

## **BVK-Position zur ertrag- und umsatzsteuerlichen Behandlung von Private Equity**

---

### **A. Übersicht und Zusammenfassung**

#### ***Übersicht***

Ziel des BVK war und ist **nicht**, für eine steuerliche **Sonderbehandlung** zu werben, **sondern** systemkonforme Regeln für die Besteuerung von Private Equity Fonds, ihrer Investoren und Manager zu finden, die **nationale** und **internationale Gleichbehandlung** sichern. Dieses Ziel verfolgt der BVK konsistent seit Jahren. Im Zusammenhang mit der Transposition der AIFMD in nationales Recht und der anstehenden Änderung der 6. Mehrwertsteuersystemrichtlinie hinsichtlich der Behandlung von Versicherungs- und Finanzdienstleistungen haben die zwei für die deutsche Private Equity „Industrie“ bedeutsamen Steuerfragen aktuelle Bedeutung gewonnen.

#### ***Zusammenfassung***

**Ertragsteuerlich** vertritt der BVK nach wie vor das Petition, dass die Erträge von Private Equity Fonds als Einkünfte aus Kapitalvermögen qualifiziert werden.

Für Investmentvermögen ist diese Qualifikation im Investmentsteuergesetz gesetzlich angeordnet. Mit Ausnahme von Wertpapiersondervermögen (sog. OGAWs) sind sämtliche im Investmentgesetz geregelten Investmentvermögen Alternative Investment Funds im Sinne der AIFM-Richtlinie; ab Juli 2013 zählen auch Private Equity Fonds dazu. Deshalb ist systematisch und verfassungsrechtlich die Einbeziehung von Private Equity Fonds in die gesetzliche Einkünftequalifikation gemäß Investmentsteuergesetz geboten.

Die Qualifikation der Erträge von Private Equity Fonds als Einkünfte aus Kapitalvermögen führt zu keinen Steuerausfällen durch Ausnutzung einer „Steuersatzarbitrage“. Soweit sich Kapitalgesellschaften an Private Equity Fonds beteiligen, kommt es bei der Qualifikation als Kapitaleinkünfte statt als gewerbliche zu überhaupt keiner Steuersatzarbitrage, bei natürlichen Personen beträgt sie lediglich 2 Prozentpunkte (und nicht wie behauptet 20 Prozentpunkte).

**Umsatzsteuerlich** muss in Deutschland hinsichtlich der Managementvergütungen das maßgebliche EU-weit harmonisierte Umsatzsteuerrecht EU-konform angewendet werden. Das ist nach Auffassung des BVK gegenwärtig nicht der Fall. Die wichtigsten EU-Mitgliedsstaaten behandeln die Verwaltungsleistungen an Private Equity Fonds als nicht steuerbare Leistungsvereinigung oder steuerfreien Leistungsaustausch. Folglich fällt keine Umsatzsteuer an. In der Anlage 1 finden Sie eine Aufstellung von Nachbarländern, die eine Steuerfreiheit geregelt haben. Dadurch sind bereits heute zu Lasten des deutschen Private Equity-Standorts erhebliche Wettbewerbsnachteile eingetreten. Bei den jetzt anstehenden Verhandlungen auf EU-Ebene zur Novellierung der EU-Befreiung für Management von Investment Funds muss Deutschland sich darum bemühen, dass die Befreiung EU-einheitlich für alle Private Equity Fonds gilt, auch für deutsche.

## **B. Ertragsbesteuerung**

### ***I. BVK: Bemühen um konstruktive Erörterung***

Die folgenden Ausführungen verdeutlichen das Bemühen des BVK, konstruktiv zur Erörterung der ertragsteuerlichen Qualifikation der Einkünfte aus Private Equity Fonds beizutragen. Die Lösung im Sinne des Petitums des BVK, nämlich die Qualifikation als Einkünfte aus Kapitalvermögen, ist ein wichtiges Anliegen, das wir mit allem Nachdruck weiterhin vortragen, aber nicht mit dem Ziel eines Privilegs, sondern konstruktiv:

- (a) Es ist **nicht mit Steuerausfällen** verbunden, siehe unten Abschnitt VI.
- (b) Mit der Transposition der AIFM-Richtlinie in deutsches Recht ergibt sich die **Qualifikation der Einkünfte als solche aus Kapitalvermögen** wie bei anderen (alternativen) Investmentfonds (z.B. Hedgefonds) aus der Einhaltung der staatlichen Regulierung **auf Grund verfassungsrechtlich gebotener Gleichbehandlung**, siehe unten Abschnitt V.
- (c) Es ergibt sich aus der BFH-Rechtsprechung kein Dogma, dass Private Equity Fonds per se gewerblich sind, wenn sie durch Fonds-Eigenkapital gedeckte Sicherheiten für Verbindlichkeiten von Portfolio-Gesellschaften gewähren, oder wenn die Fondsverwaltungsgesellschaft Beratungsleistungen gegenüber Portfolio-Gesellschaften erbringt. Dass die EU die Definition der vermögensverwaltenden Tätigkeit im MoRaKG als mit dem Binnenmarkt unvereinbare staatliche Beihilfe angesehen hat, liegt allein daran, dass im MoRaKG ein steuerrechtliches Dogma unterstellt wird, dass sich in dieser Form nicht aus der BFH-Rechtsprechung ableiten lässt.

