

Besteuerung von Private Equity Fonds

Steuerliche Behandlung des Carried Interest bei den vereinnahmenden Gesellschaftern

Wissenschaftliches Privatgutachten

erstattet von

Universitätsprofessor Dr. Norbert Herzig

Wirtschaftsprüfer/Steuerberater

Direktor des Steuerseminars

der Universität zu Köln

Hinweis der Hq. auf das Private-Equity-Glossar (S.1 ff.):

siehe dort zu den Begriffen Gewinnanteil → Profit Interest;
Kapitaldisproportionaler Gesellschaftsanteil → Carried
Interest; Management-Beteiligung → MBO

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|------------|
| A. Grundlagen | 102 |
| I. Sachverhalt | 102 |
| II. Fragestellung | 103 |
| B. Stellungnahme | 105 |
| I. <u>Qualifikation der Einkünfte auf Gesellschaftsebene</u> | 105 |
| 1. <u>Einheitliche und gesonderte Feststellung</u> | 106 |
| 2. <u>Gewinnverteilung</u> | 106 |
| 2.1. <u>Grundsatz</u> | 106 |
| 2.2. <u>Abweichende Ergebnisverteilung</u> | 107 |
| 3. <u>Einkünfte aus einer vermögensverwaltenden Gesellschaft</u> | 110 |
| 3.1. <u>Betriebliche Beteiligung</u> | 111 |
| 3.2. <u>Vergütungen für Tätigkeiten im Dienste der Gesellschaft</u> | 112 |
| 3.2.1. <u>Sondervergütung oder Gewinnvorab</u> | 114 |
| 3.2.2. <u>Ansatzwahlrecht</u> | 116 |
| 3.3. <u>Zwischenergebnis</u> | 119 |
| II. <u>Behandlung der Gewinnanteile des Sponsors</u> | 120 |
| 1. <u>Natürliche Person als Sponsor</u> | 120 |
| 1.1. <u>Qualifikation der Einkünfte</u> | 120 |
| 1.1.1. <u>Eigene Einkünfte</u> | 120 |
| a) <u>Einkünfte aufgrund einer Sondervergütung</u> | 120 |
| i) <u>Leistungen nach Art eines gewerblichen</u> <u>Unternehmers</u> | 121 |
| ii) <u>Selbständige Tätigkeit</u> | 126 |
| iii) <u>Einkünfte aus einem Arbeitsverhältnis</u> | 132 |
| b) <u>Ergebnisvorab</u> | 134 |
| 1.1.2. <u>Einkünfte in einem Betriebsvermögen</u> | 136 |
| 1.2. <u>Behandlung der Veräußerungsgewinne</u> | 138 |
| 1.2.1. <u>Im Privatvermögen</u> | 138 |
| a) <u>Bruchteilsbetrachtung</u> | 139 |
| b) <u>Ermittlung des Bruchteils</u> | 140 |
| i) <u>Die herrschende Meinung</u> | 141 |
| ii) <u>Eigene Auffassung</u> | 143 |
| 1.2.2. <u>Im Betriebsvermögen</u> | 147 |

| | | |
|-----------|---|------------|
| 2. | <u>Einkünfte aus Beteiligung an Komplementär-GmbH</u> | 147 |
| 2.1. | <u>Ordentliche Ausschüttungen der GmbH</u> | 147 |
| 2.2. | <u>Verdeckte Gewinnausschüttung</u> | 148 |
| 2.3. | <u>Geschäftsführer-Gehalt</u> | 152 |
| 3. | <u>Kapitalgesellschaft als Sponsor</u> | 153 |
| III. | <u>Gestaltungsmißbrauch</u> | 154 |
| 1. | <u>Unangemessene Gestaltung</u> | 154 |
| 2. | <u>Steuervermeidung</u> | 155 |
| C. | <u>Zusammenfassung</u> | 157 |

A. Grundlagen

I. Sachverhalt

Ein Private Equity Fonds sei als vermögensverwaltende Personengesellschaft in Form einer GmbH & Co. KG (Fondsgesellschaft) strukturiert. Die Fondsgesellschaft beteiligt sich an Kapitalgesellschaften, deren Anteile sie über einen gewissen Zeitraum hält und nach Ablauf des Fonds wieder veräußert. Persönlich haftender Gesellschafter der Fondsgesellschaft ist eine GmbH (Management-Gesellschaft), die nicht am Kapital der Gesellschaft beteiligt ist und durch den Gesellschaftsvertrag von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist. Zur Geschäftsführung der Gesellschaft ist eine natürliche Person bestellt. Die Verwaltung des Fonds, d.h. die Vorbereitung und Umsetzung der Investitionsentscheidungen und die laufende Betreuung des Beteiligungsportfolios,¹ sowie die Haftung wird dem Komplementär in Form eines pauschalen Honorars vergütet. Diese sog. *Management Fee* wird prozentual nach dem investierten Fondsvolumen berechnet. Sie beträgt in der Regel zwischen 2 v.H. und 5 v.H. des gezeichneten Kommanditkapitals.² Initiator und Gründungsgesellschafter des Private Equity Fonds ist der Sponsor. Er ist ebenfalls alleiniger Gesellschafter der Komplementär-GmbH. In seiner Funktion als Sponsor ist der Initiator z.B. für die erfolgreiche Suche nach Investoren, geeigneten Beteiligungsgesellschaften und den entsprechenden Exitkanälen für die Veräußerung des Portfolios **verantwortlich** und bestimmt maßgeblich die Investitionsstrategie des Fonds. Im Gesellschaftsvertrag ist festgelegt, daß die Gewinnverteilung nicht nach Kapitalanteilen zu erfolgen hat: Wenn alle Kommanditisten ihre Einlage zuzüglich einer gewissen Mindestverzinsung (*hurdle rate*) zurückerhalten haben, wird dem Sponsor ein Vorabgewinn in Höhe von

¹ Vgl. Lorenz, DStR 2001, S. 822.

² Vgl. Weitnauer, FB 2001, S. 271; Pöllath/Rodin, Privately Placed Closed-End Funds for Crossborder Investment From and into Germany - German Legal and Tax Issues of Private

20 v.H. der Liquidationsüberschüsse zugewiesen. Ob und in welcher Höhe dieser Vorzugsgewinn (*Carried Interest*) dem Sponsor zufließt ist also direkt davon abhängig, in welchem Maße es ihm gelungen ist, einen Veräußerungsgewinn bei der Veräußerung der Beteiligungsgesellschaften des Fondsportfolios zu erzielen.

Bei dem Initiator kann es sich sowohl um eine natürliche Person als auch eine Kapitalgesellschaft (im folgenden auch „Private Equity Gesellschaft“) handeln.

II. Fragestellung

Das Carried Interest stellt eine anteilige Zuweisung von Veräußerungsgewinnen dar. Im Grundsatz sind solche Veräußerungsgewinne steuerfrei, wenn sie im Privatvermögen erzielt werden. Wenn der Sponsor seine Beteiligung, auf die ihm das Carried Interest gewährt wird, in seinem Privatvermögen hält, so erzielt er im Grundsatz steuerfreie Veräußerungsgewinne. Allerdings erfolgt die Gewährung des Carried Interest als Vergütung für „Tätigkeiten“ des Sponsors im Dienste der Fondsgesellschaft. Daher könnte die Zuweisung eines Mehrgewinns eine Abgeltung für die Einbringung der Fähigkeiten des Sponsors in die Gesellschaft darstellen. Die steuerliche Behandlung des Carried Interest bei Fondsmanagern ist bislang weder in Literatur noch Rechtsprechung einer Lösung zugeführt worden.³ Gegenstand der nachfolgenden Betrachtung ist die Frage, ob und welche Einkünfte der Sponsor aus dem Carried Interest erzielt. Im Vordergrund steht dabei, ob eine auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage gezahlte Vergütung für Tätigkeiten im Dienste einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft beim Gesellschafter dem Grunde nach zulässig ist und unter welchen Voraussetzungen auf Ebene des Gesellschafters eine Umqualifizierung der Einkünfte aus der Fondsgesellschaft erfolgen kann.

Equity, Venture Capital, LBO, Real Estate or Other Specialized Funds or Pools -, in: FS Rädler, 1999, S. 501; Bygrave/Hay/Peters, Risikokapital, 2000, S. 112.

³ Lediglich bei *Lorenz*, DStR 2001, S. 823 finden sich Ansätze einer Problematisierung.

B. Stellungnahme

I. Qualifikation der Einkünfte auf Gesellschaftsebene

Der Sponsor stellt dem Fonds sein Wissen, seine Erfahrung und häufig auch seinen „guten Namen“ zur Verfügung. Für diese Funktion ist ein finanzieller Ausgleich dergestalt vorgesehen, daß er aus den Überschüssen der Gesellschaft einen überproportionalen Anteil zugewiesen bekommt. Beim Carried Interest handelt es sich grundsätzlich um einen Anteil an Überschüssen, die von einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft erzielt wurden.⁴ Zunächst könnten sich daher steuerpflichtige Einkünfte aus der Beteiligung an der Fondsgesellschaft ergeben. Aus diesem Grund ist zunächst auf die Ebene der Gesellschaft, bei der die Einkünfte erzielt werden, abzustellen und eine mögliche Steuerpflicht der Einkünfte aus der Gesellschaft zu untersuchen.

Da die Fondsgesellschaft ausschließlich Vermögensverwaltung betreibt, kann sie ihren Gesellschaftern keine anderen Einkünfte als solche aus § 20, 21 und 22 EStG vermitteln. Ob die Gesellschaft lediglich vermögensverwaltend tätig wird oder ob die Betätigung als gewerblich angesehen wird, beurteilt sich allein nach den Verhältnissen der Gesellschaft.⁵ Die für die Besteuerung bei den Gesellschaftern maßgeblich Qualifikation der Einkünfte erfolgt im Rahmen einer einheitlichen und gesonderten Feststellung. Eine abweichende Behandlung des Carried Interest könnte sich bereits auf Ebene der Gesellschaft im Rahmen der Gewinnfeststellung ergeben, da bei ihr alle Fragen mit einzubeziehen sind, die den dem Gesellschafter zuzuweisenden Gewinn- bzw. Überschußanteil am Gesamthandsergebnis betreffen.⁶ Dazu müßte eine einheitliche und

⁴ Vgl. *Lorenz*, DStR 2001, S. 823.

⁵ Vgl. *Groh*, Die nichtgewerblich tätige Personengesellschaft, in: JbFStR 1979/80, 1980, S. 225.

⁶ Vgl. *Reiß*, StuW 1996, S. 252.

gesonderte Feststellung des Ergebnisses i.S.v. § 179 i.V.m. 180 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) AO auch bei vermögensverwaltenden Personengesellschaften erfolgen können.

1. Einheitliche und gesonderte Feststellung

Wenn mehrere Personen Einkünfte i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 7 EStG erzielen und diese ihnen zuzurechnen sind, so sind die Einkünfte gesondert und einheitlich gem. §§ 179, 180 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) AO festzustellen. Dies gilt auch für die Einkünfteerzielung einer Personengesellschaft, die nur vermögensverwaltend tätig ist.⁷ Die Ergebnisfeststellung ist die Folge der gemeinsamen Betätigung der Gesellschafter im Rahmen der Gesellschaft.⁸

Die Einkünfte werden auf der Ebene der Gesellschaft qualifiziert und erst nach Zurechnung des festgestellten Ergebnisses auf die Gesellschafter bei diesen versteuert, da Subjekt der Einkommen- oder Körperschaftsteuer nur natürliche Personen gem. § 1 EStG oder juristische Personen gem. § 1 KStG – nicht aber die Personengesellschaft selbst – sein können. Dies hat der BFH ausdrücklich auch für die Überschusseinkünfte einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft festgestellt und damit der Einheitstheorie für die Personengesellschaft Nachdruck verliehen.⁹

2. Gewinnverteilung

2.1. Grundsatz

Die Verteilung des handelsrechtlichen Gewinns ergibt sich grundsätzlich aus dem Beteiligungsverhältnis. Diesem zivilrechtlichen

⁷ Vgl. BFH v. 7.4.1987, IX R 103/85, BStBl. II 1987, S. 707.

⁸ Vgl. *Schellenberger*, DStR 1985, S. 165; *Trzaskalik*, in: *Kirchhoff/Söhn*, EStG § 21, Rz. 228.

⁹ Vgl. BFH v. 25.6.1984, GrS 4/82, BStBl. II 1984, S. 751. Dem folgendend BFH v. 19.8.1986, IX S 5/83, BStBl. II 1987, S. 212. Vgl. auch BMF v. 29.4.1994, IV B 2 – S 2241 – 9/94, BStBl. I 1994, S. 282, Tz. 2.

Grundsatz folgt auch das Steuerrecht.¹⁰ Sofern die Gesellschafter einer KG keine ausdrücklich andere Vereinbarung über die Gewinnverteilung treffen, so hat die Zurechnung entsprechend ihrer Beteiligung zu erfolgen.¹¹ Eine andere Form der Gewinnverteilung muß vorab und in Schriftform erfolgt sein. Die Regelungen des Gesellschaftsvertrages sind für die Gewinnverteilung maßgebend.¹² Das von der Gesellschaft erzielte Gesamthandsergebnis ist nach Maßgabe des handelsrechtlichen Gewinnverteilungsschlüssels, der sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergibt, auf die Gesellschafter zu verteilen.¹³ Es ist dabei zulässig, eine Vereinbarung über eine besondere Vergütung von Gesellschafterbeiträgen in Form eines Gewinnvorabs zu treffen.¹⁴ Eine derartige Abgeltung in Form einer Quote am Gewinn wird nicht als Werbungskosten der Gesellschaft und Einnahmen des Gesellschafters behandelt, sondern stellen beim Gesellschafter Einnahmen aus der gemeinschaftlichen Tätigkeit im Rahmen der Gesellschaft dar, die ihm bei der einheitlichen und gesonderten Feststellung zugewiesen werden. Nach Abzug des Vorabgewinns kann ein quotaler Gewinnverteilungsschlüssel nur auf den Restgewinn Anwendung finden.¹⁵

2.2. Abweichende Ergebnisverteilung

Die Ergebnisverteilung folgt dem gesellschaftsrechtlichen Gewinnverteilungsschlüssel. Dieser kann auch eine abweichende Verteilung der Einkünfte vorsehen. Eine solche ist dann zulässig, wenn

¹⁰ Vgl. *Tipke/Kruse*, AO, § 180, Tz. 45; BFH v. 5.2.1965, VI 234/63 U, BStBl. II 1965, S. 256; BFH v. 27.6.1978, VIII R 168/73, BStBl. II 1978, S. 674; BFH v. 7.10.1987, IX R 167/83, BStBl. II 1987, S. 322; BFH v. 17.10.1991, IV R 97/89, BStBl. II 1992, S. 392; BFH v. 31.1.1992, IX R 245/87, BStBl. II 1992, S. 890; BFH v. 22.3.1994, IX R 28/91 (NV), BFH/NV 1995, S. 16.

¹¹ Eine Verteilung nach Köpfen ist nach dem Gesetz nur für die OHG vorgesehen.

¹² Vgl. *Zimmermann*, in: *Die Personengesellschaft im Steuerrecht*, *Zimmermann/Hottmann/Hübner/Schaeberle/Volkman* (Hrsg.), S. 294.

¹³ Vgl. *Reiß*, *StuW* 1996, S. 246; *Trzaskalik*, in: *Kirchhoff/Söhn*, *EStG*, § 21, Rz. B 228.

¹⁴ Vgl. *Lange*, in: *Personengesellschaften im Steuerrecht*, *Lange/Grützner/Kußmann/Reiß* (Hrsg.), S. 274.

¹⁵ Vgl. *Lange*, in: *Personengesellschaften im Steuerrecht*, *Lange/Grützner/Kußmann/Reiß* (Hrsg.), S. 274.

sie ihren Grund im Gemeinschaftsverhältnis hat.¹⁶ Denn handelsrechtlich können die Gesellschafter einer Personengesellschaft aufgrund der bestehenden Vertragsfreiheit den Gewinn beliebig untereinander verteilen.¹⁷ Mit Vorabvergütungen können besondere Leistungen und Fähigkeiten, die einzelne Gesellschafter im Dienste der Gesellschaft erbringen, berücksichtigt werden. In Ermangelung einer anderslautenden steuerrechtlichen Regelung ist die gesellschaftsvertragliche Regelung auch für Zwecke der Einkommensteuer maßgeblich.¹⁸ Dabei gilt die Vermutung, daß bei Personengesellschaften die Gewinnanteile den Gesellschafterbeiträgen entsprechen, da die Vereinbarung hierüber in einem Vertrag (Gesellschaftsvertrag) zwischen Fremden Dritten zustande gekommen ist.¹⁹ Die Bedingungen, unter den sie sich zusammenschließen sind im natürlichen Interessengegensatz ausgehandelt worden.²⁰ Voraussetzung für die steuerliche Anerkennung ist lediglich die tatsächliche Durchführung. Somit kann festgestellt werden, daß eine von den Beteiligungsverhältnissen der Fondsgesellschaft abweichende Gewinnverteilung grundsätzlich zulässig ist, da der Vorabgewinn im Gesellschaftsverhältnis begründet ist.²¹

Auch die Stellung des Sponsors innerhalb der Gesellschaft kann keine Einschränkung für die Zulässigkeit einer abweichenden Gewinnverteilung bewirken. Zwar sind die Empfänger des Carried Interest regelmäßig nur mit einem Bruchteil an der Gesellschaft beteiligt und erhalten einen überproportionalen Anteil am Gesellschaftsergebnis als Vorabgewinn zugewiesen. Dabei stellt sich aber nicht die Frage der Angemessenheit, wenn die Gesellschafter untereinander diese Verteilung aufgrund entsprechender Gesellschafterbeiträge vereinbart

¹⁶ Vgl. *Stuhrmann*, in: *Blümich*, EStG, § 21, Rz. 23.

