

Newsletter

Geschlossene Fonds

Oktober 2008

Editorial

Einführung des Tatbestandes „Anlageverwaltung“
als erlaubnispflichtiges Bankgeschäft

Erhöhte Identifikationspflichten für
Treuhandler nach Geldwäschegesetz

Bundesfinanzhof bestätigt die steuerliche
Anerkennung von Genussrechtsmodellen

Die Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft als
neues Modell für Private Equity-Fonds

Editorial

Liebe Leserinnen und Leser,

Seit Jahren berät unsere Sozietät am Hamburger Standort die Strukturierung geschlossener Fonds. Inzwischen sind wir auf ein Team von sechs Rechtsanwälten angewachsen, die in diesem Bereich arbeiten. Und da wurde es höchste Zeit, dass wir unsere Mandanten und interessierten Lesern nun in regelmäßigen Abständen, etwa zwei- bis dreimal im Jahr, über die neuesten Entwicklungen in diesem Bereich mit einem Newsletter unterrichten – daneben werden wir Sie bei aktuellen für Sie unmittelbar wichtigen Neuerungen über einen E-Mail-Verteiler informieren. Viel Freude und Nutzen beim Lesen!

Im Rahmen unseres ersten Newsletters möchten wir uns Ihnen gern vorstellen:

Das Fondsteam von Heuking Kühn Lüer Wojtek kann auf eine langjährige Erfahrung in der Strukturierung von geschlossenen Fonds zurückblicken. Das von den Partnern Dr. Stefan Duhnkrack und Dr. Michael Dröge geleitete Fonds-Team wird durch die weiteren Partner Gerd Kostrzewa und Hans-Jörg Simon sowie zwei Associates unterstützt. **Dr. Stefan Duhnkrack** ist seit 1996 Partner der Sozietät und seit dem Jahr 2001 in der Fondsstrukturierung tätig, dies vor allen in den Bereichen Asset-Beschaffung, Gesellschaftsrecht und M&A. **Dr. Michael Dröge** ist seit 2003 Partner der Sozietät. Er hat die Schwerpunkte Gesellschaftsrecht, Prospektierung, Kapitalmarktrecht und Asset-Beschaffung. **Gerd Kostrzewa**, ist Fachanwalt für Steuerrecht und Partner seit 2002. Er befasst sich mit der steuerlichen Strukturierung und Prospektierung von geschlossenen Fonds. Zum 1. Juli 2008 nun konnte **Hans-Jörg Simon**, der ebenfalls Fachanwalt für Steuerrecht ist, als weiterer Partner für das Fondsteam gewonnen werden. Vor seiner Aufnahme bei Heuking Kühn Lüer Wojtek ist Herr Simon bereits seit dem Jahr 2000 bei verschiedenen internationalen Kanzleien in der Strukturierungsberatung für geschlossene Fonds tätig gewesen, dort insbesondere im Bereich der steuerlichen Strukturierung und Optimierung von Fonds. Neben der Beratung im Bereich der geschlossenen Fonds hat er sich dort unter anderem auch mit anderen strukturierten Anlageprodukten wie z.B. Zertifikaten und Beteiligungen an offenen Investmentfonds beschäftigt.

Unsere langjährige Erfahrung erstreckt sich auf nahezu sämtliche Asset-Klassen: insbesondere bilden Immobilien, Schiffe,

Wir stellen uns vor: Das Fondsteam von Heuking Kühn Lüer Wojtek

Editorial

Zweitmarkt-Lebensversicherungen, Private Equity und Flugzeuge einen Schwerpunkt unserer Beratung. Aber auch bei innovativen Assets wie z.B. bei CO2-Zertifikaten, Solaranlagen, Agrar- und Waldinvestments oder Infrastruktur können wir auf eine vertiefte Erfahrung verweisen.

Mit den sechs in diesem Bereich tätigen Anwälten gehört das Fondsteam von Heuking Kühn Lüer Wojtek zu den größten Beratungsteams im Bereich der geschlossenen Fonds in Deutschland. Aufgrund der Struktur unserer Sozietät als Fullservice-Anbieter decken wir alle fondsrelevanten Fragen auch auf Nebengebieten wie dem öffentlichen Recht, dem Finanzierungsrecht, dem Bank- und Kapitalmarktrecht etc. ab.

Unser Fondsteam berät somit vom Erwerb und der Anbindung der Assets über die gesellschafts- und steuerrechtliche Strukturierung des Fonds bis hin zur Prospekterstellung sowie dem Fondsvertrieb und allen damit zusammenhängenden Fragen. Daneben umfasst unser Beratungsspektrum auch die umfassende laufende Betreuung von Fonds, wie z.B. die Vorbereitung von Gesellschafterbeschlüssen, die Leitung von Gesellschafterversammlungen, Vertriebsfragen sowie Prospektrecht.

