

Kriterien für die Gewerblichkeit eines Privat Equity Fonds nach einem Entwursschreiben des Bundesfinanzministeriums

Dr. Markus Stadler

20. April 2002

Durch die verschiedenen Steuerreformvorhaben der letzten Jahre wurde die Besteuerung von Unternehmensbeteiligungen an Kapitalgesellschaften erheblich zu lasten der Steuerpflichtigen geändert. So wurden insbesondere die Spekulationsfrist verdoppelt und die Wesentlichkeitsgrenze des § 17 EStG auf 1% herabgesetzt, bei deren Überschreiten Veräußerungsgewinne auch außerhalb der Spekulation stets steuerpflichtig sind. Immerhin hat die Unternehmenssteuerreform die Veräußerung von Beteiligungen durch die Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens begünstigt.

Nunmehr droht für Private-Equity Fondsbeteiligungen weiteres steuerliches Ungemach. Im Entwurf eines BMF-Schreibens (Stand Ende November 2001) hat das Bundesfinanzministerium (BMF) die Kriterien dargelegt, die zu einer Gewerblichkeit von Private-Equity Fonds führen sollen mit entsprechend negativen steuerlichen Folgen:

I. Kriterien für die Gewerblichkeit eines Fonds

Die Kriterien, die das BMF für eine Gewerblichkeit darlegt, sind weit gefaßt und können in vielen Fällen zur Gewerblichkeit führen. Das BMF stützt sich auf ein Urteil des Bundesfinanzhof zum gewerblichen Wertpapierhandel, wobei die Anwendung dieses Urteils jedoch verfehlt ist, da die Portfoliounternehmen eines Private-Equity Fonds keine fungiblen börsengängigen Wertpapiere sind. Nach Ansicht des BMF liegt ein nicht-gewerblicher, vermögensverwaltender Fonds nur dann vor, wenn (u.a.) folgende Kriterien kumulativ erfüllt sind:

- **Kein Einsatz von Fremdkapital** für den Erwerb der Unternehmensbeteiligungen durch den Fonds; lediglich die Inanspruchnahme staatlicher Förderungsmittel, welche

zivilrechtlich in der Form eines Darlehens gegeben werden, sollen unschädlich sein.

- Kein bloß kurzfristiges Halten der Beteiligungen; diese müssen **mindestens 3 bis 5 Jahre** vor dem „Exit“ gehalten werden.
- **Keine Reinvestition der Veräußerungsgewinne**, d.h. das von den Anlegern zur Verfügung gestellte Kapital darf nur einmal investiert werden.
- **Kein unternehmerisches Tätigwerden des Fonds in den Portfoliogesellschaften.** Dieses Kriterium ist rechtlich unzutreffend, da ab einer bestimmten Beteiligungshöhe den Portfoliounternehmen die Ausübung der Gesellschafterrechte unternehmerischen Einfluß kraft Gesetzes vermittelt (jedenfalls bei Beteiligungen über 50%),¹ die Beteiligungshöhe als solche aber anerkanntermaßen für das Vorliegen privater Vermögensverwaltung unschädlich ist. Aus dem gleichen Grund verfehlt ist die Darstellung im Entwurf, daß auch die Einräumung von Zustimmungsvorbehalten für bestimmte Geschäftsführungsmaßnahmen die Gewerblichkeit begründen kann; nach allgemeiner Ansicht begründet nämlich selbst die Übernahme einer Geschäftsführungsposition als solche die Gewerblichkeit nicht.²
- **Keine gewerbliche „Infizierung“:** Der Fonds darf nicht durch eine bereits als solche gewerbliche Tätigkeit infiziert werden. Dies wäre etwa dann gegeben, wenn sich der Fonds an einer gewerblich tätigen Personengesellschaft beteiligt³ (etwa als Kommanditist an einer GmbH & Co. KG), d.h. die Portfoliounternehmen sollten Kapitalgesellschaften sein. Unschädlich ist dagegen, wenn sich der Fonds an anderen Private-Equity Fonds beteiligt, die selbst die genannten Kriterien erfüllen (sog. Dachfonds).

¹ Immerhin hat die Finanzverwaltung nunmehr offensichtlich die früher geäußerte Ansicht aufgegeben, demnach bereits Beteiligungen von über 25% an den Portfoliogesellschaften die Gewerblichkeit begründen soll.

² Dazu eingehend Blumers/Witt, DB 2002 S. 60, 63.

³ Sog. doppelstöckige Personengesellschaft, § 15 Abs. 3 Ziff. 2 EStG.

