insbesondere BFH vom 14.04.2011 – IV R 15/09, RS0699793 betr. Windkraftfonds und vom 14.04.2011 – IV R 8/10, DB 2011 S. 1306 betr. Schiffsfonds).

Neue Betrachtungsweise des BFH

Die frühere Auffassung stand klar im Widerspruch zur handelsrechtlichen Einordnung der betreffenden Aufwendungen. Die bisherige Rechtsprechung löste sich bewusst vom Grundsatz der Maßgeblichkeit der Handelsbilanz und nahm die Abgrenzung von Anschaffungskosten und sofort abziehbarem Aufwand nicht nur gesellschaftsbezogen, sondern (auch) gesellschaftsbezogener vor. Die im Zuge des Erwerbs eines Wirtschaftsguts (Immobilie, Schiff, Windkraftanlage) abgeschlossenen Verträge müssten als einheitliches Ganzes betrachtet werden.

Diese Betrachtungsweise stützte der BFH auf die allgemeine Vorschrift des Gestaltungsmissbrauchs in § 42 AO. Ausgehend von diesem Gedanken stellt der IV. Senat des BFH in seiner neuen Entscheidung nunmehr fest, dass der Gesetzgeber zwischenzeitlich – im Jahr 2005 – die Vorschrift des § 15b EStG über die Verlustverrechnungsbeschränkung bei so genannten Steuerstundungsmodellen eingeführt hat. Die den Urteilen aus dem Jahr 2011 zugrunde liegenden Sachverhalte betrafen Veranlagungszeiträume vor dem Inkrafttreten dieser Vorschrift. Der dem Urteil vom 26.04.2018 zugrunde liegende Sachverhalt betraf indes Veranlagungszeiträume, in denen § 15b EStG bereits anwendbar war.

§ 15b EStG als spezielle Missbrauchsvorschrift

Der BFH sieht § 15b EStG nun als spezielle Missbrauchsvorschrift an, die den allgemeineren § 42 AO verdrängt. Somit lebt der durch § 42 AO verdrängte Maßgeblichkeitsgrundsatz gleichsam wieder auf, so dass sich die Abgrenzung zwischen Anschaffungskosten und sofort abziehbarem Aufwand auch für steuerliche Zwecke nach handelsrechtlichen Grundsätzen und damit gesellschaftsbezogen bestimmt. Etwaigen missbräuchlichen Gestaltungen müsse vielmehr mit dem Instrumentarium des § 15b EStG begegnet werden.

Bedeutung für die Praxis – Steuerstundungsmodell

Die Folgen dieses Urteils für die Praxis dürften tiefgreifend, in allen ihren Aspekten aber noch nicht abschließend zu beurteilen sein. Dies betrifft zum einen den Begriff des Steuerstundungsmodells, der deutlich differenzierter ist als der bislang verwendete, recht offene Begriff des geschlossenen Fonds. Letztlich genügte es für die bisherige Praxis, wenn sich die Kommanditisten aufgrund eines vom Projektanbieter vorformulierten Vertragswerks an dem Fonds beteiligten. An ein Steuerstundungsmodell sind jedoch höhere Anforderungen zu stellen. Zudem scheint auch die Rechtsprechung nicht unbesehen sämtliche geschlossenen Fonds als Steuerstundungsmodelle klassifizieren zu wollen.

Zum anderen können die Folgen bei Annahme eines Steuerstundungsmodells gravierender sein. Wird sofort abziehbarer Aufwand als Anschaffungskosten behandelt, so kann er zwar nicht sofort abgezogen werden, sondern – bei abnutzbaren Wirtschaftsgütern – verteilt über die gewöhnliche Nutzungsdauer nach Maßgabe der AfA oder (zumeist) im Zeitpunkt der Veräußerung des Wirtschaftsguts durch die Fondsgesellschaft (gegebenenfalls im Zuge von deren Liquidation). Der Aufwand ist somit letztlich nicht „verloren“.

Anders ist dies bei einem Steuerstundungsmodell. Hier können Verluste nur mit positiven Einkünften aus „derselben Einkunftsquelle“ (in aller Regel derselben Fondsgesellschaft) verrechnet werden. Verbleibt am Ende der Fondslaufzeit ein Verlust, so ist dieser nicht mehr verrechenbar, also „verloren“. Überdies erfasst § 15b EStG nicht nur die „modellhaften“ Verluste aus der Anfangsphase, sondern sämtliche Verluste, die über die gesamte Fondslaufzeit entstehen.

Bedeutung dürfte das Urteil schließlich auch bei der Berechnung der so genannten 10%-Grenze haben. Selbst wenn ein Steuerstundungsmodell vorliegt, ist die Verlustverrechnung nicht ausgeschlossen, wenn innerhalb der Anfangsphase das Verhältnis der prognostizierten Verluste zur Höhe des gezeichneten und nach dem Konzept auch aufzubringenden Kapitals maximal 10% beträgt (§ 15b Abs. 3 EStG). Hierbei ging die Finanzverwaltung davon aus, dass insoweit die Grundsätze des Fondserlasses zu berücksichtigen sind (vgl. Tz. 8 des BMF-Schreibens zu § 15b EStG vom 17.07.2007, DB 2007 S. 1721). Sind nun nach dem BFH-Urteil Aufwendungen in erheblich höherem Maße abziehbar als bislang, können geschlossene Fonds, die sich noch unterhalb der 10%-Grenze wähnten, diese plötzlich überschreiten.

Insgesamt bleibt daher abzuwarten, wie die Finanzverwaltung auf dieses Urteil reagieren wird. Davon wird auch abhängen, ob das Urteil für die Fondsbranche eine Verbesserung darstellt oder ob der BFH hier letztlich „Steine statt Brot“ gegeben hat.

Dieser Beitrag erschien erstmals in: Handelsblatt online, Steuerboard, 02. August 2018

VIDEO Zwischen Kooperation und Konfrontation – Impulsreferat zum Verhältnis zwischen Finanzverwaltung und Steuerpflichtigen

von Dr. Stephan Viskorf (P+P Pöllath + Partners)

18. September 2018



Finanzverwaltung MUPET 2018
Anzeigespflicht Unternehmenssteuerrecht

Im Rahmen der MUPET 2018 ging Dr. Stephan Viskorf (P+P) auf das Verhältnis der Finanzverwaltung zu den Steuerpflichtigen ein. Schwerpunktthema war dabei die geplante Anzeigespflicht für Steuergestaltungen gem. § 138d AO.

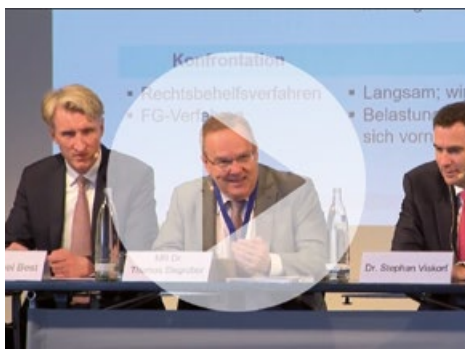


youtu.be/1FfY4g8XS50

VIDEO Kooperation oder Konfrontation – Das Verhältnis zwischen Finanzverwaltung und Steuerpflichtigen

von Dr. Michael Best (P+P Pöllath + Partners), Dr. Stephan Viskorf (P+P Pöllath + Partners), Prof. Dr. Klaus-Dieter Drüen, Ludwig-Maximilians-Universität München, Dr. Thomas Eisgruber, Bayerisches Ministerium der Finanzen, Berthold Welling, Verband der Chemischen Industrie (VCI)

18. September 2018



Finanzverwaltung MUPET 2018
Anzeigespflicht Unternehmenssteuerrecht

Im Rahmen der MUPET 2018 diskutierte ein Panel moderiert von Dr. Michael Best und Dr. Stephan Viskorf (beide P+P) das mitunter angespannte Verhältnis zwischen Finanzverwaltung und Steuerpflichtigen.



youtu.be/VxWbOGhyWWQ

Das mit Prof. Dr. Klaus-Dieter Drüen (LMU München), MR. Dr. Thomas Eisgruber (Bayerisches Ministerium der Finanzen) und Berthold Welling (Verband der Chemischen Industrie e.V.) besetzte Panel wird von Dr. Michael Best (P+P) und Dr. Stephan Viskorf (P+P) moderiert. Diskussionsgegenstand ist das Verhältnis der Finanzverwaltung zu den Steuerpflichtigen, das sowohl von Kooperation als auch Konfrontation geprägt sein kann. Schwerpunktthema ist dabei die geplante Anzeigespflicht für Steuergestaltungen gem. § 138d AO.

VIDEO Anzeigepflicht für Steuergestaltungen – Interview mit Berthold Welling

von Dr. Stephan Viskorf (P+P Pöllath + Partners), Berthold Welling, Verband der Chemischen Industrie (VCI)

18. September 2018



Finanzverwaltung

MUPET 2018

Anzeigepflicht

Unternehmenssteuerrecht

Der Steuerexperte des Verbandes der Chemischen Industrie e.V. Berthold Welling äußert sich im Interview mit Dr. Stephan Viskorf (P+P) zu den geplanten Anzeigepflichten für Steuergestaltungen.



youtu.be/-nOB1t-mOXA

Reform der Grunderwerbsteuer – Vertrauensschutz bleibt bestehen

von Dr. Hardy Fischer (P+P Pöllath + Partners)

17. Oktober 2018

Gesellschaftsrecht

Finanzverwaltung

Grunderwerbsteuer

Im April 2018 machte das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in einem Urteil bemerkenswerte Aussagen zum Vertrauensschutz der Steuerpflichtigen. Berater befürchten und Vertreter der Finanzverwaltung behaupten nun vermehrt, dieses Urteil habe eine Trendwende mit sich gebracht und die Möglichkeiten des Gesetzgebers erweitert, z.B. bei den möglichen anstehenden Gesetzesänderungen für Share Deals und Grunderwerbsteuer. Hier ist Vorsicht geboten. Denn das Urteil des BVerfG betraf eine Sonderkonstellation und ist nicht ohne Weiteres auf stichtagsbezogene Steuern übertragbar.



*Vertrauensschutz in Recht und Gesetz –
Bundesverfassungsgericht setzt hohe Maßstäbe.*

Bild: Klaus Eppele/Fotolia.com

Vertrauensschutz bei echter Rückwirkung

In Fällen echter Rückwirkung unterliegt der Gesetzgeber mit Blick auf den Vertrauensschutz seit jeher engen verfassungsrechtlichen Grenzen. Bei dieser Form der Rückwirkung greift ein Gesetz nachträglich abändernd in abgewinkelte Tatbestände ein, die Rechtsfolgen erfassen also bereits Verhaltensweisen zu einem Zeitpunkt vor Verkündung der Norm. Eine solche Rückwirkung ist nur ausnahmsweise verfassungsrechtlich zulässig, und zwar dann, wenn das Vertrauen in den Bestand der geltenden Rechtslage bereits vor Gesetzesverkündung zerstört ist.

Würde beispielsweise die Beteiligungsschwelle in § 1 Abs. 2a GrEStG von derzeit 95% abgesenkt und umfasste dies auch solche Rechtsgeschäfte bzw. Übertragungen, die vor Verkündung des Gesetzes bereits vollständig abgeschlossen sind, läge eine echte Rückwirkung vor. Dies gilt erst recht für etwaige Sachverhalte, die bisher überhaupt nicht Grunderwerbsteuerlich zu berücksichtigen sind (man denke an die kolportierte Einführung eines § 1 Abs. 2b

GrEStG, wonach analog zu Personengesellschaften unabhängig von der Person des Anteilserwerbers der Gesellschafterwechsel an einer Kapitalgesellschaft ab einem Schwellenwert und innerhalb einer bestimmten Zeit grunderwerbsteuerlich erfasst werden soll).

Eine solche Rückwirkung ist unzulässig – dabei ist auch unerheblich, ob bereits Teilakte vor dem Inkrafttreten des Gesetzes erfüllt waren; d.h. anteilige Anteilsübertragungen sind nicht mitzuzählen. Das hat die Rechtsprechung bereits bei der Einführung des § 1 Abs. 2a GrEStG deutlich gemacht (BFH vom 08.11.2000, Az.: II R 64/98, DB 2001 S. 312) und wird letztlich auch bestätigt durch die vom BVerfG entschiedenen Fälle unzulässiger Rückwirkung im Bereich der Einkommensteuer (BVerfG vom 07.07.2010, Az.: 2 BvR 748/05, RS0818767) sowie zur Absenkung der Beteiligungsquote bei § 17 EStG bzw. Verlängerung der Spekulationsfrist in § 23 EStG (Az.: 2 BvL 14/02, DB 2010 S. 1858).

Bislang finden sich jedoch wenig verfassungsgerichtliche Entscheidungen, die konkrete Aussagen über die Möglichkeit der rückwirkenden Änderung der Grunderwerbsteuer oder anderer aufgrund punktueller Ereignisse entstehender Steuern enthalten. Auch die Fachdiskussion beschränkt sich bislang überwiegend auf Veranlagungssteuern. Dies dürfte daran liegen, dass der Gesetzgeber bei solchen Steuern bislang, was die Rückwirkung von Änderungsgesetzen angeht, die hohen verfassungsrechtlichen Hürden eines solchen Vorgehens beachtet hat. § 1 Abs. 2a GrEStG zum Beispiel, der zum 01.01.1997 eingeführt wurde, war erst auf Gesellschafterwechsel nach diesem Zeitpunkt anzuwenden. Bei Einführung des § 1 Abs. 3a GrEStG im Jahr 2013 war im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens zunächst eine Rückwirkung vorgesehen, wurde aber auf Empfehlung des Vermittlungsausschusses an die verfassungsrechtlichen Vorgaben angepasst.

Ausnahme: Vertrauen bereits vor Verkündung des Gesetzes zerstört?

Nur unter sehr engen Voraussetzungen kann auch eine echte Rückwirkung ausnahmsweise erlaubt sein. Der verfassungsrechtliche Vertrauensschutz wird hier nur dann aufgeweicht, wenn dem Steuerpflichtigen zum Zeitpunkt, auf den das Gesetz zurückwirkt, bereits klar sein musste, dass eine konkrete Gesetzesänderung bevorsteht.

Die Frage, auf welchen genauen Zeitpunkt – vor Gesetzesverkündung – eine Rückwirkung möglich ist, ist dabei vom BVerfG mit teils unterschiedlichen Nuancen beantwortet worden: Regelmäßig sei das Vertrauen jedenfalls mit dem Bundestagsbeschluss über eine Gesetzesänderung zerstört (zuletzt BVerfG vom 10.10.2012, Az.: 1 BvL 6/07, DB 2012 S. 2614). Auch die Veröffentlichung der Beschlussempfehlung eines Vermittlungsausschusses zerstöre das Vertrauen des Steuerpflichtigen – denn dessen Annahme sei sehr wahrscheinlich (BVerfG vom 10.10.2012, Az.: 1 BvL 6/07, a.a.O., Tz. 58 ff.).

Im Einzelfall wurde einerseits auch erst auf die Verkündung des Gesetzes (BVerfG vom 07.07.2010, Az.: 2 BvL 14/02, a.a.O.) abgestellt, andererseits war aber auch – im Falle der Abschaffung von wirtschaftlich unsinnigen Subventionen für Schiffsbestellungen in fernen Ländern (im entschiedenen Fall: Taiwan) – sogar die Ankündigung einer Gesetzesänderung durch veröffentlichten Kabinettsbeschluss maßgeblich (BVerfG vom 03.12.1997, Az.: 2 BvR 882/97, DB 1998 S. 653). Der letztgenannte Fall blieb eine einmalige Ausnahme – hier waren gewichtige Gründe des Gemeinwohls betroffen.

Ganz aktuell sah das BVerfG im eingangs angesprochenen Fall einer unechten Rückwirkung (zur Gewerbesteuer als Jahressteuer) das Vertrauen in den Bestand der zuvor geltenden Rechtslage bereits mit der Zuleitung des Gesetzesentwurfs vom Bundestag zum Bundesrat als nicht mehr schutzwürdig an. Dem Fall lag die besondere Konstellation zu Grunde, dass die entsprechende Änderung schon vormals in das Gewerbesteuergesetz eingefügt worden war und nur durch ein gesetzgeberisches Redaktionsversehen gleich wieder außer Kraft gesetzt wurde und deshalb formal noch einmal neu ins Gesetzgebungsverfahren eingebracht werden musste.

Keine Rückwirkung auf den Zeitpunkt politischer Äußerungen oder Pressemeldungen

Die jüngste Entscheidung des BVerfG ist nicht auf die zeitpunktbezogene Grunderwerbsteuer übertragbar, bei der eine rückwirkende Gesetzesänderung den strengeren Maßstäben der „echten“ Rückwirkung unterliegt. Es mag

gleichwohl sein, dass der Gesetzgeber politisch verleitet wird, das aktuelle Urteil auch auf die Grunderwerbsteuer anzuwenden (unabhängig von der verfassungsrechtlichen Würdigung) – d.h. nach Veröffentlichung eines (ersten) Gesetzesentwurfs wäre etwaiger Vertrauensschutz bereits in Frage gestellt.

Eine weitergehende Rückwirkung dürfte in jedem Fall indiskutabel sein. So kann beispielsweise die Ankündigung, dass die Finanzministerkonferenz (FMK) am 21.06.2018 eine Modifikation von Share Deals beschlossen hat, nicht vertrauenszerstörend sein. Die konkreten Beschlüsse der FMK sind Verschlussache und für die Öffentlichkeit nicht zugänglich. Zudem haben die Finanzminister in Pressemitteilungen am 21.06.2018 erklärt, dass man sich auf bestimmte Maßnahmen (nur) „mehrheitlich“ verständigt habe (PM des Hessischen Ministeriums der Finanzen), dass weitere Maßnahmen geprüft werden müssten (PM Senatsverwaltung für Finanzen Berlin) und dass sich nun erstmal ein Gesetzgebungsverfahren anschließen werde (PM Finanzministerium Schleswig-Holstein).

All diese politischen Äußerungen schaffen zwar in der Praxis eine große politische Unsicherheit, zerstören aber noch kein im verfassungsrechtlichen Sinne verbürgtes Vertrauen in die geltende Rechtslage. Die Steuerpflichtigen können sich noch nicht auf eine konkrete Gesetzesänderung einstellen. Die Finanzminister waren selbst offenbar nicht mehrheitlich gleicher Auffassung – der Ausgang eines etwaigen Gesetzgebungsverfahrens scheint vollständig offen.

Wenn man für die Zerstörung von Vertrauensschutz auf solche Ereignisse abstellen würde, wäre die Büchse der Pandora geöffnet. Woran soll zukünftig angeknüpft werden: an die Beschreibung von Maßnahmen im Koalitionsvertrag, an die Wahlprogramme der Parteien oder daran, was die Kanzlerkandidaten im Fernsehduell vertreten? Das kann rechtsstaatlich nicht richtig sein und das BVerfG wird – wenn es die Chance bekommt – dies mit Sicherheit klarstellen. Zuvor ist jedoch der Gesetzgeber berufen, verfassungskonforme Gesetze auf den Weg zu bringen. Frei nach einem bekannten Zitat lautet die verfassungsrechtlich vorgegebene Maßgabe hierfür: Vertrauen wird nicht dadurch zerstört, dass es in Anspruch genommen wird!

Dieser Beitrag erschien erstmals in: Handelsblatt Steuerboard, 28. September 2018

Steuernachzahlungen – BFH stellt fixen Zinssatz in Frage

von Mareike Krämer (P+P Pöllath + Partners)

30. Oktober 2018

Einkommensteuer

Finanzverwaltung

Umsatzsteuer



Fixer Zinssatz – Bei Steuernachzahlungen macht der Staat ordentlich Kasse. Bild: geralt/Pixabay

Steuernachzahlungen unterliegen seit mehr als fünf Jahrzehnten einer gesetzlichen Verzinsung von 0,5% pro Monat (§ 233a i.V.m. § 238 AO). Sinn und Zweck der Verzinsung ist es, den Liquiditätsvorteil abzuschöpfen, der einem Steuerpflichtigen dadurch entsteht, dass eine Steuerfestsetzung erst mehr als 15 Monate nach der Steuerentstehung erfolgt oder geändert wird. Während des Zeitraums der Nichterhebung kann der Steuerpflichtige diesen Steuerbetrag nutzen, der an sich bereits dem Fiskus zusteht. Gleichermaßen soll der Liquiditätsnachteil der Finanzverwaltung durch die Verzinsung ausgeglichen werden. In Anbetracht des aktuell niedrigen Zinsniveaus stellt sich jedoch die Frage, ob ein Zinssatz in Höhe von 6% pro Jahr noch verhältnismäßig ist.

Verfassungsmäßigkeit des Nachzahlungszinssatzes auf dem Prüfstand

Beim Bundesverfassungsgericht (BVerfG) sind zur Verfassungsmäßigkeit des Nachzahlungszinssatzes bereits zwei Verfahren anhängig, die Zinszeiträume nach dem 31.12.2009 und nach dem 31.12.2011 betreffen (1 BvR 2237/14 und 1 BvR 21422/17). In den vergangenen Monaten beschäftigten sich zudem zwei verschiedene Senate des BFH mit der Frage, ob der Zinssatz mit dem Grundgesetz vereinbar sei – mit unterschiedlichen Ergebnissen.