Über die Sozietät

Heuking Kühn Lüer Wojtek ist an insgesamt neun Standorten (Berlin, Brüssel, Chemnitz, Düsseldorf, Frankfurt/M., Hamburg, Köln, München und Zürich) vertreten und gehört mit über 190 Anwälten zu einer der größten deutschen wirtschaftsberatenden Sozietäten. Im Bereich der geschlossenen Fonds beraten wir regelmäßig eine Vielzahl von Fondshäusern bei der Strukturierung geschlossener Fonds in allen Asset-Klassen.

Fachliche Kompetenz, erstklassige Ausbildung, kontinuierliche Weiterbildung sowie tiefe Spezialisierung und umfassende Branchenkenntnisse sind bei uns die Basis der Beratungstätigkeit. Unternehmerisches Denken im Sinne der Mandanten gehört ebenso zur Sozietätskultur wie effizientes Arbeiten und höchstes persönliches Engagement.

Immer stehen wir Ihnen gerne auch für ein persönliches Gespräch zur Verfügung.

Einführung des Tatbestandes „Anlageverwaltung“ als erlaubnispflichtiges Bankgeschäft

Die Bundesregierung beabsichtigt, Investitionen von nicht der Aufsicht unterstehenden Fonds in Finanzinstrumente künftig einer stärkeren Kontrolle zu unterwerfen. Dazu soll das Kreditwesengesetz in der Weise geändert werden, dass Fonds, die Investitionen in noch nicht vorbestimmte Finanzinstrumente tätigen, künftig für ihre Tätigkeit einer Banklizenz bedürfen.

Nach dem Regierungsentwurf zum Gesetz zur Fortentwicklung des Pfandbriefrechts vom 24. September 2008 sollen „die Anschaffung und Veräußerung von Finanzinstrumenten für eine Gemeinschaft von Anlegern, die natürliche Personen sind, mit Entscheidungsspielraum bei der Auswahl der Finanzinstrumente, sofern dies ein Schwerpunkt des angebotenen Produkts ist und zu dem Zweck erfolgt, dass dieser Anleger an der Wertentwicklung der erworbenen Finanzinstrumente teilnehmen“ den Tatbestand der „Anlageverwaltung“ erfüllen, welche künftig nur noch mit einer Erlaubnis nach dem Kreditwesengesetz („KWG“) betrieben werden darf.

Hintergrund für die geplante Einführung des neuen Tatbestands der Anlageverwaltung ist ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. Februar 2008 (Az. 6 C 11.07 und 6 C 12.07). In dem Urteil hat sich das Bundesverwaltungsgericht aus rechts-systematischen Gründen gegen die Auffassung der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht („BaFin“) gewandt, dass der Handel mit Finanzinstrumenten eine nach KWG erlaubnispflichtige Finanzportfolioverwaltung sei. Allerdings sei es, so das Bundesverwaltungsgericht in dem entsprechenden Urteil, aus Anlegerschutz Gesichtspunkten wünschenswert, künftig kollektive Anlagemodelle, die in hoch spekulative Finanzinstrumente investieren und die Anleger durch eine Vielzahl von Gebühren und Kosten belasten, einer Kontrolle durch die BaFin zu unterstellen.

Der Anregung des Bundesverwaltungsgerichts und der Auffassung der BaFin folgend, hat das Bundesministerium der Finanzen („BMF“) in einem ersten Referentenentwurf vom 10. Juli 2008 vorgeschlagen, den bisher schon erlaubnispflichtigen Tatbestand des „Finanzkommissionsgeschäfts“ durch einen ebenfalls erlaubnispflichtigen Tatbestand des „Effektengeschäfts“ zu ersetzen. Danach sollte bereits jegliche Anschaffung und Veräußerung von Finanzinstrumenten für andere ein Effektengeschäft darstellen, welches erst nach Erteilung einer Erlaubnis durch die BaFin

Einführung des Tatbestandes „Anlageverwaltung“ als erlaubnispflichtiges Bankgeschäft

durchgeführt werden darf. Im Rahmen des Anhörungsverfahrens der beteiligten Verbände wurde die Neueinführung des „Effektengeschäfts“ fast einhellig abgelehnt, da der Tatbestand zu einem viel zu weitgehenden Anwendungsbereich geführt hätte.

Als Reaktion auf die ablehnende Haltung der Beteiligten, sah sich das BMF veranlasst, den ursprünglichen Referentenentwurf durch einen modifizierten Referentenentwurf vom 8. August 2008 zu ersetzen. In diesem modifizierten Referentenentwurf wurde auf die Einführung des Tatbestandes des „Effektengeschäfts“ vollständig verzichtet. Als Ersatz dafür wurde allerdings der neue Tatbestand der „Anlageverwaltung“ eingeführt, dessen Wortlaut in großen Teilen dem Wortlaut des Regierungsentwurfs entsprach. Nachdem im modifizierten Referentenentwurf einige wesentliche Punkte unklar geregelt waren, wurden diese zum großen Teil im Regierungsentwurf nochmals angepasst. Die gegenüber dem modifizierten Regierungsentwurf vorgenommenen Änderungen wurden als Folge des Anhörungsverfahrens, an der auch das Fondsteam von Heuking Kühn Lüer Wojtek mit einer schriftlichen Stellungnahme vom 18. September 2008 beteiligt war, in den endgültigen Regierungsentwurf übernommen.

