

Geschlossene Fonds

Rechtliche, steuerliche und wirtschaftliche Fragen bei Immobilien-, Film-, Schiffs-, Windenergie-, Private-Equity- und Lebensversicherungsfonds

von

Dr. Jochen Lüdicke
Rechtsanwalt, Steuerberater
Fachanwalt für Steuerrecht
Düsseldorf

Dr. Jan-Holger Arndt
Rechtsanwalt
Düsseldorf

unter Mitarbeit von

Sebastian Bruchwitz
Rechtsanwalt
Düsseldorf

Dr. Sebastian Kind
Rechtsanwalt
Düsseldorf

Dr. Jan-Pieter Naujok
Rechtsanwalt, Steuerberater
Düsseldorf

Dr. Hanjo Steinkampf
Rechtsanwalt
Düsseldorf

4., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage



Verlag C. H. Beck München 2007

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	XVII
Literaturverzeichnis.....	XXIII
A. Allgemeiner Teil.....	1
I. Einführung — Marktübersicht (<i>Dr. Jochen Lüdicke</i>).....	1
1. Anbieter.....	2
2. Investitionsobjekte.....	3
3. Fondstypen.....	5
II. Gesellschaftsrechtliche Grundlagen (<i>Dr. Jochen Lüdicke/ Dr. Jan-Holger Arndt</i>).....	5
1. Rechtsform der Fondsgesellschaft.....	6
a) Gesellschaft bürgerlichen Rechts und offene Handelsgesellschaft	7
b) GmbH & Co. KG.....	10
c) Publikumskommanditgesellschaft.....	12
2. Beiräte.....	14
3. Beteiligungsform des Investors.....	17
a) Direkte Beteiligung.....	18
b) Indirekte Beteiligung.....	18
aa) Treuhandkommanditist.....	19
bb) Stille Gesellschaft.....	23
cc) Unterbeteiligung.....	25
c) Doppelstockmodelle.....	27
4. Publizität der GmbH & Co. KG.....	28
5. Kapitalersatzrecht der GmbH & Co. KG.....	29
6. Kommanditistenhaftung.....	31
a) Beschränkte Haftung und Enthftung durch Einlageleistung.....	31
b) Wiederaufleben der Haftung durch Einlagenrückgewähr.....	32
c) Unbeschränkte Kommanditistenhaftung vor Eintragung der Fonds- KG.....	33
d) Unbeschränkte Haftung des nachträglich Beitretenden.....	33
e) Haftung für vor dem Beitritt begründete Verbindlichkeiten.....	34
f) Haftung nach Ausscheiden (Nachhaftung).....	35
g) Gesellschafterwechsel — Übernahme einer Beteiligung.....	36
h) Treuhandkommanditist — Erweiterte Haftung des Treugebers.....	37
7. Fondsrelevante Fragen des Gesellschaftsvertrages.....	38
a) Beurkundungspflichten.....	39
b) Aufnahme des Gesellschafters.....	39
aa) Wirksamkeit von Geschäftsbesorgungsverträgen.....	40
bb) Annahme der Beitrittserklärung.....	43
cc) Verzug der Einlageleistung.....	43
dd) Handelsregisteranmeldung.....	44
c) Vermögens- und Ergebnisbeteiligung.....	45
aa) Kontensystematik.....	45