¹⁷ Vgl. BFH v. 15.11.1967, IV R 139/67, BStBl. II 1968, S. 152.

¹⁸ Vgl. BFH v. 22.5.1990, VIII R 41/87, HFR 1990, S. 24.

¹⁹ Vgl. BFH v. 29.5.1972, GrS 4/71, BStBl. II 1973, S. 5; BFH v. 15.11.1967, IV R 139/67, BStBl. II 1968, S. 152.

²⁰ Vgl. BFH v. 15.11.1967, IV R 139/67, BStBl. II 1968, S. 152.

²¹ Vgl. *Stuhrmann*, in: *Blümich*, EStG, § 21, Rz. 23.

haben. Wenn der Sponsor gegenüber dem Fonds einen Gesellschafterbeitrag zur Erlangung eines gemeinsamen Zieles erbringt, ist er aufgrund seiner Gesellschafterstellung dem Grunde nach auch berechtigt, einen auf gesellschaftsrechtlicher Basis zu erfolgenden Ausgleich in Form des Carried Interest zu erhalten.

Ähnliches ergibt sich auch aus dem Urteil des BFH v. 25.7.1963²². Dabei maß der entscheidende Senat der geschäftsführenden Tätigkeit eines persönlich haftenden Gesellschafters einer KG die maßgebliche Bedeutung für Entwicklung des Unternehmens zu, während die Kapitaleinlage der übrigen Kommanditisten eine nur untergeordnete Bedeutung zukommen sollte.²³ Dies wird auch durch einen Beschluß des Großen Senats gestützt, bei dem frühere Aufbauleistungen als maßgeblicher Gewinnverteilungsfaktor bezeichnet wurden.²⁴ In Hinblick auf das bei Private Equity Fonds an Minderheitsgesellschafter gezahlte Carried Interest dürfte sich daher nichts anderes ergeben, da der Gewinnvorab eine Vergütung für den Einsatz des Gesellschafters im Sinne des Gesellschaftszweckes darstellt. Diese könnte z.B. in der Auswahl geeigneter Portfoliobeteiligungen oder aber der Zugang zu Exitmöglichkeiten sein. Da der Gewinn – und damit auch der Erfolg der Gesellschaft – in überwiegenden Maße von Veräußerungsgewinnen abhängig ist, kann in diesen Funktionen des Sponsors auch der entsprechende Beitrag zum Gesellschaftszweck gesehen werden.

Trotz einer abweichenden Gewinnverteilung ist die Qualifikation der Einkünfte auf der Gesellschaftsebene für alle Gesellschafter einheitlich vorzunehmen. Eine abweichende Behandlung des Carried Interest ergibt sich nicht allein aus dem Umstand, daß es sich hierbei um einen finanziellen Ausgleich für einen Gesellschafterbeitrag handelt.

²² BFH v. 25.7.1963, IV 421/62 U, BStBl. III 1964, S. 3.

²³ Vgl. auch *Lange*, in: Personengesellschaften im Steuerrecht, *Lange/Grützner/Kußmann/Reiß* (Hrsg.), S. 277.

²⁴ Vgl. BFH v. 29.5.1972, GrS 4/71, BStBl. II 1973, S. 5; gl. A. *Flume*, DB 1973, S. 787, der es als grundsätzlich unrichtig ansieht, bei der Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft dem Kapitalanteil den Vorrang vor dem Gewinnanteil zu geben.

3. Einkünfte aus einer vermögensverwaltenden Gesellschaft

Eine vermögensverwaltende Personengesellschaft ist lediglich Subjekt bei der Einkommensermittlung. Die Einkünfte der gemeinschaftlichen Betätigung werden auf Ebene der Gesellschaft qualifiziert und erst nach der Zurechnung auf die einzelnen Gesellschafter bei diesen besteuert. Dies hat der BFH ausdrücklich nicht nur für gewerbliche Mitunternehmensschaften sondern auch für nur vermögensverwaltend tätige Personengesellschaften festgestellt.²⁵ Die Zurechnung erfolgt nach dem Gewinnverteilungsschlüssel im Gesellschaftsvertrag. Dabei sind auch abweichende Gewinnverteilungsabreden – wie bei der Zuweisung eines überproportionalen Gewinnanteils – grundsätzlich zulässig, wenn sie ihren Grund im Gesellschaftsverhältnis haben.²⁶ Die Gesellschafter erzielen somit Einkünfte aus der Gesellschaft. Diese sind der selben Einkunftsart beim Gesellschafter zuzuordnen, da nicht er, sondern die Gesellschaft den Einkünftebestand verwirklicht hat. In Bezug auf die identische Einkünftequalifikation sind jedoch zwei Ausnahmen denkbar. Zum einen könnten Einkünfte beim Gesellschafter einer anderen Einkunftsart zuzuordnen sein, wenn er sie für besondere Dienste, die er der Fondsgesellschaft gegenüber in Form z.B. einer Dienstleistung oder einer selbständigen Tätigkeit als Vermögensverwalter erbringt. Dabei ist zu klären, ob die Voraussetzungen für eine Umqualifizierung durch die Leistungen des Sponsors erfüllt werden und ob die Einkünfte einer anderen Einkunftsart zuzuordnen sind. Zum anderen könnten die Einkünfte – darin eingeschlossen das Carried Interest – die der Sponsor aus der Fondsgesellschaft erzielt, solche aus Gewerbebetrieb sein. Dies wäre der Fall, wenn die Beteiligung an der Fondsgesellschaft einem Betriebsvermögen des Gesellschafters zugeordnet würde. Dabei ist zu

²⁵ Vgl. BFH v. 25.6.1984, GrS 4/82, BStBl. II 1984, S. 751. Dem folgendend BFH v. 19.8.1986, IX S 5/83, BStBl. II 1987, S. 212. Vgl. auch BMF v. 29.4.1994, IV B 2 – S 2241 – 9/94, BStBl. I 1994, S. 282, Tz. 2.

²⁶ Vgl. auch *Mellinghoff*, in: *Kirchhoff*, EStG, § 21, Rz. 48.

prüfen, ob durch die Tätigkeit des Sponsors eine solche Zuordnung begründet werden kann und unter welchen Voraussetzungen dies geschieht.

3.1. Betriebliche Beteiligung

Wenn die Beteiligung an der Fondsgesellschaft beim Sponsor in einem Betriebsvermögen gehalten wird, muß für die Ermittlung ihrer Einkünfte durch die vermögensverwaltende Personengesellschaft („Zebragesellschaft“) durchgegriffen werden, soweit die Einkünfte einer Kapitalgesellschaft, die kraft Rechtsform nur gewerbliche Einkünfte erzielen kann, zuzurechnen sind.²⁷ Eine anteilige Umqualifizierung der Einkünfte aus der Fondsgesellschaft in gewerbliche Einkünfte auf der **Ebene des Gesellschafters** hat auch bei einer betrieblichen Beteiligung anderer Gewerbebetreibender zu erfolgen.²⁸

Jedoch sind nicht erst die ausgeschütteten Gewinne der vermögensverwaltenden Gesellschaft beim gewerblichen Gesellschafter zu erfassen.²⁹ Dem steht nach Auffassung des BFH³⁰ die in § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO 1977 und in § 2 Abs. 1 EStG zum Ausdruck kommende Entscheidung des Gesetzgebers entgegen, daß die anteiligen Einkünfte aus der Nutzung von Gesamthandseigentum dem Gesamthänder steuerlich unabhängig von einer „Ausschüttung“ zuzurechnen sind.³¹ Die Umqualifizierung Einkünfte des **gewerblichen** Gesellschafters hat daher grundsätzlich auf der Ebene der Gesellschaft zu erfolgen.³²

²⁷ Vgl. *Stoschek/Protzen*, FR 2001, S. 818.

²⁸ Vgl. BFH v. 25.6.1984, GrS 4/82, BStBl. II 1984, S. 751; BFH v. 7.2.1985, IV R 31/83, BStBl. II 1985, S. 372. Siehe auch *Groh*, DB 1984, S. 2374, sowie *Schmidt*, in: *Schmidt*, EStG, § 15, Rz. 200, m.w.N.

²⁹ Vgl. *Knobbe-Keuk*, Bilanz- und Unternehmensteuerrecht, S. 535.

³⁰ Vgl. z.B. BFH v. 18.5.1995, IV R 125/92, BStBl. II 1996, S. 5.

³¹ Vgl. BFH v. 5.5.1981, VIII B 26/80, BStBl. II 1981, S. 574.

³² Vgl. BFH v. 18.5.1995, IV R 125/92, BStBl. II 1996, S. 5 sowie aus dem Schrifttum *Groh*, DB 1984, S. 2373; *Korn*, KÖSDI 1985, S. 6006; *Herrmann*, StuW 1989, S. 97; *Herzig/Kessler*, DB 1985, S. 2479; *Schulze-Osterloh*, DStZ 1985, S. 315; *Schmidt*, in: *Schmidt*, EStG§15, Rz. 200.

Die Finanzverwaltung ist demgegenüber der Auffassung, daß die Einkünfte aller Beteiligten grundsätzlich als Überschusseinkünfte ermittelt, qualifiziert und festgestellt werden und erst auf der Ebene der Gesellschafter ein Überschuß der Einnahmen über die Ausgaben zu ermitteln ist.³³ Dabei handelt es sich aber lediglich um eine verfahrensrechtliche Frage, die materiell-rechtliche Grundlage der Umqualifizierung der Einkünfte einer Zedergesellschaft ist unbestritten.³⁴

Im Ergebnis sind daher insbesondere Veräußerungsgewinne einem gewerblichen Gesellschafter anteilig so zuzurechnen, als ob sie in einem Betriebsvermögen erzielt worden wären. Da es sich bei den Überschüssen der Fondsgesellschaft überwiegend um Veräußerungsgewinne handelt, werden diese nur den Gesellschaftern zugewiesen, die eine Beteiligung an der Fondsgesellschaft in einem Betriebsvermögen halten. Obwohl bei den übrigen Gesellschaftern keine Veräußerungsgewinne zu versteuern sind,³⁵ müssen diese nach Maßgabe der §§ 4 Abs.1 und 5 Abs.1 EStG so errechnet werden, als gehörten die Beteiligungen, die die Fondsgesellschaft hält, anteilig zum Betriebsvermögen eines gewerblichen Gesellschafters. Diese Berechnung kann jedoch nicht individuell vom Gesellschafter durchgeführt werden; sie ist vielmehr von der Gesellschaft anzustellen und geht in die gesonderte Feststellung der Einkünfte ein.³⁶

3.2. Vergütungen für Tätigkeiten im Dienste der Gesellschaft

Neben der Umqualifizierung der Einkünfte für betrieblich beteiligte Gesellschafter könnte diese auch aufgrund der Art der Tätigkeit, für die der Gesellschafter das Carried Interest zugeteilt bekommt, erfolgen.

³³ Vgl. BFM v. 29.4.1994, BStBl. I. 1993, S. 282.

³⁴ Vgl. *Söffing*, DB 1998, S. 896; *Stoschek/Protzen*, FR 2001, S. 818.

³⁵ Insofern nicht in § 17 und 23 EStG kodifizierten Ausnahmen zum Tragen kommen.

³⁶ Vgl. BFH v. 11.7.1996, IV R 103/94, BStBl. II 1997, S. 39.

Eine Umqualifizierung der Einkünfte des Gesellschafters einer vermögensverwaltenden Gesellschaft kann erfolgen, wenn die Tätigkeit des Sponsors nicht als Gesellschafterbeitrag zu werten ist, sondern dieser vielmehr der Gesellschaft gegenüber eine entgeltliche Dienstleistung erbringt. Damit würde der Sponsor das Carried Interest als Entgelt für eine Tätigkeit im Rahmen eines Leistungsaustauschverhältnisses erhalten. Die Grundlage dafür ist, daß der Personengesellschaft einkommensteuerlich zumindest eine teilweise Subjektfähigkeit zugestanden bekommen wird.³⁷ Somit werden Leistungsbeziehungen zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft grundsätzlich steuerlich anerkannt. Voraussetzung für eine Umqualifizierung ist aber, daß es sich um einen schuldrechtlichen Leistungsaustausch handelt für den ein besonderes Entgelt in Form einer **Sondervergütung** vereinbart wird. Dabei müssen die Einkünfte, die der Gesellschafter mit diesen Sondervergütungen erzielt, nicht automatisch gleichartig mit den Einkünfte aus der Gesellschaft qualifiziert werden. Eine dem § 15 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 EStG entsprechende Norm für die Behandlungen für Vergütungen im Dienste der Gesellschaft gibt es bei vermögensverwaltenden Personengesellschaften jedoch nicht.³⁸ Bei Mitunternehmerschaften werden Austauschbeziehungen zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter ebenfalls dem Grunde nach anerkannt, jedoch werden die Leistungen, die im Dienste der Gesellschaft erfolgen und für die eine Sondervergütung gezahlt wird, zwingend als Einkünfte aus Gewerbebetrieb erfaßt. Begründet wird dies mit einem Gleichstellung von Einzelunternehmer und Mitunternehmerschaft, da der Einzelunternehmer seine eigenen Arbeitskraft nicht als Werbungskosten geltend machen kann. Die Tätigkeitsvergütung

³⁷ Vgl. BFH v. 25.6.1984, GrS 4/82, BStBl. II 1984, S. 751.

³⁸ Vgl. Korn, KÖSDI 1985, S. 6008; BFH v. 18.11.1980, VIII R 194/78, BStBl. II 1981, S. 510; BFH v. 13.10.1998, VIII R 4/98, BStBl. II 1999, S. 284; auch keine abstrakte Herleitung Lorenz, DStR 2001, S. 823; a.A. Schulte, FR 1980, S. 344.

mindert das Gesamtergebnis der Mitunternehmerschaft nicht sondern führen beim Mitunternehmer zu Sonderbetriebseinnahmen.³⁹

Da § 15 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 EStG nicht auf die Überschusseinkünfte anzuwenden ist,⁴⁰ können Sondervergütungen eigenständig die Erfüllung eines Einkünftebestandes des § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 7 EStG bewirken und sind häufig keine Einkünfte aus privater Vermögensverwaltung mehr. Davon abzugrenzen sind Vorabgewinne, die dem Gesellschafter als Ausgleich für einen Gesellschafterbeitrag aus dem Gewinn zu zahlen und die ein Bestandteil seiner Einkünfte aus der Gesellschaft sind, da sie ihren Grund im Gesellschaftsverhältnis haben.⁴¹ Sie können daher nur Einkünfte aus §§ 20, 21 EStG sein. Es muß mithin zwischen gesellschaftsrechtlichen Gewinnvorab und einer Sondervergütung aus schuldrechtlichen Leistungsbeziehungen differenziert werden.⁴² Es stellt sich deshalb die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein besonderes Entgelt für die Geschäftsführung durch einen Gesellschafter nur einen Ausgleich für einen Gesellschafterbeitrag darstellt oder wann demgegenüber eine Sondervergütung vorliegt.

3.2.1. Sondervergütung oder Gewinnvorab

Eine **Sondervergütung** liegt vor, wenn ein Entgelt für einen schuldrechtlichen Leistungsaustausch gewährt wird.⁴³ Nach der Rechtsprechung des BFH kann diese Vereinbarung auch im Rahmen eines Gesellschaftsvertrages getroffen werden. Eine Behandlung als Sondervergütung erfolgt dann, wenn die Vergütung auf der Ebene der Gesellschaft Aufwand sein soll und insbesondere auch dann zu zahlen

³⁹ Vgl. *Schmidt*, in: *Schmidt*, EStG, § 15, Rz. 440.

⁴⁰ Vgl. BFH v. 7.4.1987, IX R 103/85, BStBl. II 1987, S. 707.

⁴¹ Vgl. *Mellinghoff*, in: *Kirchhoff*, EStG, § 21, Rz. 48; *Trzaskalik*, in: *Kirchhoff/Söhn*, EStG, § 21, Rz. B 213; BFH v. 27.6.1978, VIII R 168/73, BStBl. II 1978, S. 674; BFH v. 18.11.1980, VIII R 194/78, BStBl. II 1981, S. 510; BFH v. 7.4.1987, IX R 103/85, BStBl. II 1987, S. 707; BFH v. 7.10.1987, IX R 167/83, BStBl. II 1987, S. 322.

⁴² Vgl. *Trzaskalik*, in: *Kirchhoff/Söhn*, EStG, § 21, Rz. 229; BFH v. 7.4.1987, IX R 103/85, BStBl. II 1987, S. 707.

ist, wenn kein Gewinn erwirtschaftet wird.⁴⁴ Entgeltlichkeit im Sinne einer Sondervergütung, die bei der Gesellschaft zu Werbungskosten führt, liegt auch bei Leistungen vor, die auf der Grundlage z.B. eines Arbeitsvertrages oder Verwaltervertrages zu Bedingungen abgeschlossen werden, wie sie auch zwischen fremden Dritte vorstellbar wären.⁴⁵ Wenn keine auf die Behandlung der Vergütungen als Aufwand gerichtete unmißverständliche Vereinbarung getroffen wird, so ist im Zweifel von einer **Gewinnverteilungsabrede** auszugehen, die beim Gesellschafter zu vermögensverwaltenden Einkünften aus der Gesellschaft i.S.d. §§ 20,21 EStG führt.⁴⁶ Grundlage für diese Vergütung ist ausschließlich das **Gesellschaftsverhältnis**.

