

bank-verlag  medien

Vertragsmodelle - Islamic Finance

Steuerliche Würdigung im nationalen
und internationalen Kontext

Leila Momen

Copyright 2010 by Bank-Verlag Medien GmbH
Postfach 45 02 09 · 50877 Köln

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verbreitung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung der Bank-Verlag Medien GmbH unzulässig und strafbar. Dies gilt insbesondere für die Vervielfältigung, Übersetzung, Mikroverfilmung sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte
bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Redaktionsschluss: 1. August 2010

Druck: PRINT GROUP Sp. z o.o., Szczecin

Art.-Nr. 22.470-1000

ISBN 978-3-86556-250-0

Inhaltverzeichnis

Vorwort	7
I. Einleitung	9
II. Grundzüge von Islamic Finance-Vertragsmodellen	13
1. Eigenkapitalbasierte Vertragsmodelle („Musharaka“ und „Mudaraba“)	15
2. Fremdkapitalbasierte Vertragsmodelle („Murabaha“ und „Tawarruq“)	16
3. Strukturierte Vertragsmodelle im engeren Sinne („Sukuk“)	17
III. Shari'a-Rahmenbedingungen - Beurteilung aus deutscher rechtlicher und steuerlicher Sicht	19
1. Musharaka	19
a) Shari'a-Rahmenbedingungen	19
b) Rechtliche Einordnung und steuerliche Beurteilung	20
2. Mudaraba	21
a) Shari'a-Rahmenbedingungen	21
b) Rechtliche Einordnung und steuerliche Beurteilung	23
3. Murabaha	26
a) Shari'a-Rahmenbedingungen	26
b) Zivilrechtliche Einordnung	27
c) Handelsrechtliche Beurteilung	27
d) Ertragsteuerliche Beurteilung	29
e) Umsatzsteuerliche Beurteilung	31
f) Grunderwerbsteuerliche Beurteilung	32

Inhaltverzeichnis

4. Tawarruq (Reverse Murabaha)	33
a) Shari'a-Rahmenbedingungen	33
b) Rechtliche Einordnung	34
c) Ertragsteuerliche Beurteilung	34
d) Umsatzsteuerliche Beurteilung	35
5. Sukuk	36
a) Definition und wichtige Merkmale	36
b) Shari'a-Rahmenbedingungen von Ijara sowie rechtliche Einordnung und steuerliche Beurteilung im Grundsatz	36
c) Shari'a-Rahmenbedingungen des Sukuk-al-ijara	39
d) Rechtliche Einordnung und steuerliche Beurteilung des Sukuk-al-ijara	43
IV. Grenzüberschreitende Fallgestaltungen im Überblick	48
1. Investition in Deutschland (Inbound-Fälle)	49
a) Anleger im Ausland beteiligen sich an einem Private Equity-Fonds bzw. Venture Capital-Fonds	49
b) Im Rahmen einer Private Equity-Transaktion erfolgt die Akquisition des Targets durch eine Mudaraba-Vertragskonstruktion (eigenkapitalbasierte Finanzierung)	51
c) Eine gewerbliche Immobilienfinanzierung erfolgt durch Diminishing Musharaka (eigenkapitalbasierte Finanzierung)	52
d) Im Rahmen einer Private Equity-Transaktion erfolgt die Akquisition des Targets durch eine Murabaha-Vertragskonstruktion (fremdkapitalbasierte Finanzierung)	52
e) Im Rahmen einer Private Equity-Transaktion erfolgt die Akquisition des Targets durch eine Tawarruq-Vertragskonstruktion (fremdkapitalbasierte Finanzierung)	52
f) Anleger im Ausland erwerben Sukuk-Zertifikate von einer in Deutschland ansässigen SPV	53