Im Gegensatz zum modifizierten Referentenentwurf ist im Regierungsentwurf nunmehr tatbestandlich festgelegt, dass eine erlaubnispflichtige Anlageverwaltung nur dann in Betracht kommt, wenn der Anbieter einen Entscheidungsspielraum bei der „Auswahl der Finanzinstrumente“ hat. Dies bedeutet, wie sich u. a. auch aus der Begründung des Regierungsentwurfs ergibt, dass dann keine erlaubnispflichtige Anlageverwaltung vorliegt, wenn eine Fondsgesellschaft in bereits in den Verkaufsunterlagen im Einzelnen konkret festgelegte Finanzinstrumente investiert, ohne mit diesen einen aktiven Handel zu betreiben. Somit ist nunmehr, wie auch in unserer Stellungnahme vorgeschlagen, klargestellt, dass der neue Tatbestand nicht auf die „klassischen“ Genussrechtsmodelle, bei denen eine deutsche Fondsgesellschaft mittelbar über Genussrechte in bereits im Prospekt dargestellte Assets investiert, anwendbar ist.

Daneben ist in der Gesetzesbegründung zum Regierungsentwurf, ebenfalls unserer Stellungnahme folgend, ausdrücklich klargestellt, dass Investitionen von Private Equity Fonds auch dann nicht dem Tatbestand der Anlageverwaltung unterfallen, wenn diese in Aktiengesellschaften investieren. Dieser Punkt war im modifizierten Referentenentwurf noch unklar, da Aktien zu den Finanzinstrumenten im Sinne des KWG zählen.

Einführung des Tatbestandes „Anlageverwaltung“ als erlaubnispflichtiges Bankgeschäft

Zudem wurde im Regierungsentwurf eine Übergangsregelung eingeführt, welche im modifizierten Referentenentwurf noch nicht enthalten war. Die Übergangsregelung sieht vor, dass Anbieter, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Tatbestandes der Anlageverwaltung, welche für das Frühjahr 2009 vorgesehen ist, keine gesonderten Erlaubnis für das Anlagegeschäfte bedürfen, sofern sie eine Erlaubnis für das Betreiben von Finanzkommissionsgeschäften, von Eigenhandel oder von Finanzportfolioverwaltung besitzen. Dies bedeutet im Ergebnis, dass Anbieter, welche bereits einer der vorgenannten Erlaubnisse besitzen, keine neue Erlaubnis bei der BaFin beantragen müssen. Sofern Anbieter keine Erlaubnis für das Betreiben von Finanzkommissionsgeschäften, von Eigenhandel oder von Finanzportfolioverwaltung besitzen, dürfen diese Verkaufsprospekte, welche bis zum 24. September 2008, dem Zeitpunkt der Veröffentlichung des Regierungsentwurfs, von der BaFin zur Veröffentlichung gestattet wurden, auch zukünftig erlaubnisfrei vertreiben. Anbieter, die Anlageverwaltung betreiben und keine der vorgenannten Erlaubnisse besitzen und deren Verkaufsprospekte erst nach dem 24. September 2008 von der BaFin zur Veröffentlichung gestattet werden, müssen hingegen den Vertrieb zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens des neuen Tatbestandes einstellen.

Sofern Anbieter nach dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Tatbestandes der Anlageverwaltung keine der vorgenannten Erlaubnisse besitzen, müssen diese eine solche nach § 32 KWG bei der BaFin beantragen. Nach dem Regierungsentwurf soll die Anlageverwaltung, ebenso wie das Finanzkommissionsgeschäft, ein Bankgeschäft im Sinne des KWG darstellen, so dass insoweit eine erweiterte Prüfungspflicht der BaFin im Rahmen des Erlaubnisverfahrens besteht. Da im Gegensatz dazu der Eigenhandel und die Finanzportfolioverwaltung nach KWG eine Finanzdienstleistung darstellen, was dazu führt, dass eine Erlaubnis leichter zu erlangen ist, sollten Anbieter um in den Genuss der Übergangsregelung zu gelangen bereits vor dem Inkrafttreten des Tatbestandes der Anlageverwaltung eine entsprechende Erlaubnis beantragen.