Ein Ergebnisvorab ist auch nicht deshalb in eine Sondervergütung umzuqualifizieren, weil es als Anteil einer festen Bezugsgröße wie der Kapitaleinlage des betreffenden Gesellschafters oder aller Gesellschafter berechnet wird.⁴⁷ Zusätzlich müssen noch weitere Indizien hinzutreten, damit es sich um Aufwand für die Gesellschaft handelt.⁴⁸ Die tatsächliche Behandlung durch die Gesellschaft kann z.B. ein solches Indiz sein.⁴⁹ Es liegt aber nicht – wie das Urteil des BFH v. 13.7.1993 verstanden werden könnte⁵⁰ – immer ein Gewinnvorab vor, wenn ein Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag gegen ein Entgelt oder gegen Ersatz seiner Aufwendungen zur Geschäftsführung verpflichtet ist.⁵¹ Vielmehr liegt ein Gewinnvorab nur dann vor, wenn er im Gesellschaftsvertrag vereinbart oder im Zweifel als vereinbart

⁴³ Vgl. *Stützel*, DStR 1996, S. 1596.

⁴⁴ Vgl. BFH v. 10.11.1980, GrS 1/79, BStBl. II 1981, S. 164; BFH v. 14.11.1985, IV R 63/83, BStBl. II 1986, S. 58; BFH v. 13.10.1998, VIII R 4/98, BStBl. II 1999, S. 284; bestätigt von BFH v. 23.1.2001, VIII R 30/99, BFH/NV 2001, S. 827.

⁴⁵ Vgl. *Korn*, KÖSDI 1985, S. 6009.

⁴⁶ Vgl. BFH v. 23.1.2001, VIII R 30/99, BFH/NV 2001, S. 827.

⁴⁷ Vgl. *Tulloch/Wellisch*, DStR 1999, S. 1094.

⁴⁸ Vgl. BFH v. 13.10.1998, VIII R 4/98, BStBl. II 1999, S. 284.

⁴⁹ Vgl. BFH v. 18.11.1980, VIII R 194/78, BStBl. II 1981, S. 510; *Korn*, KÖSDI 1985, S. 6009.

⁵⁰ Krit. *Schmidt*, Anm. zu BFH v. 13.7.1993, VIII R 50/92, FR 1994, S. 193.

⁵¹ Vgl. Anm. *HG*, zu BFH v. 13.10.1998, VIII R 4/98, BStBl. II 1999, S. 284, DStR 1999, S. 105; a.A. *Hesselmann/Tillmann*, Handbuch der GmbH & Co. KG, Tz. 945, 946.

anzusehen ist.⁵² Entscheidend ist nach den tatsächlichen Verhältnissen, inwieweit der Gesellschafter seine Vergütung „aus“ dem Ertragsanteil der übrigen Gesellschafter erhält.⁵³ Bei der Abgrenzung eines unentgeltlichen Gesellschafterbeitrags (Ergebnisvorab) von einem schuldrechtlichen Leistungsaustausch (Sondervergütung) ist bei vermögensverwaltenden Personengesellschaften dem „vom BFH⁵⁴ entwickelten Kriterium der Aufwandbehandlung der Leistung im Gesellschaftsvertrag ein besonderes Gewicht“⁵⁵ zuzumessen.⁵⁶ Mit einer schuldrechtlichen Vereinbarung geht dabei die Entgeltlichkeit der Tätigkeit einher,⁵⁷ die erst zu Werbungskosten bei der Gesellschaft führt.

3.2.2. Ansatzwahlrecht

Wenn bei vermögensverwaltenden Personengesellschaften solche Leistungsentgelte für Tätigkeiten nicht zwingend als Sondervergütungen qualifiziert werden können, könnte die Gesellschaft möglicherweise entscheiden, in welcher Form sie den Gesellschaftern einen Ausgleich für ihre Tätigkeiten z.B. als Geschäftsführer oder Vermögensverwalter zukommen läßt. *Korn* liest aus der Entscheidung des BFH v. 20.11.1980⁵⁸ ein dahingehendes Gestaltungswahlrecht für die Gesellschafter von vermögensverwaltenden Personengesellschaften heraus. Demnach können sie – in Bezug auf Vergütungen im Dienste der Gesellschaft – entscheiden zwischen:

⁵² Vgl. Anm. *HG*, zu BFH v. 13.10.1998, VIII R 4/98, BStBl. II 1999, S. 284, DStR 1999, S. 105 m.w.N. aus der zivilrechtlichen Rechtsprechung.

⁵³ Sehr weit in diesem Zusammenhang geht BFH v. 18.11.1980, VIII R 194/78, BStBl. II 1981, S. 510.

⁵⁴ Vgl. BFH v. 13.10.1998, VIII R 4/98, BStBl. II 1999, S. 284.

⁵⁵ *Tulloch/Wellisch*, DStR 1999, S. 1095.

⁵⁶ Vgl. auch BFH v. 7.4.1987, IX R 103/85, BStBl. II 1987, S. 707, a.A. *Lothmann*, BB 1986, S. 2101, der darauf abstellt, welche Leistung für die Vergütung ursächlich ist. Dabei wird m.E. außer Acht gelassen, daß Gesellschafterbeiträge kein Leistungsverhältnis darstellen müssen.

⁵⁷ Vgl. *Schmidt-Liebig*, FR 1982, S. 557.

⁵⁸ Vgl. BFH v. 18.11.1980, VIII R 194/78, BStBl. II 1981, S. 510.

- einer Sondervergütung auf der Grundlage eines schuldrechtlichen Leistungsaustausches, die zu Werbungskosten der Gesellschaft und eigenen Einkünften des Gesellschafters führt; und
- einer unentgeltlichen Leistung auf gesellschaftsvertraglicher Basis, für die der Gesellschafter im Rahmen einer Modifikation der Ergebnisverteilung der Gesellschaft einen finanziellen Ausgleich erhält.

Dem ist im Grundsatz zuzustimmen. Ebenso führt *Groh*⁵⁹ aus:

„Der Gesellschafter einer Grundstücksgesellschaft, der seiner Gesellschaft [...] Dienste leistet, kann einverständlich mit dieser entscheiden, ob er es im Rahmens eines **Gesellschafterbeitrages** oder aufgrund eines **Austauschvertrages** tun will; davon hängt ab, ob ihm der Gegenwert in den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung (unter Abzug von Sonderwerbungskosten) [...] oder unselbständiger Arbeit zufließt.“

Eine steuerliche Erfassung hängt somit letztendlich von der Ausgestaltung des Beziehungen der Gesellschafter untereinander und miteinander ab. Dieser Entscheidung, die letztendlich auch Ausfluß der zivilrechtlichen Vertragsfreiheit ist, hat auch das Steuerrecht zu folgen. Der Anspruch auf eine als Sonderbetriebseinnahme zu erfassende Vergütung für Tätigkeiten im Dienste der Gesellschaft muß dabei nicht in einem besonderen Dienstvertrag vereinbart sein, sondern er kann sich auch nur aus dem Gesellschaftsvertrag ergeben.⁶⁰

⁵⁹ *Groh*, Die nichtgewerblich tätige Personengesellschaft, in: JbFStR 1979/80,1980, S. 240.

Allerdings wurde einschränkend in der Literatur angemerkt, daß möglicherweise die Entscheidung für die Zahlung eines Gewinnvorabs auf der Grundlage einer gesellschaftsrechtlichen Leistung ausscheiden könnte, wenn der das Gewinnvorab erhaltende Gesellschafter lediglich eine untergeordnete Stellung in der Gesellschaft inne hat.⁶¹ Danach soll der Gesellschaft dann das Wahlrecht zwischen einer Vergütung auf der Grundlage eines entgeltlichen Leistungsaustausches und einem rein gesellschaftsrechtlicher Gewinnvorab verwehrt sein, da ein Minderheitsgesellschafter der Gesellschaft wie einem fremden Dritten gegenüber steht und somit auch die Tätigkeit für die Gesellschaft den Charakter einer Leistungserbringung gegenüber einem fremden Dritten hat. Ein Minderheitsgesellschafter soll daher keine Einkünfte „aus dem Ertragsanteil“ beziehen können, sondern Einkünfte nach Art seiner Tätigkeit beziehen. Dem ist m.E. nicht zuzustimmen. Denn als Konsequenz müßte man die Leistungen eines Gesellschafters sodann in solche Leistungen aufspalten, die ihre Ursache tatsächlich im Gesellschaftsverhältnis haben und in solche, die eine Dienstleistung auch gegenüber fremden Dritten darstellen **könnten**. Dies entspricht aber nicht der ständigen Rechtsprechung des BFH zur Eigenständigkeit der Personengesellschaft als Subjekt der Einkünftequalifikation.⁶² Nach Aufgabe der Bilanzbündeltheorie führen die einzelnen Gesellschafter gerade keine eigenen Bilanzen (Bilanzbündeltheorie), sondern sie werden in ihrer Verbundenheit als Gesamthand tätig (Einheitstheorie). Daher handelt auch ein nur mit geringer Quote am Vermögen der Gesellschaft beteiligter Gesellschafter **durch** diese und kann daher auch Leistungen als Gesellschafterbeitrag unentgeltlich erbringen und einen finanziellen Ausgleich durch einen Bevorzugung bei der Gewinnverteilung erhalten.

⁶⁰ Vgl. BFH v. 14.11.1985, IV R 63/83, BStBl. II 1986, S. 58; BFH v. 7.4.1987, IX R 103/85, BStBl. II 1987, S. 707; BFH v. 23.1.2001, VIII R 30/99, BFH/NV 2001, S. 827.

⁶¹ Vgl. *Schmidt-Liebig*, FR 1982, S. 557.

⁶² Vgl. nur BFH v. 25.6.1984, GrS 4/82, BStBl. II 1984, S. 751.

3.3. Zwischenergebnis

Grundsätzlich erzielen Gesellschafter im Rahmen der Gewinnverteilung aufgrund ihrer Beteiligung keine eigenen Einkünfte, sondern erhalten lediglich einen Anteil an den Einkünften der Gesellschaft. Die Qualifikation richtet sich daher nach der Art der Tätigkeit der Gesellschaft.

Eigene Einkünfte des Gesellschafters können lediglich daraus resultierend, daß ein Gesellschafter auf der Grundlage eines schuldrechtlichen Vertrages Leistungen an die Gesellschaft erbringt und dafür ein Entgelt erhält. Davon abzugrenzen sind allerdings solche Leistungen, die im Rahmen des Gesellschaftsverhältnisses als Gesellschafterbeitrag erbracht werden. Wird dem Gesellschafter für diese Tätigkeiten ein finanzieller Ausgleich gewährt, so liegt dieser außerhalb eines Leistungsaustausches. In Bezug auf die Entlohnung ihres Sponsors können als Personengesellschaft strukturierte Private Equity Fonds entscheiden, ob die Beratung durch den Sponsor als Dienstleistung vergütet wird und somit als Werbungskosten bei der Gesellschaft zu behandeln ist oder aber der in der Gesellschaft tätige Gesellschafter im Rahmen der Gewinnverteilung bevorzugt zu behandeln ist. Die Gewährung des Carried Interest könnte ein erfolgneutraler Vorgang im Rahmen der Gewinnverteilung sein. Deshalb ist bei der folgenden Betrachtung des Sponsors zu unterscheiden, ob seine Vergütung eine Sondervergütung ist oder aber nur einen Ausgleich für einen Gesellschafterbeitrag, also ein Ergebnisvorab, darstellt.

II. Behandlung der Gewinnanteile des Sponsors

1. Natürliche Person als Sponsor

1.1. Qualifikation der Einkünfte

Für die Tätigkeit des Sponsors ist nach den oben dargestellten Grundsätzen zu prüfen, ob das Carried Interest auf Ebene der Gesellschaft eine Sondervergütungen an den Gesellschafter oder aber ein Gewinnvorab darstellt. Würde es sich um ein Gewinnvorab handeln, so erzielt der Sponsor mit dem Carried Interest ebenfalls qualitativ Einkünfte aus Vermögensverwaltung, die gemeinsam mit den anderen Einkünften aus der Gesellschaft im Rahmen der einheitlichen und gesonderten Feststellung erfaßt werden.⁶³ Eine persönliche Berücksichtigung von eigenen Einkünften anderer Art des Sponsors hätte jedoch zu erfolgen, wenn durch das Carried Interest eine Sondervergütung der Gesellschaft an den Gesellschafter gezahlt wird.

1.1.1. Eigene Einkünfte

a) Einkünfte aufgrund einer Sondervergütung

Einkünfte anderer Art des Sponsors der Fondsgesellschaft kommen nur in Betracht, wenn dessen Tätigkeit ein schuldrechtlicher Leistungsaustausch zu Grunde liegt. In diesem Falle müßten beim Gesellschafter die Merkmale einer anderen Einkunftsart des § 2 Abs. 1 EStG erfüllt sein. Eine Umqualifizierung der Einkünfte aus der Gesellschaft könnte sich nur ergeben, wenn die Tätigkeit des Gesellschafters im Dienste der Gesellschaft nicht der Gesellschaft, sondern dem Gesellschafter wie eine eigene Tätigkeit zuzuordnen wäre. Diesbezüglich führt der BFH in seinem Urteil I R 301/83⁶⁴ aus:

⁶³ Vgl. *Schmidt-Liebig*, FR 1982, S. 553.

⁶⁴ Vgl. BFH v. 10.6.1987, I R 301/83, BStBl. II 1987, S. 816.

„Führt der Gesellschafter nur die Geschäfte der Personengesellschaft nach der Art eines leitenden Angestellten, so wird er auf Rechnung und Gefahr der Personengesellschaft tätig. Diese trägt das unmittelbare Erfolgsrisiko der Tätigkeit, auch wenn der Gesellschafter über seinen Gewinnanteil am Erfolg oder Mißerfolg der Gesellschaft teilnehmen sollte. Die Tätigkeit des Gesellschafters ist in diesem Fall eine unselbständige, die für sich genommen nicht unter § 1 GewStDV fällt. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn der Gesellschafter gleichzeitig die Geschäfte mehrerer Gesellschaften führt. Erbringt dagegen der Gesellschafter Leistungen an die Personengesellschaft nach Art eines selbständigen gewerblichen Unternehmers, so ist insoweit er und nicht die Personengesellschaft i.S. des § 1 GewStDV gewerblich tätig. Wesentliches Unterscheidungsmerkmal ist, ob dem Gesellschafter jede einzelne Leistung marktgerecht vergütet wird oder ob er nur eine allgemeine Tätigkeitsvergütung nach Art eines Gehalts bzw. seinen Gewinnanteil als ‚Vergütung‘ erhält.“

Stellt der Beitrag des Sponsors eine Dienstleistung i.S. einer „Tätigkeit“ dar, so könnte diese Grundlage einer Umqualifizierung der Einkünfte aus der Gesellschaft in eigene Einkünfte des Sponsors sein. Er könnte aus seiner Tätigkeit dann möglicherweise Einkünfte aus einer gewerblichen Tätigkeit, aus als einer selbständigen Tätigkeit oder aus einem Arbeitsverhältnis, das zu Einkünften aus § 19 EStG führt, erzielen.

i) Leistungen nach Art eines gewerblichen Unternehmers

Falls durch die Tätigkeit des Sponsors für die Gesellschaft ein Gewerbebetrieb begründet werden soll, so muß sie die Tatbestandsmerkmale des § 15 Abs. 2 EStG erfüllen. Es müßte sich also bei der für die Fondsgesellschaft ausgeübten Tätigkeit um eine

selbständige, nachhaltige Tätigkeit handeln, die mit der Absicht Gewinn zu erzielen unter Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr unternommen wird. Es darf sich darüber hinaus nicht um eine selbständige Tätigkeit i.S.v. § 18 EStG handeln.

Bei einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft sind regelmäßig die Positivmerkmale des Gewerbebetriebs erfüllt.⁶⁵ Daher nimmt die **Fondsgesellschaft** selbständig, nachhaltig und mit Gewinnerzielungsabsicht am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teil.⁶⁶ Diese Merkmale können jedoch nicht einem Gesellschafter i.S. einer eigenen Tätigkeit zugerechnet werden, wenn dieser als Organ der Gesellschaft tätig wird. Obwohl z.B. der Geschäftsführer einer Personengesellschaft selbständig tätig wird, so ist diese Selbständigkeit nur Ausfluß seiner gesellschaftsrechtlichen Stellung als Geschäftsführer und nicht seiner persönlichen Tätigkeit. Dies hat auch der BFH in seinem Urteil v. 10.6.1987⁶⁷ bestätigt. In dieser Entscheidung wird ausgeführt: „Die bloße Geschäftsführung einer KG ist regelmäßig eine nichtselbständige Tätigkeit und erlaubt ebenfalls keinen Rückschluß auf die Annahme einer gewerblichen Tätigkeit des Gesellschafters“. Der Bezug auf eine nichtselbständige Tätigkeit muß sich m.E. auf das Tatbestandsmerkmal der Selbständigkeit i.S.v. § 15 Abs. 2 EStG beziehen, da der geschäftsführende Gesellschafter einer Personengesellschaft keine Einkünfte aus einer nichtselbständigen Tätigkeit i.S.v. § 19 EStG erzielen kann.⁶⁸ Selbständig i.S.v. § 15 Abs. 2 EStG handelt nur, wer auf eigene Rechnung und eigene Gefahr tätig wird.⁶⁹ Der Sponsor wird aber nur auf Rechnung und für Gefahr der Fondsgesellschaft tätig und kann somit durch in seiner Funktion als Sponsor keinen eigenen Gewerbebetrieb begründen.

