

**AN: Mandanten**  
**VON: P+P Pöllath + Partners**  
**DATUM: 31. Oktober 2011**  
**ZU: Private Equity Fonds  
 BFH-Urteil zur Gewerblichkeit**

**TO: Clients**  
**FROM: P+P Pöllath + Partners**  
**DATE: 31 October 2011**  
**RE: Decision of the German Federal Tax  
 Court regarding Private Equity Funds**

In der letzten Woche hat der Bundesfinanzhof (BFH) die erste höchstrichterliche Entscheidung veröffentlicht, in der sich der BFH zur Abgrenzung der privaten Vermögensverwaltung vom Gewerbebetrieb bei Private Equity Fonds äußert.<sup>1</sup>

## 1. Zusammenfassung

Der BFH äußert Zweifel, ob die von der Finanzverwaltung entwickelten Kriterien zur Behandlung von Private Equity Fonds als vermögensverwaltend zutreffend sind, erläutert diese aber nicht näher. Eine Auseinandersetzung mit den Vermögensverwaltungskriterien der Finanzverwaltung war für die Entscheidung des Falles auch nicht notwendig. Denn in dem entschiedenen Fall hatte der Private Equity Fonds gegen wesentliche Kriterien verstoßen, die die Finanzverwaltung für eine Vermögensverwaltung fordert.

In dem entschiedenen Fall hatten die klagenden Investoren die Gewerblichkeit eines ausländischen Fonds geltend gemacht, um die daraus im Jahr 1998 erzielten Einkünfte nach damals gültigem Recht vollständig von deutscher Steuer freizu-

Last week, the German Federal Tax Court (*Bundesfinanzhof*) published the first decision of a German superior court in which the German Federal Tax Court deals with the differentiation between asset management activities and trade or business activities with respect to private equity funds.<sup>1</sup>

## 1. Summary

The German Federal Tax Court doubts whether the criteria developed by the German tax authorities for the treatment of private equity funds as being engaged in asset management activities are consistent with the applicable law, but does not explain these doubts in more detail. However, a discussion of the criteria for asset management activities as set forth by the German tax authorities was not necessary for the court decision because in the case at hand the private equity fund did not comply with substantial criteria required by the German tax authorities for asset management treatment of private equity funds.

In the case at hand the suing investors claimed the treatment of a non-German private equity fund to be engaged in trade or business in order to exempt the income derived from such fund in 1998 from German taxation according to the then applicable

<sup>1</sup> Urteil des für Auslandssachverhalte zuständigen I. Senats vom 24. August 2011, Az.: I R 46/10.  
 Decision of the I. Senate competent for cross-border cases dated August 24, 2011, ref. I R 46/10.

stellen. Da sie auch im Ausland nicht besteuert wurden, bleiben sie insgesamt steuerfrei.

Es bleibt abzuwarten, ob und wie die Finanzverwaltung das BFH-Urteil auf andere Fälle anwendet. Trotz zwischenzeitlicher Gesetzesänderung ließen sich für deutsche Investoren bei Gewerblichkeit in gewissen Konstellationen Steuervorteile erzielen, die gegenüber der Behandlung als Vermögensverwaltung zu Steuerausfällen für den deutschen Fiskus führen würden.

Für ausländische körperschaftliche Investoren ergäbe sich bezüglich ihres Anteils an den Erträgen eines ausländischen Fonds aus deutschen Investments bzw. bezüglich ihres Anteils an den Erträgen eines deutschen Fonds bei Gewerblichkeit eine effektive Steuerbelastung von etwa 1,5 % auf ihren Anteil an Dividenden und Veräußerungsgewinnen bzw. von etwa 30 % auf ihren Anteil an Zinsen. Die mit einer Steuerzahlungspflicht verbundene Steuererklärungspflicht für ausländische Investoren ließe sich durch Zwischenschaltung eines „Blocker“ vermeiden.

**Wenn** die Finanzverwaltung das BFH-Urteil auch auf andere Fälle anwendet, müssten zeitnah Maßnahmen, insbesondere zum Schutz von ausländischen Investoren, ergriffen werden. P+P wird sich zusammen mit dem BVK darum bemühen, in den nächsten Wochen von der Finanzverwaltung eine Aussage über die Anwendung des BFH-Urteils zu erlangen. Darüber werden wir unsere Mandanten unverzüglich informieren.

law. Since such income was not subject to tax in the source jurisdiction, it was completely tax-exempt.