bb) Homogene Ergebniszuweisung.....	47
cc) Heterogene Ergebniszuweisung.....	47
d) Verwaltungsrechte (Stimm-, Kontroll- und Informationsrechte)	48
aa) Stimmrechte und Gesellschafterversammlung.....	48
bb) Kontroll- und Informationsrechte.....	50
cc) Stellvertretung.....	50
dd) Aufsichtsorgan.....	51
e) Beendigung der Mitgliedschaft.....	52
aa) Kündigung.....	52
bb) Ausschließung.....	53
cc) Auseinandersetzung nach Beendigung der Mitgliedschaft	55
f) Dauer und Beendigung der Gesellschaft.....	56
aa) Befristete Dauer/Fortsetzungsbeschluss.....	56
bb) Liquidation der Gesellschaft.....	57
g) Gesellschaftszweck.....	57
8. Widerruf der Fondsbeteiligung.....	58
III. Steuerliche Rahmenbedingungen (<i>Dr. Jochen Lüdicke</i>).....	65
1. Einkunftsart.....	65
2. Verlustverrechnung und Beschränkungen.....	65
a) § 10dEStG.....	66
b) § 2b EStG, § 15b EStG.....	66
aa) § 2b EStG.....	66
bb) § 15b EStG.....	68
c) § 15a EStG.....	71
aa) Verlustausgleichsvolumen.....	71
bb) Ausschüttungsbesteuerung.....	72
3. Steuerliche Auswirkungen der Hersteller- oder Erwerbereigen- schaft.....	73
a) Die Rechtsprechung zu Immobilienfonds.....	74
b) Die Rechtslage bei Filmfonds.....	76
c) Die Rechtslage bei sonstigen Fonds - Der 5. Bauherrenerelass.	77
aa) Abgrenzung der Eigenschaft als Bauherr oder Erwerber.	78
bb) Die Neuregelung zu geschlossenen Fonds.....	79
4. Mitunternehmerstellung.....	84
a) Direkte Beteiligung als Kommanditist.....	84
b) Indirekte Beteiligung über einen Treuhänderkommanditisten.	85
c) Gewinnerzielungsabsicht.....	87
aa) Gesellschafterebene.....	87
bb) Anlegerebene.....	88
5. Kirchensteuer und Solidaritätszuschlag.....	88
a) Kirchensteuer.....	88
b) Solidaritätszuschlag.....	89
6. Gewerbesteuer.....	89
a) Finanzierungskosten.....	90
b) Hinzurechnungen für Miet- und Pachtzinsen.....	90
c) Verlustabzugsbeschränkung § 10a GewStG.....	91
d) Gewerbesteuerliche Behandlung des Veräußerungs- oder Auf- gabegewinnes.....	91

7. Erbschaft- und Schenkungsteuer.....	93
8. Umsatzsteuerliche Fragen.....	94
a) Umsatzsteuerbefreiung.....	94
b) Ausgabe von Gesellschaftsanteilen.....	94
9. Verfahrensrecht.....	95
a) Einheitliche und gesonderte Feststellung der Einkünfte.....	95
b) Glaubhaftmachung der Anfangsverluste.....	96
10. Abstimmung der wesentlichen Steuerkonzeption mit der Finanz- verwaltung.....	97
IV. Prospektgestaltung (<i>Sebastian Bruchwitz</i>).....	98
1. Voraussetzungen der Prospektpflicht.....	99
a) Prospektpflicht.....	99
aa) Anbieter.....	100
bb) Anteile.....	101
cc) Öffentliches Angebot im Inland.....	101
b) Ausnahmen von der Prospektpflicht.....	103
2. Ablauf des Gestattungsverfahrens.....	104
a) Übermittlung zur Hinterlegung.....	104
b) Gestattung durch die BaFin.....	104
aa) Verfahren.....	104
bb) Gebühren.....	106
cc) Verschwiegenheitsverpflichtung.....	106
c) Veröffentlichung.....	106
d) Rechtsschutz.....	107
aa) Bei Versagung der Gestattung.....	107
bb) Bei Untersagung des öffentlichen Angebots.....	108
cc) Verfahren.....	108
3. Formelle Anforderungen des Prospekts.....	108
a) Vermögensverkaufsprospektverordnung.....	109
aa) Allgemeine Anforderungen.....	109
bb) Risikodarstellung.....	110
cc) Prognosen.....	111
dd) Unterzeichnung, Vollständigkeits- und Richtigkeitserklä- rung.....	111
ee) Angaben zur Vermögensanlage.....	111
ff) Angaben über den Emittenten (ohne Finanzinformationen).....	113
gg) Personen nach § 12 VermVerkProspV und Gewährsträger.....	113
hh) Finanzinformationen.....	114
ii) Angaben über das Anlageobjekt.....	116
b) Ergänzende Angaben nach IDW S 4.....	116
aa) Einteilung in Risikokategorien.....	117
bb) Leistungsbilanz.....	117
cc) Mittelverwendungsrechnung.....	118
dd) Kapitalrückflussrechnung.....	118
ee) Verwendung von Renditekennziffern.....	118
4. Prospektaktualisierung.....	119
5. Bußgeldtatbestände.....	120
6. Anwendungszeitpunkt / Zweitmarkt.....	120