Gegensätzliche BFH-Entscheidungen und Einlenken des BMF

Der III. Senat des BFH befand die Verzinsung für das Jahr 2013 für verfassungsgemäß (BFH vom 09.11.2017 – III R 10/16, DB 2018 S. 489; vgl. dazu Werth, DB 2018 S. 674). Ohne Typisierungen sei die Regelung nicht umsetzbar. Die Anwendung des fixen Zinssatzes erfolge zur Verwaltungsvereinfachung und aus Praktikabilitätsgründen. Der BFH stützte seine Argumentation auch auf eine Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2009, in der eine Verfassungswidrigkeit der Verzinsung für frühere Zinszeiträume abgelehnt worden war. Zur

Illustration der Bandbreite möglicher Zinssätze zog der III. Senat den Monatsbericht der Deutschen Bundesbank heran. Dieser zeigte Zinssätze zwischen 0,15% und 14,7%. Ein Zinssatz von 6% sei daher für Verzinsungszeiträume, die in das Jahr 2013 fallen, nicht unverhältnismäßig.

Zur Höhe des Nachzahlungszinssatzes für Verzinsungszeiträume ab April 2015 hatte ein halbes Jahr später der IX. Senat des BFH zu entscheiden (BFH vom 25.04.2018 – IX B 21/18, RS1277767; vgl. dazu Brandt, StR kompakt, DB1284044). Streitig war, ob die Vollziehung eines Zinsbescheides auszusetzen sei. Der IX. Senat des BFH äußerte im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes schwerwiegende Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit und sah damit Gründe für eine Aussetzung der Vollziehung gegeben. „Angesichts der zu dieser Zeit bereits eingetretenen strukturellen und nachhaltigen Verfestigung des niedrigen Marktzinsniveaus“ überschreite der Zinssatz den Rahmen der wirtschaftlichen Realität, was potenziell gleichheitswidrig wäre. Es sei nahezu ausgeschlossen, dass ein Steuerpflichtiger die zu zahlenden Zinsen durch Anlage hätte erzielen können. Die Zinshöhe wirke „wie ein sanktionierender, rechtsgrundloser Zuschlag auf die Steuerfestsetzung“, so dass zweifelhaft sei, ob diese noch dem Übermaßverbot entspreche.

Kein Rechtfertigungsgrund für das Festhalten am fixen Zinssatz sei zudem das Ziel der Verwaltungsvereinfachung. Auch die Finanzverwaltung verfüge über moderne Datenverarbeitungstechnik, die es ermögliche, Anpassungen des Zinssatzes, z.B. an den jeweiligen Markt- oder Basiszinssatz, technisch umzusetzen.

Zur Anwendung dieses Beschlusses über den entschiedenen Einzelfall hinaus ist am 14.06.2018 ein BMF-Schreiben ergangen. In allen Einspruchsverfahren gegen vollziehbare Zinsfestsetzungen, die Verzinsungszeiträume ab dem 01.04.2015 betreffen, ist auf Antrag des Steuerpflichtigen Aussetzung der Vollziehung zu gewähren. Dies sei nicht als Zweifel der obersten Finanzbehörden an der Verfassungsmäßigkeit des Zinssatzes zu verstehen – so der ausdrückliche Hinweis im BMF-Schreiben. Schließlich habe das BVerfG in der Vergangenheit bereits mehrere Nichtannahmebeschlüsse in ähnlich gelagerten Fällen getroffen, so dass weiterhin ungewiss sei, ob das BVerfG den Zinssatz in den anhängigen Verfahren als verfassungswidrig einstufen werde.

Einordnung und Empfehlung

Die jüngste Entscheidung des BFH ist zu begrüßen. Auch wenn der IX. Senat im Aussetzungsverfahren nicht die Möglichkeit hatte, das BVerfG hinzuzuziehen, äußerte er doch erstmals schwere Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit und bestätigte die Realitätsferne des aktuellen Zinssatzes. Der BFH schloss sich damit der herrschenden Literaturmeinung und der öffentlichen Wahrnehmung an. Da es sich bei dem Beschluss des IX. Senates nur um eine summarische Prüfung handelte, bleibt die zukünftige Auffassung des BFH allerdings weiter spannend.

Abzuwarten bleibt auch, ob der Gesetzgeber nun selbst aktiv wird oder das BVerfG hierfür die Rahmenbedingungen diktieren wird. Auf Länderebene sind erste Initiativen erkennbar. So haben der Freistaat Bayern und das Land Hessen den Bundesrat zur Einforderung bzw. Einbringung eines Gesetzesentwurfs aufgefordert, der eine Absenkung des Zinssatzes auf 0,25% pro Monat vorsehen soll. Über diese Anträge wird derzeit in den Fachausschüssen beraten.

Es ist ratsam, in sämtlichen Fällen von Zinsbescheiden für Verzinsungszeiträume nach dem 31.12.2009 unter Bezug auf die anhängigen Verfahren beim BVerfG Einspruch einzulegen. Dies gilt unabhängig vom Veranlagungszeitraum und der Steuerart. Die im BMF-Schreiben angeordnete Aussetzung der Vollziehung der Zinsbescheide ist nur auf Antrag zu gewähren. Daher ist für Verzinsungszeiträume ab dem 01.04.2015 ausdrücklich auch die Aussetzung der Vollziehung zu beantragen.

Das Einlegen von Rechtsmitteln sollte nicht nur im Falle von Nachzahlungszinsen, sondern für alle Zinsbescheide erfolgen – also ebenso für Hinterziehungszinsen, Stundungszinsen und AdV-Zinsen. Der Bezug auf den Zinssatz von 0,5% pro Monat (§ 238 AO) ist diesen Verzinsungsarten gemeinsam. Eine abweichende Auffassung in Bezug auf die Verfassungskonformität der Höhe des Zinssatzes erscheint daher zunächst unwahrscheinlich.

Die Verzinsung betrifft neben Steuernachzahlungen auch Steuererstattungen. Der hohe Zinssatz wirkt sich dann zugunsten der Steuerpflichtigen aus. Trotzdem verbleibt bei der Finanzverwaltung ein positiver Zinssaldo. Allein

durch Betriebsprüfungen wurden in den vergangenen Jahren jeweils Mehrergebnisse aus Zinsen in Milliardenhöhe erzielt.

Dieser Beitrag erschien erstmals in: Handelsblatt online, Steuerboard, 23. Oktober 2018

Steueränderungen 2018 – Das Wichtigste im Überblick

von Verena Hang (P+P Pöllath + Partners)

19. Dezember 2018

Umsatzsteuer

Finanzverwaltung

Körperschaftsteuer

Jahressteuergesetz 2018

Ende November 2018 hat der Bundesrat dem „Jahressteuergesetz 2018“ zugestimmt und der Finanzverwaltung damit neue Regeln an die Hand gegeben. Auch wurde die deutsche Rechtslage an bestehendes EU-Recht angepasst.

Der Bundesrat hat am 23. November 2018 dem „Gesetz zur Vermeidung von Umsatzsteuerausfällen beim Handel mit Waren im Internet und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften“ (vormals „Jahressteuergesetz 2018“ genannt) zugestimmt. Das Änderungsgesetz enthält Anpassungen an das EU-Recht sowie an die Rechtsprechung des EuGH, des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesfinanzhofs, die insgesamt 13 Steuergesetze betreffen.



Mit Änderungen des Jahressteuergesetzes 2018 gibt der Gesetzgeber der Finanzverwaltung neue Regelungen an die Hand.

Bild: Tobias Arhelger/Fotolia

Gesetzgeber streicht quotale Verlustabzugsbeschränkung

Bereits 2017 hat das Bundesverfassungsgericht die quotale Verlustabzugsbeschränkungsregel für schädliche Beteiligungserwerbe des § 8c Abs. 1 S. 1 KStG für verfassungswidrig erklärt und so den Gesetzgeber auf den Plan gerufen. Während im ursprünglichen Gesetzesentwurf lediglich die vorübergehende Suspendierung der Vorschrift von 2008 bis 2016 vorgesehen war, wurde § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG in der nun verabschiedeten Fassung ersatzlos gestrichen. Infolgedessen gehen Verluste auch ab 2016 nicht mehr anteilig unter, wenn innerhalb von fünf Jahren mehr als 25% bis zu 50% des gezeichneten Kapitals einer Körperschaft mittelbar oder unmittelbar übertragen werden. Die Aufhebung des quotalen Verlustuntergangs gilt durch den unveränderten Verweis in § 10a Satz 10 GewStG auch für die Gewerbesteuer. Ob das Bundesverfassungsgericht zukünftig auch das Verlustabzugsverbot bei Anteilsübertragungen von mehr als 50 % des Kapitals für verfassungswidrig erklärt, bleibt abzuwarten.

Wiederanwendbarkeit der Sanierungsklausel

Der Gesetzgeber hatte ursprünglich vorgesehen, dass Verlustvorträge bei Anteilsübertragungen nicht verfallen, wenn dadurch die Insolvenz eines Unternehmens abgewendet werden soll. Die EU-Kommission hatte die Regelung des § 8c Abs. 1a KStG jedoch in 2011 für mit dem EU-Beihilferecht unvereinbar erklärt, sodass die Anwendbarkeit der sog. Sanierungsklausel seither suspendiert war. Nachdem der EuGH den Kommissionsbeschluss Anfang des

Jahres revidiert hat, wird nun auch Anwendungssperre des § 8c Abs. 1a KStG aufgehoben. Nach der Anwendungsregel des § 34 Abs. 6 Satz 4 KStG-neu tritt die Sanierungsklausel rückwirkend zum Veranlagungszeitraum 2008 wieder in Kraft.

Organschaft trotz variablen Ausgleichszahlungen

Die Anerkennung einer ertragsteuerlichen Organschaft setzt voraus, dass die Organgesellschaft ihren gesamten Gewinn an den Organträger abführt. Nach § 14 Abs. 2 KStG-neu gilt der gesamte Gewinn auch dann als abgeführt, wenn variable Ausgleichszahlungen an einen außenstehenden Gesellschafter geleistet werden. Eine praktische Unsicherheit verbleibt aber dadurch, dass diese jedoch nicht über den ausschüttungsfähigen Gewinnanteil hinausgehen dürfen, den die Organgesellschaft ohne Gewinnabführungsvertrag hätte ausschütten können und wirtschaftlich begründet sein müssen. Eine Organschaft, die den Voraussetzungen von § 14 Abs. 2 KStG-neu nicht genügt, kann übergangsweise weiterhin bis zum 31. Dezember 2021 anerkannt werden.

Umsatzsteuer-Verpflichtungen auf Online-Marktplätzen

Die namensgebende Hauptänderung des Gesetzes verpflichtet Betreiber von Online-Marktplätzen mit § 22f UStG-neu dazu, Name, Anschrift, Steuernummer bzw. USt-ID der Händler, die auf ihren Plattformen aktiv sind, aufzuzeichnen, wenn deren Umsätze in Deutschland umsatzsteuerpflichtig sind. Außerdem haften Betreiber von Online-Marktplätzen nach § 25e UStG-neu ab dem 28. Februar 2019 für die nicht entrichtete Umsatzsteuer aus Lieferungen ihrer Händler, wenn sie keine Bescheinigung des Finanzamts über deren steuerliche Erfassung vorlegen können.

Key Facts

- Die quotale Verlustabzugsbeschränkung bei Körperschaften wird abgeschafft.
- Die Sanierungsklausel tritt wieder in Kraft.
- Variable Ausgleichszahlungen stehen der Organschaft nicht entgegen.
- Betreiber von Online-Marktplätzen treffen neue umsatzsteuerliche Verpflichtungen.

Managementbeteiligungen – Besteuerungskriterien für Beiräte und Berater

von Dr. Barbara Koch-Schulte (P+P Pöllath + Partners)

21. Dezember 2018

Managementbeteiligung

Finanzverwaltung

PE-Transaktionen



Berater und Beiräte sind oft wichtiger Bestandteil in Private-Equity-Investments. Bild: sebra/Fotolia

Managementbeteiligungen sind Bestandteil beinahe jedes Investments eines Private Equity-Investors. Häufig erhalten aber auch Berater und Beiräte die Möglichkeit, sich zu gleichen oder ähnlichen Bedingungen zu beteiligen wie das Management. Während es zur Besteuerung von angestellten Managern mit solchen Kapitalbeteiligungen bereits einige Gerichtsentscheidungen gibt, fehlt

dies bisher für die Besteuerung von Beiräten und Beratern. Das Finanzgericht Baden-Württemberg hat am 26. Juni 2017 (– 8 K 4018/14) einen ersten Fall entschieden.

Grundsätzlich unterliegen Erlöse aus Managementkapitalbeteiligungen der Besteuerung als Kapitalvermögen und damit dem ermäßigten Steuersatz der Abgeltungssteuer und bei Beteiligungen von 1% oder mehr dem sog. Teileinkünfte-Verfahren. Unter bestimmten Voraussetzungen kommt aber auch eine Besteuerung mit dem normalen Einkommensteuersatz in Betracht, wenn die Erlöse als Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit dem Arbeitsverhältnis des Managers zugerechnet werden. Im Vergleich zu einer Besteuerung als Einkünfte aus Kapitalvermögen ist dies mit einer Steuermehrbelastung von ca. 20% verbunden (Spitzensteuersatz Einkommensteuer 45% vs. Abgeltungssteuer von 25%).

Durch die Rechtsprechung bisher nicht geklärt ist die Frage, ob, und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen, auch Beiräte oder Berater als Investoren in Managementbeteiligungen damit rechnen müssen, dass ihre Erlöse als Tätigkeitsvergütungen den Einkünften aus selbständiger Arbeit gemäß § 18 EStG zugerechnet werden. In der Praxis von Betriebsprüfungen ist teilweise festzustellen, dass die Finanzverwaltung in diesen Fällen nicht zwischen Managern und Beiräten differenziert. Dabei gelten für die Qualifizierung von Einkünften aus selbständiger Tätigkeit andere Voraussetzungen, als für Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit. Außerdem sind Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit den Überschusseinkunftsarten zuzuordnen, während die Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit zu den Gewinneinkunftsarten gehören (§ 2 Abs. 2 EStG).

Besteuerung von Managementbeteiligungen

Nach Auffassung des Bundesfinanzhofs (BFH), kann nicht jeder Leistungsaustausch mit einer faktischen Nähe zum Arbeitsverhältnis automatisch den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit zugeordnet werden. Vielmehr ist in jedem Einzelfall aufgrund aller wesentlichen Umstände zu prüfen, ob der entsprechende Leistungsaustausch durch das Dienstverhältnis veranlasst ist oder aufgrund einer eigenständigen Sonderrechtsbeziehung einer anderen

Einkunftsart oder dem nichtsteuerbaren Bereich zuzuordnen ist. Als eine solche eigenständige Sonderrechtsbeziehung qualifiziert der BFH ausdrücklich die Kapitalbeteiligung eines Arbeitnehmers an seinem Arbeitgeber. Nutzt der Arbeitnehmer sein Kapital, um sich am Arbeitgeberunternehmen zu beteiligen, so liegt grundsätzlich eine vom Arbeitsverhältnis eigenständige und unabhängige Erwerbsgrundlage vor.

Ist ein Veranlassungszusammenhang zum Gesellschaftsverhältnis und zum Arbeitsverhältnis herstellbar, so ist im Sinne einer „wertenden Zuordnung“ zu entscheiden, welches von beiden nach den Umständen des Einzelfalls für den Leistungsaustausch prägend ist. Ob eine solche Umqualifizierung eintritt, kann nach der Rechtsprechung des BFH nur durch eine Würdigung aller wesentlichen Umstände des Einzelfalls (Gesamtschau) entschieden werden. An einer Veranlassung durch das Beschäftigungsverhältnis fehlt es, wenn das Sonderrechtsverhältnis unabhängig vom Arbeitsverhältnis besteht und den gesamten Leistungsaustausch zwischen den Parteien abbildet, ohne dass daneben noch dem Beschäftigungsverhältnis zuzuordnende, lohnsteuerrechtlich erhebliche Leistungen vorliegen.

Anhand der bisher zu diesem Thema vorliegenden Rechtsprechung reicht es für eine Umqualifizierung nicht aus, dass

- die Beteiligung nur leitenden Angestellten zum Erwerb angeboten wird,
- die Beteiligung nicht frei an Dritte übertragen werden kann, und
- bei Ausscheiden des Beteiligten aus dem Arbeitsverhältnis die Kapitalbeteiligung außerordentlich gekündigt werden kann.

Dies hat der BFH jüngst in seiner Entscheidung vom 4. Oktober 2016 bestätigt, in der er sich erstmals mit einer typischen Private Equity-Managementbeteiligung beschäftigt hat. Danach kommt es für die Anerkennung der Kapitalbeteiligung als Sonderrechtsverhältnis vor allem darauf an, dass

- die Managementbeteiligung zum Verkehrswert gekauft und veräußert wird und
- der Manager ein effektives Verlustrisiko aus der Beteiligung trägt.

Indizien für eine Verbindung zum Arbeitsverhältnis sind Haltebedingungen, die an das Arbeitsverhältnis anknüpfen. Dies kann u. U. ein sog. Leaver Scheme sein, der unterschiedliche Rückkaufpreise für sog. Good und Bad Leaver vorsieht. Für sich genommen genügt ein Leaver Scheme aber noch nicht, um Veräußerungsgewinne in Arbeitslohn umzuqualifizieren.

Funktion und Aufgaben von Beiräten und Beratern in Private Equity-Investments

Beiräte und Berater stehen nicht in einem Anstellungsverhältnis zur Zielgesellschaft des Investors. Sie werden in der Regel auf Basis eines Beratervertrags tätig, der mit der Zielgesellschaft oder einer der Holdinggesellschaften geschlossen wird. Beiräte können beratend oder auch beaufsichtigend tätig sein. Der Beirat und seine Aufgaben sind in der Regel in der Satzung der jeweiligen Gesellschaft verankert und präzisiert. Ein Beirat kann aber auch nur beratend und ohne satzungsgemäße Verankerung auf der Holding-Ebene beim Investor angesiedelt sein (Advisory Committee). Ein Berater ohne Beiratsfunktion ist dem Unternehmen und dem Investor häufig nicht so eng verbunden und wird für befristete oder sachlich beschränkte Aufgaben hinzugeholt.

Beiräte und Berater unterstützen den Private Equity-Investor bei der Weiterentwicklung der Zielgesellschaft. Sie verfügen über Branchen-Know-how und häufig auch über operative Erfahrung als Geschäftsführer oder Vorstand. Beiräte und Berater nehmen in der Regel keine operativen Aufgaben wahr, es sei denn, dass sie ausnahmsweise als Interims-Geschäftsführer einspringen. Sie sind aber Sparringspartner für das operative Management und helfen bei der strategischen Planung und Ausrichtung des Unternehmens. Zum Teil sind sie bereits bei der Auswahl der Zielgesellschaft und im Erwerbsprozess tätig, zum Teil kommen sie aber auch erst nach Abschluss des Erwerbsprozesses hinzu.

Die Entscheidung des Finanzgerichts Baden-Württemberg

In dem von Finanzgericht Baden-Württemberg zu entscheidenden Sachverhalt war der Berater bereits im Bieterverfahren zum Erwerb der Unternehmensgruppe auf Seiten der Investoren beratend tätig. Vorgetragen war sogar, dass die Investoren das Investment nicht eingegangen wären, wenn sie nicht auf die Kontakte und Branchenkenntnisse des Klägers, eines ehemaligen Geschäftsführers eines Wettbewerbers, hätten zurückgreifen können. Der Berater wurde außerdem beim Aufsetzen der Akquisitionsstruktur als Treuhänder der Investoren tätig. Der Beratervertrag kam erst nach Abschluss der Transaktion zustande. Aufgabe des Beraters war danach die strategische Beratung der Holding in allen relevanten Bereichen der operativen Geschäftsführung und der Entwicklung der Holding und der mit ihr verbundenen Unternehmen. Zu diesem Zweck sollte der Berater in der Holding die Position eines Geschäftsführers und eines Beirats und in der Tochtergesellschaft die Position eines Aufsichtsrats übernehmen. Für die Tätigkeit an siebzig Tagen pro Kalenderjahr erhielt der Berater ein Beraterhonorar, sowie einen pauschalen Aufwendersatz und für jeden weiteren Beratertag ein Fixhonorar.

Tatsächlich war der Berater für einen Zeitraum von fünf Monaten in einem Jahr und für fast zwei Jahre bis zur Veräußerung der Gruppe sogar Geschäftsführer der operativen Tochtergesellschaft. Mit der späteren Übernahme der Geschäftsführung der Tochtergesellschaft wurde der Beratervertrag dahingehend angepasst, dass der Umfang der Tätigkeitsvergütung auf mindestens 200 Beratertage angesetzt wurde und das fixe Beraterhonorar erhöht wurde.

In Zusammenhang mit dem Vollzug des Kaufvertrages erwarb der Berater eine Beteiligung an der Holding. Diese Beteiligung erstreckte sich jedoch lediglich auf das unmittelbare Stammkapital sowie die sogenannte Kapitalrücklage I. Die Investoren erbrachten außerdem noch Einzahlungen in die Kapitalrücklage II und III und leisteten einen erheblichen Betrag als Gesellschafterdarlehen. Die Erlösverteilung sollte so stattfinden, dass zunächst die Gesellschafterdarlehen einschließlich der Zinsen in Höhe von 1,25% p.a. zu tilgen waren, dann die Kapitalrücklage II nebst Zinsen in Höhe von 22,6% p. a. und dann, gleichberechtigt, die Kapitalrücklage I und das Stammkapital einschließlich der Kapitalrücklage III. Der überschießende Betrag war gemäß den Beteiligungen am Stammkapital und an der Kapitalrücklage III auszus zahlen.