⁶⁵ Vgl. BFH v. 25.6.1984, GrS 4/82, BStBl. II 1984, S. 751.

⁶⁶ Wobei sie allerdings nicht den Rahmen der privaten Vermögensgesellschaft überschreitet, vgl. *Stoschek/Protzen*, FR 2001, S. 823.

⁶⁷ BFH v. 10.6.1987, I R 301/83, BStBl. II 1987, S. 816.

⁶⁸ Vgl. dazu im folgenden Abschnitt B.II.1.1.1.a)iii), S. 132 ff.

⁶⁹ Vgl. *Weber-Grellet*, in: *Schmidt*, EStG, § 15, Rz. 11.

Ferner beteiligt sich der Sponsor nicht am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr, wenn er für die Fondsgesellschaft tätig wird. Zwar genügt zur Teilnahme nach der ständigen Rechtsprechung des BFH bereits ein „Kunde“ bzw. die Bereitschaft, an jeden zu verkaufen, der die Kaufbedingungen erfüllt.⁷⁰ Diese ist aber nur gegeben, wenn eine Tätigkeit am Markt gegen Entgelt angeboten wird und zwischen den beiden Parteien ein Leistungsaustausch stattfindet.⁷¹ Durch das Merkmal der Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr sollen also solche „Tätigkeiten ausgeklammert [werden], die von Gewinnabsicht getragen, aber nicht auf einem Leistungs- oder Güteraustausch gerichtet sind“⁷². Die Tätigkeit des Sponsors ist jedoch nicht auf Leistungsaustausch sondern auf Leistungsvereinigung auf der Grundlage seiner Stellung als Gesellschafter gerichtet, so daß der Sponsor aufgrund fehlender Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr keinen eigenen Gewerbebetrieb begründen kann.

Ein Gewerbebetrieb würde auch nicht dadurch begründet, wenn der Sponsor bei mehreren Fondsgesellschaften die Geschäftsführung übernimmt. Die Rechtsprechung hat bislang verneint, einem Steuerpflichtigen bereits aufgrund der Stellung eines „Berufskomplementärs“ gewerbliche Einkünfte zuzurechnen.⁷³ Dabei hatte sich der Komplementär bei sechs vermögensverwaltenden Personengesellschaften sowohl Haftung als auch Geschäftsleitung übernommen. Für diese Tätigkeit erhielt der Komplementär ein Gewinnvorab. Mit seiner Tätigkeit als Sponsor auch bei mehreren Gesellschaften würde der Gesellschafter nur dann einen Gewerbebetrieb, der zur Umqualifizierung seiner Einkünfte führen würde, begründen, wenn er an die Personengesellschaft Leistungen

⁷⁰ Vgl. BFH v. 12.7.1991, III R 47/88, BStBl. II 1992, S. 143; BFH v. 13.12.1995, XI R 42-45/89, BStBl. II 1996, S. 232; BFH v. 29.10.1998, XI R 80/97, BStBl. II 1999, S. 448; BFH v. 6.2.1997, III B 122/94, BFH/NV 1997, S. 477.

⁷¹ Vgl. BFH v. 19.2.1997, XI R 1/96, BStBl. II 1999, S. 399; *Weber-Grellet*, in: *Schmidt*, EStG, § 15, Rz. 20 m.w.N.

⁷² BFH v. 19.2.1997, XI R 1/96, BStBl. II 1999, S. 399.

⁷³ Vgl. BFH v. 10.6.1987, I R 301/83, BStBl. II 1987, S. 816.

nach Art eines selbständigen Unternehmers erbringt. Dies ist nur der Fall, wenn dem Gesellschafter jede Leistung marktgerecht vergütet wird und er nicht nur einen Gewinnanteil als allgemeine Tätigkeitsvergütung erhält.⁷⁴ In dem Falle, daß der Sponsor den Carried Interest als Gewinnvorab erhält, begründet er also – auch er diese Funktion bei weiteren vermögensverwaltenden Personengesellschaften erfüllt – durch den Bezug des Carried Interest keinen Gewerbebetrieb, da ihm seine Leistungen nicht marktgerecht in Form eines Dienstleistungsentgelts, das auch im Nichterfolgsfalle zu zahlen wäre,⁷⁵ vergütet werden. Eine Umqualifizierung könnte höchstens erfolgen, wenn der Sponsor sich Serviceleistungen bei der Fondsgesellschaft auf Basis eines schuldrechtlichen Vertrages vergüten lassen würde. Dabei könnte es sich um Verwaltungsleistungen handeln, die über den Rahmen seiner im Rahmen des Gesellschaftsvertrages vorgesehenen Funktion als Sponsor hinausgehen.⁷⁶ Dies würde aber nur für den Fall gelten, in dem der Leistungsaustausch direkt vom Gesellschafter mit der Fondsgesellschaft begründet würde. Dem steht entgegen, daß die eigentliche Verwaltung des Fonds nicht vom Sponsor sondern von einer Managementgesellschaft gegen eine marktübliche Management Fee i.H.v. 2 v.H. des gezeichneten Kapitals gewährt wird.⁷⁷ Daraus kann *constrario* geschlossen werden, daß sich die Tätigkeit des Sponsors sich auf seine Stellung als Gesellschafter beschränkt, da alle weitergehenden Dienstleistungen von einer Management-Gesellschaft auf Basis eines Dienstvertrages übernommen werden. Mit dem Carried

⁷⁴ Vgl. BFH v. 10.6.1987, I R 301/83, BStBl. II 1987, S. 816.

⁷⁵ Vgl. dazu auch die Ausführungen zur Qualität des Honorars für eine selbständige Tätigkeit im folgenden Abschnitt.

⁷⁶ Vgl. *Schmidt-Liebig*, FR 1982, S. 557, wonach diese Tätigkeiten zu eigenen Einkünften des Gesellschafters führen sollen. Demgegenüber aber BFH v. 7.10.1987, IX R 167/83, BStBl. II 1987, S. 322, hier zählte ein Gewinnvorab für einen Gesellschafter, der die Verwaltung eines Hauses im Gemeinschaftseigentum übernommen hatte, zu den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung. Es handelte sich dabei nicht um ein Dienstleistungsentgelt in Form einer Sondervergütung, sondern der BFH sah als Grundlage des Vorabs das Gesellschaftsverhältnis an.

⁷⁷ Vgl. z.B. *Weitnauer*, FB 2001, S. 271 m.w.N..

Interest soll – auf gesellschaftsvertraglicher Basis – der persönliche Beitrag des Sponsor für die Gesellschaft abgegolten werden.⁷⁸

Obwohl es sich bei der Managementgesellschaft ebenfalls um einen Gesellschafter handelt und somit grundsätzlich dessen Vergütung auch als Ausgleich für einen Gesellschafterbeitrag anzusehen wäre, stellt die auf der Grundlage eines Managementvertrages gezahlte Vergütung eine **Sondervergütung** dar und führt auf der Ebene der Gesellschaft zu Werbungskosten. Die Einkünftequalifikation bedarf beim Komplementär keiner besonderen Diskussion, da dieser als Kapitalgesellschaft gewerbliche Einkünfte kraft Rechtsform erzielt.

Deshalb stellt sich m.E. das Gewinnvorab für den Sponsor als ein Ausgleich für einen Gesellschafterbeitrag dar. Da dieses auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage als Gewinnvorab zu zahlen ist, handelt es sich – im Gegensatz zur Managementvertrag mit dem Komplementär – nicht um einen schuldrechtlichen Leistungsaustausch. Der Sponsor wird ausschließlich im Rahmen einer Gesamthand als deren Gesellschafter tätig und kann dies auch bei mehreren Fondsgesellschaften tun, ohne daß dadurch das Carried Interest als gewerbliche Einkünfte für ihn zu qualifizieren wäre. Nach der Auffassung von *Tulloch/Wellisch* gilt dies selbst dann, wenn er zusätzlich im Rahmen eines eigenen Gewerbebetriebes fremden Dritten Dienstleistungen erbringt,⁷⁹ in diesem Falle z.B. auf dem Gebiet des Corporate Finance.

Ein Gewerbebetrieb liegt m.E. auch deshalb nicht vor, weil es sich zwar um eine Leistung handelt, die der Gesellschafter gegenüber Dritten erbringen könnte, sich diese Tätigkeit dann aber vorrangig als eine Selbständige Tätigkeit i.S.v. § 18 EStG darstellen würde.⁸⁰ Durch den

⁷⁸ Vgl. *Lorenz*, DStR 2001, S. 823.

⁷⁹ Vgl. *Tulloch/Wellisch*, DStR 1999, S. 1096 f., vgl. aber *Schmidt-Liebig*, FR 1982, S. 558. Auf die Ausführungen in Abschnitt B.II.1.1.2, S. 136 ff. wird verwiesen.

⁸⁰ Vgl. *Lothmann*, BB 1986, S. 2101.

Empfang des Carried Interest begründet der Gesellschafter keinen eigenen Gewerbebetrieb, so daß das Carried Interest auf Ebene des Gesellschafters nicht in Einkünfte aus Gewerbebetrieb umzuqualifizieren ist. Beim Sponsor können deshalb keine Einkünfte aus Gewerbebetrieb durch die Vergütung seines Gesellschafterbeitrag entstehen.

ii) *Selbständige Tätigkeit*

Eine Meinung in der Literatur besagt, daß der geschäftsführende Gesellschafter einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft Einkünfte aus selbständiger Arbeit erzielt, z.B. wenn er als Hausverwalter für eine Grundstücksgesellschaft tätig wird.⁸¹ Es ist daher zu prüfen ob es sich aufgrund der Art des Gesellschafterbeitrages des Sponsors grundsätzlich um eine selbständige Tätigkeit i.S.v. § 18 EStG handeln kann. Der Begriff der selbständigen Arbeit ist jedoch nicht gesetzlich definiert, der § 18 EStG enthält lediglich eine Aufzählung der selbständigen Tätigkeitsarten. Somit könnte die Tätigkeit des Sponsors entweder unter die Katalogberufe des § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG oder aber unter die sonstigen selbständigen Tätigkeiten des § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG subsumiert werden. Charakteristisch für alle selbständigen Tätigkeiten ist zunächst, daß die persönliche Arbeitsleistung in Gestalt der geistigen Leistung, des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft in den Vordergrund tritt und bestimmend ist. Demgegenüber tritt der Einsatz von Kapital und fremder Arbeitskraft in den Hintergrund.⁸² Dies ist bei den Fähigkeiten, die den Sponsor auszeichnen, in besonderen Maße der Fall. Das Carried Interest stellt eine Abgeltung für den Zugriff auf Netzwerk, Deal Flow und Exitkanäle, insbesondere aber für die richtige Investitionsentscheidung dar.⁸³ Diese Fähigkeiten sind persönlich an

⁸¹ Vgl. *Lothmann*, BB 1986, S. 2101.

⁸² Vgl. *Frost*, in: *Frotscher*, EStG, § 18, Rz. 3; BFH v. 10.10.1963, IV 198/62 S, BStBl. III 1964, S. 120.

⁸³ Vgl. *Lorenz*, DStR 2001, S. 822.

den Sponsor gebunden und könnten daher Gegenstand einer freiberuflichen Tätigkeit sein.

Zunächst könnte es sich dabei um eine freiberufliche Tätigkeit des § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG handeln. Innerhalb der wirtschaftsberatenden Berufe des § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG kann der Sponsor aber keinem der Katalogberufe eindeutig zugeordnet werden,⁸⁴ es könnte sich möglicherweise um die beratende Tätigkeit eines Volks- oder Betriebswirtes handeln. Die Spezialisierung auf den Aufbau, die Steuerung und die Desinvestition eines Beteiligungsportfolios ist eine für die beratende Tätigkeit des Betriebswirtes i.S.v. § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG schädliche Beschränkung der Beratung auf ein Spezialgebiet.⁸⁵ Die Beratungstätigkeit muß eine gewisse Breite haben.⁸⁶ Unschädlich ist zwar eine gewisse Spezialisierung auf einen betrieblichen Hauptbereich.⁸⁷ Allerdings hat der BFH z.B. für einen Wirtschaftsberater, der für seine Kunden alle mit der Anschaffung und Errichtung von Gebäuden zusammenhängenden Aufgaben übernommen hatte, eine beratende Tätigkeit i.S.v. § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG verneint.⁸⁸

Der Sponsor könnte aber sonstige Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit i.S.v. § 18 Abs. 1 Nr. 3 erzielen. Diese werden im Gesetz lediglich durch die beispielhafte Nennung von unterschiedlichen sonstigen Tätigkeiten beschrieben. Bei der Auslegung des § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG hat sich die Rechtsprechung bislang eng an den Wortlaut angelehnt und als sonstige Tätigkeit nur die Tätigkeiten angesehen, die entweder ausdrücklich als Beispielfälle genannt werden oder die diesen

⁸⁴ So entspricht seine Tätigkeit z.B. nicht der in § 1 WPO festgelegten Tätigkeit eines Wirtschaftsprüfers.

⁸⁵ Vgl. *Stuhrmann*, in: *Kirchhoff/Söhn*, EStG, § 18, Rz. B 125.

⁸⁶ Vgl. *Wacker*, in: *Schmidt*, EStG, § 18, Rz. 107.

⁸⁷ Vgl. BFH v. 14.3.1991, IV R 135/90, BStBl. II 1991, S. 769.

⁸⁸ Vgl. BFH v. 12.8.1965, VIII R 149/61, BStBl. III 1965, S. 586; *Frost*, in: *Frotscher*, EStG, § 18, Rz. 58.

Tätigkeiten in wesentlichen Punkten ähnlich sind.⁸⁹ Einer dieser Beispielfälle ist jedoch die Tätigkeit als Vermögensverwalter. Eine solche Tätigkeit könnte der Sponsor im Rahmen seines Gesellschafterbeitrages ausüben. Dafür müssen aber die vier positiven Merkmale eines Gewerbebetriebes erfüllt sein.⁹⁰ Der Sponsor müßte sich selbständig, nachhaltig und mit Gewinnerzielungsabsicht am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr beteiligen. Eine Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr könnte man jedoch nur bejahen, wenn der Gesellschafter gegen die Zahlung einer Sondervergütung – also auf schuldrechtlicher Basis – für die Gesellschaft tätig würde.⁹¹ Zudem ist nur derjenige selbständig tätig, der den Weisungen eines Dritten nicht Folge zu leisten hat und wer auf eigene Rechnung und auf eigene Gefahr tätig ist.⁹² Demgegenüber wird der Sponsor nur auf Rechnung und Gefahr der Fondsgesellschaft tätig. Er ist durch den Gesellschaftsvertrag gebunden und handelt im Rahmen der Gesellschaft. Er kann daher keine selbständige Tätigkeit i.S.v. § 18 EStG ausüben, weil nicht er sondern nur die Gesellschaft am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt.⁹³

Der Gesellschafter muß sich dabei auch nicht die Tätigkeit der Gesellschaft zurechnen lassen.⁹⁴ Dies könnte lediglich der Fall sein, wenn er nicht auf gesellschaftsrechtlicher Basis entlohnt wird, sondern er ein Entgelt für seine Tätigkeiten auf der Grundlage eines schuldrechtlichen Leistungsaustausches erhält. Erst eine solche Sondervergütung könnte zu eigenen Einkünften des Sponsors führen; diese wären möglicherweise als Einkünfte aus selbständiger Arbeit zu qualifizieren.⁹⁵ Da jedoch in dem hier zu Grunde gelegten Sachverhalt das Carried Interest nicht als Sondervergütung zu qualifizieren ist,

⁸⁹ Vgl. BFH v. 26.10.1977, I R 110/76, BStBl. II 1978, S. 137.

⁹⁰ Vgl. *Wacker*, in: *Schmidt*, EStG, § 18, Rz. 5.

⁹¹ Insofern ist das Ergebnis von *Lothmann*, BB 1986, S. 2101 mißverständlich, da diese Differenzierung nicht eindeutig erfolgt.

⁹² Vgl. *Wacker*, in: *Schmidt*, EStG, § 18, Rz. 7.

⁹³ Vgl. *Herrmann*, StuW 1989, S. 104; siehe auch BFH v. 10.6.1987, I R 301/83, BStBl. II 1987, S. 816 sowie BFH v. X R 6/82, BStBl. II 1989, S. 122.

⁹⁴ Vgl. *Herrmann*, StuW 1989, S. 104. Keine Zurechnung.

⁹⁵ Vgl. auch *Schmidt-Liebig*, FR 1982, S. 558.

können keine eigenen Einkünfte des Sponsors vorliegen noch können sie begründet werden. Vielmehr sind seine persönlichen Fähigkeiten Gegenstand eines Gesellschafterbeitrages, der nicht nur in Kapital sondern auch in besonderen Fähigkeiten bestehen kann.⁹⁶ Der finanzielle Ausgleich, den er für den überproportionalen Einsatz von Fähigkeiten im Gegensatz zu dem Kapitaleinsatz, den die anderen Gesellschafter lediglich leisten, als Gewinnvorab erhält, stellt – wie bereits festgestellt – keine Sondervergütung dar.