Warum kann man über diese beiden Punkte nach ca. 8 Jahren praktischer Erfahrung mit dem PE-Schreiben nicht nochmals eine steuerrechtliche Diskussion (mit einem methodisch zulässigen positiven Vorverständnis!) führen?

### ***II. Gegenwärtige Rechtslage***

Private Equity Fonds stellen – insbesondere kleinen und mittleren Unternehmen und ihren Gesellschaftern – (Eigen-) Kapital in unterschiedlichen Phasen der Unternehmensentwicklung zur Verfügung. Aus diesen Beteiligungen werden **weitaus überwiegend Veräußerungsgewinne** erzielt, in gewissem Umfang auch **Dividenden** und **untergeordnet Zinsen**.

Strukturprinzip aller Private Equity Fonds ist, dass Investoren ihren Anteil an den obengenannten Erträgen ausschließlich (a) auf ihrer Ebene, (b) in ihrem Ansässigkeitsstaat (c) nach ihren persönlichen Besteuerungsmerkmalen versteuern.

In Deutschland lässt sich dieses Ziel auf der Grundlage des derzeit geltenden Rechts erreichen, wenn die Umsetzung der Anlagestrategie als „private Vermögensverwaltung“ qualifiziert. Dazu gibt es seit 16. Dezember 2003 eine bundeseinheitliche Verlautbarung des BMF (das „PE-Schreiben“). Im PE-Schreiben sind im Hinblick auf die typischen Tätigkeiten eines Private Equity Managers die Restriktionen niedergelegt, die für private Vermögensverwaltung einzuhalten sind.

Schätzungsweise zwischen 90 % und 95 % aller Private Equity-Anlagestrategien qualifizieren gemessen am Maßstab des PE-Schreibens für private Vermögensverwaltung. Für eine Vielzahl hat das zuständige Finanzamt dies in verbindlichen Auskünften bestätigt.

*Zwischenergebnis:*

Das Petitum nach „steuerlicher Transparenz“ führt für 90 % bzw. 95 % aller Private Equity Fonds im Ergebnis zu keiner anderen steuerliche Behandlung als ihrer gegenwärtigen.

*Rechtfertigung des Petitums:*

Insbesondere zwei Kriterien des PE-Schreibens bereiten in der Praxis Schwierigkeiten, die Grenzlinie konkret zu bestimmen, nämlich

- (a) die Beschränkung, keine Sicherheiten für Verbindlichkeiten von Portfolio-Gesellschaften durch den Private Equity Fonds zu stellen (dazu Tz. 10 des PE-Schreibens); und
- (b) die Beschränkung, keine Beratung durch die Fondsverwaltungsgesellschaft gegenüber Portfolio-Gesellschaften zu erbringen (dazu Tz. 16 des PE-Schreibens).

Bei Tz. 10 des PE-Schreibens geht es insbesondere um die Frage, ob sich aus der BFH-Rechtsprechung wirklich ein Gewerblichkeitsindiz ergibt, wenn die vom Fonds bestellte Sicherheit in voller Höhe durch Fonds-Eigenkapital gedeckt ist.

Bei Tz. 16 des PE-Schreibens geht es insbesondere um die Frage, ob „produzententypisches Verhalten“ im Sinne der BFH-Rechtsprechung vorliegt, wenn die Fondsverwaltungsgesellschaft wie eine Unternehmensberatungsgesellschaft (also z.B. wie McKinsey) eine Portfolio-Gesellschaft bei konkreten Projekten berät.

Betroffen von den vorstehenden Zweifelsfragen sind

- (a) 5 %, vielleicht 10 % aller Private Equity Fonds, nämlich insbesondere solche, die Portfolio-Gesellschaften in einem ganz frühen Stadium ihrer Unternehmensentwicklung Kapital zur Verfügung stellen, und
- (b) alle Private Equity Fonds, weil diese Zweifelsfragen zu Rechtsunsicherheiten führen.

**III. MoRaKG**

Mit dem MoRaKG sollten insbesondere die Zweifelsfragen bezüglich der Auslegung und Anwendung der Tz. 16 für Frühphasen-Fonds geklärt werden. Dazu wurde (vereinfacht dargestellt) folgende Methodik angewendet:

- (a) These im Gesetz: Beratung von Portfolio-Gesellschaften durch die Fondsverwaltungsgesellschaft begründet Gewerblichkeit des Fonds.
- (b) Ausnahme im Gesetz: Weil Frühphasenfinanzierung so wichtig ist, wird im MoRaKG zu Gunsten von Frühphasen-Fonds eine Ausnahme zugelassen.

Auf dem Boden des dogmatischen Ausgangspunktes (siehe These (1) oben) gewährt das MoRaKG Frühphasen-Fonds ein besonderes Steuerprivileg. Die EU hat es als unzulässige staatliche Beihilfe verworfen.