It remains to be seen if and how the German tax authorities will apply the decision of the German Federal Tax Court to other cases. Despite certain amendments of the law in the meantime, in case of business treatment of private equity funds, German investors would be able to benefit from tax advantages in certain structures. Such advantages would result in a deficit in German inland revenue (compared to the taxation in case of asset management treatment).

With respect to the allocable share of non-German corporate investors of the profits and losses of a non-German fund arising from German investments and/or with respect to their allocable share of the profits and losses of a German fund in case of business treatment, the effective tax burden of their allocable share of dividends and capital gains would be approximately 1.5 % and of their allocable share of interest income would be approximately 30 %. The obligation of non-German investors to file tax returns in Germany could be prevented by interposing a “blocker”.

**If** the German tax authorities applied the decision of the German Federal Tax Court to other cases, there will be need for action in due course, in particular to protect non-German investors. P+P, together with the German Private Equity and Venture Capital Association (*BVK*), will seek to obtain a statement of the German tax authorities in the next weeks, on how they intend to deal with the decision of the German Federal Tax Court. We will promptly inform our clients on this.

## 2. Sachverhalt und Interessenlage

Die Investoren (deutsche Körperschaften) waren an einem 1994 errichteten Private Equity Fonds (Buy-Out) beteiligt, der als englische Limited Partnership strukturiert war und in Großbritannien verwaltet wurde.

Die Investoren hatten geltend gemacht, dass der Private Equity Fonds gewerblich tätig sei und damit die im Jahr 1998 erzielten Einkünfte nach dem damals maßgeblichen Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) zwischen Deutschland und Großbritannien von deutscher Besteuerung freizustellen seien.

Wäre der Fonds vermögensverwaltend gewesen, wären die 1998 von den klagenden Investoren erzielten Erträge in Deutschland voll versteuert worden. Da Großbritannien Steuerausländer nicht zu britischer Steuer auf Erträge aus Private Equity Fonds heranzieht, führte die Gewerblichkeit des Fonds dazu, dass die Erträge insgesamt steuerfrei blieben.

Vor diesem Hintergrund hatte die Finanzverwaltung versucht, den englischen Fonds als vermögensverwaltend zu qualifizieren.

Dieser Versuch war im konkreten Fall in beiden Instanzen erfolglos.

## 3. Das Urteil des Finanzgerichts

Das Finanzgericht führte in seinem Urteil aus, dass nach Ermittlung des relevanten Sachverhalts die Gewerblichkeit des englischen Fonds unstreitig bzw. nachgewiesen war.

## 2. Subject-Matter and Background

The investors (German corporations) held interests in a private equity (buy-out) fund established in 1994 which was structured as English limited partnership which was managed in the United Kingdom.

The investors claimed that the private equity fund was engaged in trade or business and, hence, that the income realized in 1998 would be exempt from German taxation pursuant to the provisions of the then in effect double taxation treaty between Germany and the United Kingdom.

If the fund had been engaged in asset management activities, the full amount of income realized by the suing investors in 1998 would have been subject to German taxation. However, since the United Kingdom does not impose UK tax on non-UK taxpayers on income arising from private equity funds, such income was entirely exempt from taxation due to the business treatment of the fund.

Facing these facts, the German tax authorities tried to qualify the English fund as being engaged in asset management activities.

This attempt was not successful in the case at hand in both instances.

## 3. Decision of the Lower Tax Court

The Lower Tax Court stated in its decision that after determination of the relevant facts business treatment of the English fund was not subject to dispute or was established.

Das Finanzgericht versagte allerdings den klagenden Investoren die Freistellung ihrer gewerblichen Einkünfte aus dem englischen Fonds gemäß dem DBA Großbritannien.

#### 4. Aussagen des BFH

Obwohl in der Revisionsinstanz das Finanzamt die Qualifikation des englischen Fonds als gewerblich durch das Finanzgericht gar nicht mehr gerügt hatte, äußerte sich der BFH gleichwohl dazu.

Inhaltlich bestätigt der BFH die Ausführungen des FG zur Gewerblichkeit. In diesem Zusammenhang referiert er auch die Kriterien des BMF-Schreibens vom 16. Dezember 2003 zur Besteuerung von Private Equity Fonds. Ob den dort niedergelegten – eher in die Richtung einer privaten Vermögensverwaltung tendierenden – Merkmalen der allgemeinen Definition des Gewerbebetriebsbegriffs im Gesetz zu folgen sei, kann nach Auffassung des BFH dahinstehen.

