

Aktuelle Repatriierungsstrategien bei Private Equity Investments

Dr. Martin Klein

A. Einleitung

„Aktuelle Repatriierungsstrategien bei Private Equity Investments“ – um bei diesem Thema negativen Assoziationen gleich zu Beginn vorzubeugen, sei auf einen typischen Private Equity Investor geblickt, um zu veranschaulichen, worum es geht: Ein sympathischer kanadischer Grundschullehrer, dessen Pensionskasse seine monatlichen Rentenbeiträge in einem internationalen Private Equity Fonds angelegt hatte, tritt in den wohlverdienten Ruhestand. Seine Pensionskasse zahlt die Rente aus Mittelrückflüssen ihrer Anlage in den Private Equity Fonds, und dieser greift seinerseits auf seine Investments zurück. Und das natürlich möglichst mit Gewinn und ohne Abzug unnötig hoher Steuern, sonst bliebe die Rente unseres Lehrers auf das begrenzt, was er selbst einmal eingezahlt hatte. Darum geht es also, die Rückführung – oder genauer gesagt, die deutschen steuerlichen Implikationen einer Rückführung – von Gewinnen aus Private Equity Investments.

B. Gewinne bei Private Equity Investments

Repatriieren kann der Private Equity Fonds neben dem ursprünglich investierten Geld zweierlei, laufende Erträge aus seinen Investments und Veräußerungsgewinne. Aus steuerlicher Sicht spannender ist ersteres, praktisch relevanter wohl letzteres. Dazu ein weiterer sehr kurzer und damit grob vereinfachender Blick, auf das, was ein Private Equity Investment ausmacht:

Private Equity Investments sind typischerweise Eigenkapital- oder eigenkapitalähnliche Beteiligungen an nicht börsennotierten Unternehmen¹. Ein Private Equity Fonds, das Investitionsvehikel in welchem die Private Equity Investoren gebündelt werden und über welches die Private Equity Investments erfolgen, engagiert sich in den von ihm erworbenen Beteiligungsunternehmen in aller Regel nur auf Zeit², d.h. eine mehr oder weniger mittelfristige Veräußerung des Beteiligungsunternehmens ist regelmäßig Bestandteil der Planung eines Private Equity Investments. Es ist dabei nicht untypisch, dass während der Dauer eines solchen Investments nicht in erster Linie angestrebt wird, dass die Beteiligungsgesellschaft laufende Gewinne ausschüttet. Vielmehr zielt das Investment darauf ab, bei dem sogenannten Exit, d.h. aus Anlass der Veräußerung der Beteiligung einen

¹ Vgl. z.B. Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts, 3. Auflage 2009, § 26, Rn. 124; *Weinheimer* in Hölters, Handbuch Unternehmenskauf, 7. Aufl. 2010, 1148.

² *Rodin/Veith*, DB 2001, 883, 884.

Veräußerungsgewinn zu erzielen³. Für die Frage nach Gewinnrepatriierungsstrategien bei Private Equity Investments bedeutet dies, dass neben einigen Überlegungen zur Repatriierung laufender Gewinne das Augenmerk auf steuerliche Implikationen der Repatriierung von Veräußerungsgewinnen zu richten ist.

C. Repatriierung laufender Erträge

I. Möglichst keine Quellensteuerbelastung von Gewinnausschüttungen

Investiert ein ausländischer Private Equity Fonds in ein inländisches Unternehmen, so richten sich die deutschen steuerlichen Folgen einer Repatriierung der von diesem Unternehmen erzielten laufenden Gewinne insbesondere danach, ob das Zielunternehmen und eine oder mehrere gegebenenfalls zwischengeschaltete in- oder ausländische Holdinggesellschaften in der Rechtsform einer Personen- oder Kapitalgesellschaft verfasst sind.

Ist das Zielunternehmen selbst oder eine zwischengeschaltete inländische Holdinggesellschaft – wie häufig – eine Kapitalgesellschaft, ist eine Schlüsselfrage, ob neben der in allen Varianten entstehenden deutschen Ertragsteuer in Höhe von rund 30 %⁴ auch Kapitalertragsteuer in Höhe von bis zu 26,375 %⁵ anfällt. Dies ist grundsätzlich der Fall, wenn Gewinne in der Form von Dividenden ausgeschüttet werden.⁶ Mit dem Kapitalertragsteuerabzug gilt dann die Einkommen- oder Körperschaftsteuer des ausländischen, in Deutschland beschränkt steuerpflichtigen Gesellschafters grundsätzlich als abgegolten (§ 50 Abs. 2 Satz 1 EStG bzw. § 32 Abs. 1 Nr. 2 KStG), d.h. es kommt nicht zu einer Steuerveranlagung, in deren Zuge die Kapitalertragsteuer auf die u.U. geringere Steuerschuld des ausländischen Gesellschafters angerechnet und ggf. erstattet werden könnte. Gewinnrepatriierungsstrategien müssen danach trachten, einer definitiven Belastung mit dieser hohen deutschen Kapitalertragsteuer entgegenzuwirken⁷. Wie das gelingt, soll zunächst anhand einiger vom Gesetz vorgesehener Strukturen betrachtet werden. Darüber

³ Vgl. *Weinheimer*, aaO, 1154.

⁴ Körperschaftsteuer und Solidaritätszuschlag: 15 % zzgl. 0,825 %, § 23 KStG, § 4 SolzG, ggf. i.V.m §§ 2 Nr. 1, 8 Abs. 1 KStG, § 49 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a EStG; Gewerbesteuer: rd. 15 % je nach Hebesatz, § 16 GewStG.

⁵ In Höhe von bis zu 25 % (§ 43a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG) zzgl. Solidaritätszuschlag, insgesamt also 26,375 %.

⁶ § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG.