II. Steuerrechtliche Folgen

Sofern die Tätigkeit eines Private-Equity Fonds nach den obigen Kriterien **gewerblich** ist, ergeben sich folgende nachteilige Steuerfolgen für den Beteiligten:

- (a) Die Gewinnanteile sind als laufende **Einkünfte aus Gewerbebetrieb** zu qualifizieren und
- (b) unterliegen daher der **Gewerbesteuer**.⁴
- (c) Sofern die Gewinnanteile Dividenden und Gewinne aus der Veräußerung von Beteiligungen an Kapitalgesellschaften beinhaltet, sind diese nach dem **Halbeinkünfteverfahren** zu besteuern.⁵ Die Steuerfreiheit für Veräußerungsgewinne nach Ablauf der Spekulationsfrist ist nicht einschlägig.

Gewinnanteile sind allerdings dann steuerfrei, wenn die Fondsbeteiligung durch eine Kapitalgesellschaft gehalten wird.⁶ Daher kann es steuerlich günstig sein, die Beteiligung an dem Fonds über eine **Zwischenholding** (GmbH oder AG) zu halten, welche die Gewinne zunächst steuerfrei vereinnahmen und dann thesaurieren kann. Zusätzliche Steuereffekte lassen sich erzielen, wenn die Zwischenholding darlehensfinanziert ist.

Ist der Fonds nach obigen Kriterien **nicht gewerblich**, liegt für die Beteiligten private Vermögensverwaltung vor, d.h.

- (a) soweit der Gewinnanteil auf Dividenden der Portfoliounternehmen entfällt liegen Einkünfte aus Kapitalvermögen vor.⁷
- (b) Soweit der Gewinnanteil Veräußerungsgewinne enthält, sind diese nur innerhalb der Spekulationsfrist von einem Jahr steuerpflichtig⁸ (diese Frist wird in der Regel überschritten sein).

⁴ § 2 Abs. 1 Satz 2 GewStG.

⁵ §§ 3 Ziff. 40 Satz 1 lit. a und d, Satz 2, 3c Abs. 2 EStG.

⁶ § 8b Abs. 1, 2 KStG.

⁷ § 20 EStG.

⁸ § 23 EStG.

- (c) Die Veräußerung des Fondsanteils selbst ist nur dann steuerpflichtig, wenn für den Beteiligten die Wesentlichkeitsgrenze des § 17 EStG von 1% überschritten ist.⁹

III. Carried Interest

Soweit die Gewinnbeteiligung des geschäftsführenden Kommanditisten oder Komplementärs seinen Anteil am Kapital des Fonds übersteigt, liegt nach Ansicht der Finanzverwaltung keine (an sich unschädliche) asymmetrische Gewinnverteilung vor, sondern dem Wesen nach eine Vergütung für Managementdienstleistungen gewerblicher Natur.¹⁰ Demnach unterliegt das Carried Interest weder dem Halbkünfteverfahren noch greift die Steuerbefreiung gem. § 8b KStG, wenn der geschäftsführende Gesellschafter eine Kapitalgesellschaft ist.

IV. Fonds mit Einschaltung eines Inkubators

Die Einschaltung eines sog. Inkubators oder Accelerators führt generell zur Gewerblichkeit des Fonds. Ein Inkubator entwickelt die Beteiligung bis zum Börsengang und übernimmt insbesondere bereits in der Seed Financing Phase zusammen mit den Gründern und den „Business Angels“ eine wesentliche Beteiligung an dem Portfoliounternehmen. Oft besteht eine enge unternehmerische und personelle Verflechtung mit dem Fondsmangement. Nach Ansicht der Finanzverwaltung ist die Tätigkeit des Inkubators gewerblich und wird als solche dem Fonds zugerechnet.

⁹ Wobei hier die für jeden Beteiligten anteilige Quote zugrunde zu legen ist. Ist also z.B. der Fonds an einem Portfoliounternehmen mit 10% beteiligt und hält ein Fondsbeteiligter 5% an dem Fonds, hält er anteilig 0,5% an dem Portfoliounternehmen, so daß die Wesentlichkeitsschwelle nicht überschritten ist.

¹⁰ § 18 Abs. 1 Ziff. 3 EStG, ggf. auch § 15 EStG; die Auffassung des BMF ist angreifbar, da die Einkünfte aus dem Fonds einheitlich qualifiziert werden müssen, auch wenn ein asymmetrischer Gewinnverteilungsschlüssel vorliegt, siehe z.B. Watrin/Goksch, DB 2002 S. 341, 344.