Erhöhte Identifikationspflichten für Treuhänder nach Geldwäschegesetz

Mit Wirkung zum 21. August 2008 wurde das Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten („Geldwäschegesetz“ oder „GwG“) in wesentlichen Punkten geändert. Insbesondere wurden die von Treuhändern vorzunehmenden Identifikationspflichten gegenüber Anlegern verschärft. Treuhänder müssen nun entweder selbst oder durch vertraglich beauftragte zuverlässige Dritte verschiedene Identitätsmerkmale bei Anlegern prüfen und die gewonnenen Daten für einen Zeitraum von mindestens fünf Jahren aufbewahren.

Nach der nun geltenden Fassung des GwG unterfallen insbesondere Treuhänder, die im Rahmen einer Fondsbeteiligung Anteile treuhänderisch für Anleger halten, den verschärften Identifizierungspflichten. Der Treuhänder ist nunmehr verpflichtet, die Identität des Anlegers anhand der Prüfung bestimmter Daten festzustellen und diese Daten aufzubewahren. So sind bei natürlichen Personen der Name, der Geburtsort, das Geburtsdatum, die Staatsangehörigkeit sowie die Adresse festzustellen, wohingegen bei juristischen Personen und Personengesellschaften die Firma, die Rechtsform, die Registernummer, die Anschrift des Sitzes und die Namen der gesetzlichen Vertreter ermittelt werden müssen. Zudem ist vom Anleger zu erfragen, ob dieser oder eine andere Person oder Gesellschaft der wirtschaftlich Berechtigte der betreffenden Beteiligung ist. Um Sicherzustellen, dass die vom Anleger angegebenen Daten richtig sind, ist der Treuhänder verpflichtet, diese durch geeignete Maßnahmen zu überprüfen. Dies erfolgt bei natürlichen Personen regelmäßig durch die Vorlage eines Ausweises, bei juristischen Personen oder Personengesellschaften durch die Vorlage eines Handelsregisterauszuges.

Sofern der Treuhänder nicht in der Lage ist, die Identitätsfeststellung selbst vorzunehmen, kann er sich dazu vertrauenswürdiger Dritter bedienen. Dabei unterscheidet das Geldwäschegesetz zwischen Dritten, die bereits Kraft Gesetz als zuverlässig gelten und Dritten, deren Zuverlässigkeit konkret vom Treuhänder zu prüfen ist. So gelten bestimmte Institute und Personengruppen, wie z.B. Kreditinstitute, Versicherungsunternehmen und Versicherungsvermittler grundsätzlich als zuverlässig im Sinne des GwG und können daher ohne Weiteres als Dritte zur Identifizierung von Anlegern eingeschaltet werden.

Alle übrigen Personen dürfen hingegen nur dann zur Identifizierung

Erhöhte Identifikationspflichten für Treuhänder nach Geldwäschegesetz

zung eingeschaltet werden, sofern der Treuhänder deren Zuverlässigkeit geprüft hat und die Prüfenden vertraglich mit der Identitätsfeststellung für den Treuhänder beauftragt wurden. Mangels einer eigenen Definition des Tatbestandsmerkmals der „Zuverlässigkeit“ im Geldwäschegesetz ist aus Praktikabilitätsgründen auf den Begriff der „Zuverlässigkeit“ im Sinne der Gewerbeordnung abzustellen, sodass man generell davon ausgehen kann, dass sämtliche Gewerbetreibende, die einen Gewerbeschein besitzen, auch als zuverlässig im Sinne des Geldwäschegesetzes anzusehen sind. Daher sollte sich der Treuhänder bei der Einschaltung von Dritten für die Durchführung der Identifizierungspflichten regelmäßig die Gewerbeerlaubnis vorzeigen lassen.

Weiterhin ist der Treuhänder verpflichtet, die erhobenen Angaben und die eingeholten Informationen in geeigneter Weise aufzuzeichnen und für einen Zeitraum von mindestens fünf Jahren aufzubewahren.

Zudem ist der Treuhänder verpflichtet, durch geeignete interne Maßnahmen sicherzustellen, dass die vom ihm treuhänderisch gehalten Beteiligungen nicht zur Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung missbraucht werden können.

Bundesfinanzhof bestätigt die steuerliche Anerkennung von Genussrechtsmodellen

Der Bundesfinanzhof hat in einem Urteil vom 8. April 2008 (BFH XIII R3/2005), welches erst Anfang August 2008 veröffentlicht wurde, entschieden, dass Genussrechtsstrukturen bei Fondsgestaltungen steuerlich anzuerkennen sind. Der gegenteiligen Auffassung der Finanzverwaltung wurde vom Bundesfinanzhof damit eine klare Absage erteilt.

In dem dem Urteil zugrundeliegenden Sachverhalt hatte ein Ehepaar von einer Limited (nachfolgend „Fondsgesellschaft“ genannt) mit Sitz auf den Bermudas mehrere von der Fondsgesellschaft emittierte Genussrechte erworben. Das im Rahmen der Genussrechtsemission eingeworbene Kapital wurde von einer

Bundesfinanzhof bestätigt die steuerliche Anerkennung von Genussrechtsmodellen

100 %igen Tochtergesellschaft der Fondsgesellschaft in Futures-Geschäfte investiert. Sämtliche Geschäftsanteile der Fondsgesellschaft wurden von Dritten, wahrscheinlich den Anbietern des Beteiligungsangebotes oder von mit diesen verbundenen Unternehmen, gehalten.