⁷ Ebenso wichtig ist es dann, dass bei der Weiterleitung der Erträge aus der Jurisdiktion einer zwischengeschalteten Holding keine Kapitalertragsteuer anfällt. So sind z.B. in Luxemburg Dividendeneinkünfte unter bestimmten Voraussetzungen steuerfrei und die Erträge können durch den Einsatz bestimmter Finanzierungsformen (sog. C-PECs) quellensteuerfrei repatriiert werden; vgl. *Wiese/Möller*, GWR 2011, 539; *Bader/Täuber*, NWB 2011, 815.

hinaus wird auf die möglichen Folgen des Urteils des EuGH vom 20.10.2011⁸ für künftige Repatriierungsstrategien eingegangen.

1. Kapitalertragsteuerermäßigung und § 50d Abs. 3 EStG

Die deutsche Kapitalertragsteuer kann ermäßigt werden, und zwar auf Grund von Doppelbesteuerungsabkommen⁹, nach § 44a Abs. 9¹⁰ oder nach § 43b EStG auf bis zu 0 %. Dazu wird entweder dem Dividendengläubiger die zunächst einbehaltene und abgeführte Steuer erstattet (§ 50d Abs. 1 Satz 2 EStG) oder der Schuldner von der Verpflichtung befreit, Steuer einzubehalten und abzuführen (§ 50d Abs. 2 EStG, sog. Freistellungsverfahren).

In dem hier zu betrachtenden Fall von Private Equity Investments ist es aus verschiedenen praktischen Gründen regelmäßig ausgeschlossen, dass der Anleger eines Private Equity Fonds selbst eine Ermäßigung deutscher Kapitalertragsteuer in Anspruch nimmt. Ebenso regelmäßig wird sich aus verschiedenen Gründen auch der Private Equity Fonds als das Vehikel, in dem die verschiedenen Investoren zusammengefasst werden, nicht unmittelbar, sondern über eine oder mehrere zwischengeschaltete Gesellschaften an dem Zielunternehmen beteiligen.

Nach § 50d Abs. 3 Satz 1 EStG¹¹ kann aber eine ausländische Gesellschaft, an der Personen beteiligt sind¹², denen eine Abzugsteuerentlastung nicht zustände, wenn sie die Einkünfte unmittelbar erzielen, eine Entlastung von Kapitalertragsteuer nur beanspruchen,

- soweit die von ihr im betreffenden Wirtschaftsjahr erzielten Bruttoerträge aus eigener Wirtschaftstätigkeit stammen oder, sollte das nicht der Fall sein,

⁸ C-284/09, IStR 2011, 840 mit Anm. Linn. Der EuGH entschied, die abgeltende Wirkung der deutschen Kapitalertragsteuer auf abfließende Streubesitzdividenden verstoße gegen die Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 63 AEUV.

⁹ In der Regel je nach Beteiligungshöhe auf 15, 10, 5 oder 0 %, vgl. z.B. die Übersicht bei *Vogel/Tischbirek*, DBA, 5. Auflage 2008, Art. 10 Rz. 67.

¹⁰ 15 %; s. dazu auch *Frey/Mückl*, DStR 2011, 2125.

¹¹ Neugefasst durch das Beitreibungsrichtlinie-Umsetzungsgesetz vom 7.12.2011, BGBl. I, 2592.

¹² Das gilt nach Auffassung der Finanzverwaltung auch dann, wenn in einer Kette von Gesellschaftern nur eine der zwischengeschalteten Gesellschaften bei unmittelbarer Beteiligung die Entlastung nicht verlangen könnte, also selbst dann, wenn im weiteren Verlauf der Kette wieder Gesellschafter folgen, die bei unmittelbarer Beteiligung entlastungsberechtigt wären, s. BMF v. 3.4.2007, BStBl. I, 446 Tz. 4, aber auch v. 10.7.2007, IStR 2007, 555.

- in Bezug auf diese Einkünfte für ihre Einschaltung wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe bestehen und sie mit einem für ihren Geschäftszweck angemessen eingerichteten Geschäftsbetrieb am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt.

Nicht mehr erforderlich ist nach dem neu gefassten § 50d Abs. 3 Satz 1 EStG, dass die ausländische Gesellschaft – neben weiteren Hürden – auch mindestens 10 Prozent ihrer gesamten Bruttoerträge aus eigener Wirtschaftstätigkeit, oder – wie es das BMF-Schreiben¹³ zu § 50d Abs. 3 EStG formuliert – aus „*wirklich wirtschaftlicher Tätigkeit*“ – erzielt.

Nach der in dem neuen Gesetzeswortlaut allerdings nur anklingenden¹⁴ Absicht des Gesetzgebers ist § 50d Abs. 3 EStG nun zudem nicht mehr „Umqualifikations-“ sondern „Aufteilungsklausel“¹⁵, d.h. Abkommensvorteile werden nur insoweit nicht gewährt, als die Bruttoerträge nicht aus eigener Wirtschaftstätigkeit stammen und die übrigen Ausschlussgründe vorliegen. Mit anderen Worten: Soweit die Bruttoerträge aus eigener Wirtschaftstätigkeit stammen, wird die Ermäßigung gewährt, und zwar unabhängig davon, ob die Gesellschaft weitere Erträge aus eigener Wirtschaftstätigkeit erzielt, einen ausreichend eingerichteten Geschäftsbetrieb unterhält oder für ihre Einschaltung wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe vorliegen.