Berater und Investoren schlossen im Zusammenhang mit dem Erwerb der Beteiligung einen Beteiligungsvertrag. Dieser enthielt für den Berater eine Verfügungsbeschränkung (Verfügungen nur mit Zustimmung der Investoren) und einen sog. Leaver Scheme, das heißt ein Ankaufsrecht für den Investor im Falle eines Good oder Bad Leaver Events. Für den Fall eines Change of Control-Verkaufs sah der Beteiligungsvertrag ein(e) Mitverkaufsrecht/-pflicht für den Berater vor. Im weiteren Verlauf des Investments beteiligten sich auch weitere Geschäftsführer zu denselben Bedingungen an der Holding. Den bei Verkauf der Gesellschaft realisierten Veräußerungsgewinn erklärte der Berater als Veräußerungsgewinn nach § 17 EStG.

Nach Einwendung der Steuerfahndung veranlagte das Finanzamt den Veräußerungsgewinn aus der Beteiligung als Einnahme aus selbständiger Tätigkeit gemäß § 18 EStG. Das Finanzamt stützt seine Rechtsauffassung insbesondere auf die enge Verbindung zwischen dem Berater und dem Unternehmen. Durch sein Know-How, seine Kontakte und Branchenkenntnisse sei der Berater Garant für die erfolgreiche Sanierung und den anschließenden gewinnbringenden Exit gewesen. Der Veräußerungsgewinn entspreche daher einer erfolgsabhängigen Vergütungskomponente. Der Berater sei gerade nicht zu denselben Bedingungen beteiligt gewesen wie die Investoren. Er habe auf sein eingesetztes Kapital eine Rendite von 1.935% erzielt, während die Investoren nur eine Rendite von etwa 245% realisiert hätten. Insofern liege eine überproportionale Gewinnbeteiligung des Beraters vor. Auf das mit dem Investment verbundene Verlustrisiko komme es nicht an, da Einkünften aus selbständiger Tätigkeit ein Verlustrisiko immanent sei.

Dagegen wehrte sich der Kläger. Beratungs- und Beteiligungsverhältnis seien getrennt zu betrachten. Die vertraglichen Vereinbarungen hätten Marktstandards entsprochen. Die Erfolgsbeteiligung sei auch nicht überproportional gewesen, da ja zunächst Zinsen, sowie die Rückzahlung der Gesellschafterdarlehen und der Kapitalrücklage II hätten verdient werden müssen, bevor er überhaupt Geld bekommen hätte.

Urteilsbegründung

Das Finanzgericht ist der Einschätzung des Finanzamtes gefolgt und hat den Veräußerungsgewinn des Beraters als Einkommen aus selbständiger Tätigkeit gemäß § 18 EStG qualifiziert. In der Begründung führt das Finanzgericht

aus, dass der Erwerb der Beteiligung durch die vom Berater ausgeübte selbständige Tätigkeit veranlasst gewesen sei. Insofern seien die vom Bundesfinanzhof entwickelten Grundsätze für die Qualifizierung von Einkünften aus nicht selbständiger Tätigkeit auf die Beraterbeteiligung entsprechend anzuwenden. Im zweiten Teil der Begründung stützt sich das Finanzgericht außerdem darauf, dass es sich bei der Beteiligung des Beraters um notwendiges Betriebsvermögen seiner Beratungstätigkeit handeln würde.

Die aus Sicht des Finanzgerichts für eine Tätigkeitsvergütung sprechenden Argumente sind

- die enge Verbindung zwischen dem Berater und den Investoren, die nach Ansicht des Senats zu einem wechselseitigen Abhängigkeitsverhältnis zwischen Beteiligung und Beratertätigkeit führte;
- die überproportionale Rendite aus dem Investment, wobei der Senat zum Vergleich auf Seiten des Investors das gesamte Investment berücksichtigt hat und nicht nur die jeweils auf das Stammkapital und die Kapitalrücklage I geleistete Zahlung (der Senat ist davon überzeugt, dass die Investoren einem fremden Dritten eine solche Beteiligung nicht eingeräumt hätten);
- der beschränkte Teilnehmerkreis für die Beteiligung (nur Manager und Berater);
- die fehlenden laufenden Erträge aus dem Investment.

Keine ausreichenden Gegenargumente sieht das Gericht in der Gesamtwürdigung darin, dass

- sowohl der Erwerb, als auch die Veräußerung der Kapitalbeteiligung zum Marktpreis erfolgten, und
- der Berater ein Verlustrisiko im sechsstelligen Bereich trug. Im Hinblick auf das Verlustrisiko führt der Senat aus, dass der Einkunftsart der selbständigen Arbeit gemäß § 18 EStG ein Unternehmerrisiko immanent sei und daher ein bestehendes Verlustrisiko für die Abgrenzung zu anderen Einkunftsarten weniger wichtig sei, als bei Einkünften aus nicht selbständiger Arbeit nach § 19 EStG.

In Bezug auf die Qualifizierung als notwendiges Betriebsvermögen führt das Finanzgericht aus, dass es sich bei der Beteiligung um eine Hilfstätigkeit handelt, die der selbständigen Betätigung des Beraters nicht wesensfremd sei. Ohne den Beratervertrag sei die Beteiligung ja auch nicht zustande gekommen. Die Beteiligung an der Holding habe dem Berater außerdem eine gewisse Kontrolle hinsichtlich der tatsächlichen Umsetzung seiner Beratungshinweise ermöglicht, die er sonst nicht gehabt hätte. Außerdem fördere die Beteiligung insoweit entscheidend die Beratungstätigkeit, als damit die Chance auf einem zusätzlichen Gewinn bei einer erfolgreichen Beratung verbunden gewesen sei.

Die Revision zu diesem Urteil ist anhängig beim achten Senat des Bundesfinanzhofs unter dem Aktenzeichen VIII R 21/17.

Entsprechende Anwendung der Rechtsprechung zu Managementbeteiligungen?

Der Entscheidung des Finanzgerichts Baden-Württemberg ist in diesem Fall nicht beizupflichten. Auch systematisch lässt die Begründung zu wünschen übrig. Sofern das Finanzgericht die Grundsätze der Rechtsprechung zu den Einkünften aus nicht selbständiger Tätigkeit bei Mitarbeiter- oder Managementbeteiligungen entsprechend für die Beratertätigkeit heranziehen möchte, so ist dem insofern nichts entgegenzusetzen, als auch ein Berater eine Tätigkeit gegen Entgelt erbringt, so wie auch der angestellte Manager. In diesem Fall reduziert sich der Unterschied zwischen beiden Einkunftsarten darauf, dass der Berater die Leistung selbständig, also weisungsunabhängig erbringt, während der Manager die Leistung im Rahmen eines Anstellungsverhältnisses, also weisungsgebunden erbringt. Eine weitere Differenzierung erscheint in der Tat an dieser Stelle nicht erforderlich zu sein. Insofern kann dem Finanzgericht durchaus gefolgt werden.

Keine zutreffende Anwendung der vorhandenen Rechtsprechung

Das Finanzgericht hat aber in seinem Urteil die Grundsätze der BFH-Rechtsprechung nicht zutreffend angewendet und gewürdigt. Nach dem Urteil des Bundesfinanzhofs vom 4. Oktober 2016 kommt gerade dem Erwerb und dem Verkauf der Beteiligung zum Marktpreis eine entscheidende Bedeutung zu. Ebenfalls wesentlich für die Abgrenzung ist die Übernahme eines effektiven Verlustrisikos durch die Beteiligungen. Beide Kriterien sind im vorliegenden Fall erfüllt. Dennoch hat das Finanzgericht sie nicht als tragend für eine Qualifizierung als Einkünfte aus Kapitalvermögen bzw. § 17 EStG angesehen.

Stattdessen stützt es sich vor allem auf die enge Verbindung zwischen Berater und Unternehmen und den beschränkten Teilnehmerkreis des Investments. Beides ist jedoch einer Mitarbeiterbeteiligung immanent, wie der Bundesfinanzhof schon mehrfach festgestellt hat. Ein Manager der ausschließlich für sein Arbeitgeberunternehmen arbeitet, steht sogar in einem noch engeren Verhältnis zu dem Beteiligungsunternehmen als es ein Berater tut. Wenn hier der Berater beinahe ausschließlich für das Unternehmen tätig geworden ist, so lässt sich eher die Frage stellen, ob noch die Voraussetzungen einer selbstständigen Tätigkeit gegeben sind, oder ob nicht vielmehr doch ein Anstellungsverhältnis angenommen werden müsste. Diese Differenzierung ist hier aber gar nicht relevant.

Auch die fehlenden Dividendenausschüttungen sprechen nicht gegen eine Kapitalanlage, wie der Bundesfinanzhof in ständiger Rechtsprechung schon mehrfach festgestellt hat. Dass hier keine Dividenden zur Ausschüttung kamen, war

der Gewinnverteilungsverabrede und ggf. den Finanzierungsverträgen mit den Banken geschuldet. Es war aber nicht ausgeschlossen, dass positive Erträge aus der Beteiligung realisiert werden würden.

Disproportionale Zeichnung von Kapitalinstrumenten als Indiz für eine Tätigkeitsvergütung?

Der für das Finanzgericht wesentliche Punkt liegt in der besonderen Gestaltung der Kapitalstruktur und der damit verbundenen „überproportionalen“ Gewinnbeteiligung. Das Finanzgericht vertritt die Auffassung, dass nicht der Ertrag auf die einzelnen Stammgeschäftsanteile von Berater und Investor zu vergleichen ist, sondern dass das Gesamtinvestment des Investors ins Verhältnis zum Investment des Beraters zu setzen ist. Aufgrund der disproportionalen Zeichnung von Kapitalinstrumenten in diesem Fall (der Berater hat weder Gesellschafterdarlehen gegeben, noch die vorrangige Kapitalrücklage II gezeichnet) hat der Berater auf sein Investment zwar einen erheblich höheren Ertrag realisiert als der Finanzinvestor. Dies ist aber aus zweierlei Gründen irrelevant:

- Zum einen sind die Gesellschafter einer Gesellschaft grundsätzlich frei, die Kapitalverhältnisse der Gesellschaft so zu strukturieren, wie sie es für richtig halten. Der in anderem Zusammenhang entwickelte Grundsatz der Finanzierungsfreiheit überlässt es der Entscheidung der Gesellschafter, ob und in wie weit sie einer Gesellschaft neben Eigenkapital auch Fremdkapital zur Verfügung stellen. Dies gilt jedenfalls insofern, als mit der unterschiedlichen Finanzierung auch unterschiedliche wirtschaftliche Folgen einhergehen.
- Zum anderen ist mit der gewählten Kapitalstruktur für den Berater im Vergleich zum Investor ein erheblich erhöhtes Verlustrisiko verbunden. Mit dieser Tatsache hat sich der achte Senat des Finanzgerichts mit keinem Wort auseinandergesetzt.

Der fünfte Senat des Finanzgerichts Baden-Württemberg hatte beinahe zeitgleich einen ähnlichen Fall (allerdings in Bezug auf einen Manager) zu entscheiden. Auch hier hatte der Manager nur Stammgeschäftsanteile erworben, während der Investor außerdem noch Vorzugsgeschäftsanteile mit einer fixen Dividende und einer Liquidationspräferenz gezeichnet hatte. Der fünfte Senat vertrat insofern die Auffassung, dass nur die Erlöse der jeweils erworbenen Kapitalanteile miteinander verglichen werden können, da die weiteren Anteile mit unterschiedlichen Rechten und Pflichten ausgestattet waren und sich daher selbstverständlich im Wert unterscheiden. Soweit das Finanzamt für den Vergleich auf die Rendite des Gesamtinvestments des Investors abgestellt hatte, handelte es sich nach Meinung des fünften Senats um eine unzulässige Ex-post-Betrachtung. Denn wegen der hohen Verzinsung der vorrangigen Anteilsklasse ist anfänglich nicht absehbar, dass ein so hoher Veräußerungserlös auf die Stammgeschäftsanteile realisiert werden kann. Wenn nämlich der Gewinn nicht ausgereicht hätte, um die vorrangigen

Kapitalinstrumente zu bedienen, hätte zwar der Investor einen Gewinn erzielt, das Management hätte sein Investment aber vollständig verloren.

Dieser Argumentation und Beurteilung ist nichts hinzuzufügen. Sie erfasst zutreffend die wirtschaftlichen Folgen des Investments, die auch für eine Besteuerung nicht einfach außer Acht gelassen werden können.

Irrelevantes Verlustrisiko?

Das Verlustrisiko des Beraters ist nach Meinung des achten Senats des Finanzgerichts Baden-Württemberg deshalb nicht zu berücksichtigen, weil es den Einkünften aus selbständiger Tätigkeit immanent sein soll. Zwar gehört zum Bild des selbständig Tätigen im Einkommensteuerrecht auch das unternehmerische Risiko. Außerdem ist die Vermögungssphäre bei den Einkünften aus selbständiger Tätigkeit in die Besteuerung einbezogen, da es sich um Gewinneinkünfte handelt.

Der vorliegende Sachverhalt betrifft aber die Qualifizierung einer Tätigkeitsvergütung. In diesem Fall ist ein Verlustrisiko für den selbständig Tätigen genauso wenig immanent, wie für den nicht selbständig Tätigen. Denn auch der selbständig Tätige hat im Falle einer Beratungstätigkeit zunächst einen unbedingten Anspruch auf das Entgelt für die geleistete Arbeit, wie auch ein Arbeitnehmer. Etwas anderes mag gelten, wenn die Beteiligung Betriebsvermögen des Beraters ist und sich das Verlustrisiko auf den Vermögenswert bezieht. Dann gelten aber andere Beurteilungskriterien, wie im Folgenden zu sehen ist.

Beiratsbeteiligung als Betriebsvermögen des Beirates

Wenn das Finanzgericht den Veräußerungsgewinn aus der Kapitalbeteiligung als Tätigkeitsvergütung bei den Einkünften aus selbständiger Tätigkeit ansetzt, so ist nicht erkennbar, warum daneben außerdem noch zu untersuchen ist, ob es sich bei der Kapitalbeteiligung um Betriebsvermögen des Beraters handelt. Diese Frage hätte nach der Bejahung der Tätigkeitsvergütung grundsätzlich nicht mehr gestellt werden müssen. Andersherum hätte bereits die Annahme von notwendigem Betriebsvermögen ausgereicht, um den Veräußerungsgewinn den Einkünften aus selbständiger Tätigkeit zuordnen zu können.

Wie das Finanzgericht zutreffend ausführt, sind Kapitalbeteiligungen nach ständiger Rechtsprechung als „Geldgeschäft“ dem Berufsbild der freien Berufe grundsätzlich fremd. Nur ausnahmsweise kommt die Zuordnung einer Kapitalbeteiligung zum notwendigen Betriebsvermögen eines Freiberuflers in Betracht. Wirtschaftsgüter stellen nur dann notwendiges Betriebsvermögen des Freiberuflers dar, wenn sie dem Betrieb unmittelbar dienen. Sie müssen objektiv erkennbar zum unmittelbaren Einsatz im Betrieb selbst bestimmt sein. Das sind sie, wenn sie zwar nicht unentbehrlich sind, sich aber in gewisser Weise auf den Betriebsablauf beziehen und ihm zu dienen bestimmt sind.

Kapitalbeteiligungen sollen die Betätigung des Steuerpflichtigen entscheidend fördern oder ihm dazu dienen, den Absatz von Produkten zu gewährleisten. Außerdem darf der Geschäftsgegenstand der Gesellschaft der freiberuflichen Tätigkeit des Steuerpflichtigen nicht wesensfremd sein, die Beteiligung muss eine bestimmbare freiberufliche Aktivität ermöglichen oder ergänzen. Das kann auch dann der Fall sein, wenn ein Wirtschaftsgut als Vergütungsersatz zugewendet wird.

Im vorliegenden Sachverhalt sind somit die Beratungstätigkeit, also das Berufsbild Unternehmensberater, ins Verhältnis zur Tätigkeit des Beteiligungsunternehmens zusetzen. Nach den Feststellungen zum Sachverhalt ist aber noch nicht einmal bekannt, worin die Tätigkeit des Unternehmens besteht. Insofern kann hier eine entsprechende Aussage zum notwendigen Betriebsvermögen schon aus diesem Grund nicht gemacht werden. Soweit es den Investoren gezielt auf die beim Berater vorhandenen Fachkenntnisse und sein Expertenwissen im Tätigkeitsbereich der Holding ankam, so begründet dies lediglich die Eignung des Beraters für das Objekt seiner Beratung. Damit ist aber nichts darüber ausgesagt, wie sich der Berater die Beteiligung für seine weitere unternehmensberatende Tätigkeit zunutze macht.

Auch die wechselseitige Bedingtheit von Beteiligung und Beratungstätigkeit reicht für die Annahme von Betriebsvermögen nicht aus. Sie geht letztlich nicht über einen bloßen Kausalzusammenhang hinaus, der einer

Managementbeteiligung immanent ist. Die bloße Kausalität zwischen Tätigkeit und Beteiligung reicht gerade nicht aus, um das Kapitalüberlassungsverhältnis durch die Tätigkeit zu überlagern und auch nicht, um aus der Kapitalbeteiligung Betriebsvermögen zu machen.

Die Annahme des Finanzgerichts, dass der Berater aus seiner Beteiligung heraus eine gewisse Kontrolle über die tatsächliche Umsetzung seiner Beratungshinweise entnimmt, ist als Argument zwar interessant, in der Sache aber wohl fernliegend. Zum einen sind die Informationsrechte eines Kapitalgesellschafters üblicherweise sehr beschränkt, insbesondere wenn es sich um einen Minderheitsgesellschafter handelt, zum anderen wird sich die nötige Information wohl eher aus dem Beratungsverhältnis zwischen Berater und Kunde ergeben.

Die Beteiligung stellt auch keinen Vergütungsersatz dar. Dies ließe sich nur dann annehmen, wenn die Beteiligung an Stelle einer marktüblichen Vergütung erworben worden wäre. Hierzu ist dem Sachverhalt aber ebenfalls nichts zu entnehmen. Vielmehr scheint es, dass der Berater durchaus marktüblich vergütet worden ist und bei einer Erweiterung seiner Tätigkeit sogar noch einmal eine Aufstockung seines Beraterhonorars erreichen konnte. Außerdem wurde die Beteiligung nicht verbilligt überlassen, sondern zum Marktpreis erworben.

Fazit

Dem Finanzgericht ist dahingehend zu folgen, dass auf die von Beratern oder Beiräten erworbene Managementbeteiligung grundsätzlich dieselben Abgrenzungskriterien angewendet werden können, wie auf die Abgrenzung von Einkünften aus nicht selbständiger Tätigkeit und Kapitalvermögen. Ein sachlicher Grund für eine Differenzierung ist nicht erkennbar.

Diese Kriterien müssen dann aber auch konsequent angewendet werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs kommt insofern der Marktüblichkeit des An- und Verkaufspreises sowie der Übernahme eines effektiven Verlustrisikos eine maßgebliche Indizwirkung zu. Dies hat das Finanzgericht im vorliegenden Fall nicht zutreffend gewürdigt.

Das bestehende Verlustrisiko aus der Beteiligung kann auch nicht mit der Begründung negiert werden, dass den Einkünften aus selbständiger Tätigkeit nach § 18 EStG im Vergleich zu den Einkünften aus nichtselbständiger Tätigkeit nach § 19 EStG ein Verlustrisiko immanent ist. Zum einen widerspricht dies der Annahme, dass die Situation des beteiligten Beirates derjenigen eines beteiligten Managers vergleichbar ist. Zum anderen wird damit außer Acht gelassen, dass auch der Berater einen Anspruch auf Vergütung für geleistete Arbeit hat.

Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn die Beteiligung zum notwendigen Betriebsvermögen gehören würde. Um Betriebsvermögen wird es sich bei einer Beiratsbeteiligung im Regelfall nicht handeln. Denn die operative Tätigkeit des jeweiligen Beteiligungsunternehmens dient dem Berater nicht dazu, seine weitere Beratungstätigkeit zu erbringen. Dies wäre nur dann der Fall, wenn der Berater die Ressourcen des Beteiligungsunternehmens für seine unternehmensberatende Tätigkeit nutzen würde. Davon kann aber im Regelfall nicht ausgegangen werden.

Die Beteiligung lässt sich auch nicht als Vergütungsbestandteil qualifizieren. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Vergütung aus dem Beratervertrag marktüblich ist und die Beteiligung wirtschaftlich nicht an die Stelle eines Vergütungsbestandteils tritt.

Dieser Beitrag erschien erstmals in: Financial Yearbook (FYB) 2019, Private Equity und Corporate Finance, S. 98-111

EuGH-Urteil – Substanzerfordernisse sind europarechtswidrig

von Dr. Sebastian Sumalvico (P+P Pöllath + Partners)

18. Januar 2018

Doppelbesteuerungsabkommen

Kapitalertragsteuer

Dividenden



Europarichter nehmen deutsches Steuergesetz unter die Lupe. Bild: rcfotostock/Fotolia

Der EuGH hat mit Urteil vom 20.12.2017 (Rs. C-504/16 und C-613/16, RS1260132) entschieden, dass § 50d Abs. 3 EStG in der Fassung des JStG 2007 gegen EU-Recht verstößt. Die Analyse der Entscheidungsgründe führt zu der Schlussfolgerung, dass auch die aktuelle, mit Wirkung zum 01.01.2012 in Kraft getretene Fassung des § 50d Abs. 3 EStG europarechtswidrig sein muss.