Nach den Genussrechtsbedingungen waren keine regelmäßigen Ausschüttungen vorgesehen. Die Genussrechte konnten von den Genussrechtinhabern zweimal jährlich, erstmalig ca. drei Jahren nach Aufnahme des Handels durch die Fondsgesellschaft, an die Genussrechtsemittentin zurückgegeben werden. Sofern der Genussrechtinhaber von seinem Rückgaberecht keinen Gebrauch gemacht hat, wurden diese am Ende der Laufzeit von der Genussrechtsemittentin eingezogen. Der jeweilige Rückgabepreis für ein Genussrecht wurde im Verhältnis zum Nettovermögenswert je Genussrecht berechnet. Im Falle einer vorzeitigen Aufgabe- bzw. Liquidation der Genussrechtsemittentin war der Genussrechtinhaber am Aufgabe- bzw. Liquidationserlös der Genussrechtsemittentin beteiligt. Den Genussrechtinhabern stand es frei, ihre Genussrechte an Dritte zu veräußern; ihnen standen auch bestimmte Kontrollrechte zu.

Im Rahmen des Besteuerungsverfahrens des Ehepaars hat das Finanzamt die Auffassung vertreten, dass der Erwerb der Genussrechte durch die Eheleute als das Eingehen einer typisch stillen Beteiligung an der Fondsgesellschaft zu bewerten sei. Folglich sei der bei der Rückgabe der Genussrechte erzielte Nettoertrag als Gewinn aus einer stillen Beteiligung gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 4 EStG zu versteuern.

Entgegen der Auffassung des Finanzamts vertritt der BFH die Meinung, dass der Erwerb von Genussrechten grundsätzlich keine stille Beteiligung an einer Genussrechtsemittentin begründen kann. Vielmehr fehle es, nach Auffassung des BFH, bei einem Erwerb von Genussrechten regelmäßig an dem für die Begründung einer stillen Beteiligung notwendigen gemeinsamen Zweck zwischen dem Erwerber und der Emittentin des Genussrechts. Das sowohl vom Erwerber als auch von der Emittentin des Genussrechts angestrebte Kapitalwachstum reiche nach Auffassung des BFH nicht aus, um einen gemeinsamen Zweck begründen zu können.

Der BFH kommt daher zu dem Ergebnis, dass die Einnahmen aus Genussrechten, sofern die Genussrechte sowohl eine Beteiligung am Gewinn als auch am Aufgabe- bzw. Liquidationserlös

Bundesfinanzhof bestätigt die steuerliche Anerkennung von Genussrechtsmodellen

der Genussrechtsemittentin vorsehen, steuerlich als Einkünfte aus Kapitalvermögen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG zu bewerten sind. Weiterhin stellt er fest, dass die Veräußerung bzw. die Rückgabe originär erworbener und im Privatvermögen gehaltener Genussrechte nur dann steuerpflichtig ist, wenn der Genussrechtsinhaber entweder über die Genussrechte im Sinne des § 17 EStG wesentlich an der Genussrechtsemittentin beteiligt ist oder der Genussrechtsinhaber die Genussrechte innerhalb der Spekulationsfrist des § 23 EStG veräußert.

Somit bleibt zusammenfassend festzuhalten, dass der BFH die Steuerfreiheit von Gewinnen bei der Veräußerung oder Rückgabe von Genussrechten außerhalb einer wesentlichen Beteiligung und außerhalb der Spekulationsfrist grundsätzlich in vollem Umfang anerkennt.

Allerdings ist zu beachten, dass aufgrund der durch das Unternehmensteuerreformgesetz eingeführten Gesetzesänderungen die Veräußerung von Genussrechten, die nach dem 31. Dezember 2008 erworben werden, künftig auch außerhalb der Spekulationsfrist einer Besteuerung unterliegen werden.

Die Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft als neues Modell für Private Equity-Fonds

Mit Wirkung zum 19. August 2008 wurde die neue Gesellschafts-Sonderform der Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft eingeführt. Da die Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft insbesondere einige steuerliche Vorteile bietet, ergeben sich interessante Gestaltungsmöglichkeiten für die künftige Strukturierung von Private-Equity Fonds.