Orientiert man sich für Verständnis des Tatbestandsmerkmals „eigene Wirtschaftstätigkeit“ an dessen bisheriger Interpretation durch die Finanzverwaltung¹⁶, dann setzt eine eigene Wirtschaftstätigkeit eine über den Rahmen der Vermögensverwaltung hinausgehende Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr voraus¹⁷. Dazu reicht es aus, wenn Dienstleistungen gegenüber „einer oder mehreren“ (!) Konzerngesellschaften gegen gesondertes Entgelt erbracht und wie gegenüber fremden Dritten abgerechnet werden. Auch eine aktive Beteiligungsverwaltung¹⁸, d.h. das Halten von Beteiligungen von einigem Gewicht (Beteiligungen, die es ermöglichen, Einfluss auszuüben), und die Wahrnehmung geschäftsleitender Funktionen wird als eigene wirtschaftliche Tätigkeit anerkannt.

¹³ S. BMF v. 24.1.2012, IV B 3 – S 2411/07/10016 Tz. 5.1.

¹⁴ Kritisch deshalb *Engers/Dyckmans*, Ubg 2011, 929, 932; s. auch *Maerz/Guter*, IWB 2011, 923.

¹⁵ BTDrucks. 17/7524, 17.

¹⁶ S. *Dorfmueller/Fischer*, IStR 2011, 857, 863.

¹⁷ S. BMF v. 3.4.2007, BStBl. I, 446 Tz. 6.1.

¹⁸ S. BMF v. 3.4.2007, BStBl. I, 446 Tz. 6.2.

Zwei angebliche Voraussetzungen einer hinreichenden eigenen Wirtschaftstätigkeit sollten hinterfragt werden: Erstens sollte nach bisheriger Verwaltungsauffassung eine im Ausland ansässige Gesellschaft am dortigen¹⁹ (!) Marktgeschehen im Rahmen ihrer gewöhnlichen Geschäftstätigkeit aktiv, ständig und nachhaltig teilnehmen müssen. Eine eigene Wirtschaftstätigkeit liege nicht vor, wenn sie nicht im Sitzstaat der Gesellschaft, sondern in einem anderen ausländischen Staat ausgeübt werde. Zweitens soll eine eigene wirtschaftliche Tätigkeit in Gestalt der aktiven Beteiligungsverwaltung voraussetzen, dass die ausländische Gesellschaft Anteile an inländischen Gesellschaften (mehr als eine) hält.

Beides sollte m.E. jedenfalls unter Geltung des neuen § 50d Abs. 3 EStG keinen Bestand mehr haben:

- Gilt die aktive Beteiligungsverwaltung als hinreichende eigene wirtschaftliche Tätigkeit, für die § 50d Abs. 3 EStG nicht mehr verlangt, dass die ausländische Gesellschaft einen angemessen eingerichteten Geschäftsbetrieb unterhält, dann muss es jedenfalls zulässig sein, dass sie die geschäftsleitenden Funktionen nicht nur in dem Sitzstaat der ausländischen Gesellschaft, sondern zumindest auch in Deutschland als dem Staat, in dem sich der Sitz der Beteiligungsgesellschaft befindet, wahrgenommen werden können. Das BMF hat seine Auffassung, eine eigene Wirtschaftstätigkeit liege nicht vor, wenn sie nicht im Sitzstaat der Gesellschaft, sondern in einem anderen ausländischen Staat ausgeübt werde, in dem jüngst veröffentlichten aktualisierten Schreiben zu § 50d Abs. 3 EStG aufgegeben²⁰.
- Dass eine eigene Wirtschaftstätigkeit in Gestalt der aktiven Beteiligungsverwaltung, um als solche anerkannt werden zu können, das Halten zumindest zweier Beteiligungen erfordern soll, lässt sich über Entscheidungen des BFH aus den 80er, 70er und 50er Jahren bis zu Entscheidungen des RFH zurückverfolgen²¹. Unter Berufung darauf heißt es in Entscheidungen des BFH, es reiche nicht aus, dass eine Basisgesellschaft ohne sonstige unternehmerische Betätigung geschäftsleitende Funktionen nur gegenüber einer Tochtergesellschaft ausübe²². Allerdings kam es darauf ursprünglich in einem ganz anderen Zusammenhang an: Es ging darum, ob die damaligen Voraussetzungen einer ertragsteuerlichen Organschaft erfüllt waren, die ein „Dienen der

¹⁹ S. BMF v. 3.4.2007, BStBl. I, 446 Tz. 6.1. und 6.4.

²⁰ S. BMF v. 24.1.2012, IV B 3 – S 2411/07/10016 Tz. 5.4.

²¹ BFH, Urteile v. 9.12.1980, VIII R 11/77, BStBl. 1981 II 339; v. 15.4.1970, I R 122/66, BStBl. 1970 II S. 554; v. 25.6.1957, I 119/56 U, BStBl. 1957 III S. 303.

²² Z.B. BFH 9.12.1980, VIII R 11/77 BStBl. 1981 II S. 339.

Tochtergesellschaft im Betriebe der Muttergesellschaft“²³ verlangten. Wörtlich heißt es in einer Entscheidung des BFH vom 15.4.1970²⁴ unter Hinweis auf eine RFH-Entscheidung vom 9.5.1939²⁵ und eine BFH-Entscheidung vom 25.6.1957²⁶: „Die Rechtsprechung hat seit je die Fähigkeit eines Unternehmens, Organträger zu sein, verneint, wenn es nur eine Tochtergesellschaft besaß, deren Vermögen es hielt.“ Allein das ist in den angegebenen Entscheidungen so nicht ausdrücklich, sondern allenfalls inzident zu lesen. Dies soll nicht die Richtigkeit dieser jahrzehntelangen Rechtsprechung in den jeweiligen Einzelfällen in Abrede stellen. Es ist aber Anlass zu hinterfragen, ob das Dogma, es müssten mindestens zwei Beteiligungen aktiv verwaltet werden, noch relevant sein muss, wenn inzwischen im ertragsteuerrechtlichen Organschaftsrecht selbst jede steuerpflichtige Kapitalgesellschaft – und zwar auch vermögensverwaltende und ohne dass es auf die Anzahl der von ihr gehaltenen Beteiligungen ankommt²⁷ – als Organträger in Betracht kommt und zudem § 50d Abs. 3 EStG inzwischen als Aufteilungsklausel verstanden wird, bei der ohnehin für jede Beteiligung gesondert zu prüfen ist, ob eine Steuerentlastung gewährt werden kann.

