

Die Nutzung Luxemburger Investmentgesellschaften für Private-Equity-Anlagen durch steuerbefreite Investoren

I. Einleitung

Bestimmte institutionelle Investoren¹ nutzen schon seit mehr als zwei Jahrzehnten alternative Anlagen zur Optimierung ihrer Vermögensanlagen. In den letzten Jahren haben weitere Teile der deutschen institutionellen Investoren² begonnen, sich diese Anlageklassen, insbesondere Anlagen in Private Equity, zu erschließen. Unter Risiko- und Diversifikationsgesichtspunkten standen dabei häufig Beteiligungen an Private-Equity-Fonds im Vordergrund, die als Dachfonds strukturiert sind. Mit der Zeit wuchs die Bereitschaft, auch Beteiligungen an direkt investierenden Private-Equity-Fonds zu erwerben. Der Auswahl dieser Fonds³ kommt zunächst unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten eine große Bedeutung zu. Daneben verlangt die Verwaltung der Beteiligungen einen Organisationsgrad, der von den Investoren häufig nicht in dem nötigen Umfang bereitgestellt werden kann. Darüber hinaus bestehen steuerliche und rechtliche Problemstellungen, die in Verbindung mit dem übrigen Anforderungsprofil die Frage nach einer geeigneten Beteiligungsstruktur aufwerfen, die nach Möglichkeit alle identifizierten Anforderungen erfüllt.

II. Problemstellung

Die Motivation für die Suche nach einer geeigneten eigenen Beteiligungsstruktur ist unterschiedlich. Steuerbefreite Investoren (Pensionskassen, Versorgungswerke und Stiftungen) sehen sich nach wie vor mit einer Gefährdung ihrer Steuerbefreiung konfrontiert, wenn sie Private-Equity-Beteiligungen eingehen, die ihnen gewerbliche Einkünfte vermitteln könnten. Bei den Zielfonds kann regelmäßig nicht ausgeschlossen werden, dass es sich um Personengesellschaften handelt, die aufgrund (i) ihrer Tätigkeit, (ii) ihrer Struktur (gewerbliche Prägung) oder (iii) gewerblicher Abfärbung aus deutscher oder ausländischer Sicht gewerbliche Einkünfte vermitteln.

Zur Vermeidung dieses Risikos bedarf es entweder der Nutzung von zwischengeschalteten Kapitalgesellschaften oder einer anderweitigen isolierenden Verpackung des Investments.

¹ Vor allem deutsche Lebens-, Sach- und Krankenversicherungen.

² Insbesondere Pensionskassen, Versorgungswerke, Stiftungen, Verbände, Sparkassen.

³ Im Weiteren als „Zielfonds“ bezeichnet.

Darüber hinaus müssen steuerbefreite Investoren bei der Anlage ihres Vermögens entweder unmittelbar die Bestimmungen der Anlageverordnung⁴ beachten oder sie unterliegen mittelbar vergleichbaren Anlagerichtlinien.⁵ In der Folge sind direkte Beteiligungen an Private-Equity-Fonds grundsätzlich nur dann möglich, wenn ihnen der Private-Equity-Fonds eine Beteiligungsgesellschaft anbietet, die nach dem Recht eines europäischen Staates errichtet worden ist.

Dies erschwert zum einen den Zugang zum lukrativen amerikanischen und asiatischen Private-Equity-Markt, zum anderen bestehen bei den attraktiven Beteiligungsmöglichkeiten oftmals wenig Verhandlungsspielräume zur Durchsetzung der erforderlichen Beteiligungskriterien und ein erheblicher Zeitdruck bei der Anlageentscheidung. Aber selbst Private-Equity-Fondsstrukturen europäischer Initiatoren nutzen in beachtlichem Umfang die Kanalinseln Jersey und Guernsey als Gründungs- und Verwaltungsstandort für Private-Equity-Fonds. Da diese Inseln nicht zum EWR gehören (Offshore), besteht ebenfalls ein Beteiligungshindernis.

Vor diesem Hintergrund erklärt sich die Suche dieser institutionellen Anleger nach einer geeigneten Struktur, die es ermöglicht, den bestehenden steuerlichen und aufsichtsrechtlichen Anforderungen durch eine möglichst generalistische Lösung gerecht zu werden. Daneben kann gleichzeitig die Konzentration und Organisation des Anlageverhaltens von mehreren Vermögen⁶ eine Rolle spielen. Von der Bündelung wird dabei eine Verringerung des Verwaltungsaufwandes, eine höhere Investitionskraft⁷ und ein effizienterer Einsatz von Private-Equity-Anlagemanagern erwartet. Schließlich können weitere Ziele, wie die Vermeidung der Konsolidierung im Konzern, von Bedeutung sein.

Die aus den gewünschten Zielen ableitbaren Anforderungen an die Struktur lassen sich häufig wie folgt zusammenfassen:

- Die Struktur darf die Steuerbefreiung des Investors nicht gefährden. Hierzu muss sie insbesondere eine Vermittlung von gewerblichen Einkünften verhindern (Abschirmwirkung).
- Eine Besteuerung der Einkünfte aus den Private-Equity-Beteiligungen auf Ebene der genutzten Beteiligungsstruktur soll vermieden oder weitestgehend reduziert werden.
- Ausschüttungen an den Investor aus der Beteiligungsstruktur sollen nicht mit Quellensteuer belastet sein.
- Um die einschlägigen Reduktionen von im Ausland anfallender Quellensteuer beanspruchen zu können, soll die Struktur die Nutzung von Doppelbesteuerungsabkommen ermöglichen.

⁴ Verordnung über die Anlage des gebundenen Vermögens von Versicherungsunternehmen vom 20.12.2001 (BGBl. I 2001, 3913) in der Fassung vom 22.5.2005 (BGBl. I 2005, 1373).

⁵ Versicherungs- und Versorgungseinrichtungen bestimmter Berufsgruppen (z. B. Versorgungswerke für Ärzte, Rechtsanwälte etc.) unterliegen regelmäßig einer Aufsicht durch Landesbehörden, die ihrerseits der Anlageverordnung vergleichbare Regelungen haben.

⁶ Zum Beispiel bei gemeinsamen Anlagen für verschiedene Konzerngesellschaften.

⁷ Und damit größere Chancen bei attraktiven, weitgehend überzeichneten Private-Equity-Fonds.

- Die Beteiligung muss die aufsichtsrechtlichen Anforderungen für die Aufnahme in das gebundene Vermögen bzw. Sicherungsvermögen erfüllen.
- Der Standort soll kontinuierliche Rechtssicherheit und -stabilität gewährleisten.
- Der Einsatz von Fremdmanagern und externen Dienstleistern soll möglich sein.
- Die Errichtung und Verwaltung der Struktur (Kapitalaufbringung, Kapitalerhalt, Flexibilität für Änderungen) sollen möglichst einfach sein; dabei sollen die aufsichtsrechtlichen Beschränkungen möglichst leicht erfüllt werden können.
- Von Vorteil sind Möglichkeiten zur Schaffung disproportionaler Beteiligungs- und Ausschüttungsalternativen.
- Schließlich sollen die Kosten der Errichtung und der laufenden Verwaltung der Beteiligungsstruktur möglichst effizient gestaltet werden können.

Dieser Beitrag gibt einen Überblick über die Möglichkeiten zur Erfüllung der Anforderungen deutscher steuerbefreiter Investoren in Deutschland und am Investmentstandort Luxemburg. Am Beispiel eines typischen Praxisfalls sollen insbesondere die notwendigen Rahmenbedingungen zur Vermeidung einer Gefährdung der subjektiven Steuerbefreiung von Pensionskassen diskutiert werden. Außerdem wird untersucht, welche Voraussetzungen erfüllt werden müssen, damit die Begründung einer Geschäftsleitungs-Betriebsstätte der Luxemburger Investmentgesellschaft in Deutschland vermieden wird bzw. Vertreter der Pensionskasse nicht als ständige Vertreter angesehen werden.