Mit dem Gesetz zur Modernisierung der Rahmenbedingungen für Kapitalbeteiligungen vom 12. August 2008 („MoRaKG“) wurde mit Wirkung zum 19. August 2008 die neue Gesellschafts-Sonderform der Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft („WKBG“) eingeführt. Gesetzgeberisches Ziel für die Schaffung der WKBG war, die Rahmenbedingungen für Bereitstellung von Wagniska-

Die Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft als neues Modell für Private Equity-Fonds

pital für junge Unternehmen, insbesondere durch die Einführung spezieller steuerliche Fördermaßnahmen, zu verbessern. Dabei handelt es sich bei einer WKBG nicht um eine neue Rechtsform, sondern, vergleichbar mit einer Unternehmensbeteiligungsgesellschaft („UBG“) nach dem Unternehmensbeteiligungsgesetz, um eine spezielle Sonderform von Gesellschaft, die sowohl als Personengesellschaft als auch als Kapitalgesellschaft ausgestaltet werden kann.

Nach dem Gesetzeswortlaut ist eine WKBG eine Gesellschaft, die von der BaFin als WKBG anerkannt wurde und keine UBG ist. Mit dieser Definition soll klargestellt werden, dass sich die Qualifikation als WKBG rein formal danach bestimmt, ob diese als solche von der BaFin zugelassen wurde. Wie bereits oben kurz dargestellt, ist eine WKBG in der Wahl der Rechtsform nicht beschränkt. Somit kann eine WKBG sowohl als Personengesellschaft als auch als Kapitalgesellschaft ausgestaltet sein. Ausschlaggebend für die Rechtsformwahl sollten im Wesentlichen steuerliche und haftungsrechtliche Aspekte sein.

Eine Gesellschaft kann nur dann als WKBG anerkannt werden, wenn sie ihren Sitz und ihre Geschäftsleitung im Inland hat. Dabei können der Sitz und der tatsächliche Ort der Geschäftsleitung auseinanderfallen, sofern sich beide in Inland befinden. Weiterhin bedarf eine WKBG einer Mindestkapitalisierung von Euro 1 Mio. Davon sind bei der Gründung mindestens Euro 250.000,00 einzuzahlen. Das bei der Gründung noch nicht eingezahlte Kapital ist dann spätestens innerhalb von 12 Monaten nach dem Zeitpunkt der Anerkennung der WKBG durch die BaFin aufzubringen. Zudem muss eine WKBG durch mindestens zwei zuverlässige und fachlich geeignete Geschäftsleiter geführt werden. Dabei kommt es nicht notwendiger Weise darauf an, dass die Geschäftsführer zuverlässig und fachlich geeignet sind, sondern es muss nur sichergestellt werden, dass diejenigen Personen, welche die Geschäfte der WKBG tatsächlich leiten, entsprechend qualifiziert sind. Bei der Prüfung, ob die Geschäftsleiter tatsächlich fachlich geeignet und zuverlässig sind, wird die BaFin voraussichtlich die gleichen Anforderungen wie an einen Geschäftsleiter einer Bank stellen. Sobald eine Gesellschaft durch die BaFin als WKBG anerkannt ist, hat sie als „Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft“ oder „WKBG“ zu firmieren.

Da nach der Gesetzesbegründung die WKBG im Wesentlichen ein Instrument für Investitionen von institutionellen Anlegern und erfahrenen Privatanlegern darstellen soll, ist im Gesetz eine

Die Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft als neues Modell für Private Equity-Fonds

Mindestsumme pro Anleger festgelegt. Die im ursprünglichen Gesetzesentwurf vorgesehene Mindestbeteiligungssumme von Euro 50.000,00 wurde, wohl im Hinblick auf die Verbreitung potenzieller Anlegerschichten, im endgültigen Gesetz auf Euro 25.000,00 pro Anleger herabgesetzt.

Unternehmensgegenstand einer WKBG kann nur der Erwerb, das Halten, die Verwaltung und die Veräußerung von Wagniskapitalbeteiligungen sein. Somit bildet der Begriff der „Wagniskapitalbeteiligung“ den Kernpunkt der WKBG. Nach dem Gesetzeswortlaut ist eine Wagniskapitalbeteiligung eine Eigenkapitalbeteiligung an einer Zielgesellschaft, wobei die Zielgesellschaft bestimmte Kriterien erfüllen muss.

Als Eigenkapitalbeteiligungen zählen nach der gesetzlichen Definition nur solche Kapitalbestandteile, die handelsrechtlich als Eigenkapital gelten und bei denen eine für die Überlassung gezahlte Vergütung beim Schuldner steuerlich nicht abziehbar ist. Daher gelten alle Kapitalüberlassungen, die dem Zielunternehmen dauerhaft zur Verfügung stehen und nachrangig gegenüber anderen Gläubigern sind, und sich steuerlich nicht negativ auf den zu versteuernden Gewinn der Zielgesellschaft auswirken, als Eigenkapital. Beispiele dafür bilden die unmittelbare Beteiligung als Gesellschafter an der Zielgesellschaft, der Erwerb von eigenkapitalähnlichen Genussrechten oder die Hingabe von mezzaninen Finanzierungsinstrumenten, sofern diese steuerlich nicht als Fremdkapital zu qualifizieren sind und ein Nachrang gegenüber den übrigen Gläubigern vereinbart ist.