*Zwischenergebnis:*

Der Gesetzgeber hat im MoRaKG eine These aufgestellt, dass nämlich per se Beratung von Portfolio-Gesellschaften durch die Fondsverwaltungsgesellschaft Gewerblichkeit des Fonds

begründet. Dass sich diese These wirklich aus der BFH-Rechtsprechung ergibt, bestreitet der BVK. U.E. bedarf es hierzu einer steuerrechtlichen Erörterung.

#### **IV. Einkünftequalifikation von Investmentfonds**

Erträge eines Investmentfonds im Sinne des Investmentgesetzes werden gemäß Investmentsteuergesetz als Einkünfte aus Kapitalvermögen qualifiziert. Die Kriterien der privaten Vermögensverwaltung spielen dabei keine Rolle.

Exemplarisch kann man dies am Beispiel eines Hedgefonds verdeutlichen. Wird ein Hedgefonds als Investmentvermögen nach den Bestimmungen des Investmentgesetzes errichtet, richtet sich die Besteuerung der Erträge nach dem Investmentsteuergesetz; sie zählen zu den Einkünften aus Kapitalvermögen. Wird der Hedgefonds mit exakt derselben Anlagestrategie statt als Investmentvermögen als private Personengesellschaft errichtet, unterhält diese Personengesellschaft ohne jeden Zweifel einen Gewerbebetrieb; kein Hedgefonds hält die Kriterien für private Vermögensverwaltung ein (denn er nimmt Kredite auf, tätigt Leerverkäufe, ist durch händler-typisches Anlageverhalten gekennzeichnet).

#### *Zwischenergebnis:*

Bei Organismen für die gemeinschaftliche Anlage in Vermögensgegenständen (OGAW), die einer staatlichen Aufsicht unterliegen, spielen die Vermögensverwaltungskriterien für die Einkünftequalifikation keine Rolle. Sie operieren in einem staatlich regulierten Kapitalmarktsegment und vermitteln deshalb kraft staatlich-gesetzlicher Anordnung Kapitaleinkünfte.

#### **V. AIFM-Richtlinie**

Bisher unterliegen in Deutschland Private Equity Manager und die von ihnen verwalteten Fonds keiner staatlichen Aufsicht. Mit Verabschiedung der AIFM-Richtlinie auf EU-Ebene und der Transposition in nationales Recht bis 21. Juli 2013 wird sich das ändern. Ab diesem Datum sind auch Private Equity Manager und die von ihnen verwalteten Fonds Teil eines EU-einheitlich regulierten Kapitalmarktsegments.

Auf Bitten des BMF haben die vier von der AIFM-Richtlinie primär betroffenen Verbände, nämlich BVK, BVI, VGF und BAI, ein gemeinsames Papier zur einheitlichen Transposition des regulatorischen EU-Rahmens in deutsches Recht vorgelegt. Alle vier Verbände haben vorgeschlagen, die EU-Bestimmungen in das Investmentgesetz zu integrieren.

Weil ab 2013 auch Private Equity erstmals Teils eines regulierten Kapitalmarktsegments sein wird, hat der BVK – systemkonform – daraus die Forderung abgeleitet, für die Einkünftequalifikation genau dasselbe vorzusehen, wie für die bereits heute regulierten Fonds, nämlich die Qualifikation der Erträge als Einkünfte aus Kapitalvermögen auf Grund der staatlichen Regulierung, d.h. ohne Ansehung der Kriterien für private Vermögensverwaltung.

Unter dem Blickwinkel der verfassungsrechtlich gebotenen Gleichbehandlung gleicher Sachverhalte erscheint dies auch zwingend:

*Per Stand heute* ist ein bei isolierter Betrachtung gewerblich tätiger Hedgefonds, der als staatlich regulierter Investmentfonds errichtet wird, etwas anderes – also „ungleich“ – als ein staatlich nicht regulierter Private Equity Fonds; wegen ihrer „Ungleichheit“ in Bezug auf die staatliche Regulierung ist es heute (ggf.) verfassungsrechtlich gerechtfertigt, sie

ungleich zu behandeln in Bezug auf die Relevanz der Kriterien für private Vermögensverwaltung bei der Einkünftequalifikation.

Ab 2013 besteht in Bezug auf die staatliche Regulierung keine Ungleichheit mehr zwischen einem Hedgefonds und einem Private Equity Fonds. Beide Fonds sind gleichermaßen Alternative Investment Funds im Sinne der AIFM-Richtlinie. Dann müssen sie auch bezüglich der Einkünftequalifikation gleichbehandelt werden.

## **VI. Keine Steuerausfälle**

In den Erörterungen über die Qualifikation der Erträge aus Private Equity Fonds als Einkünfte aus Kapitalvermögen (statt solcher aus Gewerbebetrieb) sind immer wieder „*Steuerausfälle*“ geltend gemacht worden. Im Zusammenhang mit dem MoRaKG wurden sie mit Euro 25 Milliarden beziffert, im Zusammenhang mit der Transposition der AIFM-Richtlinie mit ca. Euro 13 Milliarden.