Denn nach den vom Finanzgericht korrekt festgestellten Tatsachen hatte im konkreten Fall der englische Fonds gegen wesentliche Kriterien der Finanzverwaltung für Vermögensverwaltung verstoßen (u. a. hatte der Fonds seine Beteiligungen auch mit Fremdkapital finanziert und hatten sich Personen, die für den Fonds handelten, zumindest teilweise aktiv am Management der Portfolio-Gesellschaften des Fonds beteiligt).

Zwar lag das BMF-Schreiben vom 16. Dezember 2003 im Streitjahr 1998 noch nicht vor. Die dort

However, the Lower Tax Court refused the suing investors the exemption of their (business) income from the fund under the double taxation treaty between Germany and the United Kingdom.

#### 4. Statements of the German Federal Tax Court

Although the German tax authorities did not challenge the business treatment of the English fund before the German Federal Tax Court, the Court discussed the issue.

The German Federal Tax Court confirmed the statements of the Lower Tax Court with respect to business treatment of the English fund. In doing so, it also refers to the criteria set forth in the Administrative Pronouncement of the German Ministry of Finance dated December 16, 2003 on the taxation of private equity funds. The German Federal Tax Court did not discuss whether the criteria set forth in this Administrative Pronouncement – which rather tend towards asset management treatment of private equity funds – is in line with the general definition of “trade or business” in the German income tax act.

According to the facts correctly determined by the Lower Tax Court, the English fund did not comply with substantial criteria as set forth in the Administrative Pronouncement to qualify for asset management treatment (inter alia, the fund made use of leverage and persons acting for the fund were actively involved in the management of the fund’s portfolio companies).

The Administrative Pronouncement of the German Ministry of Finance dated December 16, 2003 was

niedergelegten Kriterien gelten aber für alle noch offenen Fälle, also auch für den Streitfall. Deshalb war der englische Fonds auch nach den Kriterien des BMF-Schreibens als gewerblich einzustufen.

Gleichwohl bringt der BFH in dem Abschnitt des Urteils, in dem er die Kriterien der Finanzverwaltung referiert, Zweifel daran zum Ausdruck. Da im entschiedenen Fall der englische Fonds auch nach den Kriterien der Finanzverwaltung gewerblich war und das beklagte Finanzamt dies bereits im Verfahren vor dem Finanzgericht akzeptiert hatte, kann man aus den Passagen des BFH-Urteils, in denen die allseits, also auch vom Finanzgericht und dem Finanzamt, anerkannte Gewerblichkeit bestätigt wird, nicht genau ermitteln, in welchen Fällen der BFH Gewerblichkeit annehmen würde, die Finanzverwaltung auf Grundlage ihrer Kriterien im BMF-Schreiben vom 16. Dezember 2003 dagegen private Vermögensverwaltung.

## 5. Bedeutung des BFH-Urteils

Da im entschiedenen Fall der englische Fonds unstreitig gewerblich war, ist dieser Fall zweifelsohne richtig entschieden worden. 1998 galten für Körperschaften noch nicht die 95 %-Steuerbefreiungen gemäß § 8b KStG für Dividenden und Veräußerungsgewinne. Für die beiden klagenden Investoren bleiben deshalb ihre im Jahr 1998 bezogenen Fondsgewinnanteile endgültig insgesamt und überall steuerfrei.

Im Übrigen führt das BFH-Urteil zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit. Denn der BFH äußert

not in effect in 1998. However, the criteria set forth therein apply to all pending cases including the case at hand. The English fund was, therefore, to be treated as engaged in trade or business pursuant to the Administrative Pronouncement.

Nevertheless, when referring to the Administrative Pronouncement the German Federal Tax Court doubts whether the criteria set forth in the Administrative Pronouncement are in line with the general definition of “trade or business” in the German Income Tax Act. It is, however, not clear in which cases the German Federal Tax Court would tend to business treatment of a given private equity fund while the German tax authorities would tend to asset management treatment of the same fund, because in the case at hand the German tax authorities accepted business treatment and, accordingly, did not challenge this outcome of the Lower Tax Court. Moreover, the English fund in the case at hand had to be treated as engaged in trade or business even pursuant to the criteria set forth in the Administrative Pronouncement.

## 5. Impact of the Decision of the German Federal Tax Court

As there was no dispute on business treatment of the English fund in the case at hand there is no doubt that the decision of the German Federal Tax Court is correct. In 1998 the exemption for dividends and capital gains pursuant to § 8b of the German Corporation Tax Act was not in effect. Therefore, the allocable share of the profits and losses of the German investors from the English fund was finally tax exempt in both jurisdictions.