V. Prospekthaftung (<i>Dr. Sebastian Kind</i>).....	121
1. Die gesetzliche Prospekthaftung im engeren Sinne für fehlerhafte Prospekte, § 13 VerkProspG.....	123
a) Die Verlagerung der bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung in der gesetzlichen Prospekthaftung nach § 13 VerkProspG, §§ 44 ff. BörsG	123
b) Inhaltliche Anforderungen an den Prospekt.....	124
aa) Beurteilungsmaßstab und -Zeitpunkt.....	125
bb) Unrichtigkeit des Prospekts.....	125
cc) Unvollständigkeit des Prospekts.....	126
dd) Prospektgestaltungsängel.....	128
ee) Berichtigung eines fehlerhaften Prospekts.....	128
c) Kreis der Anspruchsberechtigten.....	128
d) Kreis der Haftungsschuldner.....	130
e) Verschulden.....	131
f) Kausalität.....	131
g) Verjährung.....	132
h) Rechtsfolgen.....	133
i) Durchsetzung des Haftungsanspruchs.....	133
aa) Gerichtsstand.....	133
bb) Musterverfahren.....	134
2. Haftung bei fehlendem Prospekt, § 13a VerkProspG.....	135
a) Anspruchsvoraussetzungen und -ausschlüsse.....	135
b) Verschuldenserfordernis?.....	136
3. Die Prospekthaftung im weiteren Sinne - Haftung aus Beratung und Vertrieb.....	137
a) Kreis der Haftungsschuldner.....	137
b) Umfang der Aufklärungs- und Beratungspflichten.....	137
c) Beweislast für die Prospektübergabe.....	138
d) Zurechnung von Beratungsfehlern Dritter.....	138
e) Verjährung.....	139
f) Rechtsfolgen.....	139
4. Vertragliche und deliktische Haftung.....	140
a) Vertragliche Haftung.....	140
b) Deliktische Haftung.....	140
VI. Finanzaufsichtsrechtliche Erlaubnispflicht für Geschlossene Fonds (<i>Dr. Sebastian Kind</i>).....	141
1. Geschlossene Fonds als Finanzkommissionär.....	141
2. Geschlossene Fonds als Investmentfonds.....	142
B. Besonderer Teil.....	145
I. Immobilienfonds (<i>Dr. Hanjo Steinkampß</i>).....	145
1. Betreibermodelle.....	146
a) Grundstruktur.....	146
b) Wesentliche Vertragsverhältnisse.....	146
aa) Grundstückserwerb.....	146
bb) Bauerrichtung.....	148
cc) Vermietung.....	148
dd) Finanzierung.....	148
ee) Sonstige Verträge.....	149