III. Lösungsansätze

1. Deutsche Beteiligungsstrukturen

a) Investmentgesellschaften

In Deutschland könnte den gestellten Anforderungen am ehesten eine Investmentaktiengesellschaft⁸ gerecht werden. Darüber hinaus käme auch die Nutzung eines Spezialfonds⁹ in Betracht, der von einer Kapitalanlagegesellschaft verwaltet wird.

Beide Ansätze scheiden jedoch bereits deswegen aus, weil die Anlage in Private Equity durch Investmentaktiengesellschaften oder Spezialfonds schon nach der Gesetzesbegründung zum Investmentmodernisierungsgesetz¹⁰ nicht unter den Anwendungsbereich dieses Gesetzes fallen sollte. Dies dokumentiert sich u. a.

⁸ Aktiengesellschaften, deren Unternehmensgegenstand satzungsmäßig auf die risikodiversifizierte Anlage in bestimmte Vermögensgegenstände (z.B. Wertpapiere, Geldmarktinstrumente) beschränkt ist; vgl. § 2 Abs. 5 InvG.

⁹ Sondervermögen mit maximal 30 Anlegern – künftig (vgl. Fn.11) ohne zahlenmäßige Begrenzung –, die keine natürlichen Personen sind; vgl. § 2 Abs. 3 InvG.

¹⁰ Gesetz zur Modernisierung des Investmentwesens und zur Besteuerung von Investmentvermögen v. 15.12.2003 (BGBl. I 2003, 2676).

auch in der Anlagebeschränkung von maximal 30 % Private Equity eines regulierten Hedgefonds. Zwar ist im Zuge der jüngsten Entwicklungen im deutschen Investmentrecht geplant, zukünftig auch Beteiligungen an Private-Equity-Fonds als zulässige Anlagegegenstände zu sehen¹¹ und die Anlagebeschränkungen für Spezialfonds entfallen zu lassen.¹² Die Nutzung von deutschen Investmentgesellschaften als Beteiligungsstruktur für Private-Equity-Anlagen geht damit jedoch nicht einher. Voraussetzung der Beteiligung eines deutschen Sondervermögens an einem Private-Equity-Fonds bleibt, dass das Sondervermögen seine Anlagen unter Liquiditätsgesichtspunkten so strukturiert, dass für den Fall der Forderung nach Rücknahme von Anteilen durch den Investor eine Rücknahme auch möglich ist. Dies wird voraussichtlich nur der Fall sein, wenn Anlagen in Private-Equity-Fonds, die in Relation zu täglich börsengehandelten Wertpapieren über eine eingeschränkte Liquidität verfügen, einen angemessenen Prozentsatz der Anlagen des Sondervermögens nicht überschreiten.

b) Kapitalgesellschaft

Die Nutzung einer deutschen Kapitalgesellschaft¹³ zur Abschirmung von gewerblichen Einkünften scheidet in der Regel daran, dass die Ausschüttungen der Körperschaft in Deutschland der Kapitalertragsteuer unterliegen und vom steuerbefreiten Investor nur zur Hälfte zurückerstattet verlangt werden können,¹⁴ womit eine unerwünschte effektive Steuerbelastung entsteht. Darüber hinaus wird die Nutzung einer deutschen Kapitalgesellschaft mit Zurückhaltung aufgenommen, da eine langfristige Vermeidung der Besteuerung von Veräußerungsgewinnen und Dividenden auf Ebene der Kapitalgesellschaften als nicht verlässlich eingeschätzt wird.

c) Personengesellschaft

Die Gesellschaftsform mit dem größten Gestaltungsspielraum ist in Deutschland nach wie vor die Kommanditgesellschaft.¹⁵ Sie vermag zwar eine Vielzahl der gestellten Anforderungen zu erfüllen, insbesondere unter aufsichtsrechtlichen Aspekten (Anlageverordnung), nicht jedoch eine Abschirmwirkung vor gewerblichen Einkünften zu gewährleisten. Zum einen ist die Kommanditgesellschaft als Personengesellschaft steuerlich transparent und zum anderen der Infektion sämtlicher Einkünfte durch einzelne gewerbliche Einkünfte ausgesetzt.¹⁶

¹¹ Vgl. u. a. § 2 Abs. 4 Nr. 9 InvG in der Fassung des Regierungsentwurfs v. 11. 6. 2007, BT-Drs. 16/5576 (Investmentgesetz n. F.).

¹² Vgl. §§ 91–95 InvG n. F.

¹³ Zum Beispiel GmbH, AG oder KGaA.

¹⁴ Vgl. §§ 44 a Abs. 8, 44 b Abs. 5 EStG.

¹⁵ Regelmäßig als GmbH & Co. KG errichtet.

¹⁶ Sog. Abfärbetheorie, nach einem entgegenstehenden Urteil des BFH v. 6. 10. 2004 – IX R 53/01, BStBl. II 2005, 383, durch das Jahressteuergesetz 2007 in § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG ergänzt.

2. Luxemburger Beteiligungsstrukturen

a) Überblick

Verfügt die deutsche Rechtslandschaft über keine geeignete Struktur, bleibt der Blick ins europäische Ausland. Dabei sind die im Nachbarland Luxemburg in sehr pragmatischer Weise und in den letzten fünf Jahren mit enormer Geschwindigkeit vollzogenen Entwicklungen von besonderer Attraktivität. Luxemburg hat mit der Bereitstellung von regulierten Investmentgesellschaften (FCP, SICAV, SICAR) und unregulierten Holdinggesellschaften (SOPARFI, SPF) für alternative Anlageklassen lukrative Strukturen geschaffen. Ihren vorläufigen Höhepunkt haben die Rahmenbedingungen mit dem Inkrafttreten des Luxemburger Spezialfondsgesetzes¹⁷ gefunden. Die Nutzung des Spezialfondsrahmens (SIF) verbessert die Einsatzmöglichkeiten und die praktische Handhabung insbesondere der vertrauten Investment- bzw. Fondsgesellschaften (SICAV, FCP) noch einmal erheblich.

Bemerkenswert ist hierbei insbesondere, dass je nach dem Anforderungsprofil des betroffenen Investors die verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten so genutzt werden können, dass bestimmte Vorteile verstärkt und Nachteile eingeschränkt werden. So sind bei der Nutzung einer Luxemburger Kapitalgesellschaft im Hinblick auf die Vermeidung einer Besteuerung in Luxemburg die Regelungen zu SICAV und FCP am umfassendsten, da sie praktisch alle Erträge von der Steuer freistellen. Bei der SICAR setzt ein solches Ergebnis voraus, dass die Einkünfte der SICAR aus Wagniskapitalbeteiligungen stammen.¹⁸ Auch wenn diese Anforderungen bei Anlagen in Private Equity regelmäßig erfüllt werden, können unerwünschte Steuerbelastungen, z. B. bei der Anlage von freier Liquidität in Geldmarktpapieren, auftreten. Bei der SOPARFI sind zur Erreichung steuerlicher Neutralität bzw. verminderter Steuerbelastung spezielle Kapitalisierungs- bzw. Finanzierungsstrukturen erforderlich.¹⁹

Die Nutzung von SICAV-, SICAR- und FCP-Lösungen erfordert die Akzeptanz eines größeren Organisations- und Verwaltungsapparates einschließlich der Berücksichtigung aufsichtsrechtlicher Kontrolle. So ist bei der SICAV und SICAR die Einrichtung einer Zentralverwaltungsstelle in Luxemburg erforderlich. Die Zentralverwaltungsstelle übernimmt die praktische Durchführung der Verwaltung der Gesellschaft.²⁰ Daneben wird eine Depotbank benötigt, die über die Anlagen der Gesellschaft wacht. Beide Funktionen werden regelmäßig von in Luxemburg ansässigen, spezialisierten Banken übernommen. Die für die Errichtung einer SICAV (SIF) und SICAR am häufigsten genutzte Rechtsform ist die

¹⁷ „Loi relative aux fonds d'investissement spécialisés“ v. 13. 2. 2007.