Eine von der WKBG gehaltene Beteiligung stellt daneben nur dann eine Wagniskapitalbeteiligung dar, wenn das Zielunternehmen bestimmte Kriterien einhält. So können Wagniskapitalbeteiligungen nur an Kapitalgesellschaften mit Sitz und Geschäftsleitung im europäischen Wirtschaftsraum gehalten werden. Zudem darf das Eigenkapital der Zielgesellschaft, die vor weniger als 10 Jahren vor dem Erwerb der Beteiligung durch die WKBG gegründet sein muss, nur weniger als Euro 20 Mio. betragen. Weiterhin dürfen die Zielgesellschaften keine Unternehmen oder Unternehmensteile betreiben, die älter sind als sie selbst. Daneben ist eine Beteiligung dann keine Wagniskapitalbeteiligung, wenn die Zielgesellschaft Wertpapiere emittiert hat, welche börslich gehandelt werden. Sofern die Zielgesellschaft erst während der Haltedauer durch die WKBG einen Börsengang durchführt, verliert die Beteiligung nach Ablauf von drei Jahren nach dem Börsengang ihre Qualifikation als Wagniskapitalbeteiligung. Darüber

Die Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft als neues Modell für Private Equity-Fonds

hinaus ist auch die Begründung einer Organschaft im Sinne des § 14 KStG für die Qualifikation der Zielgesellschaft als geeignete Wagniskapitalinvestition schädlich.

Obwohl eine WKBG im Rahmen bestimmter Anlagebeschränkungen ihr Kapital im Wesentlichen in Wagniskapitalbeteiligungen zu investieren hat, darf diese auch andere, im Gesetz abschließend aufgezählte, Geschäftstätigkeiten ausüben. So darf eine WKBG neben dem Erwerb, dem Halten, dem Verwaltung und der Veräußerung von Wagniskapitalbeteiligungen auch Eigenkapitalbeteiligungen an anderen Kapitalgesellschaften halten, sofern diese ihren Sitz oder ihre Geschäftsleitung im europäischen Wirtschaftsraum oder in einem OECD-Staat haben. Daneben ist eine WKBG auch zum Erwerb, Halten, Verwaltung und Veräußern von börslichen gehandelten Wertpapieren, Geldmarktinstrumenten oder Investmentanteilen berechtigt und darf Bankguthaben bei Banken mit Sitz im europäischen Wirtschaftsraum halten. Zudem kann sie die von ihr gehaltenen Zielgesellschaften beraten, diesen Darlehen und Bürgschaften gewähren. Die WKBG selbst darf Kredite aufnehmen und Genussrechte oder Schuldverschreiben emittieren. Zudem kann sie alle Geschäfte tätigen, die unmittelbar mit ihrem Unternehmensgegenstand zusammenhängen. Der Erwerb von Grundstücken ist einer WKBG nur dann erlaubt, wenn dieser zur Beschaffung von Geschäftsräumen erfolgt.

Im Rahmen der zulässigen Geschäftstätigkeiten unterliegt die WKBG bestimmten Anlagebeschränkungen, bei deren Nichtbeachtung die BaFin die Zulassung als WKBG entziehen kann. So hat eine WKBG mindestens 70 Prozent ihres Vermögens in Wagniskapitalbeteiligungen zu investieren und zu halten. Da sich unter bestimmten Umständen, z.B. 15 Jahre nach dem Erwerb der Beteiligung durch die WKBG, eine Wagniskapitalbeteiligung automatisch in eine sonstige Beteiligung umqualifiziert, ist eine permanente Überwachung der von der WKBG gehaltenen Anlagen erforderlich. Weiterhin darf eine WKBG nicht mehr als 90 Prozent des Eigenkapitals einer Zielgesellschaft halten und nicht mehr als 40 Prozent ihres eigenen Vermögens in dieselbe Zielgesellschaft investieren.

Nach der Gesetzesbegründung soll die WKBG insbesondere durch steuerliche Sonderregelungen attraktiv für die Einwerbung von Wagniskapital werden. So ist im Gesetz ausdrücklich geregelt, dass eine WKBG in der Rechtsform einer Personengesellschaft, die ausschließlich Anteile an Kapitalgesellschaften hält, stets vermögensverwaltend tätig ist. Sofern eine WKBG daneben weitere

Die Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft als neues Modell für Private Equity-Fonds

Geschäfte tätigt, gibt das Gesetz verschiedene Tatbestandsmerkmale an, die eine vermögensverwaltende Tätigkeit der WKBG entfallen lassen. Da sich der Gesetzestext im Wesentlichen an die im BMF-Schreiben vom 16. Dezember 2003 (BStBl. 2004 I, S. 40, ber. BStBl. 2006 I, S. 632) – so genannter Private Equity Erlass – aufgeführten Merkmale hält, ergeben sich hieraus jedoch keine wesentlichen Änderungen gegenüber der bisherigen einkommensteuerlichen Behandlung von Wagniskapitalbeteiligungen. Um das Risiko einer gewerblichen Infizierung auszuschließen, schlägt der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung vor, schädliche Geschäftstätigkeiten auf Tochtergesellschaften in der Rechtsform von Kapitalgesellschaften auszugliedern. Daneben wurde der in § 17 EStG bestehende Freibetrag für die Veräußerung von wesentlichen Beteiligungen auf Anteile an WKBG erweitert.

