

**Gewinnbeteiligung des Managements  
von Kapitalbeteiligungsfonds**

**Gutachtliche Äußerung  
vorgelegt durch Prof. Dr. Manfred Groh, München  
Juli 2001**

---

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

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

## Inhaltsübersicht

	Seite
A. Sachverhalt und Rechtsfrage .....	50
B. Rechtliche Würdigung .....	55
I. Einkünfte einer als Sponsor beteiligten Einzelperson .....	55
1. Einkünfte aus der Fonds-Beteiligung .....	55
a) Qualifizierung nach der Tätigkeit der Fonds-KG.....	55
b) Umqualifizierung nach der Art des Gesellschafter beitrags? .....	56
aa) Aufgaben des Sponsors .....	56
bb) Betriebliche Betätigung kraft Gesellschafterbeitrags .....	57
cc) Mittelbare betriebliche Betätigung?.....	61
dd) Gewerbebetrieb eines „Berufssponsors“? .....	62
c) Umqualifizierung wegen Zusammenhangs mit einer betrieblichen Betätigung des Sponsors .....	63
2. Ermittlung der Einkünfte .....	67
a) Beteiligung im Privatvermögen .....	67
aa) Gewinnverteilung .....	67
bb) Laufende Einkünfte.....	68
cc) Einkünfte gemäß § .....	69
dd) Einkünfte gemäß § 23 EstG .....	71
b) Beteiligung im Betriebsvermögen.....	73
3. Einkünfte aus der Beteiligung an der Komplementär-GmbH.....	74
a) Betriebsvermögen?.....	74
b) Verdeckte Gewinnausschüttung?.....	75
4. Geschäftsführergehalt .....	78
II. Einkünfte einer als Sponsor beteiligten Kapitalgesellschaft.....	78
1. Einkunftsart.....	78
2. Ermittlung der Einkünfte .....	78

III. Einkünfte von Gesellschaftern einer Zwischen-KG.....	81
1. Gewerbebetrieb der KG?.....	81
2. Betrieblich beteiligte Kommanditisten.....	84
a) Sponsor-Kapitalgesellschaft.....	84
b) Andere betrieblich beteiligte Kommanditisten .....	85
3. Privat beteiligte Kommanditisten .....	89
4. Arbeitnehmerkommanditisten.....	90
a) Einkünfte aus der Beteiligung .....	90
aa) Vermögenseinkünfte oder Arbeitslohn.....	90
bb) Zurechnung der Beteiligung .....	92
b) Vorteile aus der Einräumung der Beteiligung.....	94
aa) Preisnachlaß .....	94
bb) Finanzierungsvorteile .....	95
C. Ergebnis.....	96

## **A. Sachverhalt und Rechtsfrage**

In den letzten Jahren haben Kapitalbeteiligungsgesellschaften besondere Bedeutung erlangt. Solche Gesellschaften beteiligen sich auf Zeit an Unternehmen und stellen ihnen dadurch Eigenkapital (Private Equity) zur Verfügung. Damit wird vielfach die Entwicklung etablierter Unternehmen finanziert, die aufgrund familiärer Nachfolge, von Konzernabspaltungen und im Rahmen von Management Buy-outs zur Disposition stehen. Häufig werden die Mittel aber zur Finanzierung der Gründung und des Wachstums junger Unternehmen (Start-ups) eingesetzt; in diesen Fällen wird von Venture Capital (VC) und Wagniskapitalfinanzierung gesprochen. Struktur und Betätigung der Kapitalbeteiligungsgesellschaften variieren. Typisierend kann jedoch von folgender Gestaltung ausgegangen werden:

Die erforderlichen Mittel werden in einem Fonds gesammelt, der die Rechtsform einer GmbH & Co KG benutzt. Als Investoren beteiligen sich in- und ausländische Banken, Versicherungen, Pensionsfonds, Unternehmen und vermögende Privatleute; sie werden Kommanditisten. Fremdmittel werden nicht aufgenommen. Aus dem erlangten Kapital werden zehn bis zwanzig Minderheitsbeteiligungen an Kapitalgesellschaften erworben, die während vier bis zehn Jahren aufrechterhalten werden. Danach werden die Beteiligungen veräußert. Beachtliche Veräußerungsgewinn entstehen hierbei nur hinsichtlich weniger Beteiligungen; sie entscheiden über den Erfolg des Fonds. Im Ergebnis schließt nur ein Teil der Fonds mit Gewinn ab, während andere Fonds Verluste erwirtschaften. Die Kapitalanleger versuchen, durch Beteiligung an mehreren Fonds einen Durchschnittsgewinn sicherzustellen.

Der Fonds wird von einem auf solche Aufgaben spezialisierten und als Sponsor bezeichneten Generalmanager geführt; seine Qualität ist mitentscheidend für den Erfolg des Fonds. Als Sponsor tritt häufig eine Kapitalgesellschaft auf; bei ihr kann es sich um die Tochtergesellschaft einer Bank, eine banknahe, aber auch um eine unabhängige Gesell-

schaft handeln. Ihre Aufgabe besteht in der Gewinnung von Investoren, vor allem aber in der Auswahl der Beteiligungsgesellschaften, der Förderung ihrer Entwicklung und der späteren Verwertung der Beteiligungen. Für den Erwerb einer Beteiligung sind die Marktchancen des Unternehmens, seine Wettbewerbsstärke, die Qualität des Managements und die Angemessenheit des Kaufpreises von Bedeutung. Die Entwicklung des Unternehmens wird durch Abstimmung mit dem Management, vor allem hinsichtlich der Unternehmensplanung, zuweilen durch Betreuung und Beratung in Fragen der Unternehmensführung beeinflusst und stets fortlaufend überwacht. Eine unmittelbare Einflußnahme auf die Geschäftsführung wird vermieden. Gewinn erzielt die KG in geringem Umfang aus Ausschüttungen und aus der verzinslichen Zwischenanlage vorhandener Mittel, vor allem aber aus der Veräußerung der Beteiligungen. Die Veräußerung kann nach einem Börsengang oder durch Verkauf an ein anderes Unternehmen, ggf. auch an einen anderen Investor vorgenommen werden. Der Erlös wird jeweils an die Kommanditisten ausgekehrt. Für ihren Erfolg benötigt die Sponsor-Kapitalgesellschaft ein Netzwerk von Kontakten und Verbindungen. Ihre Aufgaben erfüllt sie mit Hilfe ihrer Organe, hochqualifizierter Angestellter und selbständiger Berater.

Die Sponsor-Kapitalgesellschaft ist in doppelter Weise an der Fonds-KG beteiligt. Sie hält sämtliche Anteile an der Komplementär-GmbH. Außerdem ist sie typischerweise mit 1 v.H., manchmal auch in höherem Umfang als Gründungskommanditistin am Kommanditkapital der KG beteiligt, das sich auf Milliardenbeträge belaufen kann. Der Komplementär-GmbH ist die Durchführung der Investitionsentscheidungen, die Förderung und Überwachung der Beteiligungsgesellschaften sowie Gestaltung und Abschluß der erforderlichen Verträge übertragen. Sie ist auch für den Zahlungsverkehr mit den Beteiligungsgesellschaften und den Kommanditisten sowie für die spätere Abwicklung der KG zuständig. Für ihre Tätigkeit erhält die Komplementär-GmbH einen festen jährlichen Vorabgewinn in Höhe von 2 v.H. des Kommanditkapitals (Management Fee), aus dem sie die Personal- und Sachaufwendungen bestreitet und einen beträchtlichen Überschuß erzielen kann. Außerdem ist die Sponsor-

Kapitalgesellschaft bevorzugt am Restgewinn der KG beteiligt (Carried Interest). Nach den Gesellschaftsverträgen erhalten die Anlegerkommanditisten eine Vorabverzinsung auf ihre Einlagen. Vom Mehrgewinn stehen dem Sponsor 20 v.H. zu; er verbleibt ihm allerdings nur, sofern den Anlegerkommanditisten ihre Einlage samt Vorabverzinsung ausgezahlt werden konnte. Fondsbeteiligung, Festvergütung und Vorzugsgewinn des Sponsors entsprechen internationalen Gepflogenheiten. Mit der Gesellschaftsbeteiligung soll der Sponsor im eigenen Interesse zu einer sorgfältigen Geschäftsführung, mit dem nachrangigen Vorzugsgewinnanteil zu Anstrengungen veranlaßt werden, die den Kapitalanlegern zumindest die Vorabverzinsung sichern; außerdem soll damit ein Ausgleich für das durch die Nachrangigkeit gesteigerte Beteiligungsrisiko gewährt werden.

Im Interesse seiner Aufgabenerfüllung sieht sich der Sponsor, in diesem Fall die Kapitalgesellschaft veranlaßt, auch anderen Personen eine Mitbeteiligung an der Fonds-KG einzuräumen. Dies kann durch eine direkte Beteiligung zu Lasten seiner eigenen Kommanditbeteiligung geschehen. Um eine solche Mitbeteiligung zu erleichtern, beteiligt sich der Sponsor häufig nicht unmittelbar, sondern über eine zwischengeschaltete GmbH & Co KG an der Fonds-KG. Das Vermögen der Zwischen-KG besteht aus ihrer Beteiligung an der Fonds-KG; sie finanziert sich aus den Einlagen der Kommanditisten. Gewinne und Verluste werden im Verhältnis der Einlagen aufgeteilt; die vom Sponsor gestellte Komplementär-GmbH ist am Vermögen nicht beteiligt und erhält neben einer Haftungsprämie Auslagenersatz. Hauptkommanditist ist die Sponsor-Kapitalgesellschaft. Als weitere Kommanditisten werden dem Fonds verbundene Persönlichkeiten aufgenommen. Hierbei kann es sich um selbständige Berater, um Kontaktpersonen, um angesehene Vertreter der Finanzwelt, aber auch um wichtige Anleger mit bekanntem Namen handeln. Zusätzlich werden auch angestellte Manager, die als Organvertreter und Mitarbeiter der Komplementär-GmbH oder der Sponsor-Kapitalgesellschaft beschäftigt sind, als Kommanditisten beteiligt; sie sollen hierdurch an Erfolg und Mißerfolg der Fonds-KG teilnehmen. Dem Arbeitnehmer-Kommanditisten

wird die Teilbeteiligung seitens der Managementgesellschaft i.d.R. zum Nominalwert abgetreten; der Kaufpreis wird häufig durch ein Arbeitgeberdarlehen finanziert, für das der Manager zuweilen nur eingeschränkt haften soll. Ihm verbleibt die Beteiligung jedoch nur dann in vollem Umfang, wenn für die Gründungs-KG bestimmte Renditen erwirtschaftet werden. Anderenfalls darf die Sponsor-Kapitalgesellschaft die Beteiligung in bestimmtem Umfang zu den Anschaffungskosten oder einem höheren Preis zurückkaufen. Ein Rückkauf ist auch vorgesehen, wenn die Tätigkeit des Managers aus irgendeinem Grunde endet; der Rückkaufpreis richtet sich auch nach dem Anlaß der Beendigung.

Als Sponsor oder Generalmanager kann auch eine Einzelperson auftreten. Hierbei handelt es sich dann um einen erfahrenen und in der Finanzwelt bekannten selbständigen Manager. Er fungiert als Gründungskommanditist und hält alle Anteile an der Komplementär-GmbH des Fonds, deren Geschäftsführer er auch ist. Als Kommanditist ist er neben der Komplementär-GmbH geschäftsführungsbefugt. Er bezieht von der GmbH ein hohes Geschäftsführergehalt. Außerdem ist er mit 1 v.H. am Kommanditkapital beteiligt. Auf seine Beteiligung erhält er den Vorzugsgewinnanteil von 20 v.H., wiederum jedoch mit Nachrang gegenüber der den Kapitalanlegern zustehenden Vorabverzinsung.

Die Fonds-KG erzielt nach verbindlicher Auskunft der Finanzverwaltung Einkünfte aus Vermögensverwaltung; für sie ist neben der Komplementär-GmbH noch eine als Kommanditist beteiligte natürliche Person zur Geschäftsführung befugt. Ebenso ist die Geschäftsführung in der Zwischen-KG geregelt.

Die Finanzverwaltung hält die in Form der Gewinnbeteiligung gewährte Managementvergütung bei allen Beziehern für uneingeschränkt steuerpflichtig. Im folgenden soll untersucht werden, welcher Einkunftsart diese Bezüge jeweils zuzurechnen sind und welche Einkünfte sich daraus ergeben. Diese Prüfung soll aus systematischen Gründen zunächst für eine als Sponsor beteiligte Einzelperson, danach für eine in dieser Funk-

tion tätige Kapitalgesellschaft und alsdann für die Gesellschafter einer Zwischen-KG angestellt werden.

## **B. Rechtliche Würdigung**

### **I. Einkünfte einer als Sponsor beteiligten Einzelperson**

#### **1. Einkünfte aus der Fonds-Beteiligung**

##### **a) Qualifizierung nach der Tätigkeit der Fonds-KG**

Die Gesellschafter einer gesamthänderischen Personengesellschaft beziehen Einkünfte grundsätzlich in jener Einkunftsart, deren Besteuerungstatbestand sie gemeinsam in der Einheit der Gesellschaft erfüllen. Hinsichtlich der Qualifizierung und Ermittlung der gemeinsamen Einkünfte ist die Personengesellschaft deshalb nach neuerer Auffassung als Steuersubjekt anzusehen; die so ermittelten Einkünfte werden anteilig den Gesellschaftern zugerechnet und von ihnen versteuert. Dies gilt unabhängig davon, ob sich auf der Ebene der Gesellschaft Gewinneinkünfte oder Überschusseinkünfte aus Vermögensverwaltung ergeben (BFH v. 25.6.1984 GrS 4/82, BStBl II 1984, 751, 761; v. 3.3.1989 IX B 70/88, BFH/NV 1990,26; v. 11.7.1996 IV R 103/94, BStBl II 1997,39,40). Bei einer ersten Betrachtung erwirtschaftet die Fonds-KG Überschusseinkünfte aus der Verwaltung ihrer Kapitalbeteiligungen. Dies wird von der Finanzverwaltung allerdings nur mit Einschränkungen akzeptiert. Für die Zwecke dieser Untersuchung wird jedoch angenommen, daß die Fonds-KG sich der Vermögensverwaltung widmet; das entspricht der von der Finanzverwaltung erteilten verbindlichen Auskunft. Eine gewerbliche Prägung nach § 15 Abs.3 S.1 Nr.2 EStG kommt angesichts der Beteiligung eines zur Geschäftsführung befugten Einzelkommanditisten nicht in Betracht. Aus seiner Beteiligung können sich für den Sponsor demnach Einkünfte aus Kapitalvermögen gemäß § 20 EStG, aber auch Veräußerungsgewinne nach § 17 bzw. § 23 EStG ergeben.

## **b) Qualifizierung nach der Art des Gesellschafterbeitrags?**

### **aa) Aufgaben des Sponsors**

Ist dem Sponsor danach ein Teil der Vermögenseinkünfte der Fonds-KG zuzurechnen, so kann sich der Charakter dieser Einkünfte noch verändern. Das kommt in Betracht, wenn die Beteiligung bei ihm in einem Betriebsvermögen liegt. Alsdann müssen die Einkünfte in einen betrieblichen Gewinn umqualifiziert werden (BFH, BStBl II 1984,751,763; vom 7.2.1985 IV R 31/83, BStBl II 1985,372; v. 18.5.1995 IV R 125/92, BStBl II 1996,5,8; BStBl II 1997,39,40). Das wird auch nicht durch die verbindliche Auskunft der Finanzverwaltung gehindert, daß die Fonds-KG Einkünfte aus Vermögensverwaltung erwirtschaftet. Dies beinhaltet zwar auch, daß den Gesellschaftern Ergebnisanteile in dieser Einkunftsart zugerechnet werden. Doch kann die Zusage nur solange gelten, als in der Person des Gesellschafter nicht Merkmale verwirklicht werden, die zu einer Umqualifizierung der Einkünfte zwingen.

Vorliegend ist zu fragen, ob sich eine betriebliche Betätigung des Sponsors schon aus der Art seines Gesellschafterbeitrags ergibt. Dieser Beitrag beschränkt sich nicht auf die Überlassung von Eigenkapital, sondern beinhaltet auch die Betreuung der KG beim Erwerb der Beteiligungen, ihrer Entwicklung und ihrer späteren Veräußerung. Selbst wenn diese Aufgaben nicht im Gesellschaftsvertrag der KG festgelegt sind, ergeben sie sich doch aus den Aufgaben des Sponsors und dem Motiv für seine Aufnahme als Gesellschafter. Nicht zuletzt spricht dafür auch die Art seiner Gewinnbeteiligung. Auch wenn der Sponsor die Abwicklung dieser Aufgaben überwiegend oder zur Gänze der Komplementär-GmbH zugewiesen haben sollte, blieb er doch den Kapitalanlegern, die ihrerseits nicht an der Komplementär-GmbH beteiligt waren, für die Erfüllung der Aufgaben verantwortlich. Da die Kapitalanleger nicht Gesellschafter der Komplementär-GmbH waren, konnten sie den Sponsor nur als Gesellschafter zur Wahrnehmung seiner Aufgaben verpflichten.

Der Sache nach betätigte sich der Sponsor damit wie ein selbständiger Verwalter fremden Vermögens, der für seine Dienstleistung eine feste Vergütung und zusätzlich ein erfolgsabhängiges Entgelt erhält. Alternativ hätte auch die Fonds-KG dem Sponsor eine derartige Vermögensverwaltung antragen und auf seine Beteiligung als Gesellschafter verzichten können. Hätte der Sponsor sich darauf eingelassen, würde er gewerbliche Einkünfte oder Einkünfte aus selbständiger Arbeit im Sinne von § 18 Abs.1 S.3 EStG erzielen und in jedem Fall einen eigenen Betrieb unterhalten. Nach der gewählten Gestaltung werden seine Dienste jedoch mit dem Gewinn aus seiner Gesellschaftsbeteiligung belohnt. Es fragt sich, ob darin nicht doch eine gewerbliche und eigenbetriebliche Betätigung gesehen werden kann.

#### **bb) Betriebliche Betätigung kraft Gesellschafterbeitrags?**

Soll die Betätigung des Sponsors für die Fonds-KG gewerblich sein, müßte sie den Anforderungen des § 15 Abs.2 S.1 EStG genügen; es müßte sich also um eine selbständige, nachhaltige Tätigkeit handeln, die mit der Absicht Gewinn zu erzielen, unternommen wird und sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt. Gleiches ist für eine selbständige Arbeit im Sinne von § 18 EStG zu verlangen. Daß der Sponsor bei Erbringung seiner Gesellschafterleistung nachhaltig und selbständig tätig ist, liegt auf der Hand. Fraglich ist jedoch, ob er sich damit am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr beteiligt. Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr bedeutet, daß es zu einem Leistungs- und Gütertausch kommt, also die fragliche Leistung erkennbar am Markt angeboten wird, selbst wenn dies nur gegenüber einem einzelnen Marktteilnehmer geschieht (BFH v. 13.12.1995 XI R 43-45/89, BStBl II 1996,232; v. 12.7.1991 III R 47/88, BStBl II 1992,143,146; v. 29.10.1998 XI R 80/97, BStBl II 1999,448). Hiervon kann in einem auf Leistungsvereinigung und nicht auf Leistungsaustausch gerichteten Gesellschaftsverhältnis aber nicht gesprochen werden. Wer Leistungen als Gesellschafterbeitrag erbringt, beteiligt sich nicht am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr. Dies tut erst die Gesellschaft, indem sie die Ge-

sellschafterbeiträge verwertet; hiervon ist auch im Falle einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft auszugehen (Herrmann, StuW 1989,97,104).

Danach ist auch für eine vermögensverwaltende Personengesellschaft anzunehmen, daß der Gesellschafter mit der Erbringung einer an sich marktfähigen Leistung als Gesellschafterbeitrag keinen Gewerbebetrieb begründet. Der BFH hat sich mit dieser Frage in Fällen beschäftigt, in denen der Initiator eines Immobilienprojekts sich als persönlich haftender Gesellschafter an der vermögensverwaltenden Immobilien-KG beteiligte und im Hinblick auf die Geschäftsführung und Haftungsübernahme einen Gewinnvorab erhielt. Der BFH hat angenommen, daß der Initiator lediglich an den Einkünften der Gesellschaft aus Vermietung und Verpachtung beteiligt sei, nicht aber eigene Einkünfte aus Gewerbebetrieb erziele. Dies sei nur anzunehmen, wenn er seine Leistung im Rahmen eines schuldrechtlichen Austauschvertrages mit der Gesellschaft erbringe und hierfür ein besonderes Entgelt erhalte; das geleistete Entgelt bilde für die Gesellschaft dann Werbungskosten (BFH v. 7.4.1987 IX R 103/85, BStBl II 1987,707,709).

Von dieser Unterscheidung ist der BFH auch in seinem Urteil vom 10.7.1987 I R 301/83, BStBl II 1987,816, in einem Fall ausgegangen, in dem der persönlich haftende Gesellschafter diese Funktion in sechs Immobilien-Kommanditgesellschaften ausübte. Der BFH hat darin die Geschäftsführung für eine KG allerdings als nichtselbständige Arbeit bezeichnet und schon deswegen eine gewerbliche Betätigung abgelehnt. Hierauf konnte die Entscheidung richtigerweise aber nicht gestützt werden, da ein Gesellschafter, der die Geschäftsführung übernommen hat, hierbei ebenso selbständig tätig wird wie seine Mitgesellschafter, die andere Beiträge leisten; er erzielt damit keineswegs Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit, wie dies für den angestellten Geschäftsführer einer GmbH zutrifft, an den der BFH wohl gedacht hat. Immerhin hat der BFH in dieser Entscheidung aber auch ausgeführt, daß der Gesellschafter mit der Haftungsübernahme keine gewerbliche Leistung erbracht habe, weil

es sich um einen typischen Gesellschafterbeitrag handle. Das ist dann auch für die Übernahme der Geschäftsführung anzunehmen.

Wäre es anders, müßten auch andere Gesellschafterbeiträge zu eigenen Einkünften der Gesellschafter führen. Der BFH hat dem aber verschiedentlich widersprochen, so auch in einem Falle, in dem der Miteigentümer eines Grundstücks der Grundstücksgemeinschaft ein weiteres Grundstück zur gemeinsamen Vermietung überlassen hatte. Der Gesellschafter erzielte hieraus nach Auffassung des BFH nicht eigene Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung, sondern war auch insoweit am dem gemeinsamen Vermietungsergebnis aller Grundstücke beteiligt; dies sei nur auszuschließen, wenn dem Gemeinschaftler ein besonderes Entgelt für die Grundstücksüberlassung gewährt werde, das dann als Werbungskosten bei Ermittlung der Einkünfte der Grundstücksgemeinschaft zu berücksichtigen sei. Demgemäß sei auch eine dem verwaltenden Gemeinschaftler zuerkannte Vergütung als Vorabbeteiligung am Reinertrag der Gemeinschaft und nicht als Vergütung für eine Dienstleistung zu verstehen (BFH v. 18.11.1980 VIII R 194/78, BStBl II 1981,510,513). Diese Auffassung hat der BFH in einem weiteren Fall bestätigt, in dem Gemeinschaftler oder Gesellschafter der Gemeinschaft oder Personengesellschaft ebenfalls Grundstücke zur Vermietung überlassen hatten (BFH v. 7.10.1986 IX R 167/83, BStBl II 1987,322,323).

Hieran anknüpfend, wäre selbst ein Gesellschafterbeitrag, den der Steuerpflichtige aus einem eigenen Betrieb zugunsten der vermögensverwaltenden Personengesellschaft erbringt, nicht als Bestandteil seines Gewerbebetriebs anzusehen; die damit verbundenen Aufwendungen wären vom Gesellschafter entnommen (vgl. BFH v. 26.10.1987 GrS 2/86, BStBl II 1988,348,353) und als Sonderwerbungskosten bei seinen Einkünften aus der vermögensverwaltenden Gesellschaft abzusetzen (zu Sonderwerbungskosten BFH v. 23.4.1991 IX R 303/87, BFH/NV 1991,653; v. 7.12.1993 IX R 134/92, BFH/NV 1994,547). Der BFH hat in BStBl II 1987,816,817 allerdings ausgeführt, daß die Beteiligung beim Gesellschafter in einem Betriebsvermögen liegen könne, und in BStBl II

1987,710 erläutert, daß die auf gesellschaftsrechtlicher Basis entfaltete Tätigkeit gewerbsmäßig betrieben werden könne; in diesem Fall müßten die anteiligen Einkünfte des Gesellschafters in solche aus Gewerbebetrieb umqualifiziert werden. Daß der Gesellschafter allein mit der gesellschaftsrechtlich begründeten Geschäftsführung ein eigenes Unternehmen unterhalte, ergibt sich aus diesen Hinweisen nicht.

In der Fachliteratur wird dieses Ergebnis vereinzelt bestritten und verlangt, daß dem Gesellschafter auch dann eigene Einkünfte nach der Art seiner Betätigung zugerechnet werden, wenn er damit einen Gesellschafterbeitrag erbringt. So sollen sich für den geschäftsführenden Gesellschafter einer Immobilien-KG anstelle eines Anteils an den Überschusseinkünften der Gesellschaft Einkünfte aus fremdnütziger Vermögensverwaltung im Sinne von § 18 Abs.1 Nr.3 EStG oder aus Gewerbebetrieb ergeben (Lothmann Die vermögensverwaltende Personengesellschaft im Bereich der Einkommensteuer, 1986,428; ders., BB 1986,2099; Jaeschke, Probleme der einkommensteuerlichen Behandlung geschlossener Immobilienfonds, 1997, 132 ff.), während die Übernahme der Haftung zu sonstigen Einkünften im Sinne von § 22 Nr.3 EStG führen soll (Lothmann aaO). Um derartige Einkünfte darzustellen, soll der Ergebnisanteil des Gesellschafters wie ein vereinbartes Leistungsentgelt behandelt und bei der Gesellschaft als Werbungskosten abgezogen werden (Lothmann, BB 1986,2106). So müßte dann aber auch mit anderen Gesellschafterbeiträgen verfahren werden, sofern sie nicht in der Übertragung von Wirtschaftsgütern bestehen. Damit würde die gemeinschaftliche Betätigung in der Gesellschaft zu Lasten des Gesellschaftsergebnisses in eine Vielzahl von Einzelleistungen der Gesellschafter aufgelöst. Mit dem vom BFH vertretenen Konzept zur Erzielung von Einkünften in einer Personengesellschaft läßt sich die Literaturmeinung nicht vereinbaren. Sie erscheint im Beurteilungsfall auch deshalb nicht anwendbar, weil die Gewinnbeteiligung des Sponsors neben der Kapitaleinlage vor allem auch die in der nachrangigen Beteiligung liegende Risikoübernahme für die Mitgesellschafter abgelten sollte; zur Isolierung einer Tätigkeitsvergütung müßte die Gewinnbeteiligung in

diesem und in anderen Fällen mehrfachem Gesellschafterbeitrag darum aufgespalten werden..

### **cc) Mittelbare betriebliche Betätigung?**

Vorliegend ist allerdings festzustellen, daß der Sponsor eine umfassende Besorgung für die KG übernommen hat, die die Beauftragung von Hilfspersonen und wirtschaftliche Kontakte aller Art beinhaltet, auch wenn er sie überwiegend oder gänzlich der Komplementär-GmbH zugewiesen haben wird. Bei dieser Konstellation kann gefragt werden, ob ein Steuerpflichtiger, der umfassende wirtschaftliche Aktivitäten entfaltet, um ihre Früchte mittels der Beteiligung an einer Personengesellschaft zu ziehen, nicht doch einen Gewerbebetrieb unterhält. Man könnte argumentieren, daß er sich über die vermögensverwaltende Personengesellschaft am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr beteiligt. Entsprechendes ist im Körperschaftsteuerrecht hinsichtlich der einflußnehmenden Kapitalbeteiligung einer steuerbefreiten Körperschaft oder der Beteiligung einer Holdinggesellschaft an mehreren Kapitalgesellschaften angenommen worden, jeweils aber nur bei einer beherrschenden Beteiligung (BFH v. 17.12.1969 I 252/64, BStBl II 1970,257; v. 30.6.1971 I R 57/70, BStBl II 1971,753). Schon daran mangelt es im Beurteilungsfall.

Für den Bereich der Personengesellschaften wird im Falle der Betriebsaufspaltung angenommen, daß sich das Besitzunternehmen über die Betriebsgesellschaft am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr beteiligt, sofern zwischen beiden eine sachliche und personelle Verflechtung vorliegt (grundlegend BFH v. 8.11.1971 GrS 2/71, BStBl II 1972,63). Auch davon kann vorliegend nicht gesprochen werden. Ebenso wenig „paßt“ die Rechtsprechung, daß eine vermögensverwaltende Obergesellschaft gewerbliche Einkünfte erlangen kann, wenn sie an einer gewerblich tätigen Untergesellschaft beteiligt ist (BFH v. 9.12.1994 IV R 7/92, BStBl 1996,264); dies setzt einen existenten Gewerbebetrieb der Untergesellschaft voraus, der hier bei der Fonds-KG fehlt. Es kann ferner an die Rechtsprechung zum gewerblichen Grundstückshandel gedacht

werden, die es erlaubt, Grundstücksveräußerungen durch eine vermögensverwaltende Personengesellschaft anteilig dem Gesellschafter zuzurechnen, der allein dadurch einen Gewerbebetrieb begründen kann (Schmidt/Weber-Grellet, § 15 EStG Rz.73 mwNw). In diesem Zusammenhang wird sogar anerkannt, daß sich der Gesellschafter einer GmbH unter besonderen Umständen mittelbar über die GmbH am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr beteiligt und gewerblich mit Grundstücken handelt (BFH v. 17.6.1998 X R 68/95, BStBl II 1998,667; v. 13.12.1995 XI R 43-45/89, BStBl II 1996,232). Einen allgemeinen Grundsatz beinhaltet diese Rechtsprechung jedoch nicht.

Am ehesten hätte noch die Bilanzbündeltheorie zur gewerblichen Qualifizierung führen können, weil danach der einzelne Gesellschafter den Betrieb der Gesellschaft in dem seinem Anteil entsprechenden Umfang als eigenen Betrieb führte (Schmidt/Weber-Grellet, § 15 EStG Rz.162). Für eine vermögensverwaltende Personengesellschaft hätte sich daraus möglicherweise folgern lassen, daß auch ihre Gesellschafter anteilig eigenes Vermögen verwalten und sich am wirtschaftlichen Verkehr beteiligen; dies hätte die gewerbliche Qualifizierung des Gesellschafterbeitrags zugelassen. Der BFH hat aber von der Bilanzbündeltheorie Abschied genommen und will die Einkünfte allein nach der gemeinschaftlich realisierten Einkunftsart bestimmen (BFH, BStBl II 1984,751,764); die Zurechnung der einzelnen Geschäftsvorfälle auf den Gesellschafter ist damit nicht vereinbar (BFH v. 19.8.1986 IX S 5/83, BStBl II 1987,212).

#### **dd) Gewerbebetrieb eines „Berufssponsors“ ?**

In der Literatur wird überlegt, ob ein Gesellschafter, der in mehreren Kommanditgesellschaften als Komplementär auftritt, damit zum „Berufskomplementär“ und Gewerbetreibenden wird (hierzu, jedoch unentschieden Schmidt/Weber-Grellet, § 15 EStG Rz.16; Schmidt/Drenseck, § 21 EStG Rz.20; Korn, KÖSDI 1989,7752; Herrmann, StuW 1989,103). Hierbei wird nicht erwogen, den Gesellschafterbeitrag in eine Dienstleistung und die Ergebnisbeteiligung in ein Dienstleistungsentgelt umzudeuten;

vielmehr wird erörtert, ob die mehrfache Beteiligung als Komplementär einen Gewerbebetrieb begründet und die Gesellschaftsbeteiligung diesem Gewerbebetrieb zuzurechnen ist. Der BFH hat sich dem, wie bemerkt, nicht angeschlossen, sondern in BStBl II 1987,816 die sechsfache Beteiligung als Komplementär nicht als gewerblich angesehen. Damit erscheint auch ausgeschlossen, daß ein Sponsor, der für mehrere Kapitalbeteiligungsfonds tätig ist, allein dadurch zum Gewerbetreibenden wird. Die bekannte Vervielfältigungstheorie dient der Abgrenzung zwischen Gewerbebetrieb und selbständiger Arbeit, setzt also eine betriebliche Betätigung voraus und soll allein die Beschäftigung von Hilfskräften im Rahmen der selbständigen Arbeit einordnen (vgl. Schmidt/Wacker, § 18 EStG Rz. 23).

Nach allem erzielt der Sponsor allein aufgrund seines Gesellschafterbeitrags keine Einkünfte aus Gewerbebetrieb oder aus selbständiger Arbeit.

### **c) Umqualifizierung wegen Zusammenhangs mit einer gewerblichen Betätigung des Sponsors**

Nach Lage der Dinge erscheint als möglich, daß der Sponsor neben seiner Betätigung für die Fonds-KG einen eigenen Gewerbebetrieb unterhält. Eine eigenständige gewerbliche Betätigung wäre anzunehmen, wenn er aus dem Engagement in der Fonds-KG noch andere Vorteile als die Gewinnbeteiligung aus seinem Kommanditanteil, sein Geschäftsführergehalt und Gewinnausschüttungen der Komplementär-GmbH bezieht. Hiervon wäre zu sprechen, wenn er Einnahmen aus der Einwerbung der Kapitalanleger, aus der Vermittlung von Finanzierungen für die Beteiligungsgesellschaften, aus speziellen Dienstleistungen für diese Gesellschaften, aus ihrem Börsengang, aus ihrer Veräußerung an andere Investoren oder aus ähnlichen Anlässen erzielt. Er hätte damit einen eigenständigen Gewerbebetrieb begründet. Möglicherweise unterhält der Sponsor auch andere, hier nicht bekannte finanzwirtschaftliche Aktivitäten. Hieraus ergibt sich aber nicht notwendig, daß die Beteiligung des Sponsors an der Fonds-KG Bestandteil dieses Betriebs ist und seine

Vermögenseinkünfte aus der Beteiligung deshalb in gewerbliche Einkünfte umzuqualifizieren sind.

Ist ein Kommanditist betrieblich tätig, folgt daraus nicht zwingend, daß die Kommanditbeteiligung zu seinem Betriebsvermögen gehört. Dies wäre nur der Fall, wenn es sich um notwendiges Betriebsvermögen handelt. Allerdings stellt die Beteiligung an einer Personengesellschaft, auch an einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft, im Ertragsteuerrecht kein selbständiges Wirtschaftsgut dar; sie kann deshalb im Grunde auch nicht als Betriebsvermögen bezeichnet werden. Doch sind, wie noch im einzelnen darzulegen (S.20 f.) im Falle der Betriebszugehörigkeit die durch die Beteiligung repräsentierten Anteile an den Wirtschaftsgütern der vermögensverwaltenden Gründungs-KG und mittelbar der Fonds-KG in das Betriebsvermögen des Kommanditisten aufzunehmen. Dies wäre zwingend erforderlich, wenn die Beteiligung an der Gründungs-KG für die eigene Betätigung des Kommanditisten erforderlich wäre und die anteiligen Wirtschaftsgüter deshalb notwendiges Betriebsvermögen bildeten. Verkürzend kann deshalb doch gefragt werden, ob die Beteiligung notwendiges Betriebsvermögen darstellt.

Notwendiges Betriebsvermögen sollen nach neuerer, jedoch wenig aufschlußreicher Definition solche Wirtschaftsgüter bilden, die dem Betrieb in dem Sinne dienen, daß sie objektiv erkennbar zum unmittelbaren Einsatz im Betrieb bestimmt sind (BFH v. 19.2.1997 XI R 1/96, BStBl II 1997, 399, 402). Dies ist jedenfalls für solche Wirtschaftsgüter anzunehmen, deren Erwerb durch den Betrieb veranlasst ist, die also mit dem Betrieb in einem sachlichen Zusammenhang stehen und dadurch unmittelbar für betriebliche Zwecke genutzt werden (BFH v. 6.3.1991 X R 57/88, BStBl II 1991,829). Darüber ist nach den Verhältnissen des Einzelfalls zu entscheiden. Rechtsprechung, die sich mit der Zugehörigkeit der Beteiligung an einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft zum Betriebsvermögen eines Einzelunternehmers beschäftigt, ist nicht bekannt. Entscheidungen existieren jedoch zur Eigenschaft von Beteiligungen an Kapitalgesellschaften als notwendiges Betriebsvermögen. Sie

können Anhaltspunkte für die Zuordnung einer Personengesellschaftsbeteiligung zum Betriebsvermögen geben.

Anteile an