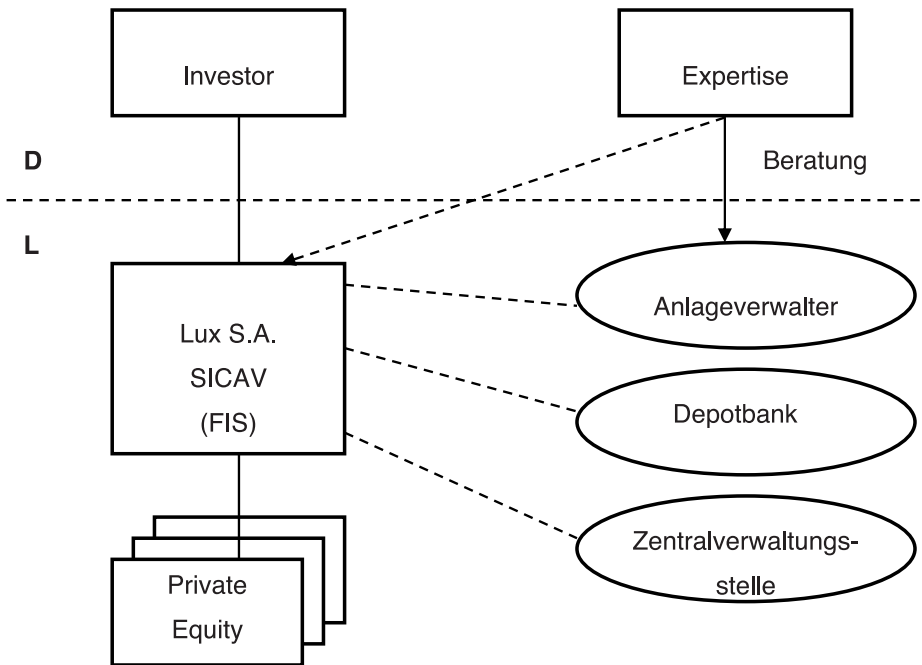
¹⁸ Art. 34 „Loi relative à la Société d'investissement en capital à risque (SICAR)“ v. 15. 6. 2004.

¹⁹ Häufig wird der überwiegende Teil des benötigten Kapitals über Fremdkapital bereitgestellt (sog. (M)(C)PECs – (Mandatory) (Convertible) Preferred Equity Certificates).

²⁰ Zum Beispiel Buchhaltung, Netto-Inventarermittlung, Ausgabe und Rücknahme von Anteilen.

Aktiengesellschaft (S. A. bzw. SCA).²¹ Ihr operatives Organ ist der Verwaltungsrat, der über eine umfassende Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis verfügt. Möglich ist die Auswahl und Nutzung eines externen Anlageverwalters, der unter Leitung des Verwaltungsrates die gesamte Umsetzung der Anlagen übernimmt. Hierzu haben sich eine Vielzahl von Anbietern in Luxemburg angesiedelt, die für die unterschiedlichen Anlageklassen über eine besondere Expertise verfügen. Daneben oder anstelle eines Anlageverwalters kommt der Einsatz eines Anlageberaters in Betracht. Entsprechende Gestaltungen sind insbesondere bei Einschaltung in Deutschland ansässiger und tätiger Expertise von Relevanz, um die Begründung einer beschränkten oder unbeschränkten Steuerpflicht der Luxemburger Gesellschaft in Deutschland zu vermeiden.

Bei der FCP ist die Verwaltung der Anlagen bereits strukturell einem Anlageverwalter vorbehalten. Die FCP selbst verfügt über keine eigene Rechtspersönlichkeit. Die Anlagen werden vielmehr im Namen des Anlageverwalters auf Rechnung der FCP erworben und gehalten.²²



²¹ Vgl. Statistik der CSSF („Commission de Surveillance du Secteur Financier“, Luxemburger Aufsichtsbehörde, vergleichbar mit der BaFin) zum 31.5.2007, abrufbar unter: <http://www.cssf.lu/index.php?id=84>.

²² Vergleichbar einem deutschen Sondervermögen.

Bei der Auswahl und Nutzung Luxemburger Strukturen ist von entscheidender Bedeutung, in welcher Form sich der deutsche Investor bzw. dessen in Deutschland ansässige Beauftragte in die Verwaltung der Luxemburger Gesellschaft einbringen möchten. Je größer das persönliche Engagement, insbesondere in Entscheidungsprozessen, umso mehr werden entsprechende Tätigkeiten unmittelbar in Luxemburg auszuführen sein. Lediglich bei Strukturen ohne eigene Rechtspersönlichkeit (wie der FCP) kann es eine größere Flexibilität bei der Erbringung von Dienstleistungen aus Deutschland geben.

Unter aufsichtsrechtlichen Gesichtspunkten muss die Struktur den Anforderungen der §§ 54 ff. VAG, der Anlageverordnung in der Fassung vom 20. Mai 2005 sowie dem erläuternden Rundschreiben der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht vom 20. August 2005 (das „Rundschreiben 15/2005“) entsprechen.

Die Beteiligung an einer Luxemburger Gesellschaft in Form einer Aktiengesellschaft stellt eine für die Pensionskasse zulässige Anlage gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 13 AnIV dar, sofern der alleinige Zweck der Gesellschaft im Halten von Beteiligungen an Zielfonds oder anderen Unternehmen besteht und die Pensionskasse durchgerechnet höchstens zu 10 % an den Portfoliogesellschaften der Private-Equity-(Ziel-)Fonds (soweit deren alleiniger Zweck ebenfalls im Halten von Beteiligungen besteht) oder anderen Unternehmen beteiligt ist. Soweit Mezzanine-(Ziel-)Fonds betroffen sind, ist die 10 %-Grenze in Bezug auf die Beteiligung an dem einzelnen Mezzanine-(Ziel-)Fonds zu beachten. Im Falle von Dachfonds kann regelmäßig auf die einzelnen zugrundeliegenden Zielfonds durchgerechnet werden.²³

Die Tatsache, dass die Luxemburger Gesellschaft eine 100 %ige Tochtergesellschaft der Pensionskasse ist, steht einer Qualifikation als Anlage nach § 1 Abs. 1 Nr. 13 AnIV nicht entgegen, solange der einzige Zweck der Gesellschaft das Halten von Anteilen an konzernfremden Unternehmen ist.

Die Beteiligung an einer Luxemburger Investmentgesellschaft in Form eines rechtlich unselbständigen Sondervermögens (FCP) stellt ebenfalls eine für die Pensionskasse zulässige Anlage gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 13 AnIV dar, wenn es sich bei der FCP um einen geschlossenen Fonds handelt, d. h. bei der FCP die Rücknahme von Anteilen ausgeschlossen ist.²⁴

Für eine zulässige Anlage muss die Haftung der Pensionskasse als Gesellschafterin der Gesellschaft auf die übernommenen Geschäftsanteile beschränkt sein. Weiter gehende Nachschuss- oder Haftungspflichten dürfen nicht bestehen. Der Umstand, dass die Investmentgesellschaft ihrerseits Gesellschafterin eines Zielfonds sein kann und dabei möglicherweise keiner Haftungsbegrenzung unterliegt, ist unerheblich, wenn ein Durchgriff auf die Gesellschafter der Investmentgesellschaft ausgeschlossen ist. Entsprechende Haftungsbeschränkungen können sowohl bei der Investmentgesellschaft in Form einer Aktiengesellschaft (S. A., SCA) als auch bei der FCP gewährleistet werden.

²³ Vgl. § 3 Abs. 4 Satz 3 Anlageverordnung.