Steuerlich interessanter als die gesetzliche Festlegung der ohnehin geltenden Rechtslage dürfte allerdings der Erhalt von Verlustvorträgen bei der Veräußerung von Zielgesellschaften sein. Denn nach der Neufassung des § 8 c KStG im Rahmen des MoRaKG, können Verlustvorträge, die auf die stillen Reserven des steuerpflichtigen inländischen Betriebsvermögens der Zielgesellschaft entfallen, unter bestimmten Voraussetzungen auf den Erwerber der Beteiligung übertragen werden. Sofern es sich bei der veräußerten Beteiligung um eine Wagniskapitalbeteiligung handelt und der Erwerber selbst eine WKBG ist, können die Verlustvorträge unbeschränkt genutzt werden. Dabei sind diese jährlich mit 20 Prozent anzusetzen, so dass die Verlustvorträge über einen Zeitraum von fünf Jahren verbraucht werden können. Handelt es sich bei der Beteiligung hingegen nicht um eine Wagniskapitalbeteiligung, sind die Verlustvorträge nur dann nutzbar, wenn die Zielgesellschaft vor der Veräußerung mindestens 4 Jahre von einer WKBG gehalten wurde. Zudem darf das Eigenkapital der Zielgesellschaft nur geringer als Euro 20 Mio. oder, sofern der Mehrbetrag aus Jahresüberschüssen der letzten 4 Geschäftsjahre der Zielgesellschaft resultiert, nur geringer als Euro 100 Mio. sein.

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass mit der WKBG eine attraktive neue Gesellschaftsform für die Strukturierung von Private Equity Investments zur Verfügung gestellt worden ist.

Dieser Newsletter beinhaltet keinen Rechtsrat. Die enthaltenen Informationen sind sorgfältig recherchiert, geben die Rechtsprechung und Rechtsentwicklung jedoch nur auszugsweise wieder und können eine den Besonderheiten des einzelnen Sachverhaltes gerecht werdende individuelle Beratung nicht ersetzen.

Redaktion (verantwortlich):

Dr. Stefan Duhnkrack
Dr. Michael Dröge
Hans-Jörg Simon
Gerd Kostrzewa

Kontakt:

Heuking Kühn Lüer Wojtek
Bleichenbrücke 9
D-20354 Hamburg
www.heuking.de



RA Dr. Stefan Duhnkrack, Hamburg

T +49 (0)40 35 52 80-0
F +49 (0)40 35 52 80-80
E-mail: s.duhnkrack@heuking.de



RA Dr. Michael Dröge, Hamburg

T +49 (0)40 35 52 80-0
F +49 (0)40 35 52 80-80
E-mail: m.droege@heuking.de



RA/FAfStR Hans-Jörg Simon, Hamburg

T +49 (0)40 35 52 80-970
F +49 (0)40 35 52 80-80
E-mail: h.simon@heuking.de



RA/FAfStR Gerd Kostrzewa, Düsseldorf

T +49 (0)211 600 55-217
F +49 (0)211 600 55-210
E-Mail: g.kostrzewa@heuking.de

Berlin

Friedrichstraße 149
D-10117 Berlin
T +49 (0)30 88 00 97-0
F +49 (0)30 88 00 97-99

Brüssel

Avenue Louise 326
B-1050 Brüssel
T +32 (0)2 646 20-00
F +32 (0)2 646 20-40

Chemnitz

Weststraße 16
D-09112 Chemnitz
T +49 (0)371 38 203-0
F +49 (0)371 38 203-100

Düsseldorf

Cecilienallee 5
D-40474 Düsseldorf
T +49 (0)211 600 55-00
F +49 (0)211 600 55-050

Frankfurt am Main

Grüneburgweg 102
D-60323 Frankfurt am Main
T +49 (0)69 975 61-0
F +49 (0)69 975 61-200

Hamburg

Bleichenbrücke 9
D-20354 Hamburg
T +49 (0)40 35 52 80-0
F +49 (0)40 35 52 80-80

Köln

Magnusstraße 13
D-50672 Köln
T +49 (0)221 20 52-0
F +49 (0)221 20 52-1

München

Prinzregentenstraße 48
D-80538 München
T +49 (0)89 540 31-0
F +49 (0)89 540 31-540

Zürich

Bahnhofstrasse 3
CH-8001 Zürich
T +41 (0)44 200 71-00
F +41 (0)44 200 71-01