Aktuell spricht für ein Überdenken der strengen Anforderungen an die „eigene Wirtschaftstätigkeit“ auch das Urteil des BFH vom 24.8.2011, I R 46/10²⁸, in dem der BFH entschied, ein Private Equity Fonds erziele unter anderem schon deshalb originär gewerbliche Einkünfte, weil er Beteiligungen maximal vier Jahre gehalten habe, sich die für ihn handelnden Personen aktiv an dem Management der Portfolio-Gesellschaften „zumindest teilweise“ beteiligt hätten und die Beteiligungserwerbe fremdfinanziert worden seien.

Zwischenergebnis:

§ 50d Abs. 3 EStG i.d.F. des BeitrRLUmG erleichtert grundsätzlich²⁹ die steueroptimierte Repatriierung von in Deutschland erzielten Gewinnen. Eine im europäischen Ausland ansässige Zwischenholding, die die Beteiligung an der die Gewinne ausschüttenden

²³ BFH 15.4.1970, I R 122/66, BStBl. 1970 II S. 554.

²⁴ I R 122/66, BStBl. 1970 II S. 554.

²⁵ I 413/38, RStBl 1939, 1059.

²⁶ I 119/56 U, BStBl. 1957 III, 303.

²⁷ BMF v. 26.8.2003, IV A 2 - S 2770 - 18/03, BStBl. 2003 I, 437.

²⁸ FR 2012, 39 mit Anm. *Elser/Bindl*; s. auch *Cloer/Martin*, IWB 2011, 933.

²⁹ S. aber *Engers/Dyckmans*, Ubg 2011, 929, 933 mit dem Hinweis, dass § 50d Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 EStG mit der Erfordernis, dass wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe in Bezug auf die konkreten Erträge vorliegen müssen, verschärft worden ist.

deutschen Kapitalgesellschaft aktiv verwaltet, wird Ergebnis von deutscher Kapitalertragsteuer verschont. Vorerst, d.h. bis zu einer anderslautenden Meinungsäußerung der Finanzverwaltung, sollte die Zwischenholding auch eine zweite Beteiligung aktiv verwalten.

2. Betriebsstätte / Personengesellschaft in Deutschland

Die hohe deutsche Kapitalertragsteuer belastet eine Repatriierung erzielter Gewinne auch nicht, wenn ihr Abzug nicht abgeltend wirkt, weil die Gewinnausschüttung in Deutschland in eine Veranlagung zur Steuer einzubeziehen ist, in deren Verlauf die angefallene Kapitalertragsteuer auf die Körperschaftsteuerschuld (nebst SolZ) des körperschaftsteuerpflichtigen Investors angerechnet (§ 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG, § 31 KStG) und weitestgehend erstattet wird. In Zahlen: Wird ein in Deutschland beschränkt körperschaftsteuerpflichtiger Investor mit seinen Dividendeneinkünften aus einer Beteiligung an einer deutschen Kapitalgesellschaft zur Steuer veranlagt, dann stehen der angefallenen Kapitalertragsteuer (nebst SolZ) in Höhe von 26,375 % nur Körperschaftsteuer und Solidaritätszuschlag in Höhe von rund 0,75 % gegenüber (§§ 8b Abs. 1, 23 Abs. 1 KStG), und selbst wenn man die Gewerbesteuer in Höhe von weiteren rund 0,75 % hinzunimmt (§ 7 Abs. 1 GewStG, § 8b Abs. 1, 3 KStG), dann werden, wenn nicht andere Einkünfte hinzukommen, von knapp EUR 27 einbehaltener Kapitalertragsteuer (nebst SolZ) im Ergebnis über EUR 25 erstattet.

Allerdings kann der ausländische Investor nicht einfach wählen, mit seinen Einkünften aus der inländischen Beteiligung zur Steuer veranlagt zu werden, um in den Genuss der Erstattung zu kommen. Vielmehr muss die zu repatriierende Gewinnausschüttung in einem inländischen gewerblichen Betrieb angefallen sein, damit die Abgeltungswirkung nicht eingreift (§ 32 Abs. 1 Nr. 2 KStG)³⁰. Die Repatriierung von Gewinnen einer solchen Betriebsstätte ins Ausland unterliegt dann in Deutschland nicht der Kapitalertragsteuer.

Einen inländischen gewerblichen Betrieb unterhält der Investor, wenn er eine gewerbliche Tätigkeit in einer Betriebsstätte in Deutschland ausübt. Auch insoweit ist das Urteil des BFH vom 24.8.2011, I R 46/10³¹ von Bedeutung, nach dem eine Betriebsstätte schon durch Räumlichkeiten einer beauftragten Managementgesellschaft begründet werden soll, selbst wenn der Auftraggeber kein eigenes, vertraglich eingeräumtes Nutzungsrecht hat.

³⁰ Vgl. *Heger/Lambrecht/Bauschatz* in *Gosch*, Körperschaftsteuergesetz, 2. Aufl. 2009, § 32 KStG Rdn. 26.

³¹ FR 2012, 39 mit Anm. *Elser/Bindl*; s. auch *Cloer/Martin*, IWB 2011, 933.

Der Investor könnte auch Gesellschafter einer inländischen gewerblich tätigen Personengesellschaft werden, die dann dem Gesellschafter als Mitunternehmer eine inländische Betriebsstätte vermittelt³².