Der BVK hat nach wie vor steuersystematische Verständnisprobleme, worauf sich Steuerausfälle gründen:

### **1. Vermögensverwaltung heute praktisch Realität**

Bei der Darstellung der „gegenwärtigen Rechtslage“ in Abschnitt II. oben wurde herausgearbeitet, dass 90 % – vielleicht 95 % – aller Private Equity Fonds in Deutschland keinen Gewerbebetrieb unterhalten, sondern vermögensverwaltend tätig sind – teilweise bestätigt durch verbindliche Auskünfte der zuständigen Finanzämter.

Das Petitum des BVK, auf Grund der nunmehr anstehenden staatlichen Aufsicht die Einkünftequalifikation an die Einhaltung der Regulierungsbestimmungen zu knüpfen statt an die Einhaltung der Kriterien für private Vermögensverwaltung, führt für 90 % bzw. 95 % aller Private Equity Fonds zu gar keiner Änderung ihres Steuerstatus.

(Warum das Anknüpfen an die Kriterien der privaten Vermögensverwaltung aufgegeben werden sollte, ist in Abschnitt II. und V. dargelegt!)

### **2. Steuersatzarbitrage?**

#### *a) Natürliche Personen als Anleger*

Die Steuerausfälle sind damit begründet worden, dass bei gewerblichen Personengesellschaften der auf natürliche Personen anwendbare Steuersatz „mehr als 47 %“ beträgt, bei vermögensverwaltenden „weniger als 27 %“. Legt man die Einkommensteuersätze ohne Solidaritätszuschlag zu Grunde, werden folgende Steuersätze gegenüber gestellt, nämlich 45 % bei Gewerblichkeit und 25 % bei privater Vermögensverwaltung. Die „Arbitrage“ beträgt demnach 20 Prozentpunkte.

Der BVK bestreitet selbstverständlich nicht die Richtigkeit des Steuersatzpaares „45 %“ versus „25 %“. Der BVK bestreitet aber, dass bei natürlichen Personen, die sich an Private Equity Fonds beteiligen, die „Arbitrage“ 20 Prozentpunkte beträgt. Vielmehr beträgt sie genau ein Zehntel davon, nämlich **nur 2 Prozentpunkte**:

Private Equity Fonds investieren Eigenkapital, realisieren also insoweit Veräußerungsgewinne und Dividenden aus ihren Eigenkapitalbeteiligungen. Qualifiziert der Fonds als gewerblich, findet bei natürlichen Personen als Anleger das Teileinkünfteverfahren Anwendung, § 3 Nr. 40 EStG. Steuerpflichtig sind 60 % der realisierten Veräußerungsgewinne

und Dividenden. Wendet man den (unbestrittenen) Steuersatz von 45 % auf das an, was steuerpflichtig ist (nämlich unbestritten 60 %), ergibt sich ein Steuersatz von 27 %.

Wenn man für einen Private Equity Fonds die „Arbitrage“ ermittelt, lautet das relevante Steuersatzpaar nicht „45 %“ versus „25 %“, sondern „27 %“ versus „25 %“; die „Arbitrage“ beträgt also nicht 20 Prozentpunkte, sondern nur 2 Prozentpunkte.

Der BVK hat keine statistischen Angaben darüber, wie viele natürliche Personen sich ad personam als Anleger an Private Equity Fonds beteiligen. Viele private Großvermögen halten zudem ihr Portefeuille von Fondsbeteiligungen nicht ad personam selbst, sondern über Kapitalgesellschaften (siehe dazu sogleich unter lit. b) unten).

#### *b) Kapitalgesellschaften als Anleger*

An Private Equity Fonds beteiligen sich als Anleger natürlich auch Kapitalgesellschaften, z.B. Industrieunternehmen, Banken, Versicherungen oder auch solche, die private Großvermögen für ihr Fondsportefeuille errichtet haben.

Kapitalgesellschaften erzielen kraft gesetzlicher Anordnung ausschließlich Einkünfte aus Gewerbebetrieb, vgl. § 8 Abs. 2 KStG. Bei dieser Gruppe von Anlegern kommt es aus diesem Grund also schon gar nicht zu einer „Steuersatzarbitrage“.

#### *c) Missbrauch?*

Nur zur Vermeidung von Missverständnissen: Auf das private Familien-Großvermögen als solches findet die systembedingte, verfassungsrechtlich gebotene gesetzliche Einkünftequalifikation für Private Equity Fonds als Alternative Investment Funds natürlich keine Anwendung, da Family Offices vom Anwendungsbereich der AIFM-Richtlinie nicht erfasst werden, vgl. Recital 7. Insofern besteht kein Missbrauchsrisiko, dass die vorstehend erläuterte Steuersatzarbitrage von 2 Prozentpunkten planwidrig bzw. ungerechtfertigt bzw. missbräuchlich genutzt wird.