c)	Risiken und Risikobegrenzung.....	149
aa)	Fonds als Erwerber unbebauter Grundstücke.....	150
bb)	Fonds als Erwerber bebauter Grundstücke.....	154
cc)	Fonds als Bauherr.....	156
dd)	Fonds als Betreiber.....	160
ee)	Fonds als Veräußerer der Immobilie.....	165
d)	Wirtschaftlichkeit.....	165
e)	Steuerliche Rahmenbedingungen.....	166
aa)	Einkommensteuer.....	166
bb)	Grunderwerbsteuer.....	167
2.	Immobilien-Leasingfonds.....	168
a)	Grundstruktur.....	168
b)	Wesentliche Vertragsverhältnisse.....	169
aa)	Grundstückserwerb.....	169
bb)	Bauerrichtung.....	169
cc)	Nutzungsüberlassung.....	170
dd)	Finanzierung.....	170
ee)	Optionsverträge.....	170
ff)	Sonstige Verträge.....	170
c)	Risiken-und Risikobegrenzung.....	170
aa)	Fonds als Immobilienerwerber.....	171
bb)	Fonds als Bauherr.....	171
cc)	Fonds als Leasinggeber.....	172
dd)	Fonds als Veräußerer.....	175
d)	Wirtschaftlichkeit.....	176
e)	Steuerliche Rahmenbedingungen.....	176
aa)	Leasingerlasse.....	176
bb)	Grunderwerbsteuer.....	178
cc)	Steuerliche Besonderheiten bei Erbbaurechtsmodellen.....	178
3.	Besonderheiten bei Auslandsimmobilien.....	179
a)	Rechtliche Besonderheiten.....	180
b)	Wirtschaftlichkeit.....	181
c)	Steuerliche Rahmenbedingungen.....	181
d)	Projektentwicklungsfonds.....	182
aa)	Wesensmerkmale.....	182
bb)	Projektauswahl.....	183
cc)	Projektfinanzierung.....	184
dd)	Risikobegrenzung im Verhältnis zu dem Projektentwickler.....	184
ee)	Steuerliche Rahmenbedingungen.....	185
II.	Filmfonds (<i>Dr. Jochen Lüdicke</i>).....	186
1.	Markt und Grundstruktur.....	186
a)	Fondstypen.....	188
aa)	Abgesicherter Produktionsfonds.....	188
bb)	Risikoproduktionsfonds und Mischformen.....	189
cc)	Koproduktionsfonds.....	190
dd)	Filmvermarktungsfonds.....	190
b)	Wesentliche Vertragsverhältnisse.....	190
aa)	Erwerb der Verfilmungsrechte (Stoffrechteerwerb).....	191

bb) Auftragsproduktion.....	194
cc) Koproduktion.....	198
dd) Fremdfinanzierung.....	200
ee) Verwertung.....	202
ff) Versicherung.....	204
gg) Sicherheitenbestellung.....	205
2. Risiken und Risikobegrenzung.....	206
a) Rechterisiko.....	206
aa) Entstehung des Leistungsschutzrechtes des Filmherstellers beim Fonds.....	206
bb) Erwerb der Verfilmungsrechte.....	207
cc) Erwerb der Filmrechte.....	210
dd) „Work-made-for-hire“ nach US-amerikanischem Recht.....	212
ee) Grenzen der Rechtswahl - Schutzlandprinzip.....	213
ff) Rechterisiken aus der Verwertung.....	214
gg) Versicherung des Rechterisikos.....	214
hh) Recherche und Eintragung beim US-Copyright-Register.....	214
ii) Titelschutz und Registereintragung in D eutschland.....	215
jj) Copyright-Vermerk.....	216
b) Herstellungsrisiko.....	216
c) Verwertungsrisiko und Absicherung.....	217
aa) Maßnahmen zur Absicherung.....	217
bb) Lizenzvertrag und Erlösbeteiligung.....	219
cc) Gesetzliche Vergütungsansprüche.....	221
3. Steuerrechtliche Besonderheiten.....	221
4. Filmvermarktungsfonds (P & A - Fonds).....	222
a) Der Lizenzvertrag.....	224
b) Risiken und Risikobegrenzung.....	225
c) Steuerliche Rahmenbedingungen.....	226
III Schiffsfonds (GOL) (<i>Dr. Jan-Holger Arndt</i>).....	228
1. Markt.....	228
a) Grundstruktur und wesentliche Vertragsverhältnisse.....	230
b) Strukturansätze.....	233
2. Risiken und Risikobegrenzung.....	234
a) Herstellungsrisiko.....	234
b) Zeitcharter-Risiken.....	234
aa) Ablieferungsrisiko.....	236
bb) Überführungsrisiko.....	236
cc) Betriebskostenrisiko.....	236
dd) Off-Hire-Risiko.....	239
c) Kasko- und Haftungsrisiken.....	239
d) Rechterisiko.....	243
e) Beschäftigungs- und Restwertrisiko.....	244
f) Kriegs- und Terrorrisiken.....	245
3. Steuerrechtliche Besonderheiten.....	245
a) Tonnagesteuer.....	246
b) Sachliche Voraussetzungen der Tonnagebesteuerung.....	249
c) Ermittlung des Tonnagesteuergewinnes.....	251