Hintergrund

§ 50d Abs. 3 EStG versagt im EU-Ausland ansässigen Kapitalgesellschaften die Erstattung von Kapitalertragsteuer auf Dividendenenerträge, wenn sie keine angemessene wirtschaftliche Substanz nachweisen können. Die Norm bezweckt die Verhinderung missbräuchlicher Steuergestaltungen mit dem Ziel, Steuervorteile durch die Zwischenschaltung von Holdinggesellschaften in EU/DBA-Staaten zu erlangen (sog. Treaty Shopping).

Bestimmte Erträge aus Kapitalvermögen, z.B. Dividenden aus Beteiligungen an Kapitalgesellschaften, unterliegen der Kapitalertragsteuer, welche direkt von der ausschüttenden Kapitalgesellschaft vom auszuzahlenden Betrag einbehalten und an das Finanzamt abgeführt wird (Quellensteuerabzug).

Dividenden, die einer im EU-Ausland ansässigen Muttergesellschaft von ihrer inländischen Tochtergesellschaft zufließen, können unter bestimmten Voraussetzungen von der Kapitalertragsteuerpflicht befreit sein. Dann kann

die ausländische Muttergesellschaft beim zuständigen Finanzamt die Freistellung von der Kapitalertragsteuerpflicht bzw. die Erstattung der abgeführten Kapitalertragsteuer beantragen.

Dieser Erstattungs- bzw. Freistellungsanspruch wird nach § 50d Abs. 3 EStG (2007) versagt, wenn

1. an der ausländischen Muttergesellschaft Personen beteiligt sind, die keinen Anspruch auf eine solche Erstattung bzw. Freistellung hätten, wenn sie die Einkünfte unmittelbar erzielen und alternativ
2. für die Einschaltung der ausländischen Gesellschaft wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe fehlen oder
3. die ausländische Gesellschaft nicht mehr als 10 % ihrer gesamten Bruttoerträge des betreffenden Wirtschaftsjahres aus eigener Wirtschaftstätigkeit erzielt oder
4. die ausländische Gesellschaft nicht mit einem für ihren Geschäftszweck angemessenen eingerichteten Geschäftsbetrieb am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt.

Das FG Köln bezweifelte, ob § 50d Abs. 3 EStG (2007) mit der europäischen Niederlassungsfreiheit und der Mutter-Tochter-Richtlinie vereinbar ist und legte diese Frage mit Beschlüssen vom 08.07.2016 (2 K 2995/12, RS1219715; vgl. hierzu Hennigfeld, DB1221779) und vom 31.08.2016 (2 K 721/13, RS1226853; vgl. hierzu Hennigfeld, DB 2016 S. 2870) dem EuGH zur Entscheidung vor.

Vorlagegrund ist der typisierende und überschießende Regelungsgehalt der Vorschrift, der grundsätzlich auch mit ausreichender wirtschaftlicher Substanz ausgestattete Gesellschaften erfasst und bei diesen zu einer Versagung der Freistellung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer führen kann.

Aktuelle Entscheidung des EuGH

Der EuGH hat beide Vorlagen zu einem Verfahren verbunden und mit Urteil vom 20.12.2017 entschieden, dass § 50d Abs. 3 EStG (2007) sowohl gegen die Mutter-Tochter-Richtlinie als auch gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt. Der EuGH begründet dies insbesondere wie folgt:

Die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 49 AEUV gewähre u.a. Gesellschaften das Recht, ihren Sitz frei zu wählen sowie ihre Tätigkeit in einem Mitgliedstaat durch eine Tochtergesellschaft auszuüben. Als Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit seien u.a. alle Maßnahmen anzusehen, die die Ausübung dieser Freiheit unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen.

Die Mutter-Tochter-Richtlinie bezwecke, Benachteiligungen der Zusammenarbeit zwischen Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten zu beseitigen und eine Doppelbesteuerung zu vermeiden. Die Mutter-Tochter-Richtlinie stelle das grundsätzliche Verbot auf, Ausschüttungen der inländischen Tochtergesellschaft an die ausländische Muttergesellschaft einem Quellensteuerabzug zu unterwerfen.

§ 50d Abs. 3 EStG (2007) weiche von diesem Verbot ab und stelle eine unwiderlegbare Missbrauchsvermutung auf: Soweit eine der in der Norm vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt sei, gäbe sie der gebietsfremden Muttergesellschaft keine Möglichkeit, das Vorliegen wirtschaftlicher Gründe zu beweisen. Dies beeinträchtige das mit der Mutter-Tochter-Richtlinie verfolgte Ziel, die Doppelbesteuerung von Dividenden von einer inländischen Tochtergesellschaft an ihre ausländische Muttergesellschaft zu vermeiden.

Weiterhin begründe das Vorliegen der Voraussetzungen des § 50d Abs. 3 EStG (2007) weder einzeln noch zusammen betrachtet einen Missbrauch. Denn die Mutter-Tochter-Richtlinie schreibe nicht vor, welche wirtschaftliche Tätigkeit die von ihr erfassten Gesellschaften ausüben müssen oder wie hoch die Einkünfte aus ihrer eigenen wirtschaftlichen Tätigkeit zu sein haben. Der Regelungsgehalt der Mutter-Tochter-Richtlinie sowie die Niederlassungsfreiheit würden hierdurch eingeschränkt.

Zwar könnten gesetzgeberische Maßnahmen mit dem Ziel der Bekämpfung von Steuerhinterziehung und -umgehung eine Einschränkung des EU-Rechts grundsätzlich rechtfertigen, dies jedoch insbesondere nur unter Wahrung

des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Die Aufstellung einer unwiderlegbaren Missbrauchsvermutung anhand bestimmter Indizien sei jedoch unverhältnismäßig und ein Eingriff in das EU-Recht nicht gerechtfertigt.

Fälle bis 2011 betroffen

Die vorstehende Entscheidung des EuGH erging zu § 50d Abs. 3 EStG in der Fassung des JStG 2007 und betrifft nur Fälle bis 2011. Die Norm wurde durch das BeitrRLUmsG vom 07.12.2011 mit Wirkung zum 01.01.2012 neugefasst, sieht sich jedoch weiterhin europarechtlichen Bedenken ausgesetzt.

Die Versagung des Erstattungsanspruchs erfolgt nun gemäß der aktuellen Fassung unter den Voraussetzungen, dass

1. an der ausländischen Muttergesellschaft Personen beteiligt sind, die keinen Anspruch auf eine solche Erstattung hätten, wenn sie die Einkünfte unmittelbar erzielt hätten und
2. die von der ausländischen Muttergesellschaft erzielten Bruttoerträge nicht aus eigener Wirtschaftstätigkeit stammen sowie alternativ
3. in Bezug auf diese Erträge auch keine wirtschaftlichen oder sonst beachtlichen Gründe für die Einschaltung der ausländischen Muttergesellschaft vorliegen oder
4. die ausländische Muttergesellschaft nicht mit einem für ihren Zweck angemessenen eingerichteten Geschäftsbetrieb am allgemeinen Wirtschaftsverkehr teilnimmt.

Die Neufassung modifizierte u.a. die starre 10%-Grenze in eine Aufteilungsklausel, welche zwischen aus eigener (unschädlichen) und nicht aus eigener Wirtschaftstätigkeit stammenden (schädlichen) Erträgen differenziert. Nur für die als schädlich qualifizierten Erträge sind die Substanzerfordernisse zu prüfen.

Das FG Köln hat auch hinsichtlich der aktuellen Fassung des § 50d Abs. 3 EStG (2012) Zweifel an dessen Vereinbarkeit mit EU-Recht und hat diese Frage dem EuGH mit Beschluss vom 17.05.2017 (2 K 773/16) vorgelegt (vgl. hierzu Herrmann, Steuerboard vom 09.08.2017). Die Entscheidung des EuGH hierzu steht noch aus (anhängig unter Rs. C-440/17).

Das FG Köln begründet seine Zweifel u.a. wie folgt: Die quotal Betrachtungsweise, die zwischen schädlichen und unschädlichen Erträgen differenziert, führt zu dem widersprüchlichen Ergebnis, dass nach dem Wortlaut des Gesetzes eine Gesellschaft gleichzeitig sowohl missbräuchlich als auch nicht nicht-missbräuchlich zwischengeschaltet werden kann. Richtigerweise erkennt das FG Köln, dass der Umstand, dass eine Gesellschaft unschädliche Erträge erzielt, die wirtschaftliche Realität der Gesellschaft vielmehr stärken müsse. Hierdurch könne kein Rechtsmissbrauch begründet werden. Die Norm führe dazu, dass bei einer an sich nicht-missbräuchlich eingeschalteten Gesellschaft die Kapitalertragsteuererstattung (quotal) versagt werden könne.

Zudem geht das FG Köln davon aus, dass § 50d Abs. 3 EStG (2012) in Bezug auf die nicht aus eigener Wirtschaftstätigkeit erzielten Erträge eine unwiderlegbare Missbrauchsvermutung aufgrund bestimmter Indizien aufstellt. Aufgrund des immer noch bestehenden überschießenden Regelungsgehaltes bestünden weiterhin Zweifel daran, dass die Norm mit der Mutter-Tochter-Richtlinie und der Niederlassungsfreiheit vereinbar sei. Die Argumentation des FG Köln gleicht insoweit der des EuGH zur Altfassung der Norm, weshalb zu erwarten ist, dass der EuGH auch die aktuelle Fassung als europarechtswidrig ansehen wird.

Zusammenfassung

Die Entscheidung des EuGH bezüglich § 50d Abs. 3 EStG (2007) ist aufgrund der unverhältnismäßigen Substanzerfordernisse zu begrüßen. Auch mit § 50d Abs. 3 EStG (2012) hat der Gesetzgeber den überschießenden Regelungsgehalt der Norm nicht beseitigt. Es bleibt zu hoffen, dass der EuGH in gleicher Weise über die aktuelle Fassung der Norm entscheidet, denn diese enthält weiterhin eine unwiderlegbare Missbrauchsvermutung basierend auf

bestimmten Indizien und muss anhand der vom EuGH zur Altfassung aufgestellten Grundsätze konsequenterweise ebenfalls als europarechtswidrig angesehen werden.

Dieser Artikel erschien erstmals in: Handelsblatt online, Steuerboard, 17. Januar 2018

Steuern – Holdingstandort Deutschland international im Nachteil

von Verena Hang (P+P Pöllath + Partners)

21. Februar 2018

Umsatzsteuer

Unternehmenssteuerrecht

Holdingstrukturen

Dividenden

Während die US-Steuerreform zur Entlastung von Unternehmen führt und auch die britische Regierung bemüht ist, mögliche Brexit-Folgen durch Steuererleichterungen abzufedern, droht Deutschland im internationalen Steuerwettbewerb zurückzufallen.

Mit dieser These eröffnete Prof. Ulrich Prinz, Steuerrechtler der Beratungsgesellschaft WTS, seinen Vortrag beim 24. Münchner Unternehmenssteuerforum. Auch in China werde steuerliche Standortförderung betrieben. Dort verzichte man auf den Quellensteuerabzug, sofern ausländische Anteilseigner ihre Dividendenerträge in China reinvestieren. Nicht nur der Durchschnittsteuersatz von rund 31 %, sondern auch steuerliche Rechtsunsicherheiten wirkten sich negativ auf die Attraktivität des Standorts Deutschland aus. Die ertrags- und umsatzsteuerliche Organschaft sei insbesondere für Holdingstrukturen ein wesentlicher Standortfaktor.



*Wirtschaftsstandort Deutschland,
Bild: blende11.photo/Fotolia*

Die umsatzsteuerliche Organschaft: Voraussetzungen, Wirkungen und Beendigung

Sinn und Zweck der umsatzsteuerlichen Organschaft sei die Vereinfachung, so Prof. Bernd Heuermann, Vorsitzender der Richter am V. Senat des Bundesfinanzhofs (BFH), zu Beginn seines Vortrags. Tatsächlich verbundene Unternehmen sollten auf Ebene des Organträgers gesamthaft als ein Steuerpflichtiger behandelt werden.

Voraussetzung der umsatzsteuerlichen Organschaft ist die finanzielle, wirtschaftliche und organisatorische Eingliederung der Organgesellschaft in das Unternehmen des Organträgers. Gemäß dem Wortlaut von § 2 Abs. 2 UStG kämen zwar nur juristische Personen als eingegliederte Organgesellschaften in Betracht, der BFH habe in seiner neueren Rechtsprechung jedoch zumindest auch kapitalistisch strukturierte Personengesellschaften, wie die GmbH & Co. KG, als Organgesellschaften zugelassen. Die Eingliederung erfordere nach Auffassung des BFH auf Seiten des Organträgers eine organisatorische, institutionell abgesicherte und unmittelbare Eingriffsmöglichkeit in den Kernbereich der Geschäftsführung der Organgesellschaft.

Bei erfolgter Eingliederung und folglich vorliegender Organschaft sei eine Holding, die an ihre Tochtergesellschaften entgeltliche Geschäftsführungsleistungen erbracht habe, somit zum Vorsteuerabzug bezüglich der bezogenen Eingangsleistungen berechtigt. Zu beachten sei aber, dass die Insolvenz des Organträgers oder der Organgesellschaft zur automatischen Beendigung der Organschaft führe. In Insolvenzfall der Organgesellschaft beende nach der jüngsten Rechtsprechung des Finanzgerichts Münster selbst die vorläufige Eigenverwaltung eine umsatzsteuerliche Organschaft. Die erforderliche Eingliederung werde bereits dadurch beendet, dass ein vorläufiger Sachwalter die Geschäfte der Organgesellschaft übernimmt.

Die körperschaftsteuerliche Organschaft in der aktuellen Rechtsprechung

Anders als die umsatzsteuerliche Organschaft erfordert die körperschaftsteuerliche Organschaft keine organisatorische Eingliederung. Neben einer Mehrheitsbeteiligung ist aber ein tatsächlich gelebter Ergebnisabführungsvertrag (EAV) mit einer Mindestlaufzeit von fünf Jahren Voraussetzung der körperschaftsteuerlichen Organschaft, erläuterte Prof. Roland Ismer, Steuerrechtler an der Universität Erlangen-Nürnberg, in seinem anschließenden Vortrag.

Durch den EAV würden zwar – anders als im Fall von umsatzsteuerlichen Organschaften – zufällig entstehende „Überraschungsorganschaften“ vermieden, das Risiko der steuerlichen Nichtanerkennung einer Organschaft bestehe jedoch fort, wie die aktuelle Rechtsprechung des BFH aus dem Jahr 2017 zeige. Dieser habe entschieden, dass eine kurzzeitige steuerliche Nichtanerkennung der Organschaft die Mindestlaufzeit des EAVs nicht unterbreche. Allerdings stehe diese Entscheidung im Zusammenhang mit der inzwischen unzulässigen gewordenen Mehrmütterorganschaft und sei nicht auf sonstige Organschaftspausen übertragbar.

Auch die umwandlungssteuerrechtliche Rückwirkungsfiktion auf einen noch vor Gründung der Organgesellschaft liegenden Zeitpunkt habe der BFH bei Berechnung der Mindestlaufzeit eines EAV zugelassen. Eine Absage erteilte der BFH jedoch gewinnabhängigen Ausgleichszahlungen an Minderheitsgesellschafter, solche stünden im Widerspruch zu der tatsächlichen Durchführung eines EAVs und ließen die Organschaft somit scheitern. Zu beachten sei weiter, dass eine Organschaft nach Auffassung des BFH erst im Eintragungsjahr des EAVs im Handelsregister steuerlich wirksam werde, selbst wenn die Anmeldung bereits im Vorjahr erfolgt sei und das Registergericht die verzögerte Eintragung verursacht habe. In materieller Hinsicht habe der BFH entschieden, dass die steuerliche Haftung einer Organgesellschaft auch in mehrstufigen Organschaften auf die Steuern ihrer unmittelbaren Organträgerin beschränkt sei. Dies ergebe sich aus dem klaren Wortlaut des § 73 AO.

Schließlich stellten sich auch im Zusammenhang mit der körperschaftsteuerlichen Organschaft unionsrechtliche Fragen. Nach deutschem Recht müsse sich die Geschäftsleitung einer Organgesellschaft im Inland befinden. Eine Konsolidierung des Ergebnisses von ausländischen Betriebsstätten sei damit ausgeschlossen. Diese territoriale Einschränkung des deutschen Rechts sei jedoch im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit problematisch. Nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) erfordere die Niederlassungsfreiheit zudem die Zulässigkeit von Organschaften auch zwischen Schwestergesellschaften, sofern deren Eingliederung in Bezug auf dieselbe Muttergesellschaft vorliege.

Dr. Peter Brandis, Richter am I. Senat des BFH, wandte jedoch in der anschließenden Diskussion ein, dass nach Auffassung des BFH in dem deutschen Eingliederungserfordernis in einen Überordnungskonzern nach § 14 Abs. 1 KStG keine Diskriminierung grenzüberschreitender Sachverhalte zu erkennen sei. Daher sei sicher, dass der deutsche Gesetzgeber auch aus unionsrechtlicher Sicht nicht zur Zulassung von Querorganschaften gehalten sei.

Rechtssicherheit sei gerade in der Konzernberatung oberstes Gebot, bemerkte Prof. Thomas Küffner, Rechtsanwalt bei der Münchner Kanzlei Küffner Maunz Langer Zugmaier. Unternehmen könnten sich hinsichtlich solcher Fragen, in denen der EuGH und der BFH, oder auch der V. und der XI. Senat des BFH unterschiedliche Auffassungen vertreten, nicht sinnvoll und verlässlich organisieren. Ein Feststellungsfahren mit Antragsrecht würde hier für die nötige Rechtssicherheit sorgen, schlug Prof. Küffner abschließend vor.

Zu- und Wegzug – Wenn der Fiskus an Grenzen stößt

von Dr. Maximilian Haag (P+P Pöllath + Partners)

11. April 2018

Doppelbesteuerungsabkommen

Unternehmenssteuerrecht

Brexit



Deutschland ist für viele aus dem Ausland kommende Personen als Zuzugsland attraktiv. Gleichmaßen verlassen jedes Jahr tausende Personen Deutschland vorübergehend oder dauerhaft. Das Steuerrecht hat Schwierigkeiten mit der sachgerechten Erfassung dieser vielgestaltigen Sachverhalte des Zuzugs und Wegzugs natürlicher Personen. Im Rahmen der Münchener Steu- erfachtagung am 21.03.2018 schilderte Maximilian Haag (P+P Pöllath + Partners) anhand von Beispielsfällen verschiedene Steuerfragen im Zusammenhang mit dem Zuzug oder dem Wegzug von Unterneh- mern und vermögenden Privatpersonen nach bzw. aus Deutschland.

Eine Kernfrage des Zuzugs oder Wegzugs betrifft die Merkmale des steuerlichen Wohnsitzes (§ 8 AO). Mit der Neufassung des Anwendungserlasses zu § 8 AO vom 7.8.2017 hat die Finanzverwaltung die Rechtssicherheit hinsichtlich der an den steuerlichen Wohnsitz zu stel- lenden Voraussetzungen erhöht.

BVerfG gab bereits grünes Licht

Das Bundesverfassungsgericht hat mit Urteil vom 15.12.2016 die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des sog. Treaty Override anerkannt. Deutsche Bestimmungen wie § 50i EStG und § 20 AStG, welche den deutschen Doppelbesteue- rungsabkommen (DBA) vorgehen, sind damit zu akzeptieren. Der außensteuerrechtliche Treaty Override (§ 20 AStG) ist allerdings so zu verstehen, dass er nicht die Ansässigkeitsregeln der DBA verdrängt. Ein zugezogener Steu- erpflichtiger, der nach DBA weiter als im Ausland ansässig gilt, unterliegt daher weder der Hinzurechnungsbesteue- rung (§ 7 ff. AStG) noch der Zurechnungsbesteuerung (§ 15 AStG).

Mit der Änderung von § 16 Abs. 2 ErbStG zum 25.6.2017 dürfte der Gesetzgeber es (im zweiten Anlauf) geschafft haben, eine europarechtskonforme Neuregelung des Freibetrags bei beschränkter Erbschaftsteuerpflicht zu fin- den, wovon mancher Wegzügler profitiert.

Beim Wegzug nach Italien besteht für „Einkommensmillionäre“ seit 1.1.2017 die Möglichkeit, zu einer Vorzugsbe- steuerung zu optieren, welche die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen außer Acht lässt. Aus deutscher Sicht zu beachten ist dabei, dass Deutschland sich im Verhältnis zu Italien – ebenso wie im Verhältnis zur Schweiz und zu Großbritannien – die Anwendung der erweitert beschränkten Einkommensteuerpflicht (§ 2 AStG) abkommensrechtlich vorbehalten hat.

Weitere Fragen ergeben sich aus der Wegzugsbesteuerung (§ 6 AStG). Im Zuge des Gesetzes über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften, kurz SEStEG, hat der Gesetzgeber zum 1.1.2007 Beteiligungen an ausländischen Kapitalgesellschaften in die Wegzugsteuer einbezogen. In entsprechender Anwendung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 7.10.2010 zur Absenkung der Wesentlichkeitsschwelle in § 17 EStG dürften allerdings diejenigen stillen

Reserven in qualifizierten Beteiligungen an ausländischen Kapitalgesellschaften nicht der Wegzugsteuer unterliegen, die vor dem 1.1.2007 bereits entstanden waren.