²⁴ Begründung des Regierungsentwurfs zum Dritten Gesetz zur Durchführung versicherungsrechtlicher Richtlinien des Rates der Europäischen Gemeinschaften (Drittes Durchführungsgesetz/EWG zum VAG), BT-Drs. 12/6959, 74.

Die Satzung der Investmentgesellschaft muss vorsehen, dass die Pensionskasse über die von ihr gehaltenen Aktien ohne Zustimmung durch die Gesellschaft oder durch Dritte verfügen kann.²⁵ Eine Beteiligung der Pensionskasse an der Gesellschaft erfordert weiterhin einen sog. Treuhänder-Sperrvermerk in der Satzung der Investmentgesellschaft.²⁶ Darüber hinaus muss die Investmentgesellschaft der Pensionskasse jährlich einen geprüften Jahresabschluss übermitteln, der eine Bilanz, einen Lagebericht und eine Gewinn-und-Verlust-Rechnung enthält.²⁷ Dieser Jahresabschluss muss zudem in Anwendung der Vorschriften für Kapitalgesellschaften aufgestellt und geprüft werden.²⁸ Schließlich muss die Aufnahme von Krediten auf Rechnung der Investmentgesellschaft auf kurzfristige Kredite zu Zwecken der Zwischenfinanzierung bzw. vorübergehenden Schaffung von Liquidität und zusätzlich auf maximal 10% des Fondsvermögens begrenzt sein. Die Erfüllung der vorstehenden Anforderungen sollte bei einer 100%igen Tochtergesellschaft keine Schwierigkeiten bereiten.

Auf der Grundlage der an die Pensionskasse übermittelten Informationen muss sich die Pensionskasse regelmäßig über die Wertentwicklung ihrer Anlage informieren können, um damit den aufsichtsrechtlichen Kontroll- und Berichterstattungspflichten nachkommen zu können. Eine Vorlage der Geschäftsberichte der einzelnen Zielfonds bzw. der von diesen finanzierten Portfoliogesellschaften, ist jedoch dann nicht erforderlich, wenn die Investmentgesellschaft die aus den Beteiligungen an den Zielfonds folgenden Risiken ausreichend breit streut. Hierzu sollte die Satzung der Investmentgesellschaft bzw. das Verwaltungsreglement des FCP Richtlinien für die Anlagepolitik vorsehen, die zum einen eine hinreichende Diversifikation des Private-Equity-Anlagenportfolios sicherstellen und zum anderen die Einhaltung der in § 3 Abs. 4 Satz 1 der Anlageverordnung geforderten prozentualen Höchstgrenzen (10%-Grenze) unter Berücksichtigung der zulässigen Durchrechnungsmöglichkeiten bei mehrstufigen Beteiligungsstrukturen gewährleisten.

b) Typischer Praxisfall

Nachfolgend soll untersucht werden, inwieweit die subjektive Steuerbefreiung einer in Deutschland gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 3 KStG in Verbindung mit § 3 Nr. 9 GewStG subjektiv von der Körperschaft- und Gewerbesteuer befreiten Pensionskasse gefährdet wird, wenn die Pensionskasse ein nach den Grundsätzen der angemessenen Risikomischung und -streuung ausgerichtetes Portfolio von Beteiligungen an Private-Equity-Fonds über eine Investmentaktiengesellschaft²⁹ in Luxemburg aufbaut und dabei (i) sämtliche Aktien der Investmentgesellschaft hält sowie (ii) einem Vertreter der Pensionskasse aufgrund seiner Mitgliedschaft im Investorenkomitee der Investmentgesellschaft das Recht zusteht, Einfluss auf

²⁵ Rundschreiben der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin-RS) 15/2005 v. 20. 8. 2005 – VA 14 – O – 1000 – 2005/113, Punkt II. 1. b).

²⁶ BaFin-RS 15/2005, Punkt VII 3.

²⁷ § 1 Nr. 13 b) Anlageverordnung.

²⁸ § 1 Nr. 13 b) Anlageverordnung.

²⁹ Nachfolgend immer „Investmentgesellschaft“.

Anlageentscheidungen der Gesellschaft zu nehmen. Außerdem soll untersucht werden, ob die Tätigkeit des Vertreters der Pensionskasse im Verwaltungsrat oder im Investorenkomitee für die Luxemburger Investmentgesellschaft eine Ertragsteuerpflicht in Deutschland unter den Aspekten der Geschäftsleitungs-Betriebsstätte oder des ständigen Vertreters i. S. d. Abgabenordnung 1977 (AO) begründet.³⁰

aa) Keine Gefährdung der subjektiven Steuerbefreiung

Die Verwirklichung des Sachverhaltes gefährdet dann nicht die subjektive Steuerbefreiung der Pensionskasse, wenn sich die Beteiligung an der Investmentgesellschaft im Rahmen des satzungsmäßigen Zwecks der Pensionskasse bewegt. Dabei dürfen mit der Beteiligung und der Verwaltung der Investmentgesellschaft durch die Pensionskasse insbesondere die Grenzen der privaten Vermögensverwaltung nicht überschritten werden. Schließlich muss eine dauernde Sicherung des über die Investmentgesellschaft investierten Kassenvermögens dadurch gewährleistet sein, dass die Investmentgesellschaft bei ihren Anlagen den Grundsatz der angemessenen Risikomischung und -streuung berücksichtigt.

(1) Rechtsprechung des BFH

Nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH)³¹ droht ein Verlust der Steuerbefreiung bei Unterstützungskassen dann, wenn die Art der Anlage oder Nutzung des Kassenvermögens dazu führt, dass sich die Kasse einen weiteren satzungsmäßig nicht bestimmten Zweck gibt (vgl. R 11 sowie H 13 KStR). Eine entsprechende Überschreitung des satzungsmäßigen Zwecks hat der BFH in den beiden folgenden Urteilen bejaht:

- Im ersten Urteil aus dem Jahr 1969 diente die Geldanlage der Unterstützungskasse entscheidend der eigenen Kurspflege des Trägerunternehmens. Hierfür tätigte die Unterstützungskasse zudem erhebliche Wertpapiergeschäfte, allein 900 An- und Verkäufe von Aktien des Trägerunternehmens binnen sechs Jahren, die nach Ansicht des BFH einen gewerblichen Wertpapierhandel darstellten.
- Im zweiten Urteil aus dem Jahr 1979 machte das Vermögen der Unterstützungskasse nahezu vollständig eine Kommandit-Beteiligung aus, die zudem an der Träger-KG der Kasse bestand. Damit lag eine *direkte* mitunternehmerschaftliche Beteiligung der Kasse an einem gewerblichen Unternehmen vor. Hierin erkannte der BFH Gewerblichkeit und stellte zudem darauf ab, dass das Kassenvermögen wegen fehlender Risikostreuung und dem bestehenden Mitunternehmerisiko nicht dauernd gesichert sei.

Der hier besprochene Sachverhalt ist mit keinem der entschiedenen Sachverhalte vergleichbar. Bei der Investmentgesellschaft handelt es sich um eine luxem-

³⁰ Hierbei wird unterstellt, dass die laufende Verwaltung der Anlagen von einem Anlageverwalter übernommen wurde und sich die Tätigkeit des Verwaltungsrates bzw. Investorenkomitees auf 3 bis 5 Entscheidungen über neue Beteiligungen an Private-Equity-Fonds beschränkt.

