

# Breit aufstellen

## Fonds-Brief direkt

Aktuelle Informationen zu geschlossenen Fonds und anderen Kapitalanlagen

Ausgabe: 13. November 2014 · [www.roedl.de](http://www.roedl.de)

Lesen Sie in dieser Ausgabe:

### Steuerrecht

- > Kein „Wahlrecht“ bezüglich der Gewinnermittlung bei atypisch stiller Beteiligung an einer ausländischen Kapitalgesellschaft

### ESMA-Publikation

- > ESMA-Konsultation „Call for evidence“ zum EU-Pass nach der AIFM-Richtlinie und Nicht-EU-AIFM

### Aufsichtsrecht

- > Regierungsentwurf für ein Kleinanlegerschutzgesetz beschlossen

## Steuerrecht

- > Kein „Wahlrecht“ bezüglich der Gewinnermittlung bei atypisch stiller Beteiligung an einer ausländischen Kapitalgesellschaft

Von Frank Dißmann, Rödl & Partner Nürnberg

Dem Bundesfinanzhof (BFH) wurde in seiner Entscheidung vom 25. Juni 2014 (Az. IR 24/13) die Frage vorgelegt, ob dem in Deutschland ansässigen Kläger, der sich atypisch still an einer in Österreich ansässigen Kapitalgesellschaft (C-GmbH) beteiligt hat, die Wahlmöglichkeit zusteht, sein anteiliges Ergebnis im Rahmen der sogenannten Überschussrechnung gemäß § 4 Abs. 3 EStG ermitteln darf. Die

C-GmbH handelte mit Edelmetallen und hat auch im Streitjahr laufend den An- und Verkauf von Edelmetallen durchgeföhrt. Der Gewinn der österreichischen Kapitalgesellschaft war ihrerseits aufgrund gesetzlicher Vorschriften verpflichtet, Bücher zu föhren und den Gewinn und Verlust im Wege der Bilanzierung zu ermitteln. Danach entfiel auf den atypisch stillen Gesellschafter ein Verlust, dem dieser aufgrund des deutsch-österreichischen Doppelbesteuerungsabkommens steuerfrei vereinnahmt hat. Da es sich um gewerbliche Einkünfte handelte, wurden die Verluste im Rahmen des sogenannten negativen Progressionsvorbehalts berücksichtigt. Hierdurch war es dem Kläger möglich, den individuellen Einkommensteuersatz auf seine sonstigen, nur in Deutschland steuerpflichtigen Einkünfte, zu reduzieren. Allerdings war diese steuervorteilhafte Verlustzuweisung nur möglich, da der Kläger das Ergebnis mittels Überschussrechnung (§ 4 Abs. 3 EStG) ermittelt hat, in dem die Anschaffungskosten für die im Streitjahr getätigten Rohstoffverwerbe nicht – wie im Rahmen der Bilanzierung – aktiviert, sondern als sofort abziehbare Betriebsausgaben angesetzt wurden. Das Finanzamt vertrat hingegen die Ansicht, dass das anteilige Ergebnis des atypisch stillen Gesellschafters aufgrund der Berechnung des österreichischen Jahresabschlusses der C-GmbH zu ermitteln sei; eine alternative Gewinnermittlung nach Maßgabe des vom Kläger vorgenommenen Wahlrechts zur Überschussrechnung scheidet jedoch aus.

Der BFH hat die Entscheidung der Vorinstanz, die sich der Vorgehensweise des Klägers angeschlossen hat, aufgehoben. Der Kläger hat vielmehr seinen Gewinnanteil aus der atypisch stillen Beteiligung an der C-GmbH richtigerweise nach Maßgabe des deutschen Rechts einheitlich durch Vermögensvergleich (Bilanzierung) zu errechnen. Deshalb kann er die Anschaffungskosten der erworbenen Edelmetalle nicht unmittelbar als Betriebsausgaben im Abzug bringen, sodass der im Rahmen des negativen Pro-

gressionsvorbehalts zu berücksichtigende, anteilige Verlust des atypisch stillen geringer sein dürfte. Der Gewinn der atypisch stillen Gesellschaft ist nämlich für alle an ihr Beteiligte (sowohl für die C-GmbH als auch für den atypisch Stillen) einheitlich zu ermitteln.