Notwithstanding the foregoing, the decision of the German Federal Tax Court results in a substantial

Zweifel an dem BMF-Schreiben vom 16. Dezember 2003. Offenbar gibt es nach seiner Auffassung Fälle, die nach der Verwaltungspraxis vermögensverwaltend sind, nach Ansicht des BFH dagegen nicht. Da der entschiedene Fall nicht in diese Fallgruppe fiel, bot sich in dem Urteil auch kein Anlass, diese Fallgruppe näher zu bestimmen.

## 6. Folgen für die Beratungs- und Gestaltungspraxis

Die Finanzverwaltung wendet die im BMF-Schreiben niedergelegten Kriterien bundesweit konsistent sowohl auf deutsche als auch ausländische Private Equity Fonds an. Auf dieser Grundlage hat sie eine Vielfalt von verbindlichen Auskünften erteilt, nicht nur für deutsche, sondern auch für ausländische Fonds, und steuerliche Außenprüfungen durchgeführt.

Angesichts dieser Umstände erscheint es notwendig, diejenige Fallgruppe zu identifizieren, bei der nach Auffassung des BFH die Vermögensverwaltungskriterien der Finanzverwaltung zu weitgehend sind. Ebenso wichtig ist es, wie die Finanzverwaltung auf die geäußerten Zweifel an dem BMF-Schreiben reagiert.

**Wenn** die Finanzverwaltung auf Grund des BFH-Urteils einen „Paradigmenwechsel“ hinsichtlich der Qualifikation von Private Equity Fonds vollziehen sollte und die bisher als vermögensverwaltend

uncertainty on the tax treatment of private equity funds, because the Court expresses doubts about the Administrative Pronouncement of the German Ministry of Finance dated December 16, 2003. Apparently there seem to be cases where the German Federal Tax Court would tend to business treatment while the German tax authorities would tend to asset management treatment. However, this was not subject to dispute in the case at hand and, accordingly, there was no reason for the German Federal Tax Court to discuss this (feasible) dissent in more detail.

## 6. Consequences for Advisors and the Industry

The German tax authorities apply the criteria set forth in the Administrative Pronouncement, both to German and to non-German private equity funds consistently throughout Germany. On this basis, the German tax authorities issued numerous tax rulings, not only for German but also for non-German private equity funds, and performed tax audits.

In light of these circumstances, it seems to be necessary to identify those cases where according to the view of the German Federal Tax Court the criteria set forth in the Administrative Pronouncement for asset management treatment are too broad. Similarly, it is important how the German tax authorities respond to the doubts regarding the Administrative Pronouncement expressed by the German Federal Tax Court.

**If**, due to the decision of the German Federal Tax Court, the German tax authorities were to change their practice consistently applied until the date hereof and qualify private equity funds that have

qualifizierten Fonds künftig alle als gewerblich behandelt, stellen sich Fragen nach dem Vertrauensschutz vor Rückwirkung sowie nach einer angemessenen Übergangsregelung.

Hinsichtlich der Folgen eines solchen Paradigmenwechsels ist hinsichtlich der **Investoren** zu unterscheiden zwischen

- Steuerzahlungs- und Steuererklärungs-pflichten; sowie
- inländischen und ausländischen Fonds.

#### a) **Inländische Investoren in inländischen Fonds**

Ein Paradigmenwechsel hätte für inländische Investoren in inländischen Fonds nur sehr eingeschränkte Folgen:

- (i) Im Gegensatz zur Rechtslage 1998 gelten für körperschaftliche Investoren seit 2001 die 95 %-Steuerbefreiungen gemäß § 8b KStG für Dividenden und Veräußerungsgewinne. Die effektive Gesamtsteuerbelastung dieser Investorengruppe (Körperschaft- und Gewerbesteuer) beläuft sich bei Vermögensverwaltung auf 1,5 % bezüglich ihres Anteils an Veräußerungsgewinnen sowie auf ca. 15,75 % bezüglich ihres Anteils an Dividenden (jeweils ohne Solidaritätszuschlag).

Bei Gewerblichkeit der Fonds ändert sich an der Steuerbelastung für Veräußerungs-

been subject to asset management treatment in the past as being engaged in trade or business, feasible grandfathering rules and transitional provisions become of increased importance.