³¹ Vgl. BFH v. 29.1.1969 – I 247/65, BStBl. II 1969, 269, sowie BFH v. 17.10.1979 – I R 14/76, BStBl. II 1980, 225.

burgische Aktiengesellschaft und damit um eine Kapitalgesellschaft. Diese Beurteilung wird auch für deutsche steuerliche Zwecke übernommen, da die Investmentgesellschaft mit einer deutschen Kapitalgesellschaft vergleichbar ist. Die Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft wird im deutschen Ertragsteuerrecht nicht als gewerbliche Mitunternehmerschaft behandelt, sondern stellt grundsätzlich eine vermögensverwaltende Tätigkeit dar. Dieser Grundsatz gilt unabhängig von der Höhe der Beteiligung.³²

(2) *Keine gewerbliche Tätigkeit*

Die Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft ist im Regelfall Vermögensverwaltung und begründet keine gewerbliche Tätigkeit, wenn sich die Tätigkeit auf die Wahrnehmung von Gesellschafterrechten und die Ausübung von Überwachungsfunktionen beschränkt.

Davon abweichend kann eine gewerbliche Tätigkeit vorliegen, wenn mit der Beteiligung an der Kapitalgesellschaft tatsächlich ein *entscheidender Einfluss auf die laufende Geschäftsführung des Unternehmens* ausgeübt wird. Das Streben nach Einfluss auf eine Kapitalgesellschaft reicht dabei jedoch nicht aus,³³ wohl aber die Ausübung der Konzernleitung.³⁴

„Die Ausübung der einheitlichen Leitung im Konzern ist zunächst etwas anderes als Vermögensverwaltung. Die Konzernleitung beschränkt sich nicht auf das Geltendmachen der aus der Beteiligung fließenden Rechte, sondern stellt eine eigene unternehmerische Tätigkeit dar.“³⁵

Bei der Anwendung der vorstehenden Grundsätze darf jedoch nicht übersehen werden, dass es sich bei den von der Pensionskasse auf die Investmentgesellschaft übertragenen Anlagetätigkeiten nicht um Tätigkeiten handelt, die ein gewerbliches Anlageverhalten begründen. Die Investmentgesellschaft beabsichtigt in der Regel, vermögensverwaltend tätig zu sein, d. h. die Beteiligungen an den Zielfonds langfristig zu halten, keinen wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung der Zielfonds oder deren Portfoliounternehmen auszuüben und regelmäßig auch nicht anderweitig ein Anlageverhalten zu entwickeln, das über die Verwaltung ihres eigenen Vermögens hinausgeht und eine gewerbliche Tätigkeit begründen könnte.

Folglich kann ein Einfluss der Pensionskasse auf die laufende Geschäftsführung der Investmentgesellschaft zu keiner anderen Beurteilung führen, als wenn die Pensionskasse die Anlagen bei den Zielfonds unmittelbar ausführen würde. In diesem Fall würde jedoch allein die Anlagetätigkeit der Pensionskasse kein schädliches gewerbliches Verhalten darstellen.

Auch wenn die Bestimmungen der Richtlinie 16 Abs. 5 der Körperschaftsteuerrichtlinien 2004 nicht unmittelbar anwendbar sind,³⁶ stützen sie das vor-

³² Vgl. FG Hamburg v. 29. 1. 1970 – II 162/68, EFG 1970, 517 (518).

³³ BFH v. 15. 3. 1973 – VIII R 150/70, BStBl. II 1973, 593.

³⁴ BFH v. 17. 12. 1969 – I 252/64, BStBl. II 1970, 257.

³⁵ BFH v. 17. 12. 1969 – I 252/64, BStBl. II 1970, 257.

³⁶ Das Vorliegen eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs i. S. d. R 16 V KStR ist lediglich für die Beurteilung der Steuerbefreiung von *Berufsverbänden* i. S. d. § 5 Abs. 1 Satz 5 KStG sowie von *gemeinnützigen Körperschaften* i. S. d. § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG entscheidend. Denn für diese Or-

stehende Ergebnis. Danach kann die Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft dann einen für die Steuerbefreiung schädlichen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb darstellen, wenn mit ihr tatsächlich ein entscheidender Einfluss auf die laufende Geschäftsführung des Unternehmens ausgeübt wird, *es sei denn, die Kapitalgesellschaft ist selbst nicht lediglich vermögensverwaltend tätig.*

Bei der steuerlichen Beurteilung des Anlageverhaltens der Investmentgesellschaft (vermögensverwaltend vs. gewerblich) darf nach Auffassung des Autors nicht darauf abgestellt werden, dass die Investmentgesellschaft ggf. aus Beteiligungen an Zielfonds aus deutscher oder ausländischer Sicht gewerbliche Einkünfte erzielt. Derartige Einkünfte haben auf die Qualifikation des Anlageverhaltens der Investmentgesellschaft (nicht der Einkünfte!) keinen Einfluss.

Der IX. Senat des BFH hat sich in einer jüngeren Entscheidung³⁷ mit der Frage auseinandergesetzt, ob allein die Beteiligung einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft (Obergesellschaft) an einer gewerblich tätigen anderen Personengesellschaft (Untergesellschaft) dazu führt, dass die Obergesellschaft ausschließlich gewerbliche Einkünfte bezieht.³⁸ Nach Auffassung des erkennenden Senats bezieht die Obergesellschaft im genannten Fall aus der Beteiligung an der Untergesellschaft zwar Einkünfte aus Gewerbebetrieb, im Übrigen findet aber keine Umqualifizierung in gewerbliche Einkünfte statt. Daraufhin sah sich der Gesetzgeber veranlasst, mit dem Jahressteuergesetz 2007³⁹ den § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG dahingehend zu erweitern, dass eine Abfärbewirkung auch dann eintritt, wenn eine Personengesellschaft gewerbliche Einkünfte im Sinne des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG bezieht.

Mit der Ergänzung des Gesetzeswortlauts geht aber auch die Anerkennung einher, dass zwischen der Tätigkeit und dem Bezug von Einkünften zu differenzieren ist. Genau darauf kommt es im vorliegenden Fall an. Auch wenn die Investmentgesellschaft aus Zielfonds gewerbliche Einkünfte bezieht, führt dies nicht zu einer Umqualifizierung ihrer vermögensverwaltenden Tätigkeit in eine gewerbliche Tätigkeit.

Eine Anwendung der Bestimmungen des § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG auf die Investmentgesellschaft scheidet daran, dass diese Bestimmung ausschließlich auf Personengesellschaften anzuwenden ist. Die Investmentgesellschaft ist jedoch eine Kapitalgesellschaft.

Im Ergebnis ist eine Mitwirkung der Pensionskasse in den Geschäftsführungsgremien und bei den Anlageentscheidungen der Investmentgesellschaft möglich, da die Investmentgesellschaft nach hier vertretener Auffassung vermögensverwaltend tätig bleibt, unabhängig davon, ob sie aus Zielfonds gewerbliche Ein-

ganisationsformen entfällt die Steuerbefreiung unmittelbar insoweit, als ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb vorliegt (vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 und Nr. 9 Satz 2 KStG). Demgegenüber enthält § 5 Abs. 1 Nr. 3 KStG für Pensionskassen keine derartige Einschränkung der Gewährung der subjektiven Steuerbefreiung.

³⁷ BFH v. 6. 10. 2004 – IX R. 53/01, BStBl. II 2005, 383.

³⁸ Sog. Abfärbetheorie.

³⁹ Jahressteuergesetz 2007 v. 13. 12. 2006, BGBl. I 2006, 2878.

künfte bezieht. Im Hinblick auf andere steuerliche Risiken sollte davon jedoch nur mit besonderer Umsicht Gebrauch gemacht werden.⁴⁰

In jedem Fall unproblematisch bleibt die Entsendung eines Vertreters der Pensionskasse in ein mehrgliedriges Investorenkomitee, in dem der Vertreter der Pensionskasse auch überstimmt werden kann. Insbesondere die Einräumung eines Zustimmungserfordernisses des Investorenkomitees zu (wesentlichen) Anlageentscheidungen des Verwaltungsrates ist ein geeignetes Instrument zur Durchführung einer wirksamen Kontroll- und Überwachungstätigkeit.