2. Investition im Ausland (Outbound-Fälle)	53
a) In Deutschland ansässige Anleger beteiligen sich an einem im Ausland ansässigen Private Equity-Fonds, der in den GCC-Staaten investiert	53
b) Anleger in Deutschland erwerben Sukuk-Zertifikate von einer im Ausland ansässigen SPV	53
V. Shari’akonforme Investitionen in Deutschland (Inbound-Fälle)	54
1. Steuerliche Behandlung eigenkapitalbasierter Anlagen und Finanzierungen	54
a) Sind typische Venture Capital- und Private Equity-Fonds shari’akonform?	55
b) Gewerblichkeit von islamischen Private Equity- und Venture Capital-Fonds in Deutschland?	57
c) Shari’akonforme Investitionen von Private Equity-Fonds	60
d) Koexistenz von konventionellen und islamischen Investoren bei Private Equity-Fonds	63
e) Kapitalertragsteuerliche Inbound-Fälle eines shari’akonformen Private Equity-Fonds?	65
f) Finanzierung der Akquisition eines Targets durch eine Mudaraba-Vertragskonstruktion als (a)typisch stille Beteiligung	73
g) Gewerbliche Immobilienfinanzierung durch Diminishing Musharaka	76
2. Steuerliche Behandlung von fremdkapitalbasierten Finanzierungen	84
a) Finanzierung der Akquisition eines Targets durch Murabaha als Veräußerungsgewinn versus Zins	84
b) Finanzierung der Akquisition eines Targets durch Tawarruq als umsatzsteuerliche „Herausforderung“	88
3. Steuerliche Behandlung von strukturierten Finanzierungen (Sukuk)	91
a) Zahlungen an Sukuk-Investoren in den VAE (Nicht-DBA-Fall)	92

Inhaltverzeichnis

b) Zahlungen an Sukuk-Investoren in Kuwait (DBA-Fall)	93
c) Zusammenfassung des Zwischenergebnisses	94
VI. Shari'akonforme Investition im Outbound-Fall	95
1. Deutsche Investoren eines ausländischen Private Equity-Fonds mit Targets im Ausland	95
a) Akquisitionskapitalgesellschaft in den VAE (Nicht-DBA-Fall)	96
b) Akquisitionskapitalgesellschaft in Kuwait (DBA-Fall)	98
c) Zusammenfassung des Zwischenergebnisses	99
2. Sukuk-Zahlungen an deutsche Sukuk-Investoren als Zins versus Dividende	100
a) Zahlungen erfolgen durch VAE SPV (Nicht-DBA-Fall)	101
b) Zahlungen erfolgen durch Kuwait SPV (DBA-Fall)	101
c) Zusammenfassung des Zwischenergebnisses	103
VII. Schlussfolgerungen für grenzüberschreitende Fallgestaltungen	104
VIII. Ausblick	111
Literaturverzeichnis	114
Abbildungsverzeichnis	120
Stichwortverzeichnis	121

Vorwort

Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Bafin) hat im Oktober 2009 in Frankfurt eine „Conference on Islamic Finance“ ausgerichtet, die erklärtermaßen ein Auftakt für die Schaffung eines regulatorischen Rahmens für islamische Finanzierungen in Deutschland darstellen sollte. Ziel war es, der muslimischen Bevölkerung Finanzprodukte anbieten zu können, die ihren religiösen Vorschriften entsprechen. Darüber hinaus sollte signalisiert werden, dass Deutschland bestrebt und gewillt ist, durch die Schaffung günstiger Rahmenbedingungen zusätzliche Kapitalströme in Richtung Deutschland zu lenken. Zwar gibt es seit März 2010 die erste Teilbanklizenz für eine islamische Bank und einen ersten islamischen Fonds, dennoch besteht im Bereich Islamic Finance deutlicher Aufholbedarf gegenüber anderen europäischen Ländern wie Großbritannien und Frankreich. Vor diesem Hintergrund ist es an der Zeit, Islamic Finance-Produkte einer eingehenden steuerlichen Würdigung zu unterziehen*. Denn Steuern können ein entscheidender Kostenfaktor und somit Hindernis bei der Umsetzung des Angebots von shari’akonformen Finanzprodukten sein.

Im Folgenden werden für ausgewählte shari’akonforme Finanzierungs- und Anlageprodukte die Shari’a-Rahmenbedingungen der jeweiligen Vertragsmodelle erläutert und aus deutscher rechtlicher und steuerlicher Sicht grundsätzlich gewürdigt. Darüber hinaus werden einige grenzüberschreitende Islamic Finance-Vertragsgestaltungen einer steuerlichen Beurteilung unterzogen. Da es sich bei solchen vorwiegend um Inbound-Fälle handeln dürfte, bei denen die Investoren im Ausland - insbesondere in den Golfstaaten - ansässig sind und in Deutschland shari’akonform in Immobilien bzw. Unternehmen investieren, liegt der Fokus auf der steuerlichen Beurteilung von Inbound-Fällen. Auch Outbound-Transaktionen sind zukünftig vorstellbar. Bei allen grenzüberschreitenden Vertragsgestaltungen spielen die

* So auch *Patzner/Usalir*, Islamic Banking und Asset Management, BB 2010, S. 1513, die neben steuerlichen Rahmenbedingungen auch die organisatorischen und regulatorischen Rahmenbedingungen als Herausforderung von Islamic Finance-Produkten und -Techniken bezeichnet.

steuerlichen Rahmenbedingungen im Schnittpunkt von deutschem internationalem Steuerrecht und ausländischem Steuerrecht der weiteren beteiligten Staaten, ggf. unter Berücksichtigung von DBA, eine entscheidende Rolle.