Aktuell umstritten ist die Anwendbarkeit der EU-Stundungsregel (§ 6 Abs. 5 AStG) bei Wegzug in die Schweiz. Mit Beschluss vom 14.6.2017 hat das FG Baden-Württemberg dem EuGH die Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob eine sofortige Erhebung der Wegzugsteuer mit dem zwischen der EU und der Schweiz bestehenden Freizügigkeitsabkommen vereinbar ist. Solange der EuGH diese Frage nicht geklärt hat, gewährt die Finanzverwaltung die zinslose Stundung bei Wegzug in die Schweiz nicht.

Erwähnenswert ist ferner die Neufassung von § 50i EStG zum 1.1.2017. Hat ein Steuerpflichtiger vor dem 29.6.2013 Anteile im Sinne von § 17 EStG zum Buchwert in eine gewerblich geprägte GmbH & Co. KG eingebracht und ist er vor dem 1.1.2017 ins Ausland gezogen, unterliegt der Gewinn aus einer späteren Veräußerung der Anteile ungeachtet eines entgegenstehenden DBA der deutschen Besteuerung (§ 50i Abs. 1 S. 1 EStG). Erfolgt der Wegzug hingegen erst nach dem 31.12.2016, findet nach der Konzeption des neuen § 50i Abs. 1 EStG im Zeitpunkt des Wegzugs die Entstrickungsbesteuerung gemäß § 4 Abs. 1 S. 3 und 4 EStG auf die in den Anteilen enthaltenen stillen Reserven Anwendung.

Brexit hat weitreichende Folgen für Steuerpflichtige

Schließlich wird der für 2019 erwartete Austritt Großbritanniens aus der EU weitreichende steuerliche Folgen für Wegzügler haben: Beim Wegzug von EU-Bürgern nach Großbritannien ist künftig ebenso wie beim Wegzug von britischen Staatsangehörigen ins EU- oder Nicht-EU-Ausland damit zu rechnen, dass die EU-Stundung nicht mehr gewährt wird. Deshalb droht für eine Reihe von Wegzugsfällen aus der Vergangenheit mit Wirksamwerden des „Brexit“ der Widerruf der zinslosen Stundung. Für Zuzügler aus Großbritannien droht nach dem „Brexit“ der Verlust der EU-Ausnahmeregel im Rahmen der Hinzurechnungsbesteuerung (§§ 7 ff. AStG) und der Zurechnungsbesteuerung (§ 15 AStG).

Lesen Sie mehr

Eine tiefere Analyse der steuerrechtlichen Problematik beim Zu- und Wegzug natürlicher Personen liefert folgender Beitrag von P+P-Counsel Maximilian Haag, erstmals erschienen in DER BETRIEB, Nr. 22 vom 01.06.2018.

Ertragsteuerliche Fragen bei Zuzug und Wegzug natürlicher Personen aus DER BETRIEB, Nr. 22, Juni 2018

Zu-/Wegzug – Steuerliche Hürden für Unternehmer und Manager

von Dr. Maximilian Haag (P+P Pöllath + Partners)

25. Juli 2018



Doppelbesteuerungsabkommen Unternehmenssteuerrecht
Finanzverwaltung Erbschaftssteuer Schenkungssteuer
MUPET 2018 Brexit

Die zunehmende internationale Mobilität führt zu einer wachsenden Zahl von Zu- und Wegzugsfällen nach bzw. aus Deutschland. In der Praxis stellt die steuerlich zutreffende Erfassung dieser Sachverhalte die betroffenen Steuerpflichtigen und ihre Berater oft vor Herausforderungen und erweist sich nicht selten als Hürde für den Zuzug nach Deutschland.

Steuerfolgen des Zuzugs

Ein deutschstämmiges, venezolanisches Ehepaar mietet eine Wohnung im Inland und nutzt diese gelegentlich für Aufenthalte in Deutschland, die nie länger als 183 Tage im Jahr dauern. Anknüpfungspunkt der unbeschränkten deutschen Steuerpflicht ist der Wohnsitz (§ 8 AO), der – anders als der gewöhnliche Aufenthalt – keine längere Verweildauer im Inland voraussetzt. Wenn im Inland ein Wohnsitz begründet wurde, ist die 183-Tage Grenze unerheblich. Nur bei einer kurzfristigen oder vorübergehenden Unterbringung wird noch kein Wohnsitz begründet. Erforderlich ist eine Nutzung, die über Ferientaufenthalte oder kurze Aufenthalte zu Erholungszwecken hinausgeht.

Nach den Tie-Breaker Kriterien des einschlägigen Doppelbesteuerungsabkommens (DBA) liegt der Wohnsitz des Ehepaars für ertragsteuerliche Zwecke in Venezuela. Anders als im ertragsteuerlichen Bereich besteht zwischen Deutschland und Venezuela kein Erbschaft- und Schenkungssteuer-DBA. Für schenkungssteuerliche Zwecke könnte die deutsche Finanzverwaltung daher von einem inländischen Wohnsitz der Eheleute ausgehen. Etwaige Schenkungen würden dann der Besteuerung in Deutschland unterliegen, obwohl die Beschenkten tatsächlich nur über einen schwachen Bezug zu Deutschland verfügen.

Ähnlich gelagert ist der Fall einer Familie aus den USA. Der US-amerikanische Ehemann mietet eine Wohnung im Inland, die ausschließlich von seiner Ehefrau und den gemeinsamen Kindern bewohnt wird. Er selbst lebt und arbeitet in den USA und reist nur für kurze Besuche bei seiner Familie nach Deutschland. Abkommensrechtlich ist er daher weiterhin in den USA ansässig. Als Begünstigter eines amerikanischen Familien-Trusts kann der Ehemann allerdings der deutschen Zurechnungsbesteuerung unterliegen, da diese den Regelungen des DBA-USA vorgeht. Der Vorrang der Zurechnungsbesteuerung sollte sich jedoch auf die DBA-Verteilungsregeln beschränken und sich nicht auch auf die Tie-Breaker-Regeln des DBA beziehen. Ist dies der Fall, unterliegen die Erträge aus dem US-Familien-Trust nicht der deutschen Besteuerung.

Weniger Glück hatte der australische Managing Director einer operativ tätigen Ltd. mit Sitz in Australien. Seit seinem Zuzug nach Deutschland reist dieser zwar für einige Wochen pro Jahr nach Australien, erledigt aber den Großteil seiner Geschäftsleitungsaktivitäten von Deutschland aus. Infolgedessen ist eine deutsche Geschäftsleitungs-Betriebsstätte begründet worden. Die Ltd. ist dadurch unbeschränkt körperschaft- und gewerbsteuerpflichtig geworden. Neben der Steuerpflicht als solcher bereitet auch die Gewinnabgrenzung zwischen der deutschen Geschäftsleitungs-Betriebsstätte und der australischen Betriebsstätte Schwierigkeiten.

Steuerfolgen des Wegzugs

Beim Wegzug nach Großbritannien beantragt ein deutsches Ehepaar dort die Besteuerung nach der so genannten Remittance Basis. Die Ehefrau ist mit 4% an einer deutschen GmbH beteiligt, dem Ehemann gehört in Deutschland eine vermietete Eigentumswohnung. Aufgrund der GmbH-Beteiligung und der Immobilie liegen „wesentliche wirtschaftliche Interessen“ in Deutschland vor. Die Eheleute unterliegen deshalb mit allen Kapitaleinkünften aus deutschen Quellen der so genannten erweiterten beschränkten Steuerpflicht (§ 2 AStG).

Nicht nur inländische Beteiligungen können beim Wegzug zu weitreichenden Steuerfolgen führen. Ein Unternehmer ist mit 25% an einer 1986 gegründeten ausländischen Kapitalgesellschaft beteiligt. Im Jahr 2018 verlagert er seinen Lebensmittelpunkt von Deutschland nach Österreich. Infolgedessen unterliegt seine Beteiligung der deutschen Wegzugsteuer. Fraglich ist, ab welchem Zeitpunkt die Wertsteigerung der deutschen Besteuerung unterliegt. Bestenfalls wäre das der 1.1.2007, da dies der Zeitpunkt ist, zu dem die Wegzugsteuer für Beteiligungen an ausländischen Kapitalgesellschaften eingeführt wurde. Im schlechtesten Fall könnte die Finanzverwaltung die Wertsteigerung seit Erwerb der Beteiligung als Bemessungsgrundlage heranziehen. Trotz Umzug von einem EU-Land in ein anderes kommt es in diesem Fall zur vollen sofortigen Besteuerung, wenn der Unternehmer kein EU-Bürger ist. Beim Wegzug von EU-Bürgern innerhalb der EU wäre die Besteuerung zinslos gestundet. Wie es sich mit Wegzugsfällen nach Großbritannien nach dem Brexit verhält, ist fraglich.

Ungeachtet ihres Wegzugs unterliegen deutsche Staatsangehörige für einen Zeitraum von weiteren fünf Jahren ab Wohnsitzaufgabe der unbeschränkten Erbschaft- und Schenkungsteuerpflicht. Im Falle des Wegzugs in die USA wurde der Zeitraum für diese „erweiterte unbeschränkte Steuerpflicht“ sogar auf zehn Jahre verlängert. Nach Ablauf dieser Frist können Übertragungen von Auslandsvermögen an im Ausland ansässige Erwerber ohne deutsche Erbschaft- oder Schenkungsteuer durchgeführt werden. Bestimmte Vermögensgegenstände unterliegen jedoch weiterhin der deutschen Erbschaft- und Schenkungsteuer. Dies ist z.B. der Fall bei inländischem Grundvermögen und bei bestimmten Beteiligungen an deutschen Handelsgesellschaften.

§ 50d Abs. 3 EStG – Auch aktuelle Fassung ist europarechtswidrig

von Gerald Herrmann (P+P Pöllath + Partners)

17. Juli 2018



Dividendenbesteuerung – Laut EuGH verstößt auch die aktuelle Fassung des § 50d Abs. 3 EStG gegen Unionsrecht. Bild: Edward Lich/Pixabay

Unternehmenssteuerrecht
Dividenden

Holdingstrukturen

Kapitalertragsteuer

Bereits Ende 2017 erklärte der EuGH die Regelungen des § 50d Abs. 3 EStG für Steuerfälle bis 2011 für europarechtswidrig, nun legen die Richter nach. Auch die aktuelle, seit 2012 geltende Fassung des EStG verstößt gegen Unionsrecht.

Im Ausland ansässigen Kapitalgesellschaften wird nach § 50d Abs. 3 EStG die Erstattung von deutscher Kapitalertragsteuer (Quellensteuer) auf Dividendenerträge versagt, wenn sie nicht die erheblichen Substanzerfordernisse der Regelung erfüllen. Zu dieser Regelung hatte der EuGH bereits mit Urteil vom 20.12.2017 (Rs. C-504/16 und C-613/16, RS1261217) entschieden, dass § 50d Abs. 3 EStG in

der Fassung des JStG 2007 (anwendbar bis 2011) gegen EU-Recht verstößt. Mit Beschluss vom 14.06.2018 (Rs. C-440/17, RS1275119) hat der EuGH nun auch die Europarechtswidrigkeit des § 50d Abs. 3 EStG in der aktuellen Fassung festgestellt. Entscheidender Grund hierfür ist erneut der unwiderlegbare pauschale Missbrauchsvorwurf der Regelung ohne vorausgehende Einzelfallprüfung.

Hintergrund

Auf bestimmte Erträge aus Kapitalvermögen (u.a. auf Dividenden) wird Kapitalertragsteuer als Quellensteuer erhoben, d.h. diese wird direkt von der auszahlenden Gesellschaft einbehalten und an das Finanzamt abgeführt.

Unter den Voraussetzungen der sog. Mutter-Tochter-Richtlinie besteht eine Ausnahme von der Quellensteuer-Pflicht für Dividenden einer inländischen Tochtergesellschaft, die einer Muttergesellschaft zufließen, die weder ihren Sitz noch ihre Geschäftsleitung im Inland hat. Die ausländische Muttergesellschaft kann dann beim Finanzamt die Freistellung von bzw. Erstattung der Quellensteuer beantragen.

Der Freistellungs- bzw. Erstattungsanspruch ist nach § 50d Abs. 3 EStG (2012) jedoch ausgeschlossen, wenn kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- An der ausländischen Muttergesellschaft sind Personen beteiligt, die keinen Anspruch auf eine solche Erstattung hätten, wenn sie die Einkünfte unmittelbar erzielt hätten; und
- die von der ausländischen Muttergesellschaft erzielten Erträge stammen nicht aus ihrer eigenen Wirtschaftstätigkeit; und
- in Bezug auf diese Erträge liegen auch keine wirtschaftlichen oder sonst beachtlichen Gründe für die Einschaltung der ausländischen Muttergesellschaft vor; und
- die ausländische Muttergesellschaft nimmt nicht mit einem für ihren Zweck angemessen eingerichteten Geschäftsbetrieb am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teil.

Bereits das FG Köln (Beschluss vom 17.05.2017 – 2 K 773/16, RS1245557) zweifelte an der Vereinbarkeit dieser Norm mit der Niederlassungsfreiheit innerhalb der EU einerseits sowie mit der europäischen Mutter-Tochter-Richtlinie andererseits.

Beschluss des EuGH vom 14.06.2018

Mit Beschluss vom 14.06.2018 (Rs. C-440, RS1275119) folgt der EuGH der Auffassung des FG Köln und stellte einen Verstoß gegen die Mutter-Tochter-Richtlinie (Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 2011/96) bzw. gegen die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) durch die Regelung des § 50d Abs. 3 EStG (2012) fest.

Der EuGH führt hierzu aus, dass die Mutter-Tochter-Richtlinie für Ausschüttungen zwischen Kapitalgesellschaften – bei Erfüllung der Mindestbeteiligungsquote von 10% – eine generelle Quellensteuerbefreiung vorsieht. Hieraus ergibt sich ein generelles Verbot Gewinne, die von einer in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Tochtergesellschaft an ihre in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassene Muttergesellschaft ausgeschüttet werden, einem Steuerabzug an der Quelle zu unterwerfen.

Folglich kann ein Mitgliedstaat diesen Anspruch auf Quellensteuerbefreiung grundsätzlich auch nicht beschränken, indem er ihn von diversen Bedingungen abhängig macht.

Einzige Ausnahme wäre eine beschränkende Regelung zur Verhinderung von Steuerhinterziehungen und Missbräuchen. Solche Regelungen müssen aber den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren und dürfen daher insbesondere nicht über das für die Erreichung des Ziels Erforderliche hinausgehen. Dies ist jedoch nur dann gegeben, wenn das spezifische Ziel der Regelung der Verhinderung von Verhaltensweisen dient, die darin bestehen, rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Konstruktionen zu errichten, um ungerechtfertigt einen Steuervorteil zu nutzen.

Deshalb kann eine allgemeine Vermutung für das Vorliegen von Steuerhinterziehung oder Missbrauch keine Steuermaßnahme rechtfertigen, die die Ziele der Mutter-Tochter-Richtlinie oder der Grundfreiheiten beeinträchtigt. Eine zuständige nationale Behörde kann sich daher nicht darauf beschränken, vorgegebene allgemeine Kriterien anzuwenden. Vielmehr muss der Vorgang jeweils als Ganzes individuell geprüft werden. Auch eine generelle Regelung, die bestimmte Gruppen von Steuerpflichtigen automatisch von dem Steuervorteil ausnimmt ohne dass ein

Anfangsverdacht oder Indiz für eine Steuerhinterziehung vorliegt, geht daher über das Erforderliche hinaus. Schließlich muss der Steuerpflichtige auch die Möglichkeit eines Gegenbeweises haben.

Verstoß gegen Mutter-Tochter-Richtlinie

Die Regelung des § 50d Abs. 3 EStG (2012) hält einer Prüfung anhand dieser Maßstäbe nach Auffassung des EuGH nicht stand.

Erstens dient die Regelung nicht alleine der Verhinderung rein künstlicher Konstruktionen, die auf die ungerechtfertigte Nutzung eines Steuervorteils ausgerichtet sind. Das Fehlen einer wirtschaftlichen Tätigkeit der empfangenden Gesellschaft stellt für sich genommen kein missbräuchliches oder betrügerisches Verhalten dar. Die Mutter-Tochter-Richtlinie schreibe deshalb auch gerade nicht vor, welche Wirtschaftstätigkeit eine Gesellschaft ausüben müsse.

Zweitens versagt die Regelung eine Quellensteuerbefreiung, ohne dass die Steuerbehörde einen Anfangsverdacht oder ein Indiz für Steuerhinterziehung beibringen muss. Vielmehr wird eine allgemeine Hinterziehungs- bzw. Missbrauchsvermutung aufgestellt, was der Mutter-Tochter-Richtlinie widerspricht.

Drittens eröffnet die Regelung der empfangenden Gesellschaft keine Möglichkeit, den Gegenbeweis zu erbringen, dass keine rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Konstruktion vorliegt. D.h. es wird mithin eine unwiderlegbare Missbrauchsvermutung aufgestellt.

Schließlich erfolgt bei der Regelung keine umfassende Prüfung aller Umstände des konkreten Einzelfalls. Die Regelung verstößt daher gegen die Vorgaben der Mutter-Tochter-Richtlinie.

Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit

Daneben sieht der EuGH auch einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit als gegeben. Diese umfasst das Recht der nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften, die ihren Sitz oder ihre Verwaltung in einem Mitgliedstaat haben, ihre Tätigkeit in den Mitgliedstaaten durch eine Tochtergesellschaft auszuüben. Eine Beschränkung dieser Freiheit liegt in jeder Maßnahme, die ihre Ausübung unterbindet, behindert oder weniger attraktiv macht. Eine solche Beschränkung kann zwar ebenfalls zur Vermeidung einer Steuerhinterziehung gerechtfertigt sein. Dies jedoch nur, wenn die einschränkende Regelung wiederum verhältnismäßig ist. Aus den oben zur Mutter-Tochter-Richtlinie ausgeführten Gründen ist dies bei der Regelung des § 50d Abs. 3 EStG nicht der Fall. Die Regelung verstößt daher auch gegen die Niederlassungsfreiheit.

Fazit

Der Beschluss des EuGH kommt nach dem Urteil zur Altfassung des § 50d Abs. 3 EStG nicht überraschend. Die Begründung des EuGH ist nachvollziehbar und vollumfänglich zutreffend. Fraglich ist, ob und ggf. wie die Finanzverwaltung bzw. der Gesetzgeber hierauf reagieren werden. Aufgrund der klaren Vorgaben des EuGH wird ein Nachbessern der vorhandenen Regelung mittels Verwaltungsanweisung – wie zur Altfassung durch BMF-Schreiben vom

04.04.2018 (DB1267556) versucht – jedoch nicht ausreichend sein. Eine eventuelle Neuregelung wird nur dann europarechtskonform sein, wenn insbesondere folgende Vorgaben des EuGH eingehalten werden:

- Beschränkung der Regelungswirkung auf rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Steuergestaltungen zur Erlangung eines ungerechtfertigten Steuervorteils;
- Eingreifen der Regelung nur bei Vorliegen von Indizien für Steuerhinterziehung oder Missbrauch (Beweislast hierfür bei den Finanzbehörden);
- Regelung enthält die Möglichkeit eines Gegenbeweises durch den Steuerpflichtigen;
- Sicherstellung einer individuellen Prüfung jedes Einzelfalls anhand sämtlicher konkreter Umstände.

Im Ergebnis ist der Beschluss des EuGH gerade aufgrund seiner Deutlichkeit hinsichtlich dieser Vorgaben aus Sicht des Steuerpflichtigen sehr zu begrüßen, da so ein erneuter Schnellschuss des Gesetzesgebers eigentlich ausgeschlossen sein sollte. Erfahrungsgemäß bleibt jedoch abzuwarten, ob sich dies in Zukunft tatsächlich bestätigt.

Dieser Beitrag erschien erstmals in: Handelsblatt online, Steuerboard, 16.07.2018

Kein Ende der Diskussionen um finale ausländische Verluste

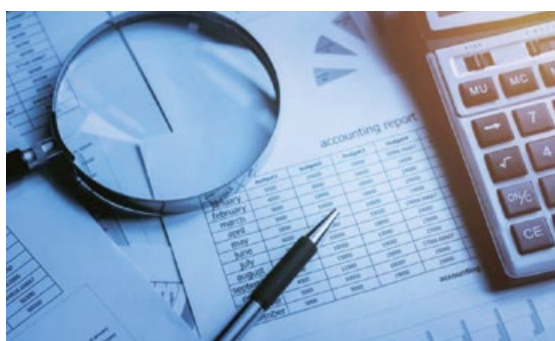
von Raphael Baumgartner (P+P Pöllath + Partners)

16. August 2018

Doppelbesteuerungsabkommen

Körperschaftsteuer

Niederlassungsfreiheit



Die juristische Diskussion um finale Verluste reißt nicht ab. Bild: lovelyday12/Fotolia

Seit dem Jahr 2005 und dem EuGH-Urteil in der Rechtssache Marks & Spencer wird über finale Verluste diskutiert. Damals hatte der EuGH jedoch nur über die Finalität von Verlusten einer Tochtergesellschaft und deren Nutzung im Staat der Muttergesellschaft zu entscheiden. In den Folgejahren beschäftigte sich der EuGH vor allem mit der Frage nach der möglichen Beschränkung der Niederlassungsfreiheit. Ein Überblick.