With respect to the consequences of such fundamental change in the practice of the German tax authorities for the investors, the following distinctions have to be made:

- obligations to pay taxes and to file tax returns; and
- German and non-German private equity funds.

#### a) **German Investors in German Private Equity Funds**

A fundamental change in the practice of the German tax authorities would have very few consequences for German investors in German private equity funds:

- (i) In contrast to the legal situation in 1998, tax exemptions applicable to corporate investors for dividends and capital gains pursuant to § 8b of the German Corporation Tax Act are in effect since 2001. In case of asset management treatment of the private equity fund the effective tax burden for these investors (corporation tax and trade tax) is approximately 1.5 % with respect to their allocable share of capital gains and approximately 15.75% with respect to their allocable share of dividends (each without solidarity surcharge).

In case of business treatment of private equity funds, there is no change of the tax

gewinne gar nichts; die Steuerbelastung für Dividenden wird im Regelfall sogar sinken auf 0,75 %, da die Beteiligungsquoten der Fonds an ihren Portfolio-Gesellschaften regelmäßig die Grenze für das gewerbsteuerliche Schachtelprinzip überschreiten.

Bei Lebens- und Krankenversicherungen ergeben sich gar keine Besteuerungsunterschiede.

Dasselbe gilt für etwaige Zinsen. Auch bei Vermögensverwaltung beläuft sich die effektive steuerliche Gesamtbelastung hier auf 30 %. Daran ändert sich bei Gewerblichkeit der Fonds nichts; es gilt lediglich die Besonderheit, dass die Gewerbesteuer auf Fondsebene erhoben wird, aus diesem Grund aber auf der Ebene des körperschaftlichen Investors beim Fondsgewinnanteil von seiner Gewerbesteuerbemessungsgrundlage ausgenommen wird.

- (ii) Privatinvestoren unterliegen bei Vermögensverwaltung mit ihren Dividenden und Gewinnen aus Beteiligungen an Kapitalgesellschaften, die seit dem 1. Januar 2009 angeschafft wurden, der Abgeltungsteuer von 25 %; laufende Kosten der Fondsverwaltung können nicht abgezogen werden.

Bei Gewerblichkeit unterliegen 60 % der Dividenden und Veräußerungsgewinne der veranlagten Einkommensteuer zum jeweiligen Spitzensteuersatz. Kommt der Höchststeuersatz von 45 % zur Anwendung, beläuft sich der effektive Steuersatz auf 27 %; laufende Kosten der Fondsverwaltung können

burden on capital gains. Moreover, the tax burden on dividends will typically decline to 0,75 % because in most cases private equity funds satisfy the relevant thresholds with respect to holdings in their portfolio companies to qualify for the reduction of trade tax.

There are no differences with respect to the taxation of life and healthcare insurance companies.

The same applies to interest income (if any). In case of asset management treatment the effective tax burden is approximately 30 %. Generally, there is no change in case of business treatment. The only difference is that trade tax will be raised at the fund level, whereas the trade tax base of a given corporate investor of such fund will be reduced by the allocable share of profits of such investor from the fund.

- (ii) In case of asset management treatment dividends and capital gains from the sale of shares in corporations which have been acquired on or after January 1, 2009 are subject to the flat tax of 25 % at the level of investors that are individuals. There is no deduction for costs of fund administration available for such investors.

In case of business treatment 60 % of Dividends and capital gains are subject to tax at the marginal rate of the respective investor that is an individual. In case of the highest marginal rate of 45 %, the effective tax rate is 27 %. 60 % of costs of fund administration can be deducted by such investors.

zu 60 % abgezogen werden.

Vereinfacht ausgedrückt bedeutet dies: Bei Vermögensverwaltung 25 % auf „brutto“, bei Gewerblichkeit 27 % auf „netto“ (jeweils ohne Solidaritätszuschlag).

Die Gewerbesteuer auf Fondsebene wird auf die persönliche Einkommensteuer angerechnet.

Lediglich bei etwaigen Zinsen kommt es zu einer Mehrbelastung. Bei Vermögensverwaltung unterliegen sie der Abgeltungsteuer (25 %), bei Gewerblichkeit dem Spitzensteuersatz (von bis zu 45 %).

- (iii) Besondere Steuererklärungspflichten der Investoren treten in dieser Fallgruppe bei Gewerblichkeit der Fonds nicht hinzu.