Dabei hat auch diese Abhandlung die Schnellebigkeit steuerlicher Entwicklungen eingeholt, da kurz nach Abschluss der inhaltlichen Arbeiten bekannt wurde, dass das DBA mit den VAE am 1. Juli 2010 in Berlin unterzeichnet wurde, allerdings noch nicht in Kraft getreten ist. Der von der deutschen Finanzverwaltung befürchtete dauerhafte abkommenslose Zustand mit den VAE, von dem auch die Autorin ausging, ist damit überholt. Gem. Art. 29 Abs. 2 ist das Abkommen nach seinem Inkrafttreten am Tag des Austausches der Ratifikationsurkunden, was bei Redaktionsschluss noch nicht erfolgt ist, grundsätzlich rückwirkend ab dem 1. Januar 2009 anzuwenden.* Die Ausführungen zu den grenzüberschreitenden Fällen, in denen Investoren aus den VAE bzw. dort ansässige Unternehmen beteiligt sind, verlieren jedoch auch nach Abschluss des neuen DBA nicht an Aktualität, da sich auch nach Inkrafttreten des Abkommens aufgrund der Tatsache, dass in vielen der dargestellten Konstellationen ohnehin keine Besteuerung in den VAE erfolgen sollte – mit Ausnahme der günstigeren Quellensteuersätze wie Ausschüttungen in Inbound-Fällen** – keine nennenswerten Abweichungen, insbesondere keine Verbesserungen im Vergleich zu dem derzeit noch abkommenslosen Zustand ergeben sollten. Darüber hinaus können die Ausführungen zu den Fallgestaltungen, in denen in den VAE ansässige Personen bzw. Unternehmen beteiligt sind, auch auf Fallgestaltungen übertragen werden, in denen Investoren bzw. Unternehmen aus anderen Golfstaaten beteiligt sind, mit denen bislang kein DBA besteht, was bis auf Kuwait und demnächst wieder die VAE, zutrifft. Selbstverständlich sind bei der Übertragung der Vertragsgestaltungen auf andere beteiligte Golfstaaten die Regelungen der jeweiligen geltenden nationalen Steuerrechte zu berücksichtigen.

Juli 2010, Dr. Leila Momen, Steuerberaterin, Eschborn

* Vgl. *Letzgas / Berroth*, Das neue DBA mit den VAE, IStR 2010, S. 614.

** Verbesserungen können sich auch in manchen der dargestellten Inbound-Veräußerungsfällen ergeben, da Art. 13 Abs. 5 DBA VAE n.F. Deutschland kein Besteuerungsrecht zuweist.

I. Einleitung

Am 29.10.2009 hat die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) in Frankfurt eine „Conference on Islamic Finance“ ausgerichtet. Die Konferenz sollte erklärtermaßen ein Auftakt für die Schaffung eines regulatorischen Rahmens für islamische Finanzierungen in Deutschland sein mit dem Ziel, der muslimischen Bevölkerung in Deutschland Finanzprodukte anbieten zu können, die ihren religiösen Vorschriften entsprechen.¹ Dies ist jedoch nur eine Seite der Medaille. Darüber hinaus sollte durch diese Konferenz auch signalisiert werden, dass Deutschland bestrebt und gewillt ist, durch die Schaffung günstiger Rahmenbedingungen zusätzliche Kapitalströme in Richtung Deutschland zu lenken, z. B. indem deutsche Unternehmen shari'akonforme Anleihen (Sukuk) als Refinanzierungsinstrument überdenken. Denn der Markt für Islamic Finance wächst rasant und hat bereits heute einen erheblichen Anlagebedarf. Demgegenüber steht ein großer Kapitalbedarf in der europäischen, speziell auch in der deutschen Realwirtschaft ebenso wie ein Investorenbedarf, was allgemein mit dem viel zitierten Schlagwort „Kreditklemme“ umschrieben wird.²

Islamische Banken und Versicherungen zeigen seit Jahren eine beeindruckende Wachstumsdynamik. So gibt es inzwischen mehr als 350 Islamische Banken und Versicherungen bzw. sog. Islamic Windows. Darüber hinaus bestehen zahlreiche optimistische Prognosen bezüglich Islamic Finance. Für islamische Bank-Assets wird eine jährliche Zuwachsrate von 22,1% erwartet.³