Seit dem Jahr 2005 und dem EuGH-Urteil in der Rechtssache Marks & Spencer (EuGH vom 13.12.2005 – Rs. C-446/03, Marks & Spencer) wird über finale Verluste diskutiert. Im angesprochenen Urteil hatte der Europäische Gerichtshof (EuGH) jedoch nur über die Finalität von Verlusten einer Tochtergesellschaft und deren Nutzung im Staat der Muttergesellschaft zu entscheiden. Der Gerichtshof sah

die Niederlassungsfreiheit als beschränkt, aber die Beschränkung als gerechtfertigt an. Die unterlassene Berücksichtigung ausländischer Verluste diene der Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse zwischen den Mitgliedsstaaten und verhindere eine doppelte Verlustberücksichtigung. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung stellte der EuGH jedoch fest, dass eine fehlende grenzüberschreitende Verlustberücksichtigung gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt, sofern die Verluste final seien.

EuGH-Urteil Lidl Belgium

Erst im Jahr 2008 und dem Urteil Lidl Belgium (EuGH vom 15.05.2008 – Rs. C-414/06, Lidl Belgium, DB 2008 S. 1130) wurde die Rechtsprechung auch auf finale Betriebsstättenverluste übertragen. Betriebsstätten und Tochtergesellschaften weisen steuerlich unterschiedliche Wesensmerkmale auf, die bei der Prüfung einer ausländischen Verlustnutzung beachtet werden müssen. So stellen Betriebsstätten im Gegensatz zu Tochtergesellschaften einen

rechtlich unselbständigen Teil des gesamten Unternehmens dar und entfalten daher keine Abschirmwirkung. Im rein nationalen Fall können die Verluste der einzelnen Betriebsstätten folglich miteinander verrechnet werden. Im Gegensatz dazu wird das Besteuerungsrecht an Ergebnissen ausländischer Betriebsstätten bei Vorliegen eines DBA dem Betriebsstättenstaat zugewiesen. Aufgrund der Symmetriethese (BFH vom 28.06.2006 – I R 84/04, BStBl. II 2006 S. 861 = DB 2006 S. 2377) gilt dies sowohl für Gewinne als auch für Verluste der Betriebsstätte. Als Ansässigkeitsstaat des Stammhauses stellt Deutschland die ausländischen Betriebsstattenergebnisse unter Progressionsvorbehalt zumeist frei. Trotz der steuersystematischen Unterschiede zwischen einer ausländischen Betriebsstätte und einer ausländischen Tochtergesellschaft übertrug der Gerichtshof seine Rechtsprechung aus dem Urteil Marks & Spencer auf Verluste ausländischer Betriebsstätten. Demnach sind auch finale ausländische Betriebsstättenverluste zu berücksichtigen, da ansonsten eine Verletzung der Niederlassungsfreiheit gegeben ist. Eine Prüfung der Vergleichbarkeit eines inländischen Sachverhalts mit dem einer ausländischen Freistellungsbetriebsstätte unterließ der EuGH (noch).

EuGH-Urteil Timac Agro

Eine stillschweigende Kehrtwende des EuGH wurde vom Großteil des Schrifttums und auch vom BFH (Urteil vom 22.02.2017 – I R 2/15, BStBl. II 2017 S. 709 = RS1239122) aus dem Urteil in der Rechtssache Timac Agro (EuGH vom 17.12.2015 – Rs. C-388/14, Timac Agro, RS1189380; dazu vgl. auch Jung/Rode, DB 2016 S. 137) geschlussfolgert. Im Rahmen des Urteils wurde die fehlende Vergleichbarkeit eines nationalen mit einem grenzüberschreitenden Sachverhalt festgestellt. Dies ist der Tatsache geschuldet, dass dem Stammhausstaat im reinen Inlandsfall das Besteuerungsrecht an Gewinnen und Verlusten aller Betriebsstätten zusteht, im grenzüberschreitenden Fall das Besteuerungsrecht des Stammhausstaates aber ausgeschlossen wird. Zwar ist die Niederlassungsfreiheit beschränkt, allerdings ist die Beschränkung aufgrund der fehlenden objektiven Vergleichbarkeit der Sachverhalte gerechtfertigt. In einer ersten Vorlagefrage musste sich der EuGH darüber äußern, ob die Verluste der ausländischen Betriebsstätte überhaupt final seien. Diese Rechtsfrage wurde anhand der Grundsätze aus dem Urteil Marks & Spencer geprüft und verneint. Der EuGH verneinte folglich nur die Vergleichbarkeit von Inlands- und Auslandsfall bei nicht finalen Verlusten. Die Finanzverwaltung entnahm dem Urteil dennoch ein Ende der Verlustberücksichtigung ausländischer Freistellungsbetriebsstätten.

Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs

Bis zum EuGH-Urteil in der Rechtssache Timac Agro schien sich die Berücksichtigung ausländischer Verluste – unabhängig von der Rechtsform des Verursachers – einzig und allein am Finalitätsgrundsatz zu orientieren. Im Jahr 2017 kehrte der Bundesfinanzhof (BFH) in Bezug auf Freistellungsbetriebsstätten in einem „Leuchtturmuurteil“ von seiner bisherigen Rechtsprechung ab (Urteil vom 22.02.2017 – I R 2/15, BStBl. II 2017 S. 709 = RS1239122). Begründet wurde die Rechtsprechungsänderung mit dem neuen EuGH-Urteil und auch der BFH erkannte darin eine generelle Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung zur Verlustberücksichtigung bei Freistellungsbetriebsstätten. Bedauerlicherweise ging der BFH nicht auf die Frage ein, ob es sich im vorliegenden Fall um finale Verluste handelte und wie sich diese Rechtsfrage auf die Vergleichbarkeitsprüfung auswirke.

EuGH-Urteil Bevola und Jens W. Trock

Am 12.06.2018 entschied der EuGH die Rechtssache Bevola und Jens W. Trock (EuGH vom 12.06.2018 – Rs. C-650/16, Bevola und Jens W. Trock, RS1276298; dazu vgl. auch Müller, DB 2018 S. 1893). Mit diesem Urteil wird ausdrücklich klargestellt, dass die Entscheidung in der Rechtssache Timac Agro nicht zu einer stillschweigenden Rechtsprechungsänderung führte. Vielmehr wird die Bedeutung der Frage nach finalen Verlusten für die Vergleichbarkeitsprüfung hervorgehoben. Demnach müsse das Urteil Timac Agro unter dem Licht nicht finaler Verluste betrachtet werden. Entschieden wurde bereits damals nicht für den Fall finaler Verluste und somit könne dem Urteil auch kein generelles Ende der Berücksichtigung finaler Verluste bei Freistellungsbetriebsstätten entnommen werden. Entscheidende Kriterien bei der Vergleichbarkeitsprüfung seien demnach das nationale Ziel der Verhinderung einer doppelten Verlustnutzung sowie die innereuropäische Leistungsfähigkeit. Da im Fall finaler Verluste eine doppelte Verlustnutzung definitiv ausscheidet und eine Minderung der grenzüberschreitenden Leistungsfähigkeit

gegeben ist, ist ein grenzüberschreitender Verlustausgleich für finale Verluste auch bei Freistellungsbetriebsstätten möglich. Das Vorliegen finaler Verluste wird wie bereits in den Urteilen in den Rechtssachen Lidl Belgium sowie Timac Agro anhand der Grundsätze des Urteils Marks & Spencer geprüft. Finalität ist daher anzunehmen, wenn eine hypothetische Möglichkeit der Verlustnutzung nicht mehr besteht.

Auswirkungen auf das deutsche Steuerrecht

Trotz der mehr als zehnjährigen Diskussion um finale Verluste wurde der deutsche Gesetzgeber bisher nicht tätig. Eine gesetzliche Legaldefinition finaler Verluste hätte trotz des Urteils Timac Agro erfolgen müssen, um zumindest Fälle mit Tochtergesellschaften rechtssicher beraten zu können. Aufgrund der Klarstellungen des EuGH scheint eine Implementierung der Rechtssprechungsgrundsätze zur Finalität von Verlusten nun unausweichlich. Wie diffizil eine Finalitätsprüfung ausfallen kann, wird durch das Urteil Bevola und Jens W. Trock nochmals verdeutlicht. Solange eine solche Verankerung im nationalen Gesetz aussteht, besteht in der Praxis nur die Möglichkeit, sich auf die EuGH-Rechtsprechung zu finalen Verlusten zu berufen. Das Urteil in der Rechtssache Bevola und Jens W. Trock ermöglicht eine grenzüberschreitende Verlustnutzung finaler Verluste bei Freistellungsbetriebsstätten und erteilt der Ansicht des BFH und einem Großteil der Literatur eine Absage. Voraussetzung für die Verlustnutzung ist jedoch die Finalität dieser Verluste.

Dieser Beitrag erschien erstmals in: Handelsblatt online, Steuerboard, 15.08.2018

Erbschaftsteuer und Nachfolge

Erbschaftsteuer – Bayern geht Sonderweg

von Tobias Völkel, Finanzverwaltung Baden-Württemberg

11. Januar 2018

Erbschaftssteuer

Unternehmenssteuerrecht

Finanzverwaltung

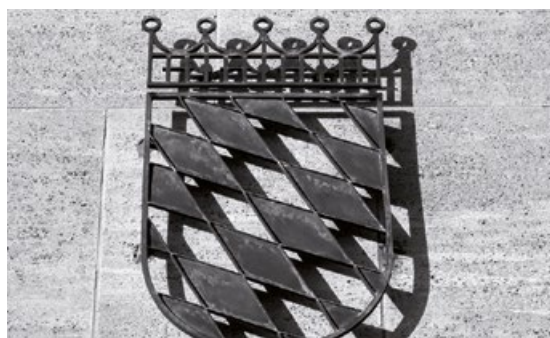
Schenkungssteuer

Durch den koordinierten Ländererlass vom 22.06.2017 haben bis auf Bayern sämtliche Bundesländer einheitlich Stellung zur Anwendung der geänderten Vorschriften für die Erbschaftsteuerbefreiung von Unternehmensvermögen genommen. Mit Verfügung vom 14.11.2017 hat sich nun die bayerische Finanzverwaltung den anderen Bundesländern angeschlossen. In zwei Punkten weicht Bayern allerdings (berechtigterweise) ausdrücklich von der Sichtweise der übrigen Bundesländer ab.

Der Sonderweg Bayerns

Minderung des verfügbaren Vermögens um Erbschaftsteuerbelastung

Im Rahmen des sog. „Erlassmodells“ ist bei der Ermittlung des verfügbaren Vermögens i.S.d. § 28a Abs. 2 ErbStG abweichend von Abschn. 28a.2 Abs. 2 Satz 6 des koordinierten Ländererlasses der Wert des verfügbaren Vermögens um die auf den steuerpflichtigen Erwerb entfallende Erbschaft- bzw. Schenkungssteuer zu mindern.



Bei der Erbschaftsteuer geht die bayerische Finanzverwaltung eigene Wege. Bild: refresh(PIX)/Fotolia

Kein junges Verwaltungsvermögen bei konzerninternen Umstrukturierungen

Wenn innerhalb eines Konzerns im Zweijahreszeitraum vor der Steuerentstehung Gegenstände des Verwaltungsvermögens oder Finanzmittel zwischen einzelnen Beteiligungsebenen oder Beteiligungssträngen übertragen werden, sind diese entgegen dem koordinierten Ländererlass nicht als schädliches (junges) Verwaltungsvermögen zu behandeln (§ 13b Abs. 7 Satz 2 ErbStG).

Verfahrensrechtliche Folgeprobleme

Bestimmung des verfügbaren Vermögens

Die Voraussetzungen des „Erlassmodells“ (§ 28a ErbStG) werden ausschließlich vom Erbschaft- und Schenkungsteuer-Finanzamt beurteilt. Berücksichtigt Bayern die Erbschaft- und Schenkungsteuerbelastung bei der Bestimmung des verfügbaren Vermögens (§ 28a Abs. 2 ErbStG), führt dies zwar mangels länderübergreifender Feststellung nicht zu verfahrensrechtlichen Verwerfungen. Allerdings können dadurch auch nur Steuerpflichtige in Bayern von der günstigen Auffassung profitieren.

Qualifikation als junges Verwaltungsvermögen

Das junge Verwaltungsvermögen wird von den Betriebsstätten-Finanzämtern gesondert festgestellt (§ 13b Abs. 10 Satz 1 ErbStG). Diese Feststellung ist als Grundlagenbescheid für die Erbschaft- und Schenkungsteuer-Finanzämter bindend (§ 171 Abs. 10 i.V.m. § 175 Abs. 1 Nr. 1 AO). Befindet sich eines der beteiligten Finanzämter in Bayern und das andere im übrigen Bundesgebiet, ergeben sich nunmehr zwei Fallgruppen, die es zu unterscheiden gilt (ZEV 2017 S. 735):

1) Feststellungs-Finanzamt in Bayern und Erbschaft- und Schenkungsteuer-Finanzamt im übrigen Bundesgebiet:

Das bayerische Feststellungs-Finanzamt legt im Grundlagenbescheid seine für den Steuerpflichtigen günstige Sichtweise zugrunde. An diese Feststellung ist das Erbschaft- und Schenkungsteuer-Finanzamt gebunden, auch wenn es die Feststellung inhaltlich für falsch hält. Damit können auch Steuerpflichtige außerhalb Bayerns von der günstigen Auffassung profitieren.

2) Feststellungs-Finanzamt im übrigen Bundesgebiet und Erbschaft- und Schenkungsteuer-Finanzamt in Bayern:

Das Feststellungs-Finanzamt legt im Grundlagenbescheid seine für den Steuerpflichtigen ungünstige Sichtweise zugrunde. Hieran ist das bayerische Erbschaft- und Schenkungsteuer-Finanzamt gebunden, auch wenn es die hierdurch festzusetzende Steuer als zu hoch ansieht.

Auch ein (außergerichtliches) Rechtsbehelfsverfahren hilft dem Steuerpflichtigen in diesem Fall nicht weiter. Aufgrund der Bindungswirkung des Feststellungsbescheids wäre dieses gegen den Feststellungsbescheid beim Feststellungs-Finanzamt zu führen. Aufgrund der eindeutigen Verwaltungsanweisung hätte der Steuerpflichtige aber im außergerichtlichen Rechtsbehelfsverfahren keinen Erfolg. Auch ein Antrag auf Erlass der Steuer aus sachlicher Unbilligkeit (§ 227 AO) beim bayerischen Erbschaft- und Schenkungsteuer-Finanzamt dürfte indes ausscheiden, denn § 227 AO ist kein Mittel, um versäumte Rechtsbehelfe zu ersetzen. Gegen eine unrichtige Steuerfestsetzung muss sich der Steuerpflichtige im Wege des außergerichtlichen und gegebenenfalls gerichtlichen Rechtsbehelfsverfahrens zur Wehr setzen. Letzteres bleibt dem Steuerpflichtigen unbenommen, denn die Gerichte sind in ihrer Entscheidung nicht an die Verwaltungsauffassung gebunden. Will der Steuerpflichtige also von der günstigen bayerischen Auffassung profitieren, ist ihm zu raten, sich gerichtlich gegen den Feststellungsbescheid zu wehren.

Fazit

Der weitgehende Anschluss Bayerns an den koordinierten Ländererlass ist aus Gründen der Rechtssicherheit zu begrüßen. Die bayerischen Vorbehalte sind in der Sache richtig und für den Steuerpflichtigen günstig. Leider ist nicht zu erwarten, dass sich die anderen Bundesländer dieser Sichtweise anschließen. Deshalb wäre eine zeitnahe

höchstrichterliche Klärung wünschenswert. Bis dahin führt die unterschiedliche Handhabung in Bayern und im übrigen Bundesgebiet in der Praxis zu Schwierigkeiten, da nun neben der ohnehin bereits hohen Komplexität der erbschaftsteuerlichen Verschonungsregelungen zusätzlich auch noch die geographische Lage des Vermögens und die damit einhergehenden unterschiedlichen Verwaltungsauffassungen beachtet werden müssen.

Dieser Artikel erschien erstmals in: Handelsblatt online, Steuerboard, 10. Januar 2018

Erbschaftsteuer – BFH-Urteil verschärft Anforderungen an Wohnungsunternehmen

von Dr. Christoph Philipp (P+P Pöllath + Partners), Dr. Martin Liebern timer (P+P Pöllath + Partners), Dr. Andreas Richter (P+P Pöllath + Partners), Dr. Stephan Viskorf (P+P Pöllath + Partners)

6. März 2018

Finanzverwaltung

Schenkungssteuer

Erbschaftssteuer

Mit seiner Entscheidung vom 24.10.2017 (II R 44/15) hat der Bundesfinanzhof (BFH) die erbschaftsteuerlichen Anforderungen an ein Wohnungsunternehmen deutlich erhöht.

Ausgangslage

Dritten zur Nutzung überlassene Immobilien zählen grundsätzlich zum Verwaltungsvermögen und unterliegen damit in der Regel der Besteuerung mit Schenkung- und Erbschaftsteuer. Eine Ausnahme besteht jedoch für Immobilien eines Unternehmens, dessen Hauptzweck die Vermietung von Wohnraum ist und dessen Vermietungstätigkeit einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb erfordert.

Die Finanzverwaltung ist bislang typisierend davon ausgegangen, dass bei einer Vermietung von mehr als 300 Wohnungen ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb regelmäßig anzunehmen sei.

Die Entscheidung des Bundesfinanzhofs

Der Bundesfinanzhof (BFH) ist der typisierenden Betrachtung der Finanzverwaltung entgegengetreten. Die Anzahl der vermieteten Wohnungen soll unerheblich sein. Die Vermietungstätigkeit müsse nach ertragsteuerlichen Grundsätzen die Grenze der privaten Vermögensverwaltung überschreiten und als originär gewerblich zu qualifizieren sein.

Nicht ausreichend sind dementsprechend die bloße Verwaltung der Wohnungen und deren Bewirtschaftung.

- Die Verwaltung umfasse die Suche nach dem passenden Mieter durch Anzeigen in Portalen, die Erstellung des Mietvertrags, die Wohnungsübergabe, den Einzug von Mietzahlungen, den Kontakt mit den Mietern während des laufenden Mietverhältnisses, das Abfassen von Betriebskostenabrechnungen, die Sauberhaltung der gemeinschaftlich genutzten Räumlichkeiten, die Gestaltung und Pflege der Außenanlagen sowie die Erfüllung der Räum- und Streupflichten. Die Verwaltungstätigkeit beinhalte außerdem die Instandsetzung und Instandhaltung der Wohnungen sowie die Beauftragung der entsprechenden Handwerker, deren Überwachung und Kontrolle sowie deren Bezahlung.
- Zur Bewirtschaftung von Wohnungen gehören weiterhin die Versorgung mit Strom, Heizkraft und Wasser und der Kontakt sowie die Abwicklung der Aufträge mit den entsprechenden Lieferfirmen einschließlich der Kontrolle und Bezahlung von Rechnungen.

Von einer gewerblichen Vermietungstätigkeit sei demgegenüber auszugehen, wenn

- der Vermieter bestimmte ins Gewicht fallende, bei der Vermietung von Räumen nicht übliche Sonderleistungen erbringe oder
- wegen eines besonders schnellen, sich aus der Natur der Vermietung ergebenden Wechsels der Mieter oder Benutzer der Räume eine Unternehmensorganisation erforderlich sei.

Unübliche Sonderleistungen des Vermieters lägen beispielsweise vor, wenn

- der Vermieter die Reinigung der Wohnungen oder die Bewachung des Gebäudes übernimmt,
- die Räume in der mit dem Mieter vereinbarten Weise ausgestattet werden,
- Bettwäsche überlassen und monatlich gewechselt wird,
- ein Aufenthaltsraum mit Fernsehapparat sowie ein Krankenzimmer bereitgehalten werden und
- ein Hausmeister bestellt wird.

Erste Einschätzung

Die Entscheidung des BFH ist in vieler Hinsicht überraschend. Anscheinend versucht der BFH, eine seines Erachtens nicht zu rechtfertigende Begünstigung von vermieteten Wohnungen verfassungskonform einzuschränken. Er wendet sich dabei allerdings ausdrücklich gegen den Willen des Gesetzgebers, dessen Intention zwar klar gewesen sei, sich aber nicht ausreichend im Wortlaut des Gesetzes niedergeschlagen habe. Durch das Urteil droht die vom Gesetzgeber gewollte Begünstigung von Wohnungsunternehmen leer zu laufen.

Für die Praxis bedeutet das Urteil eine erhebliche Rechtsunsicherheit. Es ist unklar, ob die Finanzverwaltung die Grundsätze des Urteils übernimmt oder bei ihrer bisherigen typisierenden Betrachtung bleibt. Daneben bleibt unsicher,

- ob die vom BFH geforderten unüblichen Sonderleistungen von der grundstückhaltenden Gesellschaft selbst erbracht werden müssen und
- ob die Sonderleistungen tatsächlich gegenüber allen Mietern erbracht oder lediglich angeboten werden müssen.