#### **b) Inländische Investoren in ausländischen Fonds**

Regelmäßig qualifiziert das Ausland Private Equity Fonds als vermögensverwaltend. Jeder Investor wird daher mit seinem auf ihn entfallenden Anteil an den Fondserträgen ausschließlich in seinem Ansässigkeitsstaat nach dortigem Steuerrecht gemäß seinen persönlichen Besteuerungsmerkmalen besteuert.

Würde die Finanzverwaltung einen Paradigmenwechsel vollziehen, wären die Fonds aus deutscher steuerlicher Sicht gewerblich, aus der Auslandssicht dagegen weiterhin vermögensverwaltend.

This simply means: in case of asset management treatment a tax rate of 25 % on gross income, in case of business treatment a tax rate of 27 % on net income is applicable (in either case without solidarity surcharge).

There is a tax credit available for trade tax paid by the private equity fund at the level of investors that are individuals.

Solely in case of interest income there is an additional tax burden. In case of asset management treatment, interest income is subject to the flat tax (25 %), whereas in case of business treatment, the personal tax rate of the investor (up to 45 %) is applicable.

- (iii) There are no additional filing obligations for German investors in German private equity funds in case of business treatment.

#### **b) German Investors in non-German Private Equity Funds**

Generally, most foreign jurisdictions will qualify private equity funds as **not** engaged in a trade or business. The allocable share of income of each investor will therefore be taxed in its respective country of residence only, pursuant to the tax provisions applicable in such country and in accordance with his personal tax regime.

If the German tax authorities would change their practice consistently applied until the date hereof, private equity funds would be engaged in a trade or business from a German tax perspective. Whereas foreign jurisdictions would still treat them as not

Der BFH-Fall verdeutlicht, dass solche Unterschiede in der Qualifikation zu sogenannten „weißen Einkünften“ führen können, die nirgendwo besteuert werden.

Selbstverständlich hat jeder Berater die Aufgabe, die Verhältnisse des Mandanten so zu strukturieren und rechtlich abzusichern, dass die Steuerlast des Mandanten sinkt. Beteiligungen an Private Equity Fonds sind aber keine „steuergetriebenen“ Anlagen. Die Qualifikation von Private Equity Fonds in Deutschland nach deutschem Steuerrecht konsistent mit der Qualifikation im Ausland, verbaut jedenfalls schon im Ansatz die Möglichkeit, Investoren „weiße Einkünfte“ zu verschaffen.

Außerdem hat der Gesetzgeber in das deutsche Einkommensteuergesetz eine Spezialvorschrift zur Vermeidung von „weißen Einkünften“ eingefügt. Mit ihr beschäftigt sich auch der BFH in seinem Urteil vom 24. August 2011, kommt aber zum Ergebnis, dass sie im Falle des englischen Fonds nicht anwendbar war. Auch darüber hinaus wird es Fälle von ausländischen Private Equity Fonds geben, auf die diese Spezialvorschrift keine Anwendung findet. Als Folge der Gewerblichkeit können sich also auch Steuerausfälle für den deutschen Fiskus ergeben.

Unterstellt, die gesetzliche Spezialvorschrift greift ein, würden die als gewerblich qualifizierten Einkünfte von inländischen Investoren aus Beteiligungen an ausländischen Fonds in Deutschland exakt so besteuert werden, wie oben für die Beteiligung an inländischen Fonds dargestellt.

engaged in a trade or business.

The case at hand decided upon by the German Federal Tax Court illustrates that such different qualifications may lead to income which is taxed in neither jurisdiction (so called “white income”).

It goes without saying that each advisor has to structure and safeguard the particular circumstances of his or her client in a way which limits the tax burden of the respective client. Investments in private equity funds are, however, not “tax-driven”. If the qualification of private equity funds in Germany and according to German tax laws is consistent with the respective qualification in a foreign jurisdiction, there is no chance for investors to receive non-taxable “white income”.

Furthermore, the German legislator has introduced a provision which seeks to avoid such non-taxable “white income” into the German Income Tax Act. The German Federal Tax Court discusses the application of such provision in its decision as of August 24, 2011, concludes, however, that the provision may not be applied in the case at hand. There will be other cases of non-German private equity funds where the new provision is not applicable. Therefore, as a consequence of such trade or business treatment there might also be a tax deficit for the German tax authorities.

Based on the assumption that the new special provision would apply, the income of German resident investors, derived from non-German private equity funds and qualified as trade or business income for German tax purposes, would be taxed exactly the same way as outlined for investments in German private equity funds above.

Wie dort erläutert, sind die Besteuerungsunterschiede zwischen Gewerblichkeit und Vermögensverwaltung nicht gravierend.