### **C. Umsatzsteuer**

Die Umsatzsteuer ist die einzige Steuerart, die EU-weit harmonisiert ist. Insofern sollte man meinen, dass die Verwaltung von Private Equity Fonds in den EU-Mitgliedsstaaten umsatzsteuerlich einheitlich gehandhabt wird. Das ist gegenwärtig aber nicht der Fall. Deutschland ist verglichen mit den relevanten EU-Wettbewerbern das einzige Land, das die Verwaltung von Private Equity Fonds als steuerbaren und steuerpflichtigen Leistungsaustausch behandelt. In den wichtigen Mitgliedsstaaten, mit denen Deutschland auf dem Gebiet des Private Equity in Wettbewerb steht, sind die Verwaltungsvergütungen nicht mit Umsatzsteuer belastet. In Großbritannien werden sie als nicht steuerbar, in Frankreich, Italien bzw. Luxemburg als steuerfrei behandelt (siehe Anlage 1).

Die deutsche Verwaltungspraxis führt zu einer wettbewerbsverzerrenden Benachteiligung von Private Equity in Deutschland. Das führt schon heute zu einer volkswirtschaftlich nicht zu rechtfertigenden Schwächung Deutschlands als Private Equity-Standort.

Seit Sommer 2007 hat der BVK mit allem Nachdruck auf diesen Missstand hingewiesen und um Abhilfe gebeten. Dazu haben wir steuerrechtliche Ausarbeitungen vorgelegt und darauf aufbauend rechtlich abgesicherte Lösungsvorschläge vorgetragen, aber bis heute leider ohne Erfolg.

Hier muss eine befriedigende Lösung gefunden werden. Andernfalls droht ein Ende von Private Equity Aktivitäten in Deutschland.

Nachstehend sind nochmals kurz die wesentlichen umsatzsteuerlichen Aspekte sowie die Behandlung in den anderen Mitgliedsstaaten dargestellt, wie sie vom BVK bereits mehrmals schriftlich vorgetragen wurden:

## **1. Nichtsteuerbare Leistungsvereinigung**

Im EU-Umsatzsteuerrecht gilt folgende, vom EuGH mehrmals behandelte Aussage:

Leistungen, die der Gesellschafter gegenüber einer Personengesellschaft als Gesellschafterbeitrag auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage erbringt, sind als sog. Leistungsvereinigung nicht steuerbar, wenn sie abgegolten sind durch einen Anteil am Gewinn der Personengesellschaft. Werden die Leistungen dagegen vergütet durch gewinnunabhängiges Sonderentgelt, liegt ein Leistungsaustausch vor (und keine Leistungsvereinigung).

Private Equity Fonds werden regelmäßig als Personengesellschaft errichtet. Ihre Verwaltung wird wahrgenommen durch die Verwaltungsgesellschaft als Gesellschafter; sie erhält dafür einen Vorabanteil am (Bilanz-) Gewinn.

Bis zum BMF-Schreiben vom 31. Mai 2007 hatte die deutsche Finanzverwaltung den vorstehend beschriebenen Sachverhalt bei Private Equity Fonds als nicht steuerbare Leistungsvereinigung behandelt. Die Rechtsgrundlage war ein Schreiben vom 23. Dezember 2003, dessen Inhalt später sogar in die USt-Richtlinien 2005 aufgenommen wurde.

Im Schreiben vom 31. Mai 2007 wurde eine Kehrtwendung um 180 Grad vollzogen mit der Begründung, ein Vorabanteil am Bilanzgewinn sei kein „Anteil am Gewinn“ im Sinne der EuGH-/ BFH-Rechtsprechung. Bestehende Fonds genießen bis zu ihrem Laufzeitende Vertrauensschutz und können sich weiterhin auf die genau anderslautende Verwaltungsauffassung gemäß Schreiben vom 23. Dezember 2003 berufen.

**WICHTIG:** Die bis zum 31. Mai 2007 von Deutschland praktizierte Verwaltungsauffassung – nämlich nicht steuerbare Leistungsvereinigung – wird auch von Großbritannien praktiziert, und zwar noch heute.

Wann „nicht steuerbare Leistungsvereinigung“ vorliegt, ergibt sich aus dem EU-weit harmonisierten USt-Recht der Mitgliedsstaaten unter Berücksichtigung der Interpretation dieses harmonisierten Rechts durch den EuGH.

Es ist frustrierend und auch bedenklich, wenn Deutschland über ca. vier Jahre hinweg die international geübte Struktur als nicht steuerbare Leistungsvereinigung behandelt, um dann genau das Gegenteil zu vertreten, während bei britischen Fonds die von dortigen geschäftsführenden Gesellschaftern erbrachten Leistungen nach wie vor als Leistungsvereinigung behandelt werden, aber in beiden Staaten dasselbe EU-harmonisierte Umsatzsteuerrecht gilt!

## **2. Steuerbefreiter Leistungsaustausch**

### *a) Derzeitige Rechtslage*

Werden Verwaltungsleistungen nicht als Gesellschafterbeitrag gegen Gewinnanteil erbracht, liegt keine Leistungsvereinigung vor, sondern Leistungsaustausch. Für einen solchen sieht das EU-Recht eine Steuerbefreiung vor, nämlich für die Verwaltung (im englischen „Management“) von Investmentvermögen (im englischen „Investment Funds“).