Eine Mitunternehmerschaft, die der ausländischen Gesellschaft eine Betriebsstätte vermitteln kann, entsteht schließlich auch, wenn sich der Investor atypisch still an der Beteiligungsgesellschaft beteiligt und diese Beteiligung Sonderbetriebsvermögen in dieser Mitunternehmerschaft wird³³.

Mit dem Bestehen eines inländischen Betriebes ist die Gewinnausschüttung der Beteiligungsgesellschaft aber nicht notwendig Teil der Einkünfte dieses inländischen Betriebes. Eine inländische Betriebsstätte hat keine Attraktivkraft, zieht also nicht zwangsläufig alle inländischen Einkünfte und damit die Dividendeneinkünfte aus der Beteiligungsgesellschaft in den der Betriebsstätte zuzurechnenden Gewinn. Eine Gewinnausschüttung der Beteiligungsgesellschaft ist vielmehr nur dann Teil des dem inländischen Betrieb zuzurechnenden Gewinns, wenn die Beteiligung Teil des der Betriebsstätte zuzuordnenden Betriebsvermögens ist.³⁴ Wann aber ist die Beteiligung Teil des Betriebsvermögens der Betriebsstätte?

Das ist – um mit *Fontane* zu sprechen – „ein (zu) weites Feld“, das hier in der Kürze der Zeit auch nur annähernd erschöpfend zu beackern, nahe unmöglich erscheint. Deshalb in der gebotenen Kürze:

Nach Ansicht der Finanzverwaltung gehören Beteiligungen an Kapitalgesellschaften in der Regel zum Vermögen des Stammhauses³⁵, und das auch im Fall der durch eine Personengesellschaft vermittelten Betriebsstätte und sogar dann, wenn die Beteiligung zivilrechtlich auf die Personengesellschaft übertragen wurde.³⁶ Grund dafür sei die angebliche „Zentralfunktion“ des Stammhauses. Danach ist die Zuordnung einer Beteiligung zu einer Betriebsstätte eine „*uphill-battle*“.

³² S. dazu BFH, Urteil v. 17.10.2007, I R 5/06, BStBl. II 2009, 356 m.w.N.

³³ Vgl. auch *Käshammer/Schümmer*, IStR 2011, 410, 413.

³⁴ *Andresen in Wassermeyer/Andresen/Ditz*, Betriebsstätten Handbuch, 2006, Rdn. 2.53 („Zuordnung von Wirtschaftsgütern bildet die Basis der Einkünfteabgrenzung“).

³⁵ BMF v. 24.12.1999, BStBl. I, 1076 und v. 25.8.2009, BStBl. 2009 I, 888, Tz. 2.4.

³⁶ BMF v. 16.4.2010, Anwendung der DBA auf Personengesellschaften, BStBl. 2010 I, 354, Tz. 2.2.4.1. BFH, Beschluss v. 19.12.2007, I R 66/06, BStBl. II 2008, 510.

Tatsächlich ist aber die Annahme, es gebe eine solche Zentralfunktion von Stammhäusern und aus dieser ergebe sich, dass Beteiligungen in der Regel und damit ohne Weiteres diesen und nicht Betriebsstätten zuzuordnen sind, zu allgemein³⁷. Auch im Falle eines Stammhauses muss sich vielmehr die Zuordnung einer Beteiligung zu ihm aus den von Rechtsprechung und Literatur entwickelten Kriterien ergeben.³⁸ Damit kann eine Beteiligung immer noch nicht einer Betriebsstätte beliebig zugeordnet werden. Aber Maßstab für ihre Zuordnung ist nur eine der Betriebsstätte zugeordnete Funktion im Rahmen des Gesamtunternehmens, und diese beruht auf einer durch den Unternehmer bestimmten oder anhand konkreter Umstände und Tatsachen vorgegebenen Funktionszuordnung.³⁹ Die von dem BFH bei der Anwendung von DBA entwickelten Grundsätze zu Fragen der Zuordnung von Wirtschaftsgütern im Rahmen des Rangverhältnisses von Unternehmens-einkünften zu anderen speziell geregelten Einkünften, die nach den Formulierungen der DBA auf ein „tatsächliches Gehören“ abstellen, sind auf diese Zuordnung nach nationalem Recht nicht zwingend zu übertragen⁴⁰.

Zu den Kriterien, die nach der herrschenden Meinung im innerstaatlichen Recht eine Zuordnung beeinflussen, gehören ein Funktionszusammenhang, die Belegenheit und die praktische Nutzung eines Wirtschaftsgutes und der durch die bilanzielle Behandlung zum Ausdruck kommende Wille der Geschäftsleitung⁴¹.

Was bedeutet das praktisch in der Situation, in der ein Investor über eine deutsche Betriebsstätte bzw. in eine deutsche (Holding-)Personengesellschaft eine maßgebliche Beteiligung an einem in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft betriebenen Unternehmen erwirbt? Analysiert werden sollte, welche Funktionen des Unternehmens auf der Ebene der Betriebsstätte wahrgenommen werden können und wie die Betriebsstätte oder die Personengesellschaft so mit Holdingfunktionen – ggf. auch gegenüber einer weiteren, möglicherweise aus dem erworbenen Unternehmen herauszulösenden Gesellschaft – ausgestattet werden kann, dass möglichst viele der o.g. Kriterien ihr gegenüber erfüllt sind. Zugleich dürfte ein deutliches Defizit auf der Ebene des Stammhauses sichtbar werden,

³⁷ Roth in HHR, EStG, KStG, § 49 EStG Anm. 272.

³⁸ Vgl. nur Andresen, aaO, Rdn. 2.74; Roth in HHR, EStG, KStG, § 49 EStG Anm. 272; ders. in Lüdicke (Hrsg.), Zurechnung von Wirtschaftsgütern im Internationalen Steuerrecht, 2000, 87 ff., 99; Looks/Maier in Löwenstein/Looks/Heinsen, Betriebsstättenbesteuerung, 2. Auf. 2011, Rdn.744 f.