### c) **Ausländische Investoren in inländischen Fonds**

Ausländische Investoren in inländischen Fonds sind regelmäßig Körperschaften, aber keine natürlichen Personen.

Würden künftig alle Private Equity Fonds als gewerblich behandelt, unterliegen ausländische körperschaftliche Investoren mit ihren Erträgen aus inländischen Fonds exakt derselben Besteuerung in Deutschland, wie sie vorstehend im Unterabschnitt a) (i) für inländische körperschaftliche Investoren dargestellt ist.

Vor dem Hintergrund, dass sich die Erträge von Private Equity Fonds zum größten Teil aus Veräußerungsgewinnen zusammensetzen, in gewissem Umfang auch aus Dividenden (Zinsen dagegen nur von untergeordneter Bedeutung sind), ist auch für ausländische körperschaftliche Investoren die effektive Steuerbelastung eher zu vernachlässigen.

Bedeutsam ist aber, dass auch in Deutschland ausländische Investoren eine Steuererklärungspflicht erfüllen müssen, wenn sie gewerbliche Einkünfte erzielen, die mit einer deutschen Betriebsstätte wirtschaftlich verknüpft sind. Insofern gilt in Deutschland dasselbe wie in den USA für sog. „ECI“ (d. h. „*effectively connected business income*“).

Ähnlich wie in den USA entfällt eine Steuererklärungspflicht jedes einzelnen ausländischen

As outlined above, the tax differences resulting from a trade or business qualification as opposed to a non-business qualification are not substantial.

### c) **Non-German Investors in German Private Equity Funds**

Non-German investors in German private equity are generally corporations and not individual investors.

If in future all private equity funds would be treated as engaged in a trade or business, the share of non-German corporate investors in the income of German private equity funds would be taxed in Germany exactly the same way as outlined in subsection a) (i) for German corporate investors.

In light of the fact that the return from investments in private equity funds mainly consists of capital gains, to some extent also of dividends, but only to a limited degree of interest income, the effective tax burden for non-German corporate investors in German private equity funds should also be *de minimis*.

It is however important that non-German investors are subject to a tax filing obligation in Germany, if they receive trade or business income which is effectively connected with a German permanent establishment. Hence, Germany applies the same concept as the U.S. for so-called “ECI” (i.e. “effectively connected business income”).

Similar as in the U.S., the tax filing obligation of each particular non-German investor could be

Investors, wenn die Beteiligungen dieser Investorengruppe an dem gewerblichen Fonds in einer separaten Kapitalgesellschaft gebündelt werden (ein sog. „Blocker“). Durch die Bündelung in einem Blocker entfällt nicht die oben dargestellte Belastung mit deutscher Steuer, d. h. die Veräußerungsgewinne und Dividenden sind mit effektiv 1,5 % belastet, Zinsen mit 30 %. Die Steuerpflicht tritt aber in der Person des Blockers ein, nicht in der Person des einzelnen ausländischen Investors.

Weil der Blocker exakt derselben Besteuerung unterliegt, wie der einzelne ausländische Investor bei unmittelbarer Beteiligung, ist die Bündelung in einem Blocker regelmäßig auch nicht missbräuchlich.

Aus demselben Grund, nämlich Besteuerung des Blockers nach deutschem Steuerrecht, kann ein Blocker auch in einem Land ohne den Schutz eines DBA mit Deutschland errichtet werden, z. B. Guernsey oder Jersey. Dividenden kann der Blocker dort ohne Quellensteuer ausschütten.

#### **d) Ausländische Investoren in ausländischen Fonds**

Diese Fallgruppe ist dann betroffen, wenn der betreffende Fonds in Deutschland investiert und für die deutschen Aktivitäten in Deutschland eine Betriebsstätte besteht oder ein ständiger Vertreter bestellt wurde.

Die oben in Abschnitt c) in Verbindung mit Abschnitt a) (i) dargestellten materiellen Besteuerungsfolgen in Deutschland treten auch in dieser Fallgruppe ein (und sind eher zu vernachlässigen).

avoided if the investment of the non-German investor group would be pooled in a separate corporate vehicle (so-called “Blocker”). The interposition of the Blocker would not avoid the German tax burden as outlined above, i.e. capital gains and dividends would be taxed at an effective rate of 1.5 % and interest income at an effective rate of 30 %. The tax filing obligation would, however, apply in respect of the Blocker only and not in respect of each particular non-German investor.