An diesen Befreiungstatbestand knüpfen sich zwei Rechtsfragen, nämlich erstens die Frage nach dem persönlichen Anwendungsbereich – was sind „Investment Funds“, und zweitens



die Frage nach dem sachlichen Anwendungsbereich – welches Leistungsbündel ist noch „Management“, wenn mehrere Personen bei der Fondsverwaltung arbeitsteilig zusammenwirken.

Deutschland hat die EU-Befreiung in der Weise in nationales Recht umgesetzt, dass für den persönlichen Anwendungsbereich auf die inländische deutsche Begriffsbestimmung abgestellt wird; nur Investmentvermögen nach dem Investmentgesetz werden erfasst, vgl. § 4 Nr. 8 h UStG. Nach derzeitiger Rechtslage können Private Equity Fonds in Deutschland unbestritten nicht als Investmentvermögen nach dem Investmentgesetz errichtet werden.

Nach Ergehen der EuGH-Entscheidung vom 28. Juni 2007 („JP Morgan“) hatte der BVK substantiiert vorgetragen, dass die Definition des persönlichen Anwendungsbereiches der EU-rechtlich vorgegebenen Befreiung auf der Grundlage der nationalen deutschen Begriffsdefinition für Investmentvermögen u.E. EU-widrig ist. Das BMF hat daran aber im Schreiben vom 6. Mai 2010 festgehalten.

*Frankreich, Italien und Luxemburg* haben die Palette ihrer Investmentvermögen um solche für Private Equity Investitionen erweitert: In Frankreich gibt es den FCPR, in Italien den Fondo Chiuso und in Luxemburg die SICAR. Diese Vehikel unterstehen der jeweiligen Investmentaufsicht, ihre Verwaltung qualifiziert für die Befreiung auf Grund der EU-Befreiung. In diesen drei Ländern gibt es also keine (EU-widrige!) USt-Befreiung speziell für Private Equity Fonds. Vielmehr sind Private Equity Fonds dort dann und deswegen von der Umsatzsteuer befreit, wenn und weil sie als reguliertes Investmentvermögen errichtet werden.

**WICHTIG:** Deutschland beruft sich bei der Umsetzung der EU-Befreiung in § 4 Nr. 8 h UStG auf die Sichtweise, dass jedes Land in Bezug auf den Begriff „Investment Fund“ bei der Transposition der EU-Befreiung in nationales Recht auf seine eigene nationale Begriffsdefinition abstellt. Wenn diese Sichtweise richtig wäre, verhalten sich in Bezug auf Private Equity Fonds sowohl Deutschland EU-konform als auch Frankreich, Italien bzw. Luxemburg. Weder können die drei zuletzt genannten Staaten Deutschland zwingen, den Anwendungsbereich des deutschen Investmentgesetzes für Private Equity zu öffnen, noch kann Deutschland diesen drei Staaten untersagen, Private Equity in den Anwendungsbereich ihrer nationalen Investmentgesetze mit einzubeziehen.

Bei dieser Sichtweise ergibt sich eine 27-fache Vielfalt für dieselbe EU-Befreiung je nachdem, welche Fonds das jeweilige Land als Investmentvermögen zulässt. Der BVK hält diese Sichtweise nicht für zutreffend und sieht sich darin durch die EuGH-Entscheidung zu JP Morgan bestätigt.

#### *b) EU-Rechtsänderung*

Seit 2006 arbeitet die EU an einer Änderung der 6. Mehrwertsteuersystemrichtlinie hinsichtlich der Behandlung von Versicherungs- und Finanzdienstleistungen. Die letzten öffentlich zugänglichen Entwürfe für die Änderung der Richtlinie und für die neue Verordnung datieren vom August 2010. Die neue Ratspräsidentschaft hat im Juli 2011 einen weiteren Kompromissvorschlag erarbeitet. Die Änderungen umfassen sowohl die Regelungen über den persönlichen Anwendungsbereich als auch über den sachlichen.

##### *(b1) Persönlicher Anwendungsbereich*

Nach den neuen Entwürfen soll die EU-Befreiung sowohl für offene als auch für geschlossene Fonds gelten. Der BVK geht deshalb davon aus, dass mit der Änderung nunmehr auch Private Equity Fonds, die als deutsche Personengesellschaft errichtet werden, vom persönlichen Anwendungsbereich erfasst werden. Das ist auch insoweit geboten, als ab



2013 Private Equity Fonds als Alternative Investment Funds im Sinne der AIFM-Richtlinie gelten, egal ob sie als offene oder geschlossene Fonds errichtet werden.

Die neuen Entwürfe sehen allerdings auch eine Präzisierung der von den erfassten Fonds verwalteten Vermögensgegenstände vor. Die EU-Befreiung soll nur für solche Fonds gelten, die das eingesammelte Kapital der Investoren in Wertpapiere, Geld, sonstige Finanzanlagen bzw. Immobilien investieren.