Zwar ist auch die Islamic Finance-Industrie von der Finanzkrise in Mitleidenschaft gezogen worden, allerdings scheint der globale Wachstumstrend weiterhin intakt zu sein – trotz der Finanzkrise. Denn die wesentliche Ursache für

1 Von ca. 1,6 Milliarden Muslimen weltweit leben ca. 3,5 Millionen (nach neueren Statistiken 4,2 Millionen) Muslime in Deutschland mit einem Gesamtvermögen von ca. 20 Milliarden Euro und einem jährlichen Sparvolumen von ca. 1,6 Milliarden Euro. Vgl. z. B. Kowallik, *Islamic Finance – Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten in Deutschland*, IWB 2009, S. 1139.

2 Vgl. *Cervený*, *DZ Bank Research, ABS & Structured Credits*, 2009, S. 2, 8.

3 Vgl. *Gassner/Wackerbeck*, *Islamic Finance*, 2. Aufl. 2009, S. 23; *Cervený* (Fn. 2), S. 2.

die höhere Krisenresistenz sind die besonderen religiösen Einschränkungen, die sich aus dem islamischen Recht und der islamischen Wirtschaftsethik ergeben, und nicht zuletzt vor dem Hintergrund ist das Thema Islamic Finance erneut in den Mittelpunkt des Interesses gerückt. Im Hinblick auf die Stabilität des Finanzsystems spricht viel dafür, dass Islamic Finance-Produkte aufgrund ihrer immanenten ethischen Elemente grundsätzlich krisenresistenter sind bzw. weniger dazu beitragen, eine Krise auszulösen.⁴

Vor diesem Hintergrund ist es an der Zeit, Islamic Finance-Produkte auch einer eingehenden steuerlichen Würdigung zu unterziehen. Steuern können letztendlich ein entscheidender Kostenfaktor sein. Denkbar ist, dass shari'akonforme Anlagen und Finanzierungen in ihrer steuerlichen Bewertung deutlich schlechter abschneiden als ihre konventionellen Counterparts. Dies vor dem Hintergrund, dass Islamic Finance-Produkte in ihrer Grundausrichtung eigenkapitalbasiert⁵ sind und das deutsche Steuerrecht Eigenkapital gegenüber Fremdkapital „diskriminiert“. Auch nach Einführung diverser Maßnahmen, wie der Zinsschranke, sieht das deutsche Steuerrecht nach wie vor keine Finanzierungsneutralität vor. Darüber hinaus existieren auch fremdkapitalbasierte Islamic Finance-Produkte, die auf Transaktionen basieren, die an die Anschaffung und Veräußerung einer Ware geknüpft sind (Schaffung eines Kreditsurrogats). Hier stellt sich die Frage, ob diese Vorgänge aufgrund der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise zumindest ertragsteuerlich als Fremdfinanzierungen einzustufen sind. Aufgrund der formalen Betrachtungsweise bei der Umsatzsteuer und Grunderwerbsteuer könnten sich diese Steuerarten jedoch als Hemmfaktor erweisen.

⁴ Vgl. *Cerveny* (Fn. 2), S. 9; *Guski*, Credit Crunch: A Chance to Develop the Islamic Finance Market in Germany, *Islamic Finance News* 2009, S. 18; *Litten*, Gute Chancen für Finanzierungen in Zeichen des Korans, *JuVe Rechtsmarkt* 2009, S. 69 f.; *Trinkhaus/Prüm*, Investieren auf Islamisch, *Linklaters*, veröffentlicht im Internet unter: <http://www.handelsblatt.com/investieren-auf-islamisch;2221497;0>. Vgl. auch FAZ vom 2.8.2009, Islamisches Banking – Eigenkapital ist gottgefällig – Zinsnahme nicht, mit dem Hinweis auf Wilhelm Buiter, der empfiehlt, dass der Gläubiger in der Krise zum Anteilseigner werden soll. Zur Rettung von insolventen Unternehmen werden Sanierungsmaßnahmen mit dieser Zielrichtung de facto praktiziert.

⁵ Vgl. dazu plakativ FAZ vom 2.8.2009.