d) Tonnagesteuer und Gewinnerzielungsabsicht	251
e) Sondervergütungen - Sonderbetriebsausgaben	252
f) Tonnagesteuer und § 15a EStG	252
g) Tonnagesteuer und Gewerbesteuer	253
h) Abschreibung und Nutzungsdauer	254
i) Schrottwert	255
j) Beschränkung der Verlustverrechnung bei bestimmten internationalen Schifffahrtseinkünften	255
k) Schiffsfonds und Umsatzsteuer	256
IV. Windenergiefonds (<i>Dr. Jochen Lüdicke</i>)	256
1. Grundstruktur	256
2. Wesentliche Vertragsverhältnisse	258
a) Grundstücksnutzung	258
aa) Standflächen für Windkraftanlagen	258
bb) Flächen für Anschlussleitungen	259
cc) Flächen für Ausgleichsmaßnahmen	259
b) Errichtung der Windkraftanlagen	259
c) Energielieferung	260
d) Zusätzliche Vergütung als Folge des Emissionshandels	261
e) Finanzierung	263
f) Wartung	263
g) Sonstige Verträge	264
h) Besonderheiten bei der Portfolio-Transaktion	264
3. Risiken und Risikobegrenzung	265
a) Grundstücksrisiko	265
aa) Lage des Windparks	265
bb) Nutzungsverhältnisse	266
b) Immissionsschutzrechtliches Genehmigungsrisiko	267
c) Baurechtliches Genehmigungsrisiko	270
aa) Windparks in Bebauungsplangebieten	270
bb) Windparks im unbeplanten Innenbereich	270
cc) Windparks im Außenbereich	271
dd) Aufhebung erteilter Baugenehmigungen	273
d) Errichtungsrisiko	274
aa) Abschluss eines einheitlichen Generalunternehmervertrages/ Generalübernehmervertrages	275
bb) Pauschal festpreis	275
cc) Absicherung des Inbetriebnahmeterrmins	276
dd) Gesteigerte Gewährleistungsverpflichtung	276
e) Betriebsrisiko	278
aa) Witterungsrisiko	278
bb) Technische Risiken	278
cc) Abnutzungsrisiko	279
dd) Versicherungen	279
f) Vergütungsrisiko	280
aa) Vergütungsregelung des EEG	280
bb) Bedenken gegen die Wirksamkeit des EEG	282
cc) Durchleitung	283