Zudem kann das Carried Interest seinem Charakter nach nicht als „Entgelt“ in einem rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang mit einer beratenden oder vermögensverwaltenden Tätigkeit i.S.v. § 18 Abs. 1 Nr. 1 oder 3 EStG stehen. Denn der Vergütungsanspruch des Sponsors hängt nicht von Art und Umfang der Beratung ab, sondern von der Höhe der Veräußerungsgewinne des Beteiligungsportfolios. Für eine selbständige Tätigkeit ist jedoch charakteristisch, daß diese aufgrund von Verträgen durchgeführt wird, nach denen die Beratungstätigkeit die geschuldete Hauptleistung darstellt und das Honorar grundsätzlich nicht nur bei **erfolgreicher** Beratung geschuldet wird.⁹⁷ Somit spricht die Vereinbarung eines erfolgsabhängigen Honorars gegen eine selbständige Tätigkeit i.S.v. § 18 EStG. Die Erfolgsabhängigkeit des Carried Interest steht hier nicht in Frage, da sie sich aus der Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag ergibt. Die Gesellschaftsverträge von Fondsgesellschaften sehen in der Regel vor, daß zunächst bis zum Zeitpunkt der Vollrückzahlung die Überschüsse der Gesellschaft im Verhältnis der geleisteten Kommanditeinlagen jeweils nach dem Stand der Kapitalkonten I verteilt werden. Die Vollrückzahlung ist erfolgt, sobald die Ausschüttungen der Gesellschaft die Summe aller Kommanditeinlagen (ohne Agio) inklusive einer bis dahin aufgelaufenen Verzinsung der Einlagen i.H. einer zu bestimmenden Mindestverzinsung (*hurdle rate*) erreicht hat. Ab dem

⁹⁶ Vgl. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 1993, S. 569.

Zeitpunkt der Vollrückzahlung werden dann die Liquidationsüberschüsse in Höhe von 20 v.H. (Carried Interest) einem Sponsor zugewiesen, die weiteren 80 v.H. der Überschüsse allen Gesellschaftern entsprechend dem Jahresstand der Kapitalkonten I.⁹⁸ Damit handelt es um eine „extrem erfolgsabhängige Vergütung“⁹⁹.

Auch nach einer weiteren Überlegung scheidet eine sonstige selbständige Tätigkeit i.S.v. § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG aus: Bei der Abgrenzung dieser Einkünfte zu solchen aus Gewerbebetrieb wird auf die *Vervielfältigungstheorie* zurückgegriffen.¹⁰⁰ Dabei ist keine selbständige Tätigkeit mehr anzunehmen, wenn sich die Vermögensverwaltung auf eine Vielzahl von Objekten erstreckt, zu deren Verwaltung der Steuerpflichtige sich der Hilfe Dritter bedienen muß. Die eigentliche Verwaltungstätigkeit wird bei Private Equity Fonds jedoch gerade durch Dritte durchgeführt. Zu diesem Zweck wird ein Management-Vertrag mit dem Komplementär abgeschlossen. Der Vertragspartner des Komplementärs ist aber die Fondsgesellschaft – bei ihr ist das zu zahlende Entgelt als Aufwand zu behandeln. Im Sinne der Vervielfältigungstheorie bedient sich die **Gesellschaft** und nicht der Sponsor der Dienste Dritter, da sie der Partner dieses schuldrechtlichen Leistungsaustausches ist. Dies spricht m.E. dagegen, daß der Gesellschafter eine Dienstleitung an den Fonds in Form einer eigenständigen Vermögensverwaltung erbringt, die Grundlage einer Umqualifizierung sein könnte.

Somit kann der Sponsor als Anknüpfungspunkt für Einkünfte aus der Vermögensverwaltung i.S.v. § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG nicht in Betracht

⁹⁷ Vgl. BFH v. 2.9.1989, III R 58/85, BFHE 154, S. 332; BFH v. 14.6.1984, I R 204/81, BStBl. II 1985, S. 15.

⁹⁸ Vgl. *Weitnauer*, FB 2001, S. 271; *Pöllath/Rodin*, Privately Placed Closed-End Funds for Crossborder Investment From and into Germany - German Legal and Tax Issues of Private Equity, Venture Capital, LBO, Real Estate or Other Specialized Funds or Pools -, in: FS Rädler, 1999, S. 501.

⁹⁹ *Lorenz*, DStR 2001, S. 821 f.

¹⁰⁰ Bei Tätigkeiten gem. § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG ist die Vervielfältigungstheorie durch die gesetzliche Regelung nicht mehr anwendbar, vgl. *Wacker*, in: *Schmidt*, EStG, § 18, Rz. 23.

gezogen werden. Insofern sind seine eingebrachten Fähigkeiten nur ein Gesellschafterbeitrag. Für diesen Gesellschafterbeitrag besteht grundsätzlich kein Vergütungsanspruch wie aus einem Dienstvertrag, eine Vereinbarung über einen finanziellen **Ausgleich** im Rahmen des **Gesellschaftsvertrags** ist aber zulässig. Da sich die Vergütung nicht als Sondervergütung, sondern als Gewinnvorab darstellt, erzielt er aber keine eigenen Einkünfte, sondern solche aus dem Fonds.

Wenn es sich bei der Zuweisung des Carried Interest an den Sponsor nicht um ein entgeltliches Rechtsgeschäft handelt, kann es sich aber auch nicht um eine **verdeckte** selbständige Tätigkeit handeln. Voraussetzung einer verdeckten Beziehung zwischen Gesellschafter und Gesellschaft ist immer, daß ein gesellschaftsrechtlicher Vorgang von einem entgeltlichen Rechtsgeschäft verdeckt wird.¹⁰¹ Zur Bewertung des Sachverhalts als eine verdeckte Leistungsbeziehung mangelt es bereits an der Grundvoraussetzung: Die Gewinnverteilung stellt keinen Leistungsaustausch dar. Vielmehr ist das Carried Interest als voll unentgeltliche Beziehung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter zu beurteilen und als solche ausschließlich durch das Gesellschaftsverhältnis begründet. Damit wird hier auch keine selbständige Tätigkeit verdeckt.

Jedoch könnte über die Subsidiaritätsklausel des § 20 Abs. 3 EStG eine Umqualifizierung der Einkünfte in solche aus einer eigenständigen Tätigkeit des Sponsors begründet werden. Gem. § 20 Abs. 3 EStG sind Einkünfte aus Kapitalvermögen anderen Einkünften zuzurechnen, soweit sie zu diesen gehören. Allerdings enthält § 20 Abs. 3 EStG keinen eigenen Besteuerungstatbestand, sondern es handelt sich nur um eine Zuordnungsvorschrift, die ein **bestehendes**

¹⁰¹ So. z.B. bei der verdeckten Entnahme, bei der eine nicht-betrieblich veranlaßte Wertabgabe durch ein Rechtsgeschäft verdeckt ist. Diese nicht-betrieblich veranlaßte Wertabgabe kann z.B. ihren Grund im Gesellschaftsverhältnis haben.

Konkurrenzverhältnis auflösen soll.¹⁰² Das bedeutet, daß das Carried Interest nur gegenüber anderen Einkünften zurücktritt, wenn es sich seiner Art nach bereits um Einkünfte handelt. Dies ist jedoch nicht der Fall, denn die Veräußerungsgewinne, aus denen der überwiegende Teil der Überschüsse der Fondsgesellschaft besteht, werden von § 20 EStG nicht erfaßt.¹⁰³ Da § 20 Abs. 3 EStG keine Qualifikationsnorm ist, können keine Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit begründet werden.¹⁰⁴ Eine Zuordnung zu anderen Einkünften ist lediglich möglich, wenn die Anteile an der Fondsgesellschaft zu einem (notwendigen oder gewillkürten) Betriebsvermögen gehören.¹⁰⁵

Eine Zuordnung der Einkünfte zu einem bestehenden Betrieb kann also auf der Grundlage des § 20 Abs. 3 EStG erfolgen, jedoch kann durch die Vorschrift keine selbständige Tätigkeit des Sponsors begründet werden, wenn nicht beim Gesellschafter die Tatbestandsmerkmale des § 18 EStG erfüllt sind. Da dies nicht der Fall ist, scheidet eine steuerliche Erfassung des Carried Interest als Einkünfte aus selbständiger Arbeit aus, wenn der Steuerpflichtige nicht schon einen Betrieb unterhält und die Fondsbeteiligung diesem zuzuordnen wäre.¹⁰⁶

iii) *Einkünfte aus einem Arbeitsverhältnis*

Abschließend besteht die Möglichkeit, die Einkünfte des Sponsors als Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit i.S.v. § 19 EStG zu qualifizieren. Voraussetzung für Einkünfte i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. § 19 EStG ist jedoch ein Arbeitsverhältnis. Mangels einer gesonderten

¹⁰² Vgl. *Dötsch*, in: *Kirchhoff/Söhn*, EStG, § 20, Rz. Q 3 f.; *Feyerabend/Hamacher*, in: *Korn*, EStG, § 20, Rz. 252.

¹⁰³ Vgl. *Harenberg*, in: *Herrmann/Heuer/Raupach*, EStG, § 20, Rz. 20; *Stuhrmann*, in: *Blümich*, EStG, 20, Rz. 9.

¹⁰⁴ Vgl. *Dötsch*, in: *Kirchhoff/Söhn*, EStG, § 20, Rz. Q 4; *Raupach*, FR 1978, S. 578. Die Vorschrift hat somit nur deklaratorischen Charakter, vgl. *Feyerabend/Hamacher*, in: *Korn*, EStG, § 20, Rz. 253.

¹⁰⁵ Vgl. *Dötsch*, in: *Kirchhoff/Söhn*, EStG, § 20, Rz. Q 9, 23. Der Vorrang des Betriebsvermögens ist in diesem Fall aber selbstverständlich, vgl. auch *Schmidt-Liebig*, FR 1982, S. 556.

¹⁰⁶ Vgl. dazu unten Abschnitt B.II.1.1.2, S. 136 ff.

schriftlichen Vereinbarung müßte sich ein solches Arbeitsverhältnis direkt aus dem Gesellschaftsvertrag ergeben. Dies ist in der Regel nicht der Fall. Darüber hinaus sind die Bezüge des Sponsors aber auch keine Einkünfte aus einem Beschäftigungsverhältnis. Wird der Sponsor in der Fondsgesellschaft als Geschäftsführer in eigener Person tätig, so **kann** er keine Einkünfte aus unselbständiger Tätigkeit erzielen. Gesellschafter-Geschäftsführer können nach der ganz herrschenden Meinung keine Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit erzielen.¹⁰⁷ Gerade aufgrund ihrer gesellschaftsrechtlichen Machtstellung sind auch nur zu einem geringen Teil beteiligte Gesellschafter-Geschäftsführer nicht unselbständig gegenüber den anderen Gesellschaftern.¹⁰⁸ Auch einer Umqualifizierung der Bezüge in eine verdeckte Gehaltszahlung aufgrund eines bestehenden Beschäftigungsverhältnis einzelner Sponsoren bei der Managementgesellschaft oder dem Initiator kann nicht zugestimmt werden. Denn ein solches verdeckten Beschäftigungsverhältnis liegt nur vor wenn die Managementgesellschaft oder der Initiator der eigentliche Inhaber des Anspruchs auf den Carried Interest ist.¹⁰⁹ Der Anspruch auf Carried Interest resultiert aber auf dem Gesellschafterbeitrag jedes einzelnen Managers, der aus seinen Kontakten, Zugang zu Beteiligungsunternehmen, Exitkanälen etc. besteht.

Ein verdecktes Arbeitsverhältnis kann auch nicht durch eine Subsidiaritätsklausel begründet werden. Die Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit sind nicht in § 20 Abs. 3 EStG aufgeführt, so daß es in diesem Falle nicht zu einem Zurücktreten der Einkünfte aus Kapitalvermögen in Konkurrenz zu den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit kommen kann.¹¹⁰

¹⁰⁷ Vgl. *Martens*, in *Schlegelberger*, HGB, § 164, Rz. 37.

¹⁰⁸ Vgl. *Lothmann*, BB 1986, S. 2101.

¹⁰⁹ Vgl. *Lorenz*, DStR 2001, S. 823.

¹¹⁰ Vgl. nur *Stuhrmann*, in: *Blümich*, EStG, § 20, Rz. 9.

Damit kann weder der initiiierende Sponsor noch eine bei der Managementgesellschaft oder einer Kapitalgesellschaft, die als Sponsor fungiert, angestellte weitere natürliche Person Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit erzielen, wenn sie Gesellschafter der Fondsgesellschaft ist.

b) Ergebnisvorab

Bei der Vereinbarung des Carried Interest handelt es sich um die Vereinbarung eines Gewinnvorabs, das aus dem Ertragsanteil der Gesellschafter zu zahlen ist. Die Vereinbarung einer besonderen Berücksichtigung besonderer Fähigkeiten und Beiträge von einzelnen Gesellschaftern im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Gewinnverteilung ist grundsätzlich zulässig. Dieser Beurteilung hat auch das Steuerrecht zu folgen. Wenn keine Anzeichen dafür sprechen, daß es sich bei dem Carried Interest um Aufwand bei der Gesellschaft handeln sollte, so entspricht die Zahlung einem Gewinnvorab, das nach den Grundsätzen einer disquotalen Gewinnverteilung bei vermögensverwaltenden Personengesellschaften zu behandeln ist. Danach erhält der Sponsor mit dem Carried Interest anteilige Einkünfte aus der Gesellschaft zugewiesen. Die Art der Zahlung als Gewinnvorab aus dem Ertragsanteil der anderen Gesellschafter bewirkt dabei, daß keine eigenen Einkünfte des Sponsors begründet werden können. Eine Umqualifizierung der Einkünfte in solche aus Gewerbebetrieb oder einer selbständigen Tätigkeit kommt nicht in Betracht, da jeweils das Tatbestandsmerkmal der Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr nicht erfüllt ist. Nur die Gesellschaft nimmt an allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teil, der Geschäftsführer handelt durch diese. Die Form der Entlohnung nur über eine erfolgsabhängige Komponente anstelle eines Honorars, das aus einem Dienstvertrag üblicherweise resultieren würde, spricht gegen eine selbständige Tätigkeit des Sponsors. Eine Umqualifizierung der Einkünfte wäre nur möglich, wenn

die Beteiligung an der Fondsgesellschaft beim Sponsor in einem Betriebsvermögen gehalten würde.

1.1.2. Einkünfte in einem Betriebsvermögen

Unterhält der Sponsor jedoch einen eigenen Gewerbebetrieb oder erzielt er andere Einkünfte aus einer selbständigen Tätigkeit, so könnten die Einkünfte aus der Beteiligung an der Fondsgesellschaft in solche aus Gewerbebetrieb oder einer selbständiger Tätigkeit umqualifiziert werden. Die Voraussetzung für eine Umqualifizierung der Einkünfte aus der Fondsgesellschaft ist, daß die Beteiligung zum Betriebsvermögen eines bereits existierenden Betriebes des Sponsors gezählt wird. Die Beteiligung kann dabei entweder notwendiges oder gewillkürtes Betriebsvermögen sein.¹¹¹ Da es sich bei der Widmung der Beteiligung zu gewillkürtem Betriebsvermögen um eine subjektive Entscheidung des Steuerpflichtigen handelt,¹¹² sollen im folgenden nur die Voraussetzungen erläutert werden, unter denen die Beteiligung an der Fondsgesellschaft beim Sponsor zwingend zum notwendigen Betriebsvermögen zu zählen ist.¹¹³

Notwendiges Betriebsvermögen liegt vor, wenn ein Wirtschaftsgut mit dem Betrieb in einem Zusammenhang steht. Wirtschaftsgüter gehören zum notwendigen Betriebsvermögen, wenn sie dem Betrieb in der Art und Weise dienen, daß sie objektiv und erkennbar zum unmittelbaren Einsatz im Betrieb selber bestimmt sind; dabei wird nicht vorausgesetzt, daß sie für den Betrieb notwendig i.S.v. von „erforderlich“ sind.¹¹⁴ Auch eine Beteiligung kann zum Betriebsvermögen gehören; dies gilt auch für Freiberufler.¹¹⁵ Der Anteil an einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft kann als „Beteiligung“ in einem Betriebsvermögen gehalten werden.¹¹⁶

¹¹¹ Vgl. *Herrmann*, StuW 1989, S. 100; *Schmidt*, in: *Schmidt*, EStG, § 15, Rz. 200.

¹¹² Vgl. *Woerner*, BB 1976, S. 220.

¹¹³ Notwendiges Betriebsvermögen ist auch ohne Ausweis in der Bilanz gegeben, vgl. *Weber-Grellet*, Steuerbilanzrecht, 1996, S. 170.

¹¹⁴ Vgl. BFH v. 3.10.1989, VIII R 328/84, BFH/NV 1990, S. 361; BFH v. 19.2.1997, XI R 1/96, BStBl. II 1999, S. 399; BFH v. 26.1.2001, IV R 14/00, BFH/NV 2001, S. 1186 m.w.N.

¹¹⁵ Vgl. BFH v. 26.1.2001, IV R 14/00, BFH/NV 2001, S. 1186, allerdings in Bezug auf Kapitalgesellschaftsanteile.

¹¹⁶ Vgl. BFH v. 11.7.1996, IV R 103/94, BStBl. II 1997, S. 39.