Der BFH begründet seine Sichtweise damit, dass das Wahlrecht zur Überschussrechnung dem Steuerpflichtigen nur gewährt wird, wenn er nicht aufgrund gesetzlicher Vorschriften verpflichtet ist, Bücher zu führen und regelmäßig Abschlüsse zu machen (§ 140 ff. AO in Deutschland) und auch tatsächlich keine Bücher führt und keine Abschlüsse erstellt (§ 4 Abs. 3 EStG). Da die C-GmbH als Inhaberin des Handelsgeschäfts nach den einschlägigen, österreichischen Regelungen im Handelsrecht verpflichtet ist, Bücher zu führen und regelmäßig Abschlüsse zu erstellen, und sie auch tatsächlich in dieser Weise verfahren ist, sind die Abschlüsse der atypisch stillen Gesellschaft auch für Zwecke der inländischen Besteuerung grundsätzlich nach deutschem Handels- und Steuerrecht im Einklang mit den allgemeinen innerstaatlichen Gewinnermittlungsvorschriften (hier: Bilanzierung) aufzustellen.

Der BFH räumt in seiner Entscheidung zwar ein, dass die Rechtsfrage, ob sich eine materiell-rechtliche Buchführungspflicht des atypisch Stillen (auch) im vorliegenden Sachverhalt nach der in Deutschland maßgeblichen Vorschrift des § 140 AO in Verbindung mit der offensichtlich bestehenden Buchführungspflicht nach österreichischem Handelsrecht ergeben kann, derzeit kontrovers beurteilt wird. Insofern bleibt der BFH eine abschließende Beurteilung schuldig. Allerdings sieht der Senat die zweite Alternative der Voraussetzung für die Anwendung des § 4 Abs. 3 EStG als nicht erfüllt an. Selbst wenn die C-GmbH nach österreichischem Recht nicht zur Buchführung verpflichtet gewesen sein sollte, scheidet das „Wahlrecht“ des Klägers aus, da sie auf jeden Fall freiwillig einen solchen Vermögensvergleich durchgeführt hat. Die tatsächliche Durchführung der Bilanzierung steht folglich einer Überschussrechnung entgegen.

Die vorstehende BFH-Entscheidung steht offensichtlich im Einklang mit den in der Praxis als „Goldfinger-Modelle“ bekannten Gestaltungen, die es dem deutschen Steuerpflichtigen dank des komplizierten deutschen Steuerrechts ermöglichen sollten, signifikante Steuerentlastungen über steuerfreie Verlustzuweisungen zu erzielen. Dieses Schlupfloch wurde durch eine entsprechende Änderung im Rahmen der Ermittlung des negativen Progressionsvorbehalts in § 32b Abs. 2 S. 2 lit. c EStG geschlossen, jedoch

bleibt das Urteil insbesondere hinsichtlich der zu beurteilenden Frage eines „Wahlrechts“ zur Überschussermittlung bei atypisch stillen Beteiligungen an bilanzierenden ausländischen Gesellschaften auch für geschlossene Fonds von Bedeutung. In der Praxis sind auch bei geschlossenen Immobilienfonds durchaus Gestaltungen anzutreffen, bei denen sich inländische Fondsgesellschaften an atypisch stillen ausländischen immobilienbesitzenden Objektgesellschaften beteiligen, um insofern für die Fondsanleger steuerfreie Einnahmen (gegebenenfalls nur Progressionsvorbehalt) zu erzielen. Da in diesen Fällen oftmals das ausländische Ergebnis für Progressionszwecke zu ermitteln ist, wird vielfach aus Vereinfachungsgründen dieses Ergebnis im Rahmen der Überschussrechnung ermittelt. Sofern jedoch der Abschluss der atypisch stillen Gesellschaft – wie der BFH ausführt – für Zwecke der inländischen Besteuerung ebenfalls grundsätzlich nach deutschem Handels- und Steuerrecht im Rahmen der Bilanzierung zu errechnen ist, kann dies zu zusätzlichem Aufwand im Rahmen der Ergebnisermittlung führen. Daher sollte diese BFH-Entscheidung auf jeden Fall beachtet werden.

#### Kontakt für weitere Informationen



Frank Dißmann

Diplom-Kaufmann  
Steuerberater

Tel.: + 49 (9 11) 91 93 – 10 20

E-Mail: frank.dissmann@roedl.de

## ESMA-Publikation

> ESMA-Konsultation „Call for evidence“ zum EU-Pass nach der AIFM-Richtlinie und Nicht-EU-AIFM

Von Sebastian Schübler, Rödl & Partner Hamburg

Am 7. November 2014 hat die Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA) ihr Konsultationspapier „Call for evidence on AIFMD passport and third country AIFMs“ veröffentlicht. Mit dem

derzeit nur in englischer Sprache auf der Homepage der ESMA abrufbaren Dokument lädt die Behörde Marktteilnehmer dazu ein, Feedback zum EU-Pass nach der AIFM-Richtlinie und damit verbunden auch zu Nicht-EU-AIFM, das heißt zu Managern Alternativer Investmentfonds (AIF) abzugeben, die ihren satzungsmäßigen Sitz nicht in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union haben. Ziel dieses Call for evidence ist es, allgemeine Informationen und Erfahrungswerte aus der Praxis zu den Kernfragen dieser bedeutsamen Themengebiete zu sammeln, um die für den weiteren Ausbau der Regelungen zur Behandlung grenzüberschreitender Maßnahmen erforderliche Stellungnahme der ESMA gegenüber der Europäischen Kommission vorzubereiten.