Due to the fact that the Blocker would be subject to exactly the same tax burden as the non-German investors, if they had invested directly, the pooling in the Blocker vehicle should not be regarded as evasive.

For the same reason, namely the taxation of the Blocker in accordance with German tax laws, the Blocker may be established in a country which has not entered into a double tax treaty with Germany, i.e. Guernsey or Jersey. Dividend distributions made by the Blocker are not subject to any withholding in such jurisdictions.

#### **d) Non-German Investors invested in non-German Private Equity Funds**

This group of investors will be affected if the private equity fund in question invests in Germany and either maintains a permanent establishment or a permanent agent in Germany in respect of its German investment activities.

The German tax consequences outlined in subsection c) in connection with subsection a) (i) above would also apply in respect of this group of investors (and should be rather limited).

Um zu erreichen, dass für die ausländischen Investoren hinsichtlich ihrer Anteile an den Erträgen des ausländischen Fonds aus deutschen Beteiligungen in Deutschland keine Steuererklärungspflicht besteht, muss der betreffende ausländische Fonds sein deutsches Portfolio über einen Blocker halten.

### **7. Weiteres Vorgehen, Handlungsbedarf**

Wie ausgeführt, ist von entscheidender Bedeutung, wie die Finanzverwaltung auf das BFH-Urteil reagiert. Angesichts der seit Dezember 2003 konsistent geübten Verwaltungspraxis auf der Grundlage des BMF-Schreibens, sollte man davon ausgehen können, dass sich die Finanzverwaltung zeitnah äußert.

**Wenn** die Finanzverwaltung einen Paradigmenwechsel vollzieht, sind für die wesentlichen inländischen Investorengruppen in inländischen bzw. ausländischen Fonds die Folgen im Hinblick auf ihre Steuerbelastung bezüglich ihrer Fondserträge sehr eingeschränkt.

Die materiellen Steuerzahlungspflichten in Deutschland bezüglich der Erträge, die auf ausländische körperschaftliche Investoren entfallen und entweder aus inländischen Fonds stammen bzw. aus ausländischen Fonds bezüglich ihres deutschen Portfolios, sind der Höhe nach eher zu vernachlässigen.

Allerdings besteht insoweit Handlungsbedarf, als nur bei Verwendung von Blocker-Strukturen eine Steuererklärungspflicht jedes einzelnen ausländischen Investors entfällt.

In order to avoid that non-German investors are required to file a German tax return, in respect of their allocable share of income of the non-German private equity fund derived from its German portfolio, the non-German private equity fund must hold its German portfolio through an interposed blocker vehicle.

### **7. Further Development, Need for Action**

As outlined above, it will be crucial how the German tax authorities will react in respect of the decision of the German Federal Tax Court. In light of the practice consistently applied by the German tax authorities since December 2003 it might be expected that the German tax authorities will comment on the decision of the Federal Court rather sooner than later.

**If** the German tax authorities will follow the new regime, the consequences for most German resident groups of investors invested in German and/or non-German private equity funds regarding their respective tax burdens will be rather limited.

The effective amount of any tax burden in Germany in respect of income allocable to non-German corporate investors resulting either from German resident private equity funds or from non-German private equity funds in respect of their German portfolio should be rather limited.

A need for action is however given insofar that a German tax filing obligation for each non-German investor can be avoided only if a blocker structure is implemented.

Sollte die Finanzverwaltung den Paradigmenwechsel vollziehen, wird der Handlungsbedarf akut. Wie er sich im Einzelfall darstellt, hängt von den jeweiligen besonderen Umständen ab, die jeden Einzelfall kennzeichnen.

Für weitere Fragen können Sie sich an Ihren Ansprechpartner bei P+P oder einen der nachstehenden Rechtsanwälte wenden.

Mit freundlichen Grüßen  
P+P Pöllath + Partners

If the German tax authorities will follow the new regime, immediate action will be required. The specific requirements in each case will depend on the particular facts and circumstances.

For further questions please do not hesitate to contact your partner at P+P or one of the attorneys-at-law listed below.

Best regards  
P+P Pöllath + Partners

**Berlin**

Uwe Bärenz  
+49 (30) 2 53 53 – 122

Amos Veith  
+49 (30) 2 53 53 – 124

Ronald Buge  
+49 (30) 2 53 53 – 120

**München**

Dr. Michael Best  
+49 (89) 24 24 0 – 470

**Frankfurt**

Dr. Andreas Rodin  
+49 (69) 247047 – 17

Patricia Volhard  
+49 (69) 247047 – 16