Der Sponsor könnte mit Dienstleistungen, die er im Rahmen seines Gewerbebetriebs oder als Freiberufler sowohl gegenüber der Fondsgesellschaft als auch gegenüber fremden Dritten auf dem Gebiet des Private Equity erbringt, entweder gewerblich oder selbständig tätig sein. Dann wird die Beteiligung an der Fondsgesellschaft zu seinem notwendigen Betriebsvermögen gehören. Dabei ist es jedoch nicht ausreichend, wenn der Steuerpflichtige übliche Geschäftsbeziehungen, wie sie mit anderen Unternehmen auch bestehen, unterhält.¹¹⁷ Jedoch würde die Beteiligung am Fonds zum notwendigen Betriebsvermögen des Sponsors gehören, wenn sie dazu bestimmt ist, die unternehmerische Betätigung des Steuerpflichtigen entscheidend zu fördern oder sie dazu dienen kann, den Absatz von Produkten des Steuerpflichtigen zu gewährleisten.¹¹⁸ Es muß ihr also eine konkrete betriebliche Funktion zukommen.¹¹⁹ Zudem darf sie nicht – sollte der Sponsor eine freiberufliche Tätigkeit ausüben – seiner unternehmerischen Betätigung wesensfremd sein.¹²⁰

Die Beteiligung an der Fondsgesellschaft würden dann zum notwendigen Betriebsvermögen des Sponsors zählen, wenn sie ihm einen besonderen geschäftlichen Vorteil vermittelt. Dies wäre z.B. bei weiteren „Beratungstätigkeiten“ der Fall, die der Sponsor auf der Grundlage von schuldrechtlichen Vertragsbeziehungen **außerhalb** seines Gesellschafterbeitrages für die Fondsgesellschaft erbringt. Eine Zuordnung zum notwendigen Betriebsvermögen müßte jedoch auf der Grundlage des Einzelfall zu würdigen sein. Wenn die Beteiligung an der Fondsgesellschaft unter den geschilderten Voraussetzungen als

¹¹⁷ Vgl. BFH v. 31.1.1991, IV R 2/90, BStBl. II 1991, S. 786; BFH v. 23.1.1992, XI R 36/88, BStBl. II 1992, S. 721. Zunächst wäre die Beteiligung beim Sponsor also grundsätzlich Privatvermögen.

¹¹⁸ Vgl. BFH v. 9.9.1986, VIII R 159/85, BStBl. II 1987, S. 257; BFH v. 3.10.1989, VIII R 328/84, BFH/NV 1990, S. 361; BFH v. 6.3.1991, X R 57/88, BStBl. II 1991, S. 829.

¹¹⁹ Vgl. BFH v. 4.2.1998, XI R 45/97, BStBl. II 1998, S. 301.

¹²⁰ Vgl. BFH v. IV R 185/71, BStBl. II 1976, S. 380.

notwendiges Betriebsvermögens des Sponsors zu qualifizieren ist, so sind die Einkünfte aus der Fondsgesellschaft auf der Ebene des Gesellschafters zwingend in betriebliche Einkünfte umzuqualifizieren.¹²¹ Die Einkünfte aus der Fondsgesellschaft werden diesen Einkünften auf der Grundlage von § 20 Abs. 3 EStG zugerechnet.¹²²

1.2. Behandlung der Veräußerungsgewinne

1.2.1. Im Privatvermögen

Nach der hier vertretenen Auffassung erhält der Sponsor einer Private Equity Fondsgesellschaft Einkünfte aus einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft zugewiesen. Es stellt sich die Frage, ob eine Steuerpflicht für die in diesen Einkünften enthaltenen Gewinne aus der Veräußerung von Kapitalgesellschaften bestehen könnte. Grundsätzlich sind Veräußerungen im Privatvermögen steuerfrei. Wenn die Beteiligung an der Fondsgesellschaft beim Sponsor im Privatvermögen gehalten wird, so ist besteht aus systematischer Sicht jedoch dann eine hälftige Steuerpflicht, wenn die die Höhe der im Privatvermögen gehaltenen Anteile die in § 17 Abs. 1 EStG festgelegte Grenze für die Veräußerung von Kapitalgesellschaftsanteilen überschreitet. Die Veräußerungsgewinne werden dann dem Halbeinkünfteverfahren i.S.v. § 3 Nr. 40 EStG unterliegen. Da der Sponsor keine eigenen Einkünfte aus Gewerbebetrieb oder selbständiger Tätigkeit erzielt, begründet er kein steuerliches Betriebsvermögen, dem die Beteiligung an der Fondsgesellschaft zuzuordnen wäre. Wenn die Beteiligung auch nicht als notwendiges Betriebsvermögen zu einem bestehenden Gewerbebetrieb oder freiberuflichen Tätigkeit des Sponsors zählt, hält er die Beteiligung an der Fondsgesellschaft in seinem Privatvermögen.

¹²¹ Vgl. *Söffing*, DB 1998, S. 898.

¹²² Vgl. BFH v. 11.7.1996, IV R 103/94, BStBl. II 1997, S. 39, siehe im einzelnen dazu Abschnitt B.I.3.1, S. 111 ff.

a) *Bruchteilsbetrachtung*

Im Zuge der Unternehmenssteuerreform ist die „Wesentlichkeitsschwelle“ des § 17 Abs. 1 EStG von 10 v.H. auf nur 1 v.H. abgesenkt worden. Eine Anwendung von § 17 EStG kann auch dann erfolgen, wenn die Anteile an der Kapitalgesellschaft von einer vermögensverwaltende Personengesellschaft gehalten werden. Dabei war zwischenzeitlich in Frage gestellt worden, wie die Bestimmung der Beteiligungshöhe an den einzelnen Kapitalgesellschaften des Portfolios der Fondsgesellschaft für den einzelnen Gesellschafter zu erfolgen hat, wenn die Anteile an einer Kapitalgesellschaft in einem Gesamthandsvermögen gehalten werden. Zum einen könnte die Höhe der Beteiligung auf der Ebene der Gesamthand maßgeblich sein (Einheitsbetrachtung) und lediglich der Veräußerungsgewinn den Gesellschaftern anteilig für Zwecke der Besteuerung zugerechnet werden, oder aber die Anteile, die zu einem Gesamthandsvermögen gehören, werden den Beteiligten so zugerechnet, als ob sie zu Bruchteilen beteiligt wären (Bruchteilsbetrachtung). Nach Ansicht des BFH¹²³ ist bei der Anwendung von § 17 EStG für die Bestimmung der relevanten Beteiligungshöhe die Bruchteilsbetrachtung zu Grunde zu legen: Für die Anwendung des § 17 EStG sind die Anteile an den Beteiligungsgesellschaften den Gesellschaftern gem. § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO lediglich anteilig zuzurechnen.

Allerdings hatte der BFH diese Auffassung zwischenzeitlich in Zweifel gezogen.¹²⁴ Dabei sollte es für die Bestimmung der Beteiligungsquote – „im Sinne einer Einheitsbetrachtung“ – nur auf die Beteiligungshöhe der Gesamthand an der Kapitalgesellschaft ankommen. Damit wären auch Veräußerungen von Gesellschaftsanteilen an einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft, die wesentliche Anteile

¹²³ BFH v. 9.5.2000, VIII R 41/99, DStR 2000, S. 1553.

¹²⁴ Vgl. BFH v. 13.7.1999, VIII R 72/98, BStBl. II 1999, S. 820.

an einer Kapitalgesellschaft hält, nach § 17 EStG steuerpflichtig.¹²⁵ Dieser Einheitsbetrachtung wurde aber durch das Urteil vom 9. Mai 2000¹²⁶ ganz ausdrücklich widersprochen, so daß für die Zwecke des § 17 EStG eine Bruchteilsbetrachtung zum Tragen kommt. Somit sind den Gesellschaftern, die ihre Beteiligungen zur gesamten Hand im Privatvermögen halten, die Anteile so zuzurechnen, als ob sie zu Bruchteilen beteiligt wären.¹²⁷ Dies entspricht auch der ganz herrschenden Meinung.¹²⁸

b) Ermittlung des Bruchteils

In der Literatur ist allerdings umstritten, nach welchem Schlüssel sich die Ermittlung des auf den einzelnen Gesellschafter durchgerechneten Umfangs der Beteiligung richten soll. Diese Frage stellt sich immer dann, wenn Gewinnverteilungs-, Liquidations- und Abfindungsschlüssel voneinander abweichen. *Weber-Grellet* spricht sich für den allgemeinen **Gewinnverteilungsschlüssel** aus.¹²⁹ Demgegenüber ist nach *Ebling* der **Liquidationsschlüssel** als Verteilungsmaßstab heranzuziehen.¹³⁰ Dem Bezugsmaßstab kommt eine erhebliche Bedeutung zu, da der allgemeine Gewinnverteilungsschlüssel abweichende Regelungen bezüglich einer disproportionalen Gewinnverteilung nicht erfassen soll.¹³¹ Das vom allgemeinen Gewinnverteilungsschlüssel abweichende Gewinnvorab für den Sponsor wäre somit bei der Ermittlung der anteiligen Beteiligung **nicht** mit einzubeziehen.¹³² Folgt man hingegen

¹²⁵ Vgl. *Schuldt*, in: *krit.*, EStR/LStR/KStR, C, § 17, EStR 140 (2), S. 2, mit Hinweis auf BFH v. 13.7.1999, VIII R 72/98, BStBl. II 1999, S. 820.

¹²⁶ Vgl. BFH v. 9.5.2000, VIII R 41/99, BStBl. II 2000, S. 682.

¹²⁷ Vgl. *Rodin/Veith*, DB 2001, S. 887; *Lorenz*, DStR 2001, S. 823 f.; BFH v. 9.5.2000, VIII R 41/99, DStR 2000, S. 1553.

¹²⁸ Vgl. *Weber-Grellet*, in: *Schmidt*, EStG, § 17, Rz. 55; *Herrmann/Heuer/Raupach*, EStG, § 17, Rz. 135; jeweils m.w.N.; *Strahl*, in: *Korn*, EStG, § 17, Rz. 45; *Hörger*, in: *Littmann/Bitz/Pust*, EStG, § 17, Rz. 20; *Jäschke*, in: *Lademann*, EStG, § 17, Rz. 122, 128; *Strahl*, KÖSDI 2001, S. 12803.

¹²⁹ Vgl. *Weber-Grellet*, in: *Schmidt*, EStG, § 17, Rz. 59; gl. A. *Gosch*, in: *Kirchhoff*, EStG, § 17, Rz. 61; *Strahl*, in: *Korn*, EStG, § 17, Rz. 45

¹³⁰ Vgl. *Ebling*, in: *Blümich*, EStG, § 17, Rz. 101.

¹³¹ Vgl. ausdrücklich *Gosch*, in: *Kirchhoff*, EStG, § 17, Rz. 61: „bleiben unbeachtlich“.

¹³² A.A. *Lorenz*, DStR 2001, S. 824

der Auffassung von *Ebling*¹³³, so wäre das Carried Interest bei der Berechnung der Beteiligungshöhe i.S.v. § 17 EStG zu berücksichtigen. Dafür soll sprechen, daß die dem Carried Interest zugrundeliegende Gewinnverteilungsregel für Veräußerungsgewinne im Zweifel auch in der Liquidation gilt.¹³⁴

i) Die herrschende Meinung

Nach Auffassung der wohl herrschenden Meinung sind bei der Ermittlung des Bruchteils für Zwecke des § 17 Abs. 1 EStG abweichende Gewinnverteilungsabreden „unbeachtlich“.¹³⁵ Danach wäre auch das Carried Interest als eine solche abweichende Gewinnverteilungsabrede bei der Prüfung, ob ein wesentlicher Anteil an einer Kapitalgesellschaft dem Gesellschafter über § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO zugerechnet wird, ohne Auswirkung, es wäre lediglich auf die Kapitalbeteiligung des Sponsors abzustellen.

Begründet wird diese Ansicht mit dem Hinweis auf das Urteil des BFH v. 25.11.1997¹³⁶, in dem das Tatbestandsmerkmal des „wesentlichen Kapitalanteils“ i.S.v. § 17 EStG restriktiv auslegt wird. Danach ist bei einer GmbH die Beteiligungshöhe bei Privatpersonen nur aus der nominellen Beteiligung am Stammkapital zu ermitteln, auch wenn in der GmbH-Satzung die Stimmrechte oder die Verteilung des Gewinns und Liquidationserlöses abweichend geregelt sind. Der BFH führt aus:

„Von dispositiven Vorschriften des GmbHG abweichende Regelungen über das Stimmrecht und/oder über die Verteilung des Gewinns und/oder des Liquidationserlöses beeinflussen die Höhe einer Beteiligung i.S. des § 17 Abs. 1 EStG nicht.“¹³⁷

¹³³ *Ebling*, in: *Blümich*, EStG, § 17, Rz. 101.

¹³⁴ Vgl. *Lorenz*, DStR 2001, S. 824.

¹³⁵ Vgl. *Gosch*, in: *Kirchhoff*, EStG, § 17, Rz. 61; mit Hinweis auf *Weber-Grellet*, in: *Schmidt*, EStG, § 17, Rz. 59

¹³⁶ Vgl. BFH v. 25.11.1997, VIII R 29/94, BStBl. II 1998, S. 257.

¹³⁷ Vgl. BFH v. 25.11.1997, VIII R 29/94, BStBl. II 1998, S. 257 (258).

Diese Aussage beruht im wesentlichen auf vier Argumenten:

1. Die Einflußmöglichkeiten eines Gesellschafters auf die Gesellschaft sind bei der Bestimmung der Höhe der Anteile i.S.v. § 17 EStG unerheblich und rechtfertigen es nicht, eine wesentliche Beteiligung abweichend von den Geschäftsanteilen zu beurteilen. Es kommt also nicht auf das Stimmrecht oder den Gewinnanteil an, sondern nur *ob* ein Gesellschafter, und wenn auch nur kurzzeitig, wesentlich i.S.v. § 17 EStG beteiligt war. Maßgeblich ist alleine die Beteiligung am Stammkapital.
2. Ebenso legt es der Wortlaut des § 17 Abs. 1 EStG nahe, den Begriff der Beteiligung allein kapitalmäßig zu bestimmen.
3. Der Sinn und Zweck des § 17 EStG ist es, den bei Veräußerung der Anteile eintretenden Zuwachs an finanzieller Leistungsfähigkeit zu erfassen. Dieser ist unabhängig davon besteuernswürdig, ob er auf einer Einflußnahme eines Gesellschafters auf die Geschäfte der GmbH beruht. Entscheidend sind vielmehr die Ansprüche des Gesellschafters auf die Beteiligung an der Substanz, diese bestimmen sich nach dem Nennbetrag seines Geschäftsanteils. Deswegen sei es sachgerecht, wenn § 17 EStG „typisierend an die Höhe der nominellen Beteiligung am Stammkapital anknüpft“¹³⁸.
4. Zuletzt spricht für eine restriktive Auslegung des „Kapitalanteils“ i.S.v. § 17 Abs. 1 EStG der Wille des Gesetzgebers, im Sinne einer einfachen Handhabung der Vorschrift eine feste Grenze vorzusehen. Dies wäre aufgrund unterschiedlichster Satzungsregelungen über die Verteilung des Gewinns und des Liquidationserlöses undenkbar.

Daraus folgt eine – in diesem Zusammenhang durchaus sachgerechte – Unbeachtlichkeit einer vom Nennkapital abweichenden Gewinnverteilungsabrede bei der Anwendung des § 17 Abs. 1 EStG. Darauf bezieht sich auch *Gosch* in seiner Kommentierung der Ermittlung der Beteiligungshöhe im Zusammenhang mit vermögensverwaltenden Personengesellschaften,¹³⁹ dies ist aber lediglich bei einer direkten Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft und in Bezug auf **deren Gewinnverteilung** zutreffend. Zweifelhaft ist aber, ob dies auch für die Ermittlung des Faktors gilt, über den die Zurechnung einer direkte Beteiligung an den Gesellschafter einer **vermögensverwaltenden Personengesellschaft** durch § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO erfolgt. Die Bestimmung dieses Faktors erfolgt gedanklich bereits eine Stufe vor der Ermittlung des Anteils am Nennkapital der Kapitalgesellschaft. Durch den Anteil an der Gesamthand wird nämlich erst der Anteil an der GmbH bestimmt, so daß der Hinweis auf die Unbeachtlichkeit inkongruenter Gewinnausschüttungen bei **Kapitalgesellschaften** in diesem Zusammenhang nicht unmittelbar einschlägig ist.

ii) Eigene Auffassung

Es stellt sich die Frage, ob auch bei der Durchrechnung von Anteilen im Gesamthandsvermögen von vermögensverwaltenden Personengesellschaften lediglich auf deren „Nennkapital“ abzustellen ist, oder ob auch andere Faktoren wie z.B. die Vereinbarung einer inkongruenten Gewinnverteilung auf der Ebene der Personengesellschaft Einfluß auf die Zurechnung i.S.v. § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO haben kann. Dieses Problem nur unter Hinweis auf das genannte Urteil des BFH einer Lösung zuführen zu wollen, erscheint aus den

¹³⁸ Vgl. BFH v. 25.11.1997, VIII R 29/94, BStBl. II 1998, S. 257 (259).

¹³⁹ Vgl. *Gosch*, in: *Kirchhoff*, EStG, § 17, Rz. 61 mit Hinweis auf Rz. 49.

genannten Gründen nicht ausreichend, da es sich eindeutig nicht um identische Sachverhalte handelt.