## Hintergrund

Im Hinblick auf ausschließlich EU-interne Sachverhalte (das heißt sowohl AIFM als auch AIF haben ihren Sitz in EU-Mitgliedstaaten) sind die entsprechenden Vorgaben der AIFM-Richtlinie bereits anwendbar. Dementsprechend sind auch die zugehörigen Regelungen im Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB), vorbehaltlich der Geltung von Übergangsvorschriften bereits mit dessen Inkrafttreten wirksam geworden. Dagegen gelten die Bestimmungen der AIFM-Richtlinie für Sachverhalte mit Drittstaatenbezug (das heißt für Sachverhalte unter Beteiligung von Nicht-EU-AIFs und Nicht-EU-AIFM) erst ab dem Zeitpunkt, der in einem wohl für 2015 zu erwartenden, von der Europäischen Kommission zu erlassenden Rechtsakt festgesetzt werden wird. Konsequenterweise wurden die von der AIFM-Richtlinie geforderten Regelungen zwar ebenfalls in das KAGB eingebracht, jedoch sind diese bislang noch nicht anwendbar (siehe auch unser Beitrag im Fonds-Brief vom Juli 2013).

Zur Vorbereitung dieses Rechtsakts hat die ESMA bis zum 22. Juli 2015 der Europäischen Kommission gegenüber insbesondere eine Empfehlung zur Anwendung des EU-Passes auf Drittstaatsverhalte, das heißt auf den Vertrieb von Nicht-EU-AIF durch EU-AIFM in den Mitgliedstaaten und zur Verwaltung und/oder zum Vertrieb von AIF durch Nicht-EU-AIFM in den Mitgliedstaaten abzugeben. In Folge könnte die Europäische Kommission bereits binnen dreier Monate nach Eingang der Empfehlung – vorausgesetzt diese fällt positiv aus – den vorgenannten Rechtsakt erlassen. Im Ergebnis würde dies bedeuten, dass die Regelungen zum EU-Pass auch auf

Nicht-EU-AIFs und Nicht-EU-AIFM ausgedehnt werden würden.

## Fragenkatalog im „Consultation Paper“

Um die zu erhebenden Informationen zu strukturieren, beinhaltet das Consultation Paper einen umfangreichen Fragenkatalog. Hier werden zum einen bereits vorliegende Erfahrungswerte im Rahmen des EU-Passes für EU-interne Sachverhalte adressiert, etwa im Hinblick auf operative Probleme. Zum anderen können aber auch Stellungnahmen zu den erwarteten Auswirkungen einer Erstreckung der Regelungen zum EU-Pass auch auf Drittstaatsverhalte, etwa im Hinblick auf Veränderungen der Wettbewerbsstruktur abgegeben werden. Einen ersten Überblick bietet dabei Annex 1 des Konsultationspapiers, in dem die gesamten Fragen zusammengefasst dargestellt werden.

## Weitere Schritte

An einer Teilnahme am Konsultationsverfahren („Call for evidence“) sollten Interessierte beachten, dass Antworten auf den vorgegebenen Fragenkatalog bzw. sonstiges Feedback bei der ESMA nur bis zum 8. Januar 2015 eingereicht werden können. Um die folgende Bearbeitung durch die ESMA zu erleichtern, sind die Marktteilnehmer dazu angehalten, das gesondert auf der Website der ESMA abrufbare Antwort-Formblatt für die Abgabe von Input zu verwenden. Mit diesem standardisierten Dokument können die im Consultation Paper genannten Fragen direkt bearbeitet und versandfähig abgespeichert werden.

Alle Beiträge sollen online unter [www.esma.europa.eu](http://www.esma.europa.eu) unter dem Button „Your input – Consultations“ eingereicht werden.

## Kontakt für weitere Informationen



**Sebastian Schübler**

Rechtsanwalt

Tel.: + 49 (40) 22 92 97 – 532

E-Mail: [sebastian.schuessler@roedl.de](mailto:sebastian.schuessler@roedl.de)

# Aufsichtsrecht

## > Regierungsentwurf für ein Kleinanlegerschutzgesetz bes- chlossen

Von **Meike Farhan**, Rödl & Partner Hamburg

In unserem Fonds-Brief direkt 28. Mai 2014 sowie im Fonds-Brief August 2014 haben wir Sie über das „Maßnahmenpaket zur Verbesserung des Schutzes von Kleinanlegern“ als Aktionsplan der Bundesregierung informiert sowie über den dazu zwischenzeitlich vom Bundesministerium der Finanzen (BMF) vorgelegten Referentenentwurf für ein „Kleinanlegerschutzgesetz“, mit dem das Maßnahmenpaket umgesetzt werden soll. Nach dem der Referentenentwurf bis Anfang September zur Konsultationsstand und teilweise erhebliche Kritik geübt wurde, hat das Bundeskabinett am 12. November 2014 nun

den Regierungsentwurf für das Kleinanlegerschutzgesetz beschlossen.