(3) Abschirmwirkung der Kapitalgesellschaft

Etwaige gewerbliche Einkünfte der Investmentgesellschaft aus der Beteiligung an gewerblichen Zielfonds können der Pensionskasse aufgrund der Abschirmwirkung einer Kapitalgesellschaft nicht als eigene gewerbliche Einkünfte zugerechnet werden.

Der BFH⁴¹ hat die Abschirmwirkung einer Kapitalgesellschaft ausdrücklich bestätigt und dazu ausgeführt:

„Dagegen ist die Kapitalgesellschaft nicht nur zivil-, sondern auch steuerrechtlich ein selbständiges Steuersubjekt. [. . .] Deshalb wird die Abschirmwirkung der Kapitalgesellschaft entweder als selbstverständlich zugrunde gelegt (vgl. BFH-Urteil vom 15. Oktober 1998 III R 75/95, BFHE 187, 245, BStBl II 1999, 119, 120 [. . .]) oder jedenfalls ein Durchgriff erkennbar abgelehnt (vgl. BFH-Beschluss vom 20. Mai 1998 III B 9/98, BFHE 186, 236, BStBl II 1998, 721, unter II. 4. der Gründe, m.umf. N. [. . .]).“

Bei der Investmentgesellschaft handelt es sich um eine luxemburgische Aktiengesellschaft und damit um eine Kapitalgesellschaft. Diese Beurteilung wird auch für deutsche steuerliche Zwecke übernommen, da die Investmentgesellschaft mit einer deutschen Kapitalgesellschaft vergleichbar ist.⁴²

Die Beurteilung ändert sich auch dann nicht, wenn die Investmentgesellschaft als Investmentvermögen im Sinne des deutschen Investmentgesetzes anzusehen wäre. Die Besteuerung von Anlegern eines Investmentvermögens richtet sich zwar grundsätzlich nach dem sog. Transparenzprinzip, d. h., die Einkünfte, die ein Anleger von einem Investmentvermögen bezieht, werden steuerlich so behandelt, als ob der Anleger selbst und unmittelbar in die Anlagegegenstände des Investmentvermögens investiert hätte.⁴³ Diese steuerliche Transparenz beseitigt jedoch bei einem Investmentvermögen in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft nicht deren rechtliche Selbständigkeit. Die Beteiligung an einem Investmentvermögen in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft kann daher nicht mit der Beteiligung als Kommanditist an einer gewerblich tätigen Personengesellschaft gleichgesetzt werden; insbesondere wird dadurch kein Mitunternehmer-

⁴⁰ Zu den Risiken der Geschäftsleitungs-Betriebstätte oder des ständigen Vertreters vgl. nachfolgend unter Punkt III. 2. b) bb).

⁴¹ BFH v. 18. 3. 2004 – III R 25/02, BStBl. II 2004, 787, Gründe II. 2. a) bb).

⁴² Vgl. Tabelle 1 d. Grundsätze der Verwaltung für die Prüfung der Aufteilung der Einkünfte bei Betriebsstätten international tätiger Unternehmen des Bundesministeriums der Finanzen v. 24. Dezember 1999 (sog. „Betriebsstättenerlass“), BStBl. I 1999, 1076.

⁴³ Vgl. *Schnitger/Schachinger*, BB 2007, 801.

risiko begründet. Auch im Übrigen würde die Beteiligung an einem Investmentvermögen nicht den Rahmen der privaten Vermögensverwaltung überschreiten.

(4) Kein Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten

Einen „Durchgriff“ i. S. einer Aufhebung der Abschirmwirkung nimmt der BFH nur in Fällen an, in denen *missbräuchlich* die Rechtsform der juristischen Person verwendet oder die Kapitalgesellschaft zwischengeschaltet wird (§ 42 AO).

Ein Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten i. S. d. § 42 AO liegt nach ständiger Rechtsprechung des BFH dann vor, wenn eine rechtliche Gestaltung gewählt wird, die zur Erreichung des erstrebten wirtschaftlichen Ziels unangemessen ist, der Steuerminderung dienen soll und durch wirtschaftliche oder sonstige beachtliche außersteuerrechtliche Gründe nicht zu rechtfertigen ist. Eine rechtliche Gestaltung ist hierbei dann unangemessen, wenn der Steuerpflichtige die vom Gesetzgeber vorausgesetzte Gestaltung zur Erreichung eines bestimmten wirtschaftlichen Ziels nicht gebraucht, sondern dafür einen ungewöhnlichen Weg wählt, auf dem nach den Wertungen des Gesetzgebers das Ziel nicht erreichbar sein soll. Ob die Zwischenschaltung einer Kapitalgesellschaft missbräuchlich ist, hängt vom Inhalt der Norm ab, deren Rechtsgeltung zu sichern ist, und von den tatsächlichen Gegebenheiten im konkreten Fall.⁴⁴

Die Etablierung der Investmentgesellschaft als Beteiligungsplattform stellt keinen Missbrauch dar, denn sie ist durch wirtschaftliche, aufsichtsrechtliche, haftungsrechtliche und weitere Gründe gerechtfertigt. Im Ergebnis scheidet ein Durchgriff durch die Investmentgesellschaft aufgrund rechtsmissbräuchlicher Gestaltung aus.

Zu den Gründen der Etablierung der Investmentgesellschaft zählen unter anderem die folgenden:

- *Haftungsbegrenzung*: Die Investmentgesellschaft dient der Begrenzung möglicher Haftungsrisiken aus der Stellung als Gesellschafter oder Anteilsinhaber an Zielfonds.
- *Wirtschaftlichkeit*: Die Auswahl, Prüfung, Koordination des Beteiligungsprozesses, laufende Verwaltung und Kontrolle einer Mehrzahl von Beteiligungen an Zielfonds erfordern einen hohen Grad an organisatorischen und personellen Kapazitäten mit entsprechender anlagebezogener Spezialisierung. Durch die Etablierung der Investmentgesellschaft wird es der Pensionskasse erleichtert, spezialisierte Partner zu gewinnen, von deren Erfahrungen und Kenntnissen in der Anlageklasse Private Equity zu profitieren und gleichzeitig eine erhebliche Begrenzung des für die Anlageklasse Private Equity erforderlichen Aufwandes zu erreichen.
- *Absicherung*: Mit der Übertragung des Anlagenmanagements auf einen spezialisierten Partner kann die Erfüllung der Absicherungsverpflichtungen der Pensionskasse (Gebot der Anlagensicherheit)⁴⁵ gewährleistet werden. Das Gebot der Anlagensicherheit erfordert nicht nur eine intensive Beschäftigung mit der

⁴⁴ Vgl. zum ganzen Absatz BFH v. 12. 2. 2004 – IV R 29/02, BStBl. II 2004, 602 m. w. N.

⁴⁵ Vgl. die Anlageverordnung sowie die Erläuterungen in BaFin-RS 15/2005.

Beteiligung selbst, sondern auch mit deren Position im Markt und ihren Entwicklungsmöglichkeiten. Dazu ist eine umfassende Prüfung vor dem Erwerb und laufende Kontrolle und Betreuung *nach* dem Erwerb sicherzustellen. Über das Risikoprofil der Vermögenswerte und die aktuelle Risikosituation der Vermögensanlagen ist in regelmäßigen Abständen ausführlich zu berichten. Eine solche Berichterstattung schließt Informationen zum aktuellen Anlagebestand, zu den einzelnen Positionen nach Art der Vermögenswerte und zur zukünftig geplanten Anlagetätigkeit mit ein.