Zunächst ist festzustellen, daß der § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO selber keinen Maßstab für die Aufteilung vorsieht.¹⁴⁰ Vielmehr soll sich nach der Auffassung des Gesetzgebers der Aufteilungsmaßstab im einzelnen aus dem jeweils anwendbaren Steuergesetz sowie „nach den gesetzlichen und vertraglichen Regelungen der Gesamthand ergeben“^{141, 142} Die Aufteilung gem. § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO muß sich aber in erster Linie nach dem Anteil des einzelnen Beteiligten richten.¹⁴³ Dem folgend stellt auch die Rechtsprechung des BFH in erster Linie auf den **Vermögensanteil** des Gesellschafters ab,¹⁴⁴ die Zurechnung nach dem Verhältnis der Liquidationsanteile wird lediglich als Hilfsmaßstab angesehen.¹⁴⁵ Auch der BFH ist bei der Aufteilung des Einheitswertes einer Gesamthand zunächst nur von den Kapitalkonten der Gesellschafter ausgegangen, er hat diese jedoch um den Anteil an den – gedanklich aufzulösenden – stillen Reserven nach der Maßgabe des Gewinnverteilungsschlüssels des Gesellschaftsvertrages modifiziert.¹⁴⁶

Dieser Argumentation kann entgegengehalten werden, daß in Einklang mit der Rechtsprechung des BFH auch bei Personengesellschaften der § 17 Abs. 1 EStG i.V.m. § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO restriktiv auszulegen ist. Daraus hätte zu folgen, daß ebenfalls nur die Kapitalbeteiligung an der Personengesellschaft einen (durchzurechnenden) Anteil am Nennkapital der im Gesellschaftsvermögen gehaltenen Kapitalgesellschaft vermittelt. Ein zusätzlicher Einfluß auf die betreffenden Kapitalgesellschaften wird durch die

¹⁴⁰ Vgl. *Fischer*, in: *Hübschmann/Hepp/Spitaler*, AO, § 39, Rz. 211; *Kruse*, in: *Tipke/Kruse*, AO, § 39, Rz. 96.

¹⁴¹ Gesetzesbegründung, BT-DruckS. VI/1982, S. 113.

¹⁴² Vgl. *Fischer*, in: *Hübschmann/Hepp/Spitaler*, AO, § 39, Rz. 211.

¹⁴³ Vgl. *Brockmeyer*, in: *Klein/Orlopp*, AO, § 39, Rz. 8.

¹⁴⁴ Vgl. BFH v. 4.6.1981, III R 49/78, BStBl. II 1982, S. 2; BFH v. 11.3.1992, II R 157/87, BStBl. II 1992, S. 543.

¹⁴⁵ Vgl. BFH, BStBl. 71, S. 678.

Gewinnverteilungsabrede der Personengesellschaft ebenfalls im Sinne des zitierten BFH-Urteils nicht vermittelt. Die Absenkung der Beteiligungsgrenze des § 17 EStG von zunächst 25 v.H. auf zwischenzeitlich 10 v.H. im Zuge der Unternehmenssteuerreform auf nur noch 1 v.H. läßt den Aspekt der „Einflußnahme“, die auf die Ausschüttungspolitik der Kapitalgesellschaft genommen werden könnte, in den Hintergrund treten. Nach der Unternehmenssteuerreform soll § 17 EStG einer Umgehung der Besteuerung beim Anteilseigner entgegenwirken, wenn dieser seine Beteiligung vor der Gewinnausschüttung veräußert und sich dabei die in der Gesellschaft angesammelten offenen Rücklagen vergüten läßt und der Veräußerungsgewinn nicht steuerpflichtig ist.¹⁴⁷ Eine solche Umgehungsgestaltung kann auch darin gesehen werden, daß die in einer Kapitalgesellschaft thesaurierten Gewinne über eine disproportionale Gewinnverteilung bei einer zwischengeschalteten vermögensverwaltenden Personengesellschaft der Besteuerung bei dem Gesellschafter entzogen werden könnten, der einen wesentlichen Anteil am Veräußerungsgewinn vereinnahmt.

Es darf auch nicht außer Acht gelassen werden, daß der BFH in seiner Urteilsbegründung auf den Sinn und Zweck des § 17 Abs. 1 EStG abstellt. Danach kommt es auf den Zuwachs an Leistungsfähigkeit an, der besteuernswürdig ist. Da der Sponsor mit der Regelung über das Carried Interest an den von ihm gelegten stillen Reserven partizipieren soll, könnte es zweckmäßig erscheinen, den Übergewinn bei der Ermittlung des Vermögensanteils an der Fondsgesellschaft mit einzubeziehen. Dies würde dem Normzweck des § 17 EStG entsprechen, da dieser gerade den Zuwachs an Substanz der Kapitalgesellschaft besteuern soll.¹⁴⁸ Dieser Zuwachs ist auch die

¹⁴⁶ Vgl. BFH v. 4.6.1981, III R 49/78, BStBl. II 1982, S. 2; BFH v. 11.3.1992, II R 157/87, BStBl. II 1992, S. 543; BFH v. 3.11.1993, II R 96/91, BStBl. II 1994, S. 88.

¹⁴⁷ Vgl. Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, zitiert nach *Schaumburg/Rödter*, Unternehmenssteuerreform, 2001, S. 277 f.

¹⁴⁸ Vgl. *Ebling*, in: *Blümich*, EStG, § 17, Rz 101. Ebenso BFH v. 9.5.2000, VIII R 41/99, BStBl. II 2000, S. 682.

Begründung für den Übergewinnanteil des Sponsors. Aufgrund der direkten Partizipation des Sponsors an den stillen Reserven durch den Carry-Anteil, könnte es gerechtfertigt sein, daß dieser auch bei der Bestimmung des dem Sponsor zuzurechnenden Anteils an den Kapitalgesellschaften des Beteiligungsportfolios Berücksichtigung findet.¹⁴⁹

Dem kann aber das auch vom BFH verwandte Argument der „einfachen Handhabung der Vorschrift“ entgegen gehalten werden.¹⁵⁰ Dies hat auch bei der Beteiligung durch eine zwischengeschaltete Personengesellschaft Gültigkeit, für die Vielzahl an verschiedenen Möglichkeiten einer Verteilung von Stimmrechten und Gewinnanteilen gilt nichts anderes. Dies spricht dafür, jegliche Art der abweichenden Gewinnverteilung auch auf Ebene der Personengesellschaft außer Acht zu lassen und nur auf den rechnerischen Anteil am Nennkapital der Gesellschaft abzustellen. Danach ermittelt sich die Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft nur unter Zugrundelegung des **festen Kapitalanteils** (i.e. die Kommanditeinlage) des Gesellschafters. Damit ist auch bei der Zwischenschaltung einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft der Begriff der „Beteiligung“ bereits bei der Personengesellschaft restriktiv und nur in Hinblick auf die kapitalmäßige Beteiligung auszulegen. Dafür spricht auch, daß § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO dem Gesellschafter eine direkte Beteiligung zurechnet. Wenn im Vergleichsfalle einer direkten Beteiligung die Bestimmung einer wesentlichen Beteiligung lediglich an den nominellen Kapitalanteil und nicht an weitere Einflußmöglichkeiten anknüpft, muß dies ebenfalls bei der Zurechnung über eine Personengesellschaft gelten. Hier gilt um so mehr, daß die disproportionale Gewinnverteilung auf Ebene der Personengesellschaft keinen weiteren Einfluß auf die Kapitalgesellschaft gewährt, der die Zurechnung einer wesentlichen Beteiligung i.S.v. § 17 Abs. 1 EStG begründen könnte. Auch nach der

¹⁴⁹ Im Ergebnis ebenso *Lorenz*, DStR 2001, S. 824.

hier dargelegten Meinung würde das Carried Interest keine Berücksichtigung im Rahmen der Zurechnung der Beteiligung durch § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO finden.

1.2.2. Im Betriebsvermögen

Wenn das der selbständigen Arbeit dienende Vermögen veräußert wird, gehören die daraus erzielten Gewinne zu Einkünften aus selbständiger Tätigkeit.¹⁵¹ Ebenso gelten diese Grundsätze für die Veräußerung von Betriebsvermögen, die dabei erzielten Veräußerungserlöse gehören zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb. Auf die obigen Ausführungen zur Umqualifizierung der Einkünfte aus einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft, für einen Gesellschafter, der die Beteiligung in einem Betriebsvermögen hält, wird verwiesen.¹⁵²

Der auf die Veräußerung von Kapitalgesellschaftsanteilen entfallende Teil des Carried Interest unterliegt gem. § 3 Nr. 40 lit. a) EStG dem Halbeinkünfteverfahren, da die Veräußerung von Anteilen an einer Körperschaft, deren Leistungen zu Einnahmen i.S.v. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG gehören.

2. Einkünfte aus Beteiligung an Komplementär-GmbH

2.1. Ordentliche Ausschüttungen der GmbH

Neben den Einkünften aus der Fondsgesellschaft kann der Sponsor zusätzlich Einkünfte aus seiner Beteiligung an der Komplementär-GmbH erzielen. Ausschüttungen der Komplementär-GmbH an ihre Anteilseigner werden – soweit es sich um natürliche Personen handelt – nach dem Halbeinkünfteverfahren besteuert. Dies gilt gem. § 52 Abs. 4 lit. a) Nr. 2 EStG für Gesellschaften mit kalendergleichem

¹⁵⁰ Vgl. BFH v. 25.11.1997, VIII R 29/94, BStBl. II 1998, S. 257, unter 3.d) der Entscheidungsgründe.

¹⁵¹ Vgl. Frost, in: *Frotscher*, EStG, § 18, Rz. 2.

Wirtschaftsjahr ab dem VZ 2002. Da es sich bei den Ausschüttungen des Komplementärs um Leistungen handelt, die beim Empfänger zu den Einnahmen i.S.v. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG gehören, sind gem. § 3 Nr. 40 EStG die Hälfte der Dividenden der GmbH mit dem persönlichen Steuersatz des Sponsors zu versteuern, soweit keine Werbungskosten anfallen.

2.2. Verdeckte Gewinnausschüttung

Bei der vorliegenden Gestaltung könnte sich jedoch die Frage stellen, ob bei der GmbH & Co. KG, deren Gesellschafter gleichzeitig Gesellschafter der GmbH ist, eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegt. Der Sponsor, der gleichzeitig Initiator des Private Equity Fonds ist, könnte ein Interesse haben, die gesellschaftlichen Rechte der Komplementär-GmbH zu schmälern und sich dadurch – über seine Stellung als Kommanditist der KG – einen Vorteil zuzuwenden.¹⁵³ Dadurch, daß die GmbH zuläßt, daß einem Kommanditisten ein Carried Interest gewährt wird, könnte eine verdeckte Gewinnausschüttung getätigt werden. Eine verdeckte Gewinnausschüttung liegt immer dann vor, wenn außerhalb der ordentlichen Gewinnverteilung eine Kapitalgesellschaft aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses einem Gesellschafter oder einer nahestehenden Person einen Vermögensvorteil zuwendet oder aber auf eine Vermögensmehrung verzichtet und sich dies auf die Höhe ihres Einkommens auswirkt.¹⁵⁴ In Hinblick auf eine verhinderte Vermögensmehrung als Ursache einer vGA ist bei einer GmbH & Co. KG besonders auf die Gewinnverteilung der KG abzustellen. Es könnte zum einen der Gewinnanteil der GmbH zu niedrig bemessen werden, oder aber ein in angemessener Höhe vereinbarter Gewinnanteil der GmbH kann dem absoluten Betrag nach zu niedrig ausfallen, weil der Gewinn der KG – und damit auch der

¹⁵² Vgl. Abschnitt B.I.3.1, S. 111 ff.

¹⁵³ Vgl. *Frotscher*, in: *Frotscher/Maas*, KStG/UmwStG, Anhang zu § 8, S. 205 f.

¹⁵⁴ St. Rechtsprechung des BFH, vgl. z.B. BFH v. 22.2.1989, I R 44/85, BStBl. II 1989, S. 475; BFH v. 6.12.1995, I R 88/94, BStBl. II 1996, S. 383.

Anteil der GmbH – durch unangemessene Zuwendungen an die Kommanditisten geschmälert wurde.¹⁵⁵ Deshalb könnte die Gewährung eines hohen Gewinnvorabs für den Kommanditisten eine verhinderte Vermögensmehrung für die GmbH darstellen, da der an den Sponsor vorab ausgeschüttete Gewinn nicht mehr zu Verteilung unter den übrigen Gesellschaftern, zu denen auch die Komplementär-GmbH zählt, zur Verfügung steht. Damit würde der GmbH ein zu niedriger Gewinnanteil zugewiesen, der einen Teilverzicht auf den angemessenen Gewinnanteil zugunsten ihres Anteilseigners darstellen könnte.¹⁵⁶ Eine vGA soll dann vorliegen, wenn ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer solchen Gewinnverteilung unter fremden Dritten nicht zugestimmt hätte. Dazu ist jedoch zu bemerken, daß jeder Gesellschafter grundsätzlich mit seinem Gesellschaftsanteil einen Anspruch auf einen Gewinnanteil hat. Der Komplementär erhält damit kraft Gesetz einen Ausgleich für seinen Arbeitseinsatz. Dabei ist die vertragliche Gewinnverteilung bei einer GmbH & Co. KG auch steuerlich anzuerkennen, wenn die GmbH, deren Tätigkeit auf die Führung der Geschäfte der Kommanditgesellschaft beschränkt ist, auf die Dauer nur ihre Auslagen ersetzt erhält und dem Kapitaleinsatz und dem Haftungsrisiko entsprechend angemessen am Gewinn beteiligt wird.¹⁵⁷

Etwas anderes könnte jedoch gelten, wenn die GmbH nicht an der KG beteiligt ist. Voraussetzung für die Annahme einer vGA durch eine Gewinnverteilung zu Lasten der GmbH ist, daß die GmbH mit einer Kapitaleinlage an der KG beteiligt ist.¹⁵⁸ Dies ist in dem hier vorliegenden Fall jedoch nicht der Fall, die GmbH ist am Vermögen der KG nicht beteiligt und erhält lediglich eine pauschale Vergütung für die

¹⁵⁵ Vgl. *Wassermeyer*, GmbHR 1999, S. 19.

¹⁵⁶ Vgl. *Tillmann/Hesselmann*, GmbH & Co. KG, Rz. 972, 996.

¹⁵⁷ Vgl. BFH v. 15.11.1967, IV R 139/67, BStBl. II 1968, S. 152; BFH v. 15.11.1967, IV 115/65, BStBl. II 1968, S. 174; BFH v. 15.11.1967, IV R 244/66, BStBl. II 1968, S. 175; BFH v. 15.11.1967, IV R 2/67, BStBl. II 1968, S. 175; BFH v. 25.4.1968, IV R 279/66, BStBl. II 1968, S. 741.

¹⁵⁸ Vgl. *Schmidt*, in: *Schmidt*, EStG, § 15, Rz. 723.

Übernahme der persönlichen und unbeschränkten Haftung. Deshalb hat sich eine angemessene Vergütung nach dem wirtschaftlichen Wert der Vereinbarung zu richten. Die Höhe des angemessenen Entgelts ist dabei abhängig von dem mit der Haftungsübernahme verbundenen Risiko.¹⁵⁹ Die Angemessenheit einer pauschalen Haftungsvergütung ist bei fehlender Beteiligung der Komplementär-GmbH am Kapital der KG nach der Rechtsprechung des BFH daran zu messen, wie hoch eine „dem Risiko des Einzelfall entsprechende Avalprovision“ wäre.¹⁶⁰

Die Rechtsprechung hat in Hinblick auf die Übernahme der Geschäftsleitung und die Haftung festgestellt, daß ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter sich bei der Geschäftsführung, deren tatsächlicher Aufwand von der KG getragen wird, und der Übernahme eines gegenüber dem gesamten Kapitaleinsatz aller Gesellschafter kaum ins Gewicht fallenden Haftungsrisiko nur die Haftung hätte vergüten lassen.¹⁶¹ Dies ist auch hier der Fall, da die GmbH von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist. Somit können der GmbH für die Geschäftsführung der KG keine Aufwendungen entstehen. Für die Übernahme der Haftung sowie die Verwaltung des Fonds erhält sie – in Bezug auf ihr haftendes Eigenkapital – mit 2 v.H. des investierten Kommanditkapitals eine angemessene Vergütung in Anbetracht der Tatsache, daß das Private Equity Fonds durchaus über € 50 Mio. betragen kann. Selbst nach Abzug aller aus dem Managementvertrag resultierenden Kosten dürfte die Haftungsübernahme der Komplementär-GmbH damit angemessen vergütet werden.¹⁶² Da sie nicht am Kapital der KG beteiligt ist, besteht zudem kein Anlaß, in der

¹⁵⁹ Vgl. FG Saarland v. 28.3.1990, 1 K 199/88 rkr., EFG 1990, S. 586. Der Haftungsübernahme kommt also eine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung zu, vgl. *Tillmann/Henselmann*, GmbH & Co. KG, Rz. 981.

¹⁶⁰ Vgl. BFH v. 3.2.1977, IV R 122/73, BStBl. II 1977, S. 346.

¹⁶¹ Vgl. BFH v. 25.4.1968, IV R 279/66, BStBl. II 1968, S. 741.