Nach Auffassung des BVK besteht hier das fast unabweisbare Risiko, dass die gegenwärtige 27-fache Vielfalt bei der Bestimmung des Anwendungsbereiches über die Beschränkung der relevanten Vermögensgegenstände auf „Wertpapiere“ aufrecht erhalten bleibt:

Deutsche Private Equity Fonds stellen dem deutschen Mittelstand Kapital zur Verfügung. Sofern die Fonds offene Gesellschaftsbeteiligungen eingehen, handelt es sich fast ausnahmslos um GmbH-Anteile. Denn deutsche Mittelstandsunternehmen werden typischerweise in dieser Rechtsform geführt. GmbH-Anteile sind aber keine Wertpapiere, sondern Unternehmensbeteiligungen. Ähnlich prekär sieht es bei Wachstumskapitalinstrumenten aus. In Deutschland zählen dazu insbesondere stille Beteiligungen und Genussrechte. Beides sind keine Wertpapiere.

Der BVK vertritt daher mit Nachdruck die Bitte, dass Deutschland bei den Verhandlungen auf Ratsebene unbedingt darauf dringt, dass zu den zulässigen Vermögensgegenständen neben den wertpapiermäßig verbrieften Beteiligungen auch die nicht als Wertpapiere ausgestalteten Unternehmensbeteiligungen und hybriden Instrumente zählen. Andernfalls ist die Versorgung des deutschen Mittelstands und von jungen Unternehmen mit Eigenkapital nicht mehr gewährleistet. Investoren werden in deutsche Private Equity Fonds kein Kapital mehr für deutsche Investitionen investieren, wenn das Verwaltungsentgelt um 19 % höher liegt als bei Fonds für nicht-deutsche Investitionen. Das „Aus“ für Private Equity in Deutschland wäre damit endgültig besiegelt. Das kann nicht im Interesse Deutschlands sein.

#### *(b2) Sachlicher Anwendungsbereich*

Die EU-einheitliche Auslegung und Anwendung des Begriffs „Verwaltung“ von Investment Funds soll über die ergänzende EU-Verordnung erreicht werden. Kapitel III Artikel 11 Absatz 3 des Entwurfs der Verordnung sieht vor, dass steuerbefreite „Verwaltung“ derjenige erbringt, der mindestens zwei der in Absatz 3 genannten Dienstleistungen an einen Fonds erbringt.

Der BVK weist in diesem Zusammenhang auf folgende Probleme und Schwierigkeiten hin:

- (1) Die in Absatz 3 genannten Einzel-Leistungen orientieren sich sehr stark an den Arbeitsabläufen, wie sie von der Finanzdienstleistungsrichtlinie MiFID vorgezeichnet sind. MiFID kennzeichnet aber nicht die Arbeitsschritte des Managers eines Private Equity Fonds. (Wäre MiFID für Private Equity Manager einschlägig, hätte auch nicht unbedingt die Notwendigkeit bestanden, dass die EU eine AIFM-Richtlinie für die staatliche Beaufsichtigung auch von Private Equity Managern konzipiert.)

Daher trägt der BVK mit Nachdruck die Bitte vor, dass bei der Anwendung insbesondere der Leistungen gemäß Absatz 3 lit. (a) und (b) von Kapitel III Artikel 11 des Verordnungsentwurfs, nämlich „strategic asset management“ und „operational asset management“, die Private Equity-typischen Arbeitsabläufe mit berücksichtigt werden. Gerne erläutert der BVK Einzelheiten im Gespräch mit dem BMF.

- (2) Am 5. Mai 2011 hat der BFH in dem Revisionsverfahren V R 51/10 zur derzeit gültigen Fassung der EU-Befreiung betreffend ein deutsches Investmentvermögen dem

EuGH drei Rechtsfragen zur unionsrechtlichen Auslegung des Begriffs „Verwaltung“ vorgelegt. Eine Rechtsfrage betrifft die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen auch eine Beratungstätigkeit für die EU-Befreiung qualifiziert.

Vor dem Hintergrund, dass die gegenwärtig gültige Befreiungsregelung geändert werden soll, ist es nach Auffassung des BVK von großer Wichtigkeit, dass Beratung jedenfalls dann für die Befreiung qualifiziert, wenn sie sich auf konkrete Private Equity Investitionen bezieht und vom Umfang bzw. Gehalt nach denjenigen, der die Anlageentscheidung trifft, in die Lage versetzt, zu dem Entscheidungsvorschlag des Beraters „ja“ oder „nein“ zu sagen.

### c) *Würdigung*

Die Bedeutung und Wichtigkeit einer EU-einheitlichen umsatzsteuerlichen Behandlung der Verwaltung von Private Equity Fonds kann überhaupt nicht überschätzt werden.

Deutschland leidet in unerträglichem Umfang an der gegenwärtigen Uneinheitlichkeit. Die 180-Grad-Wendung im BMF-Schreiben vom 31. Mai 2007 von der nicht steuerbaren Leistungsvereinbarung zum umsatzsteuerpflichtigen Leistungsaustausch ist EU-rechtlich nach Auffassung des BVK nicht rechtmäßig. Die britische Praxis belegt das.