³⁹ Roth in HHR, aaO, Anm. 272; ders. in Lüdicke (Hrsg.), Zurechnung von Wirtschaftsgütern im Internationalen Steuerrecht, 2000, 87 ff., 99.

⁴⁰ Roth, in Lüdicke (Hrsg.), Zurechnung von Wirtschaftsgütern im Internationalen Steuerrecht, 2000, 97 f.

⁴¹ Looks/Maier in Löwenstein/Looks/Heinsen, Betriebsstättenbesteuerung, 2. Auf. 2011, Rdn.727.

da dieses möglicherweise in gar keinem Funktionszusammenhang zu der erworbenen Beteiligung steht, so dass eine Zuordnung zu ihm noch weniger in Betracht kommt.

3. Folgeschritt: Organschaft

Wer sich die Mühe gemacht hat, möglichst viele Kriterien für eine Zuordnung einer Beteiligung zu einem inländischen Betriebsvermögen möglichst „wasserdicht“ zu erfüllen, der wird auch den Folgeschritt erwägen, um die Struktur weiter zu optimieren: Eine Organschaft zwischen der Betriebsstätte oder der Holding-Personengesellschaft als Organträger und der erworbenen Beteiligungsgesellschaft als Organgesellschaft. Da erstere, die Betriebsstätte, dazu als in das Handelsregister eingetragene Zweigniederlassung bestehen muss, um tauglicher Organträger zu sein (§ 18 KStG), was praktisch gelegentlich etwas sperrig ist, bietet sich dabei die Personengesellschaft als vorzugswürdig an. Diese muss dann, um Organträger sein zu können, eine Tätigkeit im Sinne von § 15 Abs. 1 Nr. 1 EStG ausüben (§ 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 KStG), darf also nicht bloß gewerblich geprägt sein⁴². Ihre gewerbliche Tätigkeit soll nach Auffassung der Finanzverwaltung nicht nur geringfügig sein dürfen⁴³, und zudem soll nach der Auffassung der Finanzverwaltung eine Holdingtätigkeit allein nicht⁴⁴, wohl aber sollen Dienstleistungen wie z.B. das Erbringen von EDV-Unterstützung oder das Erstellen der Buchführung gegen gesondertes Entgelt ausreichen, eine hinreichende gewerbliche Tätigkeit darzustellen⁴⁵. Man kann und muss wohl die erstgenannten Einschränkungen kritisch sehen⁴⁶, aber da es hier darum geht, möglichst belastbar zu planen und zudem ohnehin aus dem erworbenen Unternehmen Funktionen herausgelöst werden müssen, um eine Zuordnung der Beteiligung zu erlauben, bietet es sich an, die Personengesellschaft möglichst komfortabel auszustatten.

Steuerlich bedeutet dieser Schritt zur Organschaft, dass nicht mehr die erworbene Kapitalgesellschaft ihr Einkommen versteuert, sondern der Organträger (§ 14 Abs. 1 KStG). Beim Organträger fallen dann grundsätzlich nur die Steuern an, die andernfalls bei der Organgesellschaft angefallen wären, nämlich KSt, SolZ und GewSt in Höhe von ca. 30 %. Auch die auf Wunsch der Finanzverwaltung berechneten gesonderten Dienstleis-

⁴² BMF v. 10.11.2005, BStBl. I 2005, 1038, Rz. 15.

⁴³ BMF v. 10.11.2005, aaO, Rz. 17.

⁴⁴ BMF v. 10.11.2005, aaO, Rz. 18.

⁴⁵ BMF v. 10.11.2005, aaO, Rz. 19.

⁴⁶ S. z.B. *Dötsch/Witt* in *Dötsch/Kost/Pung/Witt*, Die Körperschaftsteuer, § 14 KStG Rdn. 92a und *Sternier* in *HHR*, EStG, KStG, § 14 KStG Anm. 165 und Anm. 172.

tungsvergütungen stehen dem entsprechenden Aufwand der Organgesellschaft gegenüber und gleichen sich aus. Zudem entfällt schon in der Grundstruktur die mit rund 1,5 % (rund 30 % von 5 % gem. § 8b Abs. 1, 5 KStG) zwar nur geringe, mit aber nicht völlig bedeutungslose Steuer auf die Gewinnausschüttung der erworbenen Beteiligungsgesellschaft. Kapitalertragsteuer fällt gar nicht an; es gibt keine *branch withholding tax*.

Last but not least bietet die Organschaft mit der „Holding“-Betriebsstätte oder -Personengesellschaft den weiteren Vorteil, mit der erworbenen Beteiligung zusammenhängende Aufwendungen wie z.B. Finanzierungskosten – im Rahmen bestehender Beschränkungen (Zinsschranke) – mit dem hoffentlich positiven Ergebnis aus der Beteiligungsgesellschaft auf der Ebene der Betriebsstätte bzw. Personengesellschaft zu verrechnen. Funktional dürften nämlich auch diese Aufwendungen dann notwendig der Betriebsstätte bzw. der Personengesellschaft – und sei es als Sonderbetriebsausgaben des ausländischen Gesellschafters – zuzurechnen sein. In Zeiten, in denen andere Möglichkeiten eines „debt-push-downs“ zunehmend kritisch gesehen werden⁴⁷, sollte die Organschaft insoweit weniger angreifbar sein.

4. Kein abgeltender Kapitalertragsteuerabzug mehr bei Beteiligung unter 10 %?

Nachdem der EuGH mit Urteil vom 20.10.2011⁴⁸ entschieden hat, dass die abgeltende Wirkung der deutschen Kapitalertragsteuer auf abfließende Streubesitzdividenden gegen die Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 63 AEUV verstößt⁴⁹, stellt sich die Frage, was das für künftige Repatriierungsstrategien bedeutet.