Über die wesentlichen Abweichungen zum Referentenentwurf sowie etwaig gänzlich neue Regelungen werden wir Sie im Rahmen unseres für den am 18. Dezember 2014 vorgesehenen Fonds-Briefs informieren.

### Kontakt für weitere Informationen



**Meike Farhan**

Rechtsanwältin

Tel.: + 49 (40) 22 92 97 – 533

E-Mail: [meike.farhan@roedl.de](mailto:meike.farhan@roedl.de)

### Breit aufstellen

*„Steuern, Finanzen, Recht – unsere Mandanten haben das Vertrauen zu uns, dass wir Ihre Angelegenheiten mit breit aufgestellten Kompetenzen verfolgen.“*

*Rödl & Partner*

*„Jeder Menschenturm beginnt mit einer breit aufgestellten Basis, damit die Castellers an der Spitze einen sicheren Stand haben.“*

*Castellers de Barcelona*



„Jeder Einzelne zählt“ – bei den Castellers und bei uns.

Menschentürme symbolisieren in einzigartiger Weise die Unternehmenskultur von Rödl & Partner. Sie verkörpern unsere Philosophie von Zusammenhalt, Gleichgewicht, Mut und Mannschaftsgeist. Sie veranschaulichen das Wachstum aus eigener Kraft, das Rödl & Partner zu dem gemacht hat, was es heute ist.

„Força, Equilibri, Valor i Seny“ (Kraft, Balance, Mut und Verstand) ist der katalanische Wahlspruch aller Castellers und beschreibt deren Grundwerte sehr pointiert. Das gefällt uns und entspricht unserer Mentalität. Deshalb ist Rödl & Partner eine Kooperation mit Repräsentanten dieser langen Tradition der Menschentürme, den Castellers de Barcelona, im Mai 2011 eingegangen. Der Verein aus Barcelona verkörpert neben vielen anderen dieses immaterielle Kulturerbe.

### Impressum Fonds-Brief direkt, 13. November 2014

**Herausgeber:** **Rödl Rechtsanwalts-  
gesellschaft  
Steuerberatungsgesellschaft mbH**  
Äußere Sulzbacher Str. 100, 90491 Nürnberg  
Tel.: + 49 (9 11) 91 93 - 1021 | [www.roedl.de](http://www.roedl.de)  
[fondsbrief-direkt@roedl.de](mailto:fondsbrief-direkt@roedl.de)

**Verantwortlich für den Inhalt:**  
**Martin Führlein**  
Äußere Sulzbacher Str. 100, 90491 Nürnberg

**Redaktion/Koordination:**  
**Frank Dißmann**  
Äußere Sulzbacher Str. 100, 90491 Nürnberg

**Layout/Satz:** **Stephanie Kurz**  
Äußere Sulzbacher Str. 100, 90491 Nürnberg

Dieser Newsletter ist ein unverbindliches Informationsangebot und dient allgemeinen Informationszwecken. Es handelt sich dabei weder um eine rechtliche, steuerrechtliche oder betriebswirtschaftliche Beratung, noch kann es eine individuelle Beratung ersetzen. Bei der Erstellung des Newsletters und der darin enthaltenen Informationen ist Rödl & Partner stets um größtmögliche Sorgfalt bemüht, jedoch haftet Rödl & Partner nicht für die Richtigkeit, Aktualität und Vollständigkeit der Informationen. Die enthaltenen Informationen sind nicht auf einen speziellen Sachverhalt einer Einzelperson oder einer juristischen Person bezogen, daher sollte im konkreten Einzelfall stets fachlicher Rat eingeholt werden. Rödl & Partner übernimmt keine Verantwortung für Entscheidungen, die der Leser aufgrund dieses Newsletters trifft. Unsere Ansprechpartner stehen gerne für Sie zur Verfügung.

Der gesamte Inhalt des Newsletters und der fachlichen Informationen im Internet ist geistiges Eigentum von Rödl & Partner und steht unter Urheberrechtsschutz. Nutzer dürfen den Inhalt des Newsletters nur für den eigenen Bedarf laden, ausdrucken oder kopieren. Jegliche Veränderungen, Vervielfältigung, Verbreitung oder öffentliche Wiedergabe des Inhalts oder von Teilen hiervon, egal ob on- oder offline, bedürfen der vorherigen schriftlichen Genehmigung von Rödl & Partner.