Die Auslegung des Begriffs „Investment Funds“ bei Anwendung der gegenwärtigen Fassung der EU-Befreiung ausschließlich nach Maßgabe der Definition des Investmentvermögens im Sinne des inländischen deutschen Investmentgesetzes ist EU-rechtlich nach Auffassung des BVK ebenfalls nicht EU-konform. Die EuGH-Entscheidung zu JP Morgan vom 28. Juni 2007 belegt dies ebenso wie die Praxis Frankreichs, Italiens bzw. Luxemburgs; 27-fache Vielfalt bei der Transposition einer EU-Befreiung in nationales Recht ist nicht rechters.

Der einzig gangbare Weg liegt in der jetzt anstehenden Änderung der EU-Befreiung. Dabei ist nach Auffassung des BVK aus den vorstehenden Gründen unabdingbar, dass GmbH-Anteile und die sonstigen „klassischen“ Instrumente für die Zurverfügungstellung von Kapital (insbesondere stille Beteiligungen und Genussrechte) als Vermögensgegenstände der in die Befreiung einbezogenen Fonds zulässig sind; außerdem muss der Begriff der „Verwaltung“ auch die typischen Arbeitsprozesse eines Private Equity Managers berücksichtigen und darf sich nicht primär an der MiFID orientieren. Qualifizierte Beratung mit konkreten Vorschlägen zu Investitionen muss eine steuerbefreite Leistung sein.

## ANLAGE 1: Umsatzsteuer auf Geschäftsführungs- und Verwaltungsleistungen bei Venture Capital und Private Equity Fonds – Rechtslage in Frankreich, Italien, Luxemburg und Spanien

### 1. Frankreich

In Frankreich werden Venture Capital und Private Equity Fonds in der Regel als sog. *fonds commun de placement à risques* ("FCPR") mit einer in Frankreich ansässigen Management-Gesellschaft strukturiert. Die Management-Gesellschaft erbringt die Dienstleistungen auf Grund eines schuldrechtlichen Vertrages.



Die Leistungen dieser Management-Gesellschaften an die FCPR unterliegen auf Grund einer nationalen Steuerbefreiung nicht der Umsatzsteuer (Artikel 261 C.1°1 des Code Général des Impôts). Diese Steuerbefreiung beruht auf Artikel 135 Abs. 1 lit. g der MwStSystRL.

### 2. Italien

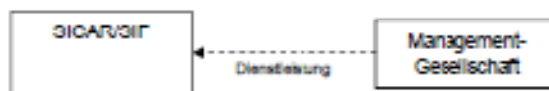
In Italien werden Venture Capital und Private Equity Fonds in der Regel als sog. *fondo chiuso* ("FC") mit einer in Italien ansässigen Management-Gesellschaft für die Geschäftsführung strukturiert. Die Management-Gesellschaft erbringt die Dienstleistungen auf Grund eines schuldrechtlichen Vertrages.



Die Leistungen dieser Management-Gesellschaften an den *fondo chiuso* unterliegen auf Grund Artikel 10 Abs. 1 Nr. 1 des Erlasses des Präsidenten der Republik Italien Nr. 633/1972 nicht der Umsatzsteuer. Diese Steuerbefreiung beruht auf Artikel 135 Abs. 1 lit. g der MwStSystRL.

### 3. Luxemburg

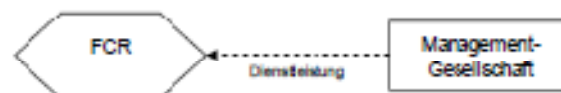
In Luxemburg werden Venture Capital und Private Equity Fonds in der Regel als sog. *société d'investissement en capital à risque* ("SICAR") oder *fonds d'investissement spécialisés* („FIS“ oder „SIF“) strukturiert. Dabei werden unter anderem Strukturen eingesetzt, bei denen die Geschäftsführungs- und Verwaltungsleistungen von Management-Gesellschaften auf Grund eines schuldrechtlichen Vertrages erbracht werden.



Diese Leistungen der Management-Gesellschaft werden nach Artikel 44 Abs. 1 lit. d des Luxemburger Umsatzsteuergesetzes als steuerfreie Umsätze im Sinne von Artikel 135 Abs. 1 lit. g der MwStSystRL angesehen.

### 4. Spanien

In Spanien werden Venture Capital und Private Equity Fonds unter anderem als sog. *sociedades de capital riesgo* (SCRs) oder als sog. *fondos de capital riesgo* ("FCRs") jeweils mit einer Management-Gesellschaft für die Geschäftsführung (sog. *sociedades gestoras de entidades de capital riesgo* ("SGECRs")) strukturiert.



Die Leistungen dieser Management-Gesellschaften unterliegen auf Grund einer nationalen Steuerbefreiung nicht der Umsatzsteuer (Art. 20.1.18 n des Gesetzes 37/1992 vom 28. Dezember 1992). Auch diese Steuerbefreiung geht auf Artikel 135 Abs. 1 lit. g der MwStSystRL zurück.