- *Weitere Investmentmandate*: Die Vergabe weiterer Mandate an spezialisierte Investmentmanager (z. B. über Beteiligungen an Mezzanine- oder Opportunity-Fonds) erfordert regelmäßig das Vorhandensein einer Beteiligungsplattform. Die Investmentgesellschaft ist eine entsprechende Beteiligungsplattform und ermöglicht die Vergabe entsprechender Mandate.
- *Aufsichtsrecht*: Nach § 1 Abs. 1 Nr. 13 lit. a AnIV müssen nicht börsennotierte Gesellschaften, in die eine Pensionskasse investiert, ihren Sitz in einem EU/EWR-Staat haben. Diese Gesellschaften dürfen jedoch ihrerseits Beteiligungen an Gesellschaften halten, die ihren Sitz nicht in einem EU/EWR-Staat haben (Maßgeblichkeit der obersten Holdingebene). Damit ist zur Erreichung einer optimalen, weltweiten Diversifikation sowie zur Erschließung der global vorhandenen Renditechancen die „Einschaltung“ einer die Beteiligungen vermittelnden Gesellschaft notwendig. Die Anerkennung dieser Strukturen der indirekten weltweiten Anlage entspricht der langjährig geübten Praxis der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht.
- *Standort*: Die Wahl einer Luxemburger Kapitalgesellschaft erfolgt zum einen vor dem Hintergrund, dass sich in Luxemburg eine große Zahl sehr guter und kapazitätsstarker Finanzdienstleister auf dem Gebiet der Durchführung und Verwaltung von Private-Equity-Anlagen angesiedelt haben. Gleichzeitig bietet Luxemburg ein flexibles System von Gesellschaftsformen an, die insbesondere den aufsichtsrechtlichen und steuerlichen Anforderungen von Pensionskassen entsprechen. Die Investmentgesellschaft untersteht der Finanzaufsicht der CSSF und ist nahezu nicht mit Steuern in Luxemburg belastet. Der Schutz vor einer Änderung der bestehenden Rahmenbedingungen in Luxemburg mit nachteiligen Auswirkungen für die Pensionskasse wird als relativ hoch angesehen (Rechtssicherheit).

bb) Keine Ertragsteuerpflicht der Investmentgesellschaft in Deutschland

Zur Vermeidung einer Ertragsteuerpflicht der Investmentgesellschaft in Deutschland unter den Aspekten der Geschäftsleitungs-Betriebstätte oder des ständigen Vertreters i. S. d. AO sind bei der Übernahme von Funktionen bei der Investmentgesellschaft durch Vertreter der Pensionskasse und deren Tätigkeit bei der Investmentgesellschaft verschiedene Verhaltensgrundsätze zu beachten.

(1) Voraussetzungen einer Geschäftsleitungs-Betriebstätte

Geschäftsleitung ist der Mittelpunkt der geschäftlichen Oberleitung (§ 10 AO). Der Mittelpunkt der geschäftlichen Oberleitung ist dort, wo der für die Ge-

schäftsführung maßgebende Wille gebildet wird.⁴⁶ Folglich kommt es darauf an, an welchem Ort die für die Geschäftsführung nötigen Maßnahmen von einigem Gewicht angeordnet werden.⁴⁷ Damit ist die Stätte der Geschäftsleitung regelmäßig der Ort, an dem die zur Vertretung befugten Personen die ihnen obliegende laufende Geschäftsführertätigkeit entfalten, d. h., an dem sie die tatsächlichen und rechtsgeschäftlichen Handlungen vornehmen, die der gewöhnliche Betrieb der Gesellschaft mit sich bringt, und solche organisatorischen Maßnahmen, die zur gewöhnlichen Verwaltung der Gesellschaft gehören (sog. *Tagesgeschäfte*).⁴⁸ Maßgebend sind die tatsächlichen Umstände des Einzelfalles, wobei die Kasuistik des BFH zu beachten ist.

Keine Geschäftsleitung im Inland wird dadurch begründet, dass der inländische Gesellschafter einer ausländischen Kapitalgesellschaft seine Gesellschafterrechte ausübt, beratend tätig ist oder einzelne Weisungen erteilt. Eine Geschäftsleitung im Inland liegt dagegen vor, wenn der inländische Gesellschafter die Geschäftsführung der Gesellschaft völlig an sich zieht.⁴⁹

(2) *Entscheidungsfindung/Geschäftsführung in Luxemburg*

Die laufende Geschäftsführung der Investmentgesellschaft muss sich in Luxemburg vollziehen. Hierbei ist einerseits auf die Entscheidungen des Verwaltungsrats abzustellen und andererseits die laufende Verwaltung der Investmentgesellschaft zu berücksichtigen. Dieses Ziel lässt sich in der Regel dadurch erreichen, dass die laufende Verwaltung der Investmentgesellschaft durch Einsatz eines in Luxemburg ansässigen Anlageverwalters (spezialisierte Asset-Manager und Banken) übernommen wird. Diese Partner sind häufig auch bereit, die Geschäftsführung der Investmentgesellschaft zu übernehmen und entsprechend den Verwaltungsrat der Investmentgesellschaft mit eigenen Mitarbeitern zu besetzen. Geschieht dies alles durch den Partner in Luxemburg ohne Beteiligung der Pensionskasse, bestehen keine Anknüpfungspunkte für eine deutsche Geschäftsleitung.

Zur Sicherstellung einer effizienten Überwachung der Anlagetätigkeit wird die Pensionskasse jedoch ein Interesse haben, entweder ein Mitglied des Verwaltungsrates zu stellen oder einen oder mehrere Vertreter ins Investorenkomitee zu entsenden. In diesen Fällen kommt der tatsächlichen Tätigkeit der Vertreter der Pensionskasse maßgebliche Bedeutung zu.

Stellt die Pensionskasse ein Mitglied des Verwaltungsrates, lassen sich Anknüpfungspunkte für eine deutsche Geschäftsleitung nur vermeiden, wenn der Vertreter der Pensionskasse regelmäßig für wichtige Entscheidungen in Luxemburg weilt. Dabei wird es sich in erster Linie um Anlageentscheidungen handeln, soweit die laufende Verwaltung auf einen Anlageverwalter übertragen ist. Entsprechende Reisen des Vertreters der Pensionskasse sollten sorgfältig dokumentiert werden, um einer schädlichen Indizwirkung wirksam begegnen zu können.

⁴⁶ BFH v. 12. 2. 2004 – IV R 29/02, BStBl. II 2004, 602; v. 3. 7. 1997 – IV R 58/95, BStBl. II 1998, 86.

⁴⁷ BFH v. 12. 2. 2004 – IV R 29/02, BStBl. II 2004, 602.

⁴⁸ BFH v. 3. 7. 1997 – IV R 58/95, BStBl. II 1998, 86.

⁴⁹ Vgl. zu diesem Absatz BFH v. 3. 7. 1997 – IV R 58/95, BStBl. II 1998, 86.

Bei der Tätigkeit des Vertreters der Pensionskasse im Investorenkomitee der Investmentgesellschaft kommt es auf dessen Ausgestaltung, insbesondere auf die Kompetenzen des Investorenkomitees, an. Hat das Investorenkomitee nur beratenden und informationsvermittelnden Charakter und übernimmt keine Funktion in der laufenden Geschäftstätigkeit im Sinne der Abwicklung der Tagesgeschäfte der Investmentgesellschaft, kommt es auf die Willensbildung des Investorenkomitees nicht an, da in ihm keine geschäftsleitende Tätigkeit entfaltet wird.

Nach Auffassung des Autors gilt das Gleiche auch dann, wenn Anlageentscheidungen der Zustimmung des Investorenkomitees bedürfen. Die Einräumung eines Zustimmungserfordernisses des Investorenkomitees zu Anlageentscheidungen des Verwaltungsrates ist ein Instrument zur Durchführung einer wirksamen Kontroll- und Überwachungstätigkeit, nicht jedoch eine geschäftsleitende Tätigkeit. Trotz des Zustimmungserfordernisses verbleibt die Kompetenz für die Anlageentscheidungen beim Verwaltungsrat.