Es ist wohl noch zu früh, dies endgültig zu beantworten. Wie wird der Gesetzgeber auf die Entscheidung des EuGH reagieren? Wird es – mehr oder weniger – voraussetzungslose Erstattungen (ein inlandsäquivalentes Erstattungsverfahren) geben, um inländische und ausländische körperschaftsteuerpflichtige Gesellschafter gleich zu behandeln? Wenn ja, wird dieses dann nur für den Bezug von Streubesitzdividenden oder für jeden nur beschränkt (körperschaft)steuerpflichtigen Gesellschafter gelten? Dass Inhaber einer Beteiligung von 11 % drakonischeren Regelungen unterworfen werden sollen als die von Beteiligungen in Höhe von 9 % ist schwer zu rechtfertigen. Wenn aber ein mehr oder weniger voraussetzungsloses Erstattungsverfahren nur für den Streubesitz gilt, wird man dann eine größere Beteiligung in „Häppchen“ zerlegen müssen, um KapESt leichter als unter

⁴⁷ S. Ruthe, StBP 2010, 301, 329 und StBP 2011, 1.

⁴⁸ C-284/09, IStR 2011, 840 mit Anm. Linn; s. auch *Behrens*, Recht der Finanzinstrumente 2012, 52.

⁴⁹ S. dazu *Kessler/Dietrich*, DStR 2011, 2131 und *Wiese/Möller*, GWR 2011, 539.

den Voraussetzungen der §§ 43b, 50d Abs. 3 EStG erstattet zu bekommen? Dass § 50d Abs. 3 EStG nicht anzuwenden ist, ergibt sich schon daraus, dass dieser über den Verweis auf § 50d Abs. 1 EStG nur für Steuerentlastungen nach den §§ 43b oder 50g EStG oder auf Grund von DBA gilt, die gerade nicht geltend macht, wer unter Bezug auf die o.g. EuGH-Entscheidung eine KapESt-Erstattung geltend macht. Und wer jetzt sofort an allgemeine Gestaltungsmissbrauchserwägungen denkt, der möge sich an sog. Quintett-Urteile des I. Senats des BFH vom 13.9.1972⁵⁰ und vom 19.2.1975⁵¹ erinnern, in denen es heißt⁵²:

„Der Senat hält daran fest, daß die Beteiligten grundsätzlich ihre Verhältnisse ..., so gestalten können, wie sie ihnen steuerrechtlich am günstigsten erscheinen (...). Auch wenn die Klägerin bei der Verteilung der Anteile an der AG auf die Tochtergesellschaften vorwiegend die Absicht verfolgt haben sollte, auf diese Weise Steuern zu sparen, läge darin ebensowenig ein Rechtsmißbrauch wie in der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft auf eine Personengesellschaft, die überwiegend aus steuerlichen Gründen vorgenommen wird. Unter diesen Umständen bedarf es nicht der weiteren Prüfung, ob die Aufteilung der Beteiligung an der AG auf die Tochtergesellschaften wirtschaftlich vernünftig war. Dies zu beurteilen, war allein Sache der Klägerin.“

II. „Gewinn“repatriierung (durch Gesellschafter-)Fremdfinanzierung?

Seit dem Ersatz des früheren § 8a KStG a.F., der Zinsen für ein bestimmtes Maß übersteigende Gesellschafterdarlehen in der Kapitalertragsteuer unterliegende verdeckte Gewinnausschüttungen umqualifizierte, durch die Regelungen der Zinsschranke kommt in Betracht, Gewinne auch über Zinsen auf Fremdfinanzierungen zu repatriieren. Zwar sind diese Zinsen, wenn sie die geringen unter der Zinsschranke abziehbaren Beträge überschreiten, nicht mehr (sofort) abziehbar, aber abziehbar wären Dividenden auch nicht. Und anders als Dividenden unterliegen die nach den Zinsschrankenregelungen nicht mehr in verdeckte Gewinnausschüttungen umzuqualifizierenden Zinsen grundsätzlich nicht der Kapitalertragsteuer⁵³. Insofern sind die Zinsen vorteilhafter.

Es dürfte schwer fallen, argumentativ überzeugend eine Obergrenze für eine solche Gesellschafterfremdfinanzierung zu definieren, nachdem der Gesetzgeber gerade durch die

⁵⁰ I R 130/70 BStBl. II 1973, 57.

⁵¹ I R 26/73 BStBl. II 1975, 584.

⁵² BFH 19.2.1975, aaO.

⁵³ Etwas anderes gilt für gewinnabhängige Zinsen, s. §§ 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG.

Abschaffung von § 8a KStG a.F. zum Ausdruck gebracht hat, dass nicht mehr eine solche, sondern nur noch die Zinsschranke gelten solle. Die Schädlichkeit einer Gesellschafterfremdfinanzierung ergibt sich danach nicht mehr aus einem auf den Gesellschafter bezogenen Verhältnis von Eigen- zu Fremdkapital⁵⁴. Hinzu kommt, dass auch die Zinsschranke mit der sog. Escape-Klausel in § 4h Abs. 2 Satz 1 Buchst. c EStG einen spezifischen, eigenen Eigenkapitaltest mit einer eigenen Rechtsfolge (Nichtabzug von Zinsen) kennt.

Letztlich wird man aber einbeziehen müssen, dass bei solchen Zinszahlungen – anders als bei qualifizierten Beteiligungserträgen – im Heimatstaat des Investors nicht mit einer Steuerfreistellung, sondern mit einer regulären Besteuerung zu rechnen ist. Nur eine Gesamtbetrachtung dieser steuerlichen Folgen und der Auswirkungen in Deutschland kann daher Aufschluss darüber geben, ob Zinsen auf Gesellschafterfremdfinanzierung auch dann eine steuerlich vorteilhafte Gestaltung sind, selbst wenn diese in Deutschland nicht steuerlich abziehbar sind.