Praxisempfehlungen

Derzeit ist nicht zu empfehlen, Wohnungsunternehmen oder Anteile daran zu übertragen, ohne eine vorherige verbindliche Auskunft einzuholen. Ob eine solche Auskunft jetzt noch erteilt wird, ist unsicher und muss im Einzelfall mit dem zuständigen Finanzamt besprochen werden.

Bereits veranlagte Übertragungen von Wohnungsunternehmen können auf Grund der Entscheidung des BFH nicht geändert werden (§ 176 Abs. 2 AO).

Soweit die Übertragung des Wohnungsunternehmens bereits erfolgt ist und diese nur noch nicht veranlagt ist, bleibt zu hoffen, dass die Finanzämter die bisherige typisierende Betrachtungsweise weiterhin bis zu einer anderen Verlautbarung der Finanzverwaltung anwenden.

Key Facts

Die erbschaftsteuerliche Begünstigung von vermieteten Wohnungen erfordert eine originär gewerbliche Tätigkeit. Hierfür müssen bestimmte ins Gewicht fallende, bei der Vermietung von Räumen nicht übliche Sonderleistungen erbracht werden (z.B. Hausmeistertätigkeit, Bewachungsleistungen, Wäscheservice (Bettwäsche), Reinigung der Wohnungen, Bereitstellung von Kranken- und Fernsezimmer).

Nicht ausreichend sind übliche Vermieterleistungen (z.B. Reinigung der Gemeinflächen, Pflege der Außenanlagen und allgemeine Verwaltung und Instandhaltung).

Auf die Anzahl der vermieteten Wohnungen kommt es nicht an (entgegen Auffassung der Finanzverwaltung); ebenso ist die Anzahl der im Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer nicht relevant.

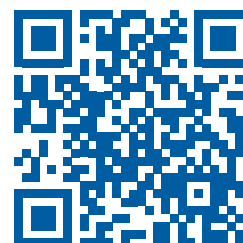
VIDEO Impulsreferat: Private Equity und Familienunternehmen

19. März 2018



Unternehmenssteuerrecht

Familienunternehmen sind beliebte Zielgesellschaften für Finanzinvestoren, gleichzeitig betätigen sich auch Familienunternehmen immer häufiger selbst als Investoren. Wie wichtig in diesem Zusammenhang die steuerliche Strukturierung solcher Investments ist, erläutert P+P-Partner Michael Best.



youtu.be/pHzDX64f8jE

VIDEO Diskussion: Private Equity und Familienunternehmen

19. März 2018



Unternehmenssteuerrecht

Familienunternehmen standen im Fokus einer Gesprächsrunde zwischen Thomas Eisgruber (Bayerisches Staatsministerium der Finanzen, für Landesentwicklung und Heimat), Volker Kaiser (Vizepräsident der Bundessteuerberaterkammer), Michael Best, Andreas Richter und Stephan Viskorf (alle Partner, P+P Pöllath + Partners) im Rahmen der 20-Jahrfeier der Kanzlei P+P Pöllath + Partners am 23. Februar 2018 in München.



youtu.be/Olunt8XvT1k

Familienunternehmen brauchen steuerliche Planungssicherheit

von Verena Hang (P+P Pöllath + Partners)

19. März 2018

Unternehmenssteuerrecht

Family Offices

Finanzverwaltung

Steuergestaltung



Podiumsdiskussion: Andreas Richter, Thomas Eisgruber und Michael Best (v.l.n.r.) diskutierten die Zukunft des deutschen Steuerrechts. Bild: TinoPix Photography

Im Rahmen der Gesprächsrunde „Private Equity und Familienunternehmen“ anlässlich des Festakts zum 20-jährigen Bestehen von P+P Pöllath + Partners diskutierten Kanzleivertreter und Experten aus der Finanzverwaltung über die Zukunft der steuerlichen Planungssicherheit in Deutschland.

Steuerpolitik, bemerkte Andreas Richter (Partner P+P Pöllath + Partners) in seiner Moderation, habe sich zu einem moralischen und ethischen Thema entwickelt. Gleichzeitig hätten sich die Vorbehalte gegenüber Finanzinvestoren seit Franz Münteferings berüchtigtem Heuschrecken-Vergleich inzwischen reduziert. So habe sich der Anteil an Familienunternehmen, die sich die Beteiligung eines Finanzinvestors vorstellen können, in fünf Jahren von 18 % auf aktuell 83 % erhöht, erläuterte P+P-Partner Michael Best in seinem Impulsreferat. Familienunternehmen seien beliebte Zielgesellschaften für Finanzinvestoren. Umgekehrt betätigten sich Familienunternehmer und Family Offices häufig auch selbst als Finanzinvestoren und investierten in Unternehmensbeteiligungen inklusive Private Equity und Venture Capital. Grund dafür sei womöglich die Affinität und Nähe zu unternehmerischen Investitionen. Steuerlich stehe dabei oftmals die Frage der Gewerblichkeit und der damit verbundenen „Infizierung“ anderer Investitionen im Vordergrund. Die oftmals exponierte Stellung von Familienunternehmen in der Öffentlichkeit erfordere jedoch insgesamt gesetzeskonforme Investitions- und Steuerstrukturen. So habe das Medienecho der Paradise Papers gezeigt, dass selbst legale Steuergestaltungen Reputationsrisiken bergen können.

Offenlegung von Steuerstrukturen

Im Zusammenhang mit Steuerstrukturen werde zunehmend die Frage diskutiert, ob und inwieweit diese offengelegt bzw. mit den Finanzbehörden abgestimmt werden sollten. Die OECD habe die Einführung einer Verpflichtung zur Offenlegung aggressiver Steuerplanungsmodelle empfohlen. Dieser Empfehlung sei die Europäische Union mit einem Richtlinien-Entwurf über eine Anzeigepflicht bei grenzüberschreitenden Gestaltungen gefolgt und auch der deutsche Gesetzgeber plane einen Gesetzesentwurf mit Anzeigenpflichten für nationale Steuergestaltungen. Diese Entwicklungen dürften erhebliche Auswirkungen auf die heutige Praxis der Steuerberatung und Steuergestaltung haben, so Best.

Steuergestaltung als Wettbewerbsfaktor

Sowohl Private Equity-Fonds als auch Familienunternehmen seien in erster Linie Wirtschaftssubjekte, die sich am Markt gegenüber der Konkurrenz behaupten müssten, eröffnete Stephan Viskorf (Partner P+P Pöllath + Partners) die anschließende Diskussion. Ein Wettbewerbsfaktor sei dabei die Steuerquote. Trotz einer gestiegenen Bedeutung von nachhaltigem Reputationsmanagement müssten Steuerberatung und -planung daher zulässig bleiben. In einem Spannungsfeld zwischen Legalität und Moral stelle sich die Frage der Abgrenzung zwischen „guter“ und „schlechter“ Steuergestaltung.

Die Kernaussage der Paradise Papers könne man mit „nicht alles was legal ist, ist auch legitim“ zusammenfassen, so Thomas Eisgruber, Ministerialrat im Bayerischen Staatsministerium der Finanzen. Um Recht müsse man streiten. Dies werde allerdings erschwert, wenn ein nicht greifbarer Moral-Kompass neben die eigentliche Rechtsordnung trete. Wichtig sei, dass Steuerpflichtige bzw. deren Berater und die Finanzverwaltung miteinander redeten. Der hinter den Anzeigepflichten stehende Transparenzgedanke komme ohnehin von außen, die Diskussion über deren Sinnhaftigkeit sei daher obsolet. Vielmehr gelte es nun, zukünftige Meldepflichten so zu gestalten, dass das bewährte System der Gesprächskultur nicht gestört werde.

Die Diskussion um Anzeigepflichten für Steuergestaltungen Sorge bereits für Verunsicherung, ergänzte Best. So sei beispielsweise nicht klar, welche Vorgänge anzeigepflichtig sein sollen. Jeder EU-Mitgliedstaat habe außerdem seinen eigenen Beurteilungsstandard. Für die Steuerpflichtigen bestehe darin ein Risiko, zumal der EU-Richtlinien-Entwurf abschreckende Sanktionen bei Nichtbeachtung der Anzeigepflicht vorsehe.



Stephan Viskorf (l.) und Volker Kaiser diskutierten das Spannungsfeld von Legalität und Moral im Steuerrecht. Bild: TinoPix Photography

Transparenzgedanke versus Verschwiegenheitspflicht

In seiner aktuellen Fassung stehe der EU-Richtlinien-Entwurf im Widerspruch zum deutschen Berufsgeheimnis der Steuerberater und deren Verschwiegenheitspflicht, gab Volker Kaiser, Vizepräsident der Bundessteuerberaterkammer, zu bedenken. Zudem sei der bürokratische Aufwand immens. Solange die Reichweite der Anzeigepflicht ungewiss sei, würden Steuerberater sämtliche Vorgänge melden, um keine Sanktionen zu riskieren. Bei der zu erwartenden Vielzahl an Meldungen werde die Finanzverwaltung schnell an ihre Grenzen stoßen.

Der Sinn einer Meldepflicht, so Eisgruber, bestehe darin, Steuermodelle erkennbar zu machen. Der Gesetzgeber könne dann entscheiden, ob er deren Existenz zulassen oder dagegen einschreiten möchte. Die Finanzverwaltung müsse sich dann nicht mehr im Nachhinein in Untersuchungsausschüssen dafür rechtfertigen, missbräuchliche Vorgehensweisen nicht erkannt zu haben, so wie es im Zusammenhang mit den Cum-Ex-Fällen der Fall gewesen sei.

Es gehe der Finanzverwaltung gerade nicht um bereits bekannte, sondern um neue Modelle, stellte Best fest. Die Sorge vor einer weitreichenden und undefinierten Meldepflicht sowie vor überschießenden Regelungen zum Nachteil der Steuerpflichtigen sei daher nicht unbegründet. Dabei sei es wesentlich zielführender, so Kaiser, wenn der Steuerpflichtige, wie bisher, einen unklaren Sachverhalt schildere und eine verbindliche Auskunft erhalte. Trotz der teils mehrmonatigen Bearbeitungsdauer habe man mit verbindlichen Auskünften in der Praxis überwiegend positive Erfahrungen gemacht, bestätigte Viskorf abschließend.

Krypto / ICO und Steuern

ICO – Sind Kryptotoken umsatzsteuerpflichtig?

von Dr. David Hötzel (P+P Pöllath + Partners)

24. Juli 2018

Umsatzsteuer Finanzverwaltung ICO Kryptowährung
Finanzierung Start-up

Der Fußball entdeckt die Finanzierungsmethode ICO. Das Jahressteuergesetz 2018 könnte dabei eine wesentliche Frage determinieren: Fällt bei der Ausgabe der so genannten Kryptotoken für den Emittenten Umsatzsteuer an?

Was verbindet den kolumbianischen Fußballnationalspieler James Rodriguez, den Fußballtraditionsclub SG Wattenscheid 09 und das Jahressteuergesetz 2018? Interessante Verbindungslinien laufen zusammen bei so genannten Initial Coin Offerings (ICOs). Bei ICOs handelt es sich um eine neue Methode zur Finanzierung eines Unternehmens durch Ausgabe so genannter Kryptotoken. Die genannten Fußballakteure wollen sich als Vorreiter in Sachen Digitalisierung die Finanzierungsmethode ICO zunutze machen; das Jahressteuergesetz 2018 könnte dabei eine wesentliche Frage determinieren: Fällt bei der Ausgabe dieser Kryptotoken für den Emittenten Umsatzsteuer an?



ICO – Auch der Fußball entdeckt die neue Finanzierungsform. Bild: TheDigitalArtist/Pixabay

Finanzierung durch einen ICO

Bei einem ICO handelt es sich um eine Art der Schwarmfinanzierung (Crowdfunding), bei der der Emittent einen selbst programmierten Kryptotoken via Internet ausgibt und dafür von den Empfängern einen Betrag in einer Fiatwährung (z.B. Euro) oder in einer Kryptowährung (z.B. Bitcoin) einsammelt. Anders als beim – keinesfalls zu verwechselnden – Initial Public Offering (IPO), werden durch die ausgegebenen Kryptotoken (typischerweise) keine Unternehmensbeteiligungen an die Erwerber vermittelt. Meist soll aber mit dem ausgegebenen Token ein „Recht“ des jeweiligen Tokeninhabers bekundet werden, an zukünftigen Leistungen und Angeboten des emittierenden Unternehmens teilzuhaben (man spricht von sog. Utility Token).

Die jeweiligen Erwerber haben gegebenenfalls die Möglichkeit, die Token später selbst zu nutzen oder sie auf Onlinebörsen zu veräußern und so an einem evtl. steigenden Marktwert der vom Unternehmen angebotenen Leistung (= der Token) zu profitieren. Die Emittenten erhoffen sich durch einen ICO eine alternative Finanzierungsform (neben z.B. Bankfinanzierung oder Venture Capital), bei der sie Dritten weniger Informations- und Mitspracherechte einräumen müssen. Zugleich können sie sich per ICO über das Internet an viele Kapitalgeber mit kleinen Beträgen weltweit wenden und dabei einen aktuellen Marketingeffekt nutzbar machen.

ICOs sind nicht nur für Start-ups interessant

ICOs erreichten zunächst vor allem technikaffine Start-ups. Sie scheinen nun jedoch auch für unerwartete Kreise interessant zu werden, wie beispielsweise die hier genannten Fußballakteure zeigen (vielleicht nicht zufällig im Schatten der WM 2018). James Rodriguez, aktuell in Diensten des FC Bayern München, hat im Mai angekündigt, in Kooperation mit dem chinesischen Startup SelfSell einen eigenen Token, den „JR10 Token“, per ICO auf den Markt zu bringen. Mit dem Token soll Fans die Möglichkeit eingeräumt werden, mit dem Spieler „zu interagieren“. Ein konkretes Leistungsversprechen ist nicht ersichtlich, vage in Aussicht gestellt werden die Teilnahme an Fan-Events, vergünstigten Stadiontickets oder Rabatte bei Merchandising-Aktionen.

Ähnliches versucht scheinbar die SG Wattenscheid 09, wie jüngsten Pressemeldungen im Anschluss an eine Mitgliederversammlung zu entnehmen ist. Danach strebt die SG zusammen mit dem Hamburger Startup HA²LO ein umfassendes Digitalisierungskonzept an. Teil der Finanzierungsstrategie ist dabei die Durchführung eines ICO. Welche konkreten Vorteile der ausgegebene Token den Investoren vermitteln soll, war den Meldungen bislang nicht zu entnehmen.

Umsatzsteuerliche Behandlung der Ausgabe von Utility Token mittels ICOs

Erfolgt die Ausgabe der Token durch die Fußballakteure im Inland und sind sie insoweit als Unternehmer i.S.d. § 2 UStG zu qualifizieren, stellt sich u.a. die Frage, ob es sich bereits bei der Ausgabe der Token um eine umsatzsteuerbare Leistung handelt (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG). Daran anschließend stellt sich die Frage, ob die Emittenten auf 19% der eingesammelten Mittel Umsatzsteuer abführen müssen.

Rechtsprechung oder Stellungnahmen der Finanzverwaltung zu dieser konkreten Frage fehlen bislang. Einige Anhaltspunkte gibt es dennoch: Das BMF hat sich mit Schreiben vom 27.02.2018 (DB 2018 S. 546) sowie durch Ergänzung in Ziffer 4.8.3 Abs. 3a UStAE einer Entscheidung des EuGH zur steuerlichen Behandlung des Umtauschs von Bitcoin angeschlossen. Die Übertragung von Kryptowährungen ist demnach wie die Übertragung gesetzlicher Zahlungsmittel zu behandeln und erfolgt somit umsatzsteuerfrei.

Zu beachten ist aber, dass das BMF eine einschränkende funktionale Betrachtungsweise anstellt: Die Umsatzsteuerfreiheit gilt ausdrücklich nur für solche Kryptowährungen, die keinem anderen Zweck als der Verwendung als Zahlungsmittel dienen (wie z.B. Bitcoin). Die Behandlung anderer Kryptotoken mit sonstigen Funktionen – also etwa den hier in Rede stehenden Utility Token – hat das BMF bisher ausdrücklich offen gelassen.

Referentenentwurf zum Jahressteuergesetz 2018

Das Jahressteuergesetz 2018 dürfte nun einen Anhaltspunkt für die umsatzsteuerliche Behandlung von Utility Token liefern. Gemäß dem Referentenentwurf vom 21.06.2018 (XQ1273598) soll u.a. die europäische Gutscheine-Richtlinie ([EU]2016/1065) umgesetzt werden. Danach werden in § 3 UStG die Absätze 13 bis 15 angefügt, die ein differenziertes System für die Besteuerung von Ein- und Mehrzweckgutscheinen vorsehen.

Ein Gutschein wird zunächst definiert als ein Instrument, bei dem die Verpflichtung besteht, es als Gegenleistung für eine Leistung anzunehmen und die Leistung sowie die Identität des Leistenden entweder auf dem Instrument selbst oder in damit zusammenhängenden Unterlagen angegeben ist. Dieser Definition könnten Utility Token (abhängig vom konkreten Einzelfall) unterfallen.

Weiter unterscheidet das Gesetz zwischen Ein- und Mehrzweckgutscheinen. Einzweckgutschein ist ein solcher, bei dem u.a. die Leistung, auf die sich der Gutschein bezieht, zum Zeitpunkt der Ausstellung des Gutscheins feststeht. Werden solche Gutscheine ausgegeben, gilt bereits die Ausgabe als umsatzsteuerbare Leistung (§ 3 Abs. 14 Satz 2 UStG-E). Bei allen anderen, sogenannten Mehrzweckgutscheinen, erfolgt die umsatzsteuerbare Leistung erst bei Annahme des (Mehrzweck-)Gutscheins als Gegenleistung für die dann erbrachte konkrete Leistung (§ 3 Abs. 15 Satz 2 UStG-E).

Legt man diese Differenzierung bei den zuvor skizzierten Token der Fußballwelt zugrunde, dürften – bei allen nicht bekannten Einzelheiten – die Voraussetzungen eines Einzeckgutscheins jedenfalls nicht erfüllt sein. Damit sollte die Ausgabe der Token nicht als umsatzsteuerbare Leistung anzusehen sein. Der ICO selbst bliebe mithin umsatzsteuerfrei.

Dieser Beitrag erschien erstmals in: Handelsblatt online, Steuerboard, 18.07.2018.

Online-Seminar zur Besteuerung digitaler Währungen

von Dr. David Hötzel (P+P Pöllath + Partners)

18. Oktober 2018

Institutionelle Investoren

Umsatzsteuer

Finanzverwaltung

ICO

Kryptowährung

Ertragsteuer

FinTech

Kryptowährung



Ein Online-Seminar klärt offene Fragen zur Besteuerung von Kryptowährungen. Bild: Pixabay

Die Besteuerung der neuen Assetklasse Kryptowährungen wirft für Steuerpraktiker, Investoren und innovative FinTechs vielfältige Fragen auf. Zwar haben sowohl die EU als auch Finanzverwaltungen weltweit das Thema für sich entdeckt und geben in ersten Stellungnahmen Hinweise zu Auslegungsfragen. Abschließende Rechtssicherheit existiert derzeit jedoch noch nicht.

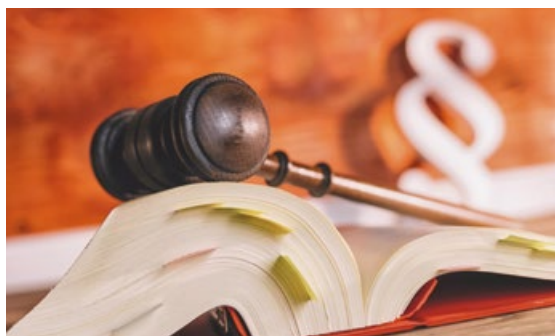
Um drohende Klippen rechtzeitig erkennen zu können ist grundlegendes Wissen auf diesem Gebiet unbedingt erforderlich. Dr. David Hötzel (P+P) führt in einem aktuellen Online-Seminar in dieses schillernde Thema ein und erläutert die wichtigsten Detailfragen aus ertragsteuerlicher sowie umsatzsteuerlicher Sicht. Dabei werden neben grundlegenden Abgrenzungsfragen zwischen gewerblichem und vermögensverwaltendem Kryptotokenhandel auch Sonderfälle wie Hard Forks, Airdrops und Claiming besprochen. Behandelt werden zudem Fragen des Minings und Stakings neuer Kryptotoken. Nicht zuletzt werden steuerliche Risiken bei Durchführung so genannter Initial Coin Offerings (ICOs) aufgezeigt.

Das kostenpflichtige Online-Seminar (Dauer: 1:48 Std.) ist verfügbar über die NWB Akademie.

Unternehmensnachfolge – Urteil konkretisiert Regeln der Buchwertfortführung

von Jan-Eckhard Wegener (P+P Pöllath + Partners)

22. Oktober 2018



Buchwertfortführung – Finanzrichter fällen Urteil im Fall einer Unternehmensnachfolge.

Bild: rcfotostock/Fotolia

Einkommensteuer

Unternehmensnachfolge

Werden Mitunternehmeranteile im Wege vorweggenommener Erbfolge unentgeltlich auf den Rechtsnachfolger übertragen, so verhindert § 6 Abs. 3 EStG die Aufdeckung stiller Reserven durch eine zwingende Buchwertfortführung. Ziel der Vorschrift ist, die wirtschaftliche Einheit „Betrieb“ zu erhalten und den unentgeltlichen Betriebsübergang in der Generationennachfolge von steuerlichen Belastungen zu verschonen. Voraussetzung ist grundsätzlich, dass funktional wesentliches Sonderbetriebsvermögen mit übertragen wird.