4. Besonderheiten bei Offshore-Anlagen.....	284
5. Wirtschaftlichkeit.....	287
6. Steuerrechtliche Rahmenbedingungen.....	290
a) Einkommensteuer.....	290
b) Gewerbesteuer.....	291
7. Besonderheiten von Windkraftfonds mit Windkraftanlagen im Aus- land.....	291
a) Grundstruktur.....	292
b) Steuerrechtliche Rahmenbedingungen.....	293
V. Private-Equity-Fonds (<i>Dr. Jan-Pieter Naujok</i>).....	295
1. Begriffsbestimmung.....	295
2. Marktüberblick.....	296
3. Direkt-Investment-Fonds.....	297
a) Grundstruktur.....	297
aa) Private-Equity-Finanzierungen.....	298
bb) Gesellschaftsrechtliche Struktur.....	299
b) Wesentliche Vertragsverhältnisse.....	301
aa) Managementvertrag.....	301
bb) Beteiligungsvertrag.....	301
cc) Gesellschaftsvertrag der Portfoliogesellschaft.....	302
dd) Dienstverträge mit Management der Portfoliogesellschaft.....	302
4. Dachfonds.....	302
5. Mezzanine-Fonds.....	303
6. Parallelfonds.....	304
7. Risiken und Risikobegrenzung.....	305
a) Konjunkturrisiko.....	305
b) Auswahlrisiko.....	305
c) Portfoliorisiko.....	305
d) Währungsrisiko.....	306
e) Liquiditätsrisiko.....	306
f) Bewertungsrisiken.....	306
g) Investitionsrisiko.....	307
h) Exit-Risiko.....	307
8. Finanzrechtliche Aspekte.....	307
a) Besonderheiten bei Mezzanine-Fonds.....	308
b) Besonderheiten bei der Management-Gesellschaft.....	308
9. Steuerrechtliche Rahmenbedingungen.....	308
a) Einkommensteuer.....	308
aa) Abgrenzung der Vermögensverwaltung vom Gewerbebetrieb.....	308
bb) Besteuerung der Anleger.....	312
cc) Besteuerung des Managements und der Sponsoren.....	313
b) Grenzüberschreitende Sachverhalte.....	314
aa) Transparente Rechtsform im Ausland.....	314
bb) Gewerbliche Prägung und Infizierung.....	315
cc) Anwendung des Investmentsteuergesetzes.....	316
dd) Vermeidung der Doppelbesteuerung.....	316
c) Umsatzsteuer.....	317
d) Erbschaft- und Schenkungsteuer.....	317

VI. Lebensversicherungsfonds (<i>Dr. Jan-Pieter Naujok</i>).....	318
1. Markt.....	318
a) Markt für deutsche Lebensversicherungen.....	318
b) Markt für US-Lebensversicherungen.....	321
c) Markt für britische Lebensversicherungen.....	323
2. Deutsche Lebensversicherungsfonds.....	325
a) Grundstruktur.....	325
b) Wesentliche Vertragsverhältnisse.....	325
aa) Ankaufsvertrag.....	325
bb) Beratungsvertrag.....	326
cc) Portfolioverwaltungsvertrag.....	326
dd) Fremdfinanzierung.....	326
c) Risiken und Risikobegrenzung.....	326
d) Steuerliche Rahmenbedingungen.....	327
aa) Einkommensteuerliche Behandlung.....	327
bb) Kapitalertragsteuer.....	328
cc) Gewerbesteuer.....	328
dd) Umsatzsteuer.....	328
ee) Erbschaft- und Schenkungsteuer.....	328
ff) Versicherungssteuer.....	329
3. US-Lebensversicherungsfonds.....	329
a) Grundstruktur.....	329
b) Risiken und Risikobegrenzung.....	330
c) Steuerliche Rahmenbedingungen.....	331
aa) Grundsätze der einkommensteuerlichen Behandlung.....	331
bb) Gewerblich tätige inländische Fondsgesellschaften.....	331
cc) Betriebsstätte in den USA.....	332
dd) Vermeidung der Anwendung des ASTG.....	333
ee) Vermögensverwaltung bei Zertifikatslösung.....	334
4. Britische Lebensversicherungsfonds.....	334
a) Konzept.....	334
b) Steuerrechtliche Rahmenbedingungen.....	335
aa) Regelungen des Doppelbesteuerungsabkommens.....	335
bb) Erbschaft- und Schenkungsteuer.....	335
 Anhang	
1. Der Medienerlass vom 5. August 2003.....	337
2. Der 5. Bauherrenrlass (Fondserlass) vom 20. Oktober 2003.....	350
3. Der Tonnagesteuererlass.....	363
4. Der Treuhanderlass.....	372
 Stichwortverzeichnis.....	375