D. Repatriierung von Veräußerungsgewinnen

Es ist, wie bereits oben erwähnt, nicht untypisch für Private Equity Investments, dass nicht während der Laufzeit eines solchen Investments hohe laufende Gewinne ausgeschüttet und repatriert werden, sondern dass stattdessen erst im Veräußerungsfall eine Wertsteigerung der Beteiligungsgesellschaft realisiert wird.

I. Exit

Veräußert eine ausländische, in Deutschland nur beschränkt steuerpflichtige Ausländsgesellschaft ihre Beteiligung an einer deutschen Kapitalgesellschaft, so unterliegt sie mit ihrem Veräußerungsgewinn zwar grundsätzlich im geringen Maße, d.h. mit ca. 0,75 %, (5 % x 15,825 %, vgl. § 8b Abs. 2, Abs. 3 Satz 1, § 23 Abs. 1 KStG) der deutschen Körperschaftsteuer nebst SolZ (§§ 2 Nr. 1, 8 KStG i.V.m. § 49 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. e) Doppelbuchst. bb) EStG). Regelmäßig sehen aber die deutschen DBA vor, dass nicht Deutschland als der Quellenstaat, sondern stattdessen der Staat, in dem der Veräußerer steuerlich ansässig ist (Ansässigkeitsstaat), den Veräußerungsgewinn besteuert. Den harschen Anforderungen des § 50d Abs. 3 EStG (s.o.) unterliegt der Veräußerer dabei nicht, was spätestens unzweifelhaft ist, seit mit dem Steueränderungsgesetz 2001⁵⁵ § 50d Abs. 1a EStG zu § 50d Abs. 3 EStG wurde und dabei aus „eine ausländische Gesellschaft

⁵⁴ Förster in Gosch, Körperschaftsteuergesetz, 2. Auflage 2009, § 8a KStG Rn. 3.

⁵⁵ Vom 20.12.2001, BStBl. I 2002, 4.

hat keinen Anspruch auf Entlastung (Steuerbefreiung ...nach einem DBA)“ die Formulierung „*eine ausländische Gesellschaft hat keinen Anspruch auf ... Entlastung nach Absatz I*“ wurde, da Abs. 1 nur auf Abzugsteuerregelungen verweist.

Die relativ geringe deutsche Steuer fielen allerdings wegen des regelmäßig anwendbaren Betriebsstättenvorbehalts an, wenn die Beteiligung an der deutschen Kapitalgesellschaft in einer inländischen Betriebsstätte gehalten und aus dieser heraus veräußert würde. All das ist – wie bereits eingangs gesagt – aus deutscher steuerlicher Sicht nicht spektakulär und schon gar nicht das Ergebnis einer Private Equity Repatriierungsstruktur, sondern gilt grundsätzlich genau so für jeden der Körperschaftsteuer unterliegenden Anteilsverkäufer.

II. Erwerb eigener Anteile, gruppeninterne Veräußerungen

Auf den Umstand, dass Veräußerungsgewinne anders als Dividenden nicht der Kapitalertragsteuer unterliegen, beruhen auch Repatriierungsstrategien, die Veräußerungserlöse anstreben, ohne dass es einen außenstehenden Dritten als Käufer gibt. Empfohlen werden gruppeninterne Veräußerungen ebenso wie der Rückerwerb eigener Anteile durch die Beteiligungsgesellschaft selbst⁵⁶, letzterer allerdings mit der Einschränkung, dass, doch zunächst ein Dritter beteiligt werden soll, dessen Anteil(e) die Beteiligungsgesellschaft dann nicht erwirbt, weil nach der Rechtsprechung des BFH ein verhältnismäßiger Rückerwerb eigener Anteile zu Dividendeneinkünften führt⁵⁷.

E. Schluss

Wer verfolgt hat, was seit einiger Zeit⁵⁸ und auch zuletzt erst wieder öffentlich zu den Auswirkungen der Krise auf Private Equity Investments zu vernehmen war – da war die Rede vom Abschwung⁵⁹, gar vom Überlebenskampf⁶⁰ und dass man nur noch kleine Brötchen backe⁶¹ –, der darf vermuten, dass die Rückführung von *Gewinnen* zuletzt nicht die größte Sorge der Branche gewesen sein dürfte.

⁵⁶ Vgl. auch *Käshammer/Schümmer*, IStR 2011, 410, 411.

⁵⁷ BFH v. 27.3.1979, VIII R 95/76, BStBl. II 1979, 553.

⁵⁸ Vgl. z.B. auch das KfW German Private Equity Barometer für die Quartale 4/2008 („historischer Einbruch“), 2/2009 („Talfahrt“), 3/2009 („Rekordtief“) oder spiegel.online, 21.4.2009 „Firmenjäger verzocken sich mit deutschen Investments“.

⁵⁹ German Private Equity Barometer, KfW in BB 2011, 2985.

⁶⁰ Financial Times Deutschland, Homepage 30.12.2011: „Ausblick 2012: Überlebenskampf für Private Equity“.

⁶¹ FAZ v. 30.12.2011, 17.

Unser Blick auf aktuelle Gewinnrepatriierungsstrategien sollte sich trotzdem gelohnt haben. Deutschland - so sagt das BMF auf seiner Homepage - gehört zu den wichtigsten Standorten für internationale Investoren.

„Ausländische Direktinvestitionen tragen zu Wachstum und Beschäftigung bei. Vor dem Hintergrund eines sich weiter verschärfenden weltweiten Wettbewerbs um Investoren wird daher das Marketing für den Wirtschafts- und Technologiestandort Deutschland verstärkt.“⁶²

Vernünftige Gewinnrepatriierungsbedingungen gehören auf jeden Fall dazu.

⁶² Homepage BMF.