Das FG Düsseldorf hat mit Urteil vom 19.04.2018 (15 K 1187/17, RS1272376; vgl. hierzu Graw, StR kompakt, DB1272323) entschieden,

dass die Buchwertfortführung nach § 6 Abs. 3 EStG bei Übertragung eines Mitunternehmeranteils auch dann zu gewähren sein kann, wenn der Übertragende taggleich eine im Sonderbetriebsvermögen gehaltene wesentliche Betriebsgrundlage veräußert.

Hintergrund und Rechtsprechung des BFH

Nach früherer Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) war erforderlich, dass das wirtschaftliche Eigentum an allen funktional wesentlichen Betriebsgrundlagen, inkl. denen des Sonderbetriebsvermögens, in einem einheitlichen Vorgang übertragen wird. Zeitgleiche oder in zeitlichem Zusammenhang vollzogene Buchwertausgliederungen nach § 6 Abs. 5 EStG sowie Entnahmen oder Veräußerungen wesentlicher Betriebsgrundlagen schlossen die Buchwertfortführung aus und führten zu einer Aufdeckung der im Betrieb verhafteten stillen Reserven.

Von dieser Auffassung ist der BFH mit Urteil vom 02.08.2012 (IV R 41/11, DB 2012 S. 2375) abgerückt und hat entschieden, dass die Buchwertfortführung nach § 6 Abs. 3 EStG auch dann zu gewähren ist, wenn funktional wesentliche Betriebsgrundlagen des Sonderbetriebsvermögens vorher bzw. zeitgleich zur Betriebsübertragung nach § 6 Abs. 5 EStG zum Buchwert ausgegliedert werden. Der Normzweck beider Vorschriften schließe ein Nebeneinander nicht grundsätzlich aus. Einem Missbrauchsrisiko werde durch Sperrfristen vorgebeugt. Eine einschränkende Auslegung des § 6 Abs. 3 EStG komme daher nur in Betracht, wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit der entsprechenden Sachgesamtheit und damit die Einkünfteerzielung der betreffenden Personengesellschaft durch Übertragungen von Einzelwirtschaftsgütern in einer Weise berührt wird, dass es wirtschaftlich zu einer Zerschlagung des Betriebs und damit im Ergebnis zu einer Betriebsaufgabe kommt. Nur in dieser Konstellation wird der Normzweck des § 6 Abs. 3 EStG, die Existenz der übertragenen Sachgesamtheit als Wirtschaftseinheit zu sichern, verfehlt.

Entscheidung des FG Düsseldorf

Das Finanzgericht Düsseldorf hatte nun über den Fall einer Betriebsaufspaltung zu entscheiden. Die Miteigentümer eines an die Betriebs-GmbH vermieteten Grundstücks hielten ihre jeweilige Beteiligung an der GmbH als wesentliche Betriebsgrundlage im Sonderbetriebsvermögen. Im Wege der vorweggenommenen Erbfolge übertrug einer der Miteigentümer seinen Miteigentumsanteil unentgeltlich auf seinen Sohn.

Auch bei der Erbschaftsteuer ergeben sich durch das Jahressteuergesetz 2018 einige Änderungen.

Bild: Stockfotos-MG/Fotolia

Zeitgleich übertrug er einen Teil seiner Geschäftsanteile an der Betriebs-GmbH ebenfalls unentgeltlich auf seinen Sohn und veräußerte die weiteren Geschäftsanteile an der GmbH an einen Dritten.

Das FG Düsseldorf hält die Buchwertfortführung des § 6 Abs. 3 EStG für die Übertragung des Miteigentumsanteils für anwendbar und knüpft in den Entscheidungsgründen an die jüngere Rechtsprechung des BFH an. Diese sei zwar nicht unmittelbar auf den vorliegenden Fall übertragbar, da es sich nicht um eine buchwertneutrale Ausgliederung von Wirtschaftsgütern nach § 6 Abs. 5 EStG, sondern um einen steuerpflichtigen Veräußerungsvorgang handle.

Dennoch ergäbe sich aus Sinn und Zweck des § 6 Abs. 3 EStG, dass die Veräußerung einer wesentlichen Betriebsgrundlage des Sonderbetriebsvermögens die Buchwertfortführung hinsichtlich der Übertragung des Mitunternehmeranteils nicht grundsätzlich ausschließe. Vielmehr komme es unter Berücksichtigung des Normzwecks maßgeblich darauf an, dass die Veräußerung wirtschaftlich nicht zu einer Zerschlagung der betrieblichen Einheit führt. Dies sei vorliegend nicht der Fall. Denn die Betriebsaufspaltung habe nicht geendet, sondern bestand auch nach den Übertragungsvorgängen fort. Für dieses Ergebnis spreche auch, dass es im Rahmen der Veräußerung gerade zu einer Besteuerung der in dem veräußerten Wirtschaftsgut enthaltenen stillen Reserven kommt. Wenn aber schon die steuerneutrale Ausgliederung eines Wirtschaftsguts nach § 6 Abs. 5 EStG unschädlich für die Anwendung des § 6 Abs. 3 EStG sei, dann müsse dies erst Recht im Rahmen der steuerpflichtigen Veräußerung eines Wirtschaftsguts gelten.

Einordnung und Fazit

Das Urteil ist zu begrüßen. Es setzt die am Sinn und Zweck orientierte jüngere Rechtsprechung des BFH zu § 6 Abs. 3 EStG konsequent fort. Die von der früheren Rechtsprechung (vor 2012) vorgenommene einschränkende Auslegung der Vorschrift findet keine Stütze im Wortlaut der Norm und lässt sich auch durch ihren Zweck nicht rechtfertigen. Richtigerweise hat das FG Düsseldorf daher entschieden, dass die zeitgleiche Veräußerung von wesentlichen Betriebsgrundlagen des Sonderbetriebsvermögens für die Buchwertfortführung nicht per se schädlich ist und hat stattdessen die „Zerschlagungsprüfung“ auf entsprechende Sachverhalte ausgedehnt. Es bleibt abzuwarten, ob der BFH das Urteil bestätigt. Die Revision wird beim BFH unter IV R 14/18 geführt.

Dieser Beitrag erschien erstmals in: Handelsblatt online, Steuerboard, 11. Oktober 2018

Erbschaftsteuer – Nachbesserungen durch das JStG 2018

von Dr. Martin Liebernickel (P+P Pöllath + Partners)

6. Dezember 2018

Finanzverwaltung

Unternehmensnachfolge

Erbschaftsteuer

Schenkungssteuer

Jahressteuergesetz 2018

Nach langen politischen Diskussionen wurde für Erwerbe nach dem 30.06.2016 ein neues Erbschaftsteuerrecht beschlossen (Gesetz zur Anpassung des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes an die Rechtsprechung des BVerfG vom 04.11.2016, BGBl. I 2016 S. 2464). Ergebnis der politischen Einigung war u.a., dass sogenannte Großerwerbe nur noch einer eingeschränkten erbschaftsteuerlichen Begünstigung unterliegen. Soweit Steuerpflichtige die auf das übertragene begünstigte Vermögen entfallende Erbschaftsteuer nicht mit dem verfügbaren Vermögen begleichen können, soll ihnen auf Antrag die darauf entfallende Erbschaftsteuer erlassen werden (Verschonungsbedarfsprüfung nach § 28a ErbStG). Da die bestehende Verschonungsbedarfsprüfung verfahrensrechtlich lückenhaft war, hat der Gesetzgeber im Rahmen des „JStG 2018“ nachgebessert.



Verschonung von Großerwerben

Übersteigt der Erwerb begünstigten Vermögens die Schwelle von 26 Mio. Euro, liegt ein sogenannter Großerwerb vor. Dabei werden mehrere innerhalb von zehn Jahren von derselben Person anfallende Erwerbe zusammenge-rechnet (§ 13a Abs. 1 Satz 2 ErbStG). Die Finanzverwaltung bezieht dabei auch Erwerbe vor dem 01.07.2016 in diese Prüfung ein, was verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet. Eine solche Qualifizierung als Großerwerb sollte ver-fahrensrechtlich offengehalten werden, da entsprechende Finanzgerichtsverfahren zu erwarten sind. Die Besteue-rung der einzubeziehenden Erwerbe vor dem 01.07.2016 selbst soll jedoch nicht nachträglich geändert werden. Das nicht begünstigte Unternehmensvermögen (z.B. Kapitalgesellschaftsanteile bis 25% ohne Poolvereinbarung, Wertpapiere, zu viel Liquidität) erfährt unabhängig von der Größe des Erwerbs keine Verschonung mehr.

Bleibt der Großerwerb unter einer gesetzlichen Grenze von 90 Mio. Euro (§ 13c Abs. 1 Satz 2 ErbStG), hat der Erwer-ber die Wahl zwischen zwei Verschonungsmodellen: dem Abschmelzmodell des § 13c ErbStG und der Verscho-nungsbedarfsprüfung nach § 28a ErbStG. Beträgt der Großerwerb 90 Mio. Euro und mehr, kommt nur noch die Verschonungsbedarfsprüfung in Betracht.

Im Regime des Abschmelzmodells verringert sich der Verschonungsabschlag i.H.v. 85% (Regelverschonung) bzw. 100% (Optionsverschonung) jeweils um 1% pro volle 750.000 Euro, die der Erwerb die Grenze von 26 Mio. Euro übersteigt. Damit wird im Fall der Regelverschonung ab einem Erwerb begünstigten Vermögens i.H.v. 89,75 Mio. Euro kein Abschlag mehr gewährt. Im Bereich der Optionsverschonung würde diese Grenze rechnerisch bei 101 Mio. Euro liegen ($100 \times 750.000 \text{ EUR} + 26 \text{ Mio. EUR} = 101 \text{ Mio. EUR}$). Sie wird aber von Gesetzes wegen auf 90 Mio. Euro begrenzt (§ 13c Abs. 1 Satz 2 ErbStG).

Entscheidet sich der Erwerber gegen das Abschmelzmodell oder beläuft sich sein Erwerb auf 90 Mio. Euro und mehr, verbleibt ihm nur die Anwendung der Verschonungsbedarfsprüfung nach § 28a ErbStG. Der Steuerpflichtige beantragt dann, ihm die auf das übertragene begünstigte Vermögen entfallende Erbschaftsteuer zu erlassen, soweit diese nicht mit dem so genannten verfügbaren Vermögen beglichen werden kann. Das zur Steuerzahlung einzusetzende verfügbare Vermögen kann dabei aus drei Komponenten bestehen. Erstens der Hälfte des aktuell miterworbenen nicht begünstigten Vermögens. Zweitens aus der Hälfte des beim Erwerber bereits vorhandenen nicht begünstigten Vermögens. Drittens zählt die Hälfte des nicht begünstigten Vermögens, das der Erwerber inner-halb der nächsten zehn Jahre durch Schenkung oder von Todes wegen erhält (auch von Dritten!) zum verfügbaren Vermögen, das dann nachträglich zur Erbschaftsteuerzahlung einzusetzen ist.

Keine Erlassbescheide

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist für die Gewährung des Steuererlasses nach § 28a ErbStG ein Antrag des Erwer-bers notwendig. Dieser Antrag sollte bereits im Rahmen der entsprechenden Erbschaft- beziehungsweise Schen-kungsteuererklärung gestellt werden und kann zu einem teilweisen oder vollständigen Erlass der auf das begüns-tigte Vermögen entfallenden Steuer führen.

Bislang wurden jedoch Anträge auf Steuererlass nach § 28a ErbStG bundesweit – soweit ersichtlich – nicht beschie-den. Wie aus der Begründung des am 23.11.2018 durch den Bundesrat gebilligten „Gesetzes zur Vermeidung von Umsatzsteuerausfällen beim Handel mit Waren im Internet und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften“ (JStG 2018) hervorgeht, hatte dies folgenden Hintergrund: Ein einmal gewährter Erlassbescheid wäre (da nicht den Korrekturvorschriften für Steuerverwaltungsakte folgend) nach bisheriger Gesetzeslage nur dann änderbar gewe-sen, wenn einer der gesetzlich in § 28a Abs. 4 ErbStG normierten Fälle vorliegt. Letzteres ist dann der Fall, wenn der Erwerber die maßgebliche Lohnsumme nicht einhält, gegen bestimmte Verfügungs- und Entnahmebeschränkun-gen verstößt oder der oben genannte schädliche Nacherwerb (Erbschaften oder Schenkungen auch von Dritten) vorliegt.

Nicht umfasst ist bislang der Fall, dass z.B. eine Betriebsprüfung nachträglich ein höheres erbschaftsteuerlich schädliches Unternehmensvermögen auf den seinerzeitigen Übertragungszeitpunkt feststellt. Hier schafft nun das JStG 2018 aus Sicht des Gesetzgebers Abhilfe, indem es eine Änderung des ursprünglichen Erlassbescheides auch dann zulässt, wenn entsprechende Feststellungen in anderen Steuer- bzw. Feststellungsbescheiden getroffen oder geändert werden. Die Gesetzesbegründung spricht hier von einer „erheblichen Unsicherheit auf Seiten der

betroffenen Bürger“, zu der es ohne die gesetzliche Neuregelung gekommen wäre, da der Steuererlass gegebenenfalls erst mit einer erheblichen zeitlichen Verzögerung ausgesprochen werden könnte.

Zeitliche Anwendung der Neuregelung nach dem JStG 2018

Die Änderungen des § 28a ErbStG sollen auf Erwerbe Anwendung finden, für die ein Erlass erstmals nach Verkündung des JStG 2018 ausgesprochen wurde. Dies scheint auf den ersten Blick einsichtig, da ja offenbar nur pro futuro wirkend. Betrachtet man aber den vorgenannten Befund, dass es bislang keine entsprechenden Erlassbescheide zu geben scheint, dann wird deutlich, dass diese gesetzliche Neuregelung alle Erwerbe nach dem 30.06.2016 betrifft, für die ein Steuererlass nach § 28a ErbStG (bislang vergeblich!) beantragt wurde. Dies kommt einer faktischen Rückwirkung der Neuregelung gleich.

Fazit

Die gesetzliche Neuregelung aus dem Jahre 2016 war zunächst lückenhaft und die Finanzverwaltung hatte offenbar Bedenken, entsprechende Erlassbescheide zu gewähren, in Sorge um ihre spätere Änderbarkeit. Daher wurde ein entsprechend beantragter Steuererlass zunächst überhaupt nicht gewährt. Mit der Neuregelung dürfte sich dies wieder ändern. Man muss kein Prophet sein, um vorherzusagen, dass diese Vorgehensweise entsprechende finanzgerichtliche Verfahren nach sich ziehen wird, die am Ende beim BVerfG enden werden. Diesen Weg werden voraussichtlich noch eine Reihe erbschaftsteuerlicher Vorschriften nehmen.

Dieser Beitrag ist erstmals erschienen in: Handelsblatt online, Steuerboard, 30. November 2018

Index

AIFM	8, 14, 23, 27, 35, 39	Finanzierung	43, 45, 46, 48, 58, 66, 68, 140
Anzeigepflicht	105, 106	Finanzverwaltung	32, 35, 78, 92, 97, 99, 103, 105, 106, 109, 111, 113, 127, 133, 135, 138, 140, 142, 144
Aufsichtsrecht	11, 14, 19, 23, 25, 27, 32, 41, 45, 46, 48, 64	FinTech	66, 142
Außenwirtschaftsrecht	55, 84, 86	Fonds-Manager	16, 25
BaFin	19, 23, 27, 30, 32	Fondsstrukturierung	8, 14, 41, 57
Betriebsausgaben	103	Fund Compliance	27, 30
Blockchain	45, 46, 66	Fundraising	9, 60
Brexit	125, 127	Fund Secondaries	13
Buy-out	9, 58, 80	Geldwäsche	19, 27, 30
Carried-Interest	34, 41	Geschlossene Fonds	103
Compliance	58, 62, 64, 82	Gesellschaftsrecht	64, 68, 71, 77, 80, 106
Corporate Governance	64	Grunderwerbsteuer	101, 106
Crowdfunding	46, 48	Holdingstrukturen	99, 123, 128
Datenschutz-Grundverordnung	11, 16, 25, 58, 62	ICO	39, 41, 45, 46, 48, 140, 142
Debt-Fonds	11, 14	Immobilientransaktionen	101
Digitalisierung	11, 43, 66	Institutionelle Investoren	8, 14, 142
Dividenden	97, 99, 120, 123, 128	Internationales Steuerrecht	128
Doppelbesteuerungsabkommen	97, 120, 125	Investitionskontrolle	84, 86
Due Diligence	23, 58, 62, 68, 82, 99	Investmentfonds	8, 9, 16, 27, 35, 39
Einkommensteuer	73, 95, 97, 103, 109, 143	Investmentsteuerrecht	35, 39, 41
Erbschaftssteuer	127, 133, 135, 144	Jahressteuergesetz 2018	101, 111, 144
Ertragsteuer	41, 101, 142	Kapitalertragsteuer	92, 95, 99, 120, 128
Family Offices	32, 138	Körperschaftsteuer	97, 111
Finanzanlagenvermittler	28, 32		

Kryptowährung	39, 140, 142	Transparenzregister	19, 27, 30
Managementbeteiligung	34, 71, 73, 77, 80, 113	Umsatzsteuer	101, 109, 111, 123, 140, 142
Meldepflichten	16, 19, 27, 86	Unternehmensnachfolge	143, 144
MiFID II	28, 32	Unternehmenssteuerrecht	92, 99, 105, 106, 123, 127, 133, 137, 138
Mitarbeiterbeteiligung	78	Venture Capital	9, 11, 16, 30, 34, 39, 41, 43, 66, 68
MUPET 2018	13, 19, 23, 27, 35, 46, 48, 60, 64, 71, 73, 77, 84, 99, 101, 105, 106, 127	Veräußerungserlös	80
PE-Transaktionen	54, 55, 57, 60, 62, 73, 74, 82, 113	Virtuelle Anteile	71, 77, 80
PRIIPs	19, 27	W&I-Versicherungen	54, 55, 58, 60
Schenkungssteuer	127, 133, 135, 144		
Solvency II	23		
Start-up	43, 48, 68, 140		
Steuergestaltung	105, 106, 138		

Autorenverzeichnis

A-E

Silke Bandener	Ronald Buge	Dr. Robert Eberius
Uwe Bärenz	Dr. Peter Bujotzek	Dr. Thomas Eisgruber
Raphael Baumgartner	Dr. Pia Dorfmueller	Joel El-Qalqili
Dr. Michael Best	Prof. Dr. Klaus-Dieter Drüen	

F-J

Dr. Hardy Fischer	Dr. Wolfgang Grobecker	Christine Hochstatter
Dr. Nico Fischer	Dr. Maximilian Haag	Dr. Benedikt Hohaus
Christine Funk	Dr. Verena Hang	Dr. David Hötzel
Dr. Alexander Götz	Gerald Herrmann	Tobias Hueck
Dr. Georg Greitemann	Dr. Christian Hillebrand	Dr. Tim Junginger

K-O

Dr. Sebastian Käßplinger	Dr. Martin Liebernicket	Dr. Philip Mostertz
Harald Keller	Fokke Lucas	Dr. Eva Nase
Dr. Barbara Koch-Schulte	Dr. Alexander Mann	Steve Nicholls
Mareike Krämer	Tarek Mardini	Lukas Nieslony
Benjamin Letzler	Norman Mayr	Dr. Dominik Oberholzer

P-T

David Peroz	Dr. Stephan Schade	Dr. Jens Steinmüller
Christoph Philipp	Dr. Philip Schwarz van Berk	Sebastian Sumalvico
Michelle Radoch	Dr. Sebastian Seier	Dr. Nico Taverna
Sören Reckwardt	Dr. Georg Seitz	Dr. Frank Thiäner
Dr. Andreas Richter	Sunaina Sinha	Christian Tönies
Dr. Andreas Rodin	Eva-Juliane Stark	

U-Z

Amos Veith

John Verwey

Dr. Stephan Viskorf

Tobias Völkel

Philipp von Braunschweig

Dr. Jesko von Mirbach

Jan-Eckhard Wegener

Berthold Welling

Daniel Wiedmann

Xin Zhang

PRIVATE EQUITY **PE** MAGAZIN

Das Onlinemagazin für Private Equity



Private Equity Magazin Jahresband 2018

ISBN 978-3-9821297-0-9
Verlag Private Equity Magazin
Hrsgb. P+P-Training GmbH

Redaktion

Tarek Mardini (V.i.S.d.P., Bereich Private Funds, Projektleitung)
Nadine Ackermann (Projektleitung)
Dr. Tim Junginger (Bereich M&A)
Verena Hang (Bereich Tax)
Andrea Diederich (Redaktion)
Patrick Brockmann (Gestaltung)

Das Private Equity Magazin ist ein Angebot der
P+P Training GmbH
Färbergraben 18
80331 München
Tel.: +49 (0)89 24240-131
Fax: +49 (0)89 24240-999
E-Mail: info@pptraining.de

Vertreten durch die Geschäftsführer: Dr. Georg Greitemann,
Dr. Benedikt Hohaus, Jens Hörmann, Dr. Frank Thiäner

Registergericht: Amtsgericht München
Registernummer: HRB 175508
Umsatzsteuer-Identifikationsnummer: 143/171/90957