Islamic Finance-Vertragsmodelle sind daher in einem ersten Schritt nach der geltenden deutschen Rechtslage zu beurteilen und, sofern die Shari'a-Rahmenbedingungen eine in Grenzen flexible Strukturierung zulassen, ggf. so zu gestalten, dass sie steuerlich gegenüber den vergleichbaren konventionellen Finanzierungen und Anlagen nicht benachteiligt werden. Dabei ist zu beachten, dass es keinen einheitlichen Eigenkapital- bzw. Fremdkapitalbegriff gibt, denn die Definition des Eigenkapitals bzw. Fremdkapitals erfolgt nach Handelsrecht, IFRS, Steuerrecht und Insolvenzrecht jeweils unterschiedlich. Damit wird die Diskussion, was aus Shari'a-Sicht letztendlich maßgeblich ist, eröffnet.

Im Folgenden werden für ausgewählte shari'akonforme Finanzierungs- und Anlageprodukte die Shari'a-Rahmenbedingungen der jeweiligen Vertragsmodelle erläutert und aus deutscher rechtlicher und ertragsteuerlicher⁶, ggf. verkehrsteuerlicher⁷ Sicht grundsätzlich gewürdigt. Die darzustellenden Vertragsmodelle könnten zukünftig für den deutschen Markt Bedeutung erlangen, indem sie durch eine (deutsche) Islamische Bank, die ausschließlich shari'akonforme Geschäfte tätigt, oder eine (deutsche) konventionelle Bank, die neben dem konventionellem Bankgeschäft shari'akonforme Finanzierungs- und Anlageprodukte offeriert, angeboten werden.

Des Weiteren sollen einige grenzüberschreitende Islamic Finance-Vertragsgestaltungen einer steuerlichen Beurteilung unterzogen werden. So wurden und werden grenzüberschreitende Islamic Finance-Vertragskonstruktionen im Corporate-Bereich vereinzelt entwickelt und umgesetzt. Ausländische islamische Banken oder Private Equity-Fonds finanzieren grenzüberschreitende Transaktionen shari'akonform wie die Übernahme des britischen Automobilunternehmens Aston Martin durch zwei kuwaitische Investmentgesellschaften im Jahr 2007 zeigt. Die Hälfte des Transaktionsvolumens wurde durch ein shari'akonformes Murabaha-Geschäft finanziert.⁸ Der im Jahr 2004 aufgelegte

6 Einkommensteuer, Körperschaftsteuer (jeweils inkl. Solidaritätszuschlag), ggf. Kapitalertragsteuer und Gewerbesteuer.

7 Umsatzsteuer und Grunderwerbsteuer.

8 Das Transaktionsvolumen war nicht unerheblich. Für das Unternehmen wurde ein Preis von 700 Millionen Euro gezahlt. Die Transaktion und deren Finanzierung erwähnen z. B. *Gassner/Wackerbeck* (Fn. 3), S. 24, und *Arab News*, *Securitization Set to Take Off in MENA*, 25 June 2007.

Einleitung

Sachsen-Anhalt-Sukuk ist ein prominentes Beispiel für einen grenzüberschreitenden Sukuk-al-ijara.⁹

Islamic Private Equity und shari'akonforme Anleihen (Sukuk) sind zwar noch relativ kleine und junge Islamic Finance-Bereiche¹⁰, die in der Regel grenzüberschreitende Elemente beinhalten. In ihnen steckt jedoch großes Wachstumspotenzial.

Aus deutscher Sicht dürfte es sich bei den grenzüberschreitenden Islamic Finance-Transaktionen vorwiegend um Inbound-Fälle handeln, bei denen die Investoren im Ausland - insbesondere in den Golfstaaten - ansässig sind und in Deutschland in Immobilien bzw. Unternehmen investieren. Shari'akonforme Investitionen in Deutschland könnten zukünftig zunehmen¹¹, auch Outbound-Transaktionen sind vorstellbar. Dabei spielen die steuerlichen Rahmenbedingungen im Schnittpunkt deutsches internationales Steuerrecht und ausländisches Steuerrecht der weiteren beteiligten Staaten, ggf. unter Berücksichtigung von Doppelbesteuerungsabkommen, ebenfalls eine entscheidende Rolle.

⁹ Weitere Informationen hierzu finden sich unter Punkt III. 5. c).

¹⁰ Vgl. *Cerveny* (Fn. 2), S. 8; *Islamic Investment Banking 2009*, S. 14, veröffentlicht im Internet unter: http://www.yasaarmedia.com/Yasaar_Media_Islamic_Investment_Banking_2009.pdf.

¹¹ Auf der von der BaFin veranstalteten Konferenz haben Vertreter der Zentralbank Saudi-Arabiens sowie Bahraïns betont, dass es im Kreis der Golfanrainer-Staaten äußerst großes Interesse an Investitionen in den deutschen Mittelstand gebe. Vgl. *Cerveny* (Fn. 2), S. 2.