¹⁶² Angemessenheit ist in Bezug auf ihr Stammkapital zu ermitteln, vgl. *Achenbach*, in: *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, KStG, Anh. zu § 8, Stichwort „GmbH & Co. KG. Bei einem Stammkapital von € 50.000 ergäbe sich bei einem Fondsvolumen von € 50 Mio. eine Verzinsung des haftenden Kapitals der GmbH von 100 v.H. Auch nach Abzug der Aufwendungen der Aufwendungen, die durch das Fondsmanagement entstehen, erscheint

Gewinnverteilung der KG eine verdeckte Gewinnausschüttung aufgrund einer verhinderten Vermögensmehrung zu sehen.

Die GmbH verzichtet jedoch auf das an ihren Gesellschafter gezahlte Carried Interest. Dies könnte eine verdeckte Gewinnausschüttung sein, wenn die GmbH lediglich die Haftung bei der KG übernimmt aber auf das Carried Interest zugunsten ihres Gesellschafters verzichtet. Auch das Auslassen einer solchen Geschäftschance kann eine vGA darstellen, da es sich dabei um eine verhinderte Vermögensmehrung handelt.¹⁶³

Ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter hätte möglicherweise nicht zugelassen, daß die GmbH zugunsten ihres Gesellschafters auf das Carried Interest verzichtet. Allerdings ist es Sache der Gesellschafter, die Aufgaben einer Kapitalgesellschaft zu bestimmen.¹⁶⁴ Die Aufgabe der Gesellschaft kann sich daher auch nur auf die persönliche Haftung bei einer KG beschränken.

Eine vGA käme danach nur in Betracht, wenn die Kapitalgesellschaft im Interesse eines oder mehrerer Gesellschafter tätig werden soll, ohne dafür ein angemessenes Entgelt zu bekommen oder ihm einen anderen Vermögensvorteil einräumen soll. Im Falle z.B. eines Wettbewerbes zwischen der Kapitalgesellschaft und ihrem Geschäftsführer ist diese Voraussetzung so lange nicht erfüllt, als die Kapitalgesellschaft nicht eigene konkrete Geschäftschancen ihren Gesellschaftern unentgeltlich zur Nutzung überläßt. Wenn sich aber der Zweck der Komplementär-GmbH auf die Übernahme der Haftung sowie die Durchführung bestimmter Verwaltungsaufgaben im Rahmen eines Managementvertrages beschränken soll, so räumt die GmbH dem

die Pauschale angemessen. Zudem ist sie unabhängig von einem Gewinn oder Verlust der Fondsgesellschaft zu zahlen.

¹⁶³ Vgl. BFH v. 30.8.1995, I R 155/94, BFHE 178, S. 371.

¹⁶⁴ Vgl. BFH v. 18.12.1996, I R 26/95, BFHE 182, S. 190.

Sponsor keine **eigene** Geschäftschance ein, wenn sie die Geschäftsführung nicht wahrnimmt.

Eine verhinderte Vermögensmehrung käme in Betracht, wenn sich das Wissen des Sponsors, daß dieser bei der Fondsgesellschaft einsetzt und wofür er letztendlich das Carried Interest erhält, als eine Geschäftschance der Komplementär-GmbH darstellt, die sie selbst hätte nutzen können und damit entsprechend das Carried Interest hätte vereinnahmen können. Entscheidend ist, ob der Sponsor das Wissen, das er bei seiner Tätigkeit für die Fondsgesellschaft einsetzt bei der Komplementär-GmbH erworben hat.¹⁶⁵ Ein Entgelt kann hingegen nicht verlangt werden, wenn der Gesellschafter bereits vor der Gründung der GmbH in deren (späteren) Geschäftsbereich tätig war und diese Tätigkeit fortführt.¹⁶⁶ Das Wissen des Sponsors ist gerade auf Tätigkeiten begründet, die er bereits vor der Gründung der Gesellschaft – eine Gründung, die im übrigen nur speziell zum Zwecke der Haftungsübernahme erfolgte¹⁶⁷ – im Bereich des Portfoliomanagement verfügte.¹⁶⁸ Somit verzichtet die GmbH nicht auf eine ihr zustehende Geschäftschance, indem sie sich auf die Haftungsübernahme bei der Fondsgesellschaft beschränkte. Daher kann m.E. auch auf der Grundlage der Geschäftschancenlehre keine verdeckte Gewinnausschüttung auf Grund einer verhinderten Vermögensmehrung bei der GmbH angenommen werden.

2.3. Geschäftsführer-Gehalt

Zusätzlich kann der Sponsor für die Geschäftsführung der Komplementär-GmbH, sofern er zu deren Geschäftsführer bestellt ist,

¹⁶⁵ Vgl. BFH v. 11.6.1996, I R 97/95, BFHE 181, S. 122.

¹⁶⁶ Vgl. BFH v. 12.10.1995, I R 127/94, BFHE 179, S. 258; *Rengers*, in: *Blümich*, EStG, § 8 KStG, Rz. 806.

¹⁶⁷ Insofern fällt die Übernahme der Geschäftsführung u.U. nicht einmal unter den Unternehmensgegenstand der GmbH, vgl. BFH v. 22.11.1995, I R 45/95, BFH/NV 1996, S. 645.

¹⁶⁸ Dabei handelt es sich sogar mehr um eine persönliche Fähigkeit, die gerade über das Carried Interest abgegolten wird.

Einkünfte aus einem Dienstvertrag erzielen. Dabei handelt es sich um einen Anstellungsvertrag, das Gehalt stellt steuerpflichtige Einkünfte i.S.v. § 19 EStG dar.

3. Kapitalgesellschaft als Sponsor

Ist der Sponsor der Fondsgesellschaft eine Kapitalgesellschaft, so kann diese bei der Vereinnahmung des Carried Interest nach der Unternehmenssteuerreform das Veräußerungsprivileg des § 8b KStG in Anspruch nehmen. Die anteiligen Veräußerungsgewinne des Carried Interest bleiben somit bei der Ermittlung des Einkommens des Sponsors außer Ansatz. Die Befreiung von der Körperschaftsteuer gilt unabhängig von einer Mindestbeteiligungshöhe ebenso für Dividenden, die im Rahmen von laufenden Einkünften von den Portfoliogesellschaften über die Fondsgesellschaft bezogen werden. Die Steuerbefreiung greift für den Sponsor auch bei der mittelbaren Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft über eine vermögensverwaltende Personengesellschaft.¹⁶⁹ Eine Spezialregelung für die mittelbare Veräußerung von Kapitalgesellschaftsanteilen über vermögensverwaltende Personengesellschaften – ähnlich der in § 8b Abs. 6 KStG verankerten Steuerfreiheit bei Veräußerung über **Mitunternehmerschaften** – ist nicht nötig. § 8b KStG ist hier unabhängig von § 8b Abs. 6 KStG direkt anzuwenden, insoweit an der Fondsgesellschaft Kapitalgesellschaften beteiligt sind. Es bedarf keiner gesonderten Regelung, da eine anteilige Zurechnung der von der Personengesellschaft gehaltenen Anteile auf der Grundlage von § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO erfolgt.¹⁷⁰

¹⁶⁹ Vgl. Rodin/Veith, DB 2001, S. 883.

¹⁷⁰ Vgl. Rödder, in: Schaumburg/Rödder, Unternehmenssteuerreform, 2000, S. 561.

III. Gestaltungsmissbrauch

Jedoch ist nicht jede handelsrechtlich wirksame Gewinnverteilung steuerrechtlich anzuerkennen.¹⁷¹ Somit könnte trotz einer gesellschaftlichen Veranlassung der Gewinnverteilung ein Mißbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten i.S.v. § 42 AO vorliegen. Grundsätzlich liegt kein Gestaltungsmissbrauch vor, wenn für ein bestimmtest Ziel eine ungewöhnliche zivilrechtliche Lösung gewählt wird. Vielmehr muß entscheidend hinzukommen, „daß durch diesen ungewöhnlichen Weg ein steuerlicher Erfolg erreicht werden soll, der bei sinnvoller, Zweck und Ziel der Rechtsordnung berücksichtigenden Auslegung vom Gesetz *mißbilligt* wird“¹⁷². Damit kann Rechtsmissbrauch jedoch nur indiziert werden, eine Widerlegung ist dadurch möglich, daß der an sich ungewöhnliche Weg durch beachtliche Gründe nichtsteuerlicher Art veranlaßt wurde.¹⁷³ Es stellt sich also die Frage, ob die Gewährung eines Vorabgewinns eine unangemessene Rechtsgestaltung darstellt und nicht durch wirtschaftliche oder sonst beachtliche nichtsteuerliche Gründe zu rechtfertigen ist.¹⁷⁴ Es ist daher zu prüfen, ob die gewählte Gestaltung bei der Gewährung des Vorabgewinns ein Mißbrauch im Sinne einer unangemessen rechtlichen Gestaltung zum Zwecke der Steuerumgehung ist.

1. Unangemessene Gestaltung

Eine Gestaltung ist unangemessen, wenn sie keinem wirtschaftlichen Zweck dient bzw. ein wirtschaftlicher Grund überhaupt fehlt.¹⁷⁵ Die bevorzugte Beteiligung eines eigentlich externen „Managers“ am Gewinn der Fondsgesellschaft kann jedoch aus betriebswirtschaftlicher Sicht anreiztheoretisch begründet werden. Mit ihr kann das Principal-Agent-Problem gelöst werden, das auftritt, wenn Unternehmenseigener und deren angestellte Manager unterschiedliche Ziele verfolgen. Es ist

¹⁷¹ Vgl. Fischer, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO, § 42, Rz. 151.

¹⁷² ,BFH v. 20.10.1965, II 119/62, BStBl. III 1965, S. 697, Hervorhebung im Original.

¹⁷³ Vgl. BFH v. 20.10.1965, II 119/62, BStBl. III 1965, S. 697.

¹⁷⁴ Vgl. BFH v. 5.11.1980, IV R 182/77, BStBl. II 1981, S. 220.

wirtschaftlich sinnvoll, die Ziele beider Gruppen zu verknüpfen und somit eine Zielerfüllung im Sinne der Eigner eines Unternehmens zu gewährleisten. Dadurch, daß die Sponsoren am Fonds beteiligt sind, werden sie zu Miteigentümern. Damit haben auch sie ein gesteigertes Interesse an der Auswahl eines guten Beteiligungsportfolios. Dadurch, daß die Entlohnung der Sponsoren und deren Höhe nur vom Gewinn der Gesellschaft abhängt, wird ein entsprechendes *incentive* geschaffen. Man kann also von einer extrem erfolgsabhängigen Form der Vergütung sprechen.¹⁷⁶ Daher stellt die Gewährung eines Carried Interest keine den wirtschaftlichen Verhältnissen unangemessene Gestaltung dar.

2. Steuervermeidung

Die Umgehung eines Steuergesetzes i.S.v. § 42 AO bedeutet, daß die gewählte Gestaltung eine Minderung oder Wegfall einer Steuerpflicht bewirken soll.¹⁷⁷ Diese Formulierung besagt, daß einzelne Gesetzesnormen gezielt umgangen werden sollen.¹⁷⁸ Eine solche Steuerumgehung findet nicht statt, da letztendlich der dargestellte Sachverhalt Tatbestandsmerkmale einer Einkunftsart nicht erfüllt und deshalb das Carried Interest als private Veräußerungsgewinne bei Privatpersonen und als steuerfreie Veräußerungsgewinne bei Kapitalgesellschaften als Sponsor keine steuerpflichtigen Einkünfte darstellt und aber deshalb diese noch nicht „umgeht“. Es kann aber in der Regel nicht von einem Mißbrauch der Gestaltungsmöglichkeiten gesprochen werden, selbst wenn als Neben- oder Hauptziel eine Steuerersparnis angestrebt wird.¹⁷⁹

Denn für die Gewinnverteilung in einer Personengesellschaft sind die unterschiedlichsten Motive denkbar. Im Falle der Strukturierung von

¹⁷⁵ Vgl. Kruse, in: *Tipke/Kruse*, AO, § 42, Rz. 33.

¹⁷⁶ Vgl. Lorenz, DStR 2001, S. 823. Siehe auch *Weitnauer*, FB 2001, S. 271.

¹⁷⁷ Vgl. Fischer, in: *Hübschmann/Hepp/Spitaler*, AO, § 42, Rz. 101.

¹⁷⁸ Vgl. Kruse, in: *Tipke/Kruse*, AO, § 42, Rz. 47.

Private Equity Fonds ist dabei eine Steuerersparnis für die Sponsoren aber weder ein Neben- noch ein Hauptziel. Die Steuerumgehung wird nicht gezielt gesucht, sondern ist Ausfluß der auf betriebswirtschaftlichen Überlegungen gründenden Strukturen. Diese sind im Übrigen nicht speziell für deutsche Private Equity Fonds entwickelt worden, sondern haben ihren Ursprung in den USA.¹⁸⁰ Das Carried Interest wird alleine aus anreiztheoretischen Gründen gezahlt ohne daß eine Steuerumgehung angestrebt wird.¹⁸¹ Die Struktur wird dort sogar trotz einer bestehenden Steuerpflicht für Veräußerungsgewinne auch im Privatvermögen (*capital gains*) gewählt, um eine erfolgsabhängige Vergütung zu erreichen. Wenn das deutsche EStG aufgrund des Einkünftedualismus diese international und aus wirtschaftlichen Gründen gewählte zivilrechtliche Gestaltung dem Grunde nach nicht erfaßt wird, so erfüllt dies nicht den Tatbestand der Steuervermeidung i.S.v. § 42 AO.

Daher ist die gewählte Gestaltung zur Gewährung eines Carried Interest als erfolgsabhängige Vergütung für den Sponsor des Fonds kein Mißbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten i.S.v. § 42 AO. Sie stellt sich weder als unangemessene Gestaltung dar noch wird durch sie eine Steuerersparnis angestrebt. Diese ist – in Bezug auf die Ebene der Gesellschaft – lediglich Ergebnis des Einkünftedualismus des EStG.

¹⁷⁹ Vgl. BFH v. 15.11.1967, IV R 139/67, BStBl. II 1968, S. 152.

¹⁸⁰ Vgl. zu den Grundlagen *Press/Kennedy*, An introduction to understanding venture capital funds, in: *Private Equity and Venture Capital*, 2000, S.141 sowie *Levin*, Structuring Private Equity, 1998, S. 354, der 20 v.H. Carried Interest als „industry standard for profit allocation“ bezeichnet.

¹⁸¹ Vgl. *Press/Kennedy*, An introduction to understanding venture capital funds, in: *Private Equity and Venture Capital*, 2000, S.141.

C. Zusammenfassung

Das an den Sponsor auf der Grundlage eines Gesellschafterbeitrages gezahlte Carried Interest ist nicht nur der Höhe sondern auch dem Grunde nach steuerlich anzuerkennen. Dies folgt daraus, daß es sich um eine Vergütung handelt, die aus dem Ertragsanteil der anderen Gesellschafter zu zahlen ist und somit der Sponsor Erträge aus einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft zugewiesen bekommt. Die Einkünfte sind dabei auf der Grundlage der Tätigkeit der Gesellschaft zu qualifizieren. Es wird insbesondere keine Sondervergütung gezahlt, die eine Umqualifizierung der Einkünfte auf Ebene des Gesellschafters bewirken könnte.

Der Gesellschafter erzielt dem Grunde nach Einkünfte aus der Gesellschaft, deren Qualifikation nach der Tätigkeit der Gesellschaft richtet. Das Carried Interest stellt anteilige Einkünfte aus privater Vermögensverwaltung dar. Eine Umqualifizierung kommt nur in Betracht, wenn die Beteiligung einem Betriebsvermögen des Sponsors zuzurechnen wäre. Insbesondere stellt das als Ausgleich für einen Gesellschafterbeitrag gewährte Carried Interest keine eigenen Einkünfte des Sponsors aus Gewerbebetrieb, einer selbständigen Arbeit oder aus einem Beschäftigungsverhältnis dar.

Eine Besteuerung des Carried Interest könnte nur erfolgen, wenn die Fondsbeteiligung dem Sponsor eine wesentliche Beteiligung i.S.v. § 17 Abs. 1 EStG an den Kapitalgesellschaftsanteilen des Beteiligungsportfolios vermittelt. Bei der zugrundezulegenden Bruchteilsbetrachtung findet das Carried allerdings keine Berücksichtigung. Kapitalgesellschaftsanteile sind dem Sponsor nach Maßgabe seiner festen Kapitalbeteiligung an der Fondsgesellschaft zuzurechnen.

Die Gewährung des Carried Interest an den Gesellschafter der Komplementär-GmbH stellt keine verdeckte Gewinnausschüttung dar. Die Übernahme der Haftung bei der Fondsgesellschaft wird der GmbH angemessen vergütet. Sie verzichtet in Bezug auf das Carried Interest auch nicht auf eine eigene Geschäftschance bzw. Einkünfte, so daß es nicht zu einer verhinderten Vermögensmehrung kommt.

Ist der Sponsor eine natürliche Person, so stellt das Carried Interest bei ihm Veräußerungsgewinne von anteilig im Privatvermögen gehaltenen Kapitalgesellschaftsbeteiligungen dar. Außerhalb der Grenze des § 17 Abs. 1 EStG liegen steuerfreie Veräußerungsgewinne vor. Kapitalgesellschaften als Sponsor können auf der Grundlage des Veräußerungsprivilegs des § 8b KStG das Carried Interest steuerfrei vereinnahmen.

Abschließend ist festzustellen, daß die gewählte Gestaltung auch keinen Mißbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten i.S.v. § 42 AO darstellt. Für die Gewährung eines Carried Interest als erfolgsabhängige Vergütung sprechen betriebswirtschaftliche Gründe.

Köln, 25. September 2001

Prof. Dr. Norbert Herzig