Vorsorglich vermieden werden sollten Gestaltungen, bei denen aufgrund der Besetzung des Investorenkomitees (z. B. durch eine Mehrheit von Vertretern der Pensionskasse) ein Indiz für eine mittelbare geschäftsleitende Tätigkeit geschaffen werden könnte. Das kann durch ein mehrgliedriges Investorenkomitee sichergestellt werden, in dem der oder die Vertreter der Pensionskasse auch überstimmt werden können (keine „Beherrschung“ des Investorenkomitees durch Vertreter der Pensionskasse).

(3) Eine oder mehrere Geschäftsleitungs-Betriebstätten?

Selbst wenn die Tätigkeit des Investorenkomitees, entgegen der vorstehend erläuterten rechtlichen Beurteilung, als Maßnahme der Geschäftsleitung angesehen werden sollte, kommt es für die Geschäftsleitungs-Betriebstätte auf den Mittelpunkt der geschäftlichen Oberleitung an. In Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, ob eine Gesellschaft ausschließlich eine Geschäftsleitungsstätte oder aber mehrere Stätten der Geschäftsleitung haben kann.⁵⁰ Die besseren Argumente, insbesondere der Wortlaut und der Zweck des § 10 AO, sprechen dafür, nur eine einheitliche Geschäftsleitungs-Betriebstätte anzuerkennen. Denn die Norm soll gerade eine eindeutige Zuordnung ermöglichen.

Der Ort der Geschäftsleitung ist dabei dort anzunehmen, wo sich nach dem Gesamtbild der Verhältnisse die in organisatorischer und wirtschaftlicher Hinsicht tatsächlich bedeutungsvollste Stelle befindet.⁵¹ Diese Stelle befindet sich in dem hier besprochenen Fall in Luxemburg, da dort neben den Verwaltungsratsentscheidungen auch die komplette Verwaltung und Abwicklung der eingegangenen Beteiligungen erfolgt. Dagegen kann es auf den Ort des Zusammentretens des Investorenkomitees als beratenden Aufsichtsorgans nicht ankommen.

⁵⁰ Vgl. die Nachweise bei Birk, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, Stand: Juli 2007, § 10 AO Rn. 41.

⁵¹ Vgl. BFH v. 21. 9. 1989 – V R 55/84, BFH/NV 1990, 353.

cc) Kein ständiger Vertreter i. S. d. § 13 AO

Ständiger Vertreter i. S. d. § 13 Satz 1 AO ist eine Person, die nachhaltig die Geschäfte eines Unternehmens besorgt und dabei dessen Sachweisungen unterliegt. Der ständige Vertreter könnte im vorliegenden Fall Anknüpfungspunkt für eine beschränkte Steuerpflicht derart sein, dass gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 2 lit. a EStG Einkünfte aus einem Gewerbebetrieb (§§ 15–17 EStG), für den im Inland ein ständiger Vertreter bestellt ist, inländische Einkünfte i. S. d. beschränkten Einkommensteuerpflicht (§ 1 Abs. 4 EStG) sind. Der ständige Vertreter i. S. d. § 13 AO ist hierbei subsidiär zur Geschäftsleitungs-Betriebstätte i. S. d. § 12 Satz 2 Nr. 1 AO. Der § 49 Abs. 1 Nr. 2 lit. a EStG wäre nur insoweit anwendbar, als die Investmentgesellschaft gewerblich tätig ist. Eine solche gewerbliche Tätigkeit der Investmentgesellschaft käme nur in Betracht, soweit sie durch die Beteiligung an einem gewerblichen Zielfonds als gewerblich tätig anzusehen wäre. Die Fiktion des § 8 Abs. 2 KStG, nach der bei unbeschränkt steuerpflichtigen Kapitalgesellschaften alle Einkünfte als solche aus Gewerbebetrieb anzusehen sind, gilt jedoch nicht für beschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaften.

Fraglich ist, ob der Vertreter der Pensionskasse im Verwaltungsrat oder im Investorenkomitee als ständiger Vertreter der Investmentgesellschaft in Deutschland angesehen werden kann. Auch eine natürliche Person kann ständiger Vertreter sein, wenn sie Geschäfte des Unternehmens (hier der Investmentgesellschaft) nachhaltig besorgt.⁵² Nachhaltigkeit setzt eine gewisse Plan- und Regelmäßigkeit sowie eine zeitliche Komponente voraus.⁵³ Zudem unterliegt der ständige Vertreter der sachlichen Weisungsgebundenheit des Unternehmens.⁵⁴

Eine sachliche Weisungsgebundenheit gegenüber dem „Unternehmen“ ist vorliegend nicht gegeben, da der Vertreter der Pensionskasse *nicht weisungsgebunden im Verhältnis zur Investmentgesellschaft* ist. Wichtig wäre in diesem Zusammenhang jedoch auch, dass die Vertreter der Pensionskasse nicht als Vertreter der Investmentgesellschaft *nach außen* auftreten. Die Vertreter der Pensionskasse sollten grundsätzlich keine stellvertretungsähnlichen Handlungen vornehmen, die in den „Geschäftsbetrieb“ der Investmentgesellschaft fallen. In der Praxis ist folglich sorgfältig darauf zu achten, dass die Kommunikation gegenüber Zielfonds (insbesondere bei der Abgabe von Erklärungen)⁵⁵ durch den Verwaltungsrat der Investmentgesellschaft erfolgt und nicht durch Vertreter der Pensionskasse.

Für eine etwaige Qualifikation der Vertreter der Pensionskasse im Investorenkomitee als ständige Vertreter der Investmentgesellschaft in Deutschland i. S. d. Doppelbesteuerungsabkommens (Art. 2 Abs. 1 Nr. 2 lit. c DBA Luxemburg) wäre zudem erforderlich, dass sie zusätzlich zu den Voraussetzungen eines ständigen Vertreters i. S. d. AO auch noch eine Abschlussvollmacht für Geschäfte der Investmentgesellschaft besitzen und diese in Deutschland gewöhnlich ausüben. Entsprechende Vollmachten sollten in keinem Fall erteilt werden.

⁵² Buciek, in: Beermann/Gosch, AO/FGO, Stand: Juni 2007, § 13 AO Rn. 4.

⁵³ Koenig, in: Pahlke/Koenig, Abgabenordnung, 2004, § 13 Rn. 5.

⁵⁴ Buciek, in: Beermann/Gosch, AO/FGO, Stand: Mai 2007, § 13 AO Rn. 9.

⁵⁵ Zum Beispiel Ausübung von Stimmrechten bei Beschlussfassungen.

IV. Zusammenfassung

Luxemburg bietet deutschen steuerbefreiten Investoren die Möglichkeit, durch Errichtung einer Beteiligungsplattform in Luxemburg die bei der Anlage in Private Equity bestehenden steuerlichen und aufsichtsrechtlichen Anforderungen einer generalistischen Lösung zuzuführen. Bei der Auswahl und Ausgestaltung des Luxemburger Beteiligungsvehikels ist eine Mitwirkung von Vertretern des steuerbefreiten Investors in den Aufsichtsgremien der Luxemburger Gesellschaft regelmäßig auch dann möglich, wenn das Aufsichtsgremium über Zustimmungsvorbehalte zu wesentlichen Anlageentscheidungen verfügt. Ist eine Mitwirkung von Vertretern des steuerbefreiten Investors in den operativen Entscheidungsgremien (Verwaltungsrat) der Luxemburger Gesellschaft gewünscht, kann eine Geschäftsleitungs-Betriebstätte nur dadurch ausgeschlossen werden, dass der Vertreter seine Funktionen bei der Luxemburger Gesellschaft in Luxemburg und nicht in Deutschland ausübt. Eine Gefährdung der Steuerbefreiung der Pensionskasse aufgrund der Mitwirkung ihrer Vertreter bei Anlageentscheidungen scheidet nach hier vertretener Auffassung aus, wenn die Investmentgesellschaft in ihrem Anlageverhalten vermögensverwaltend tätig ist. Der Bezug von gewerblichen Einkünften aus Zielfonds ist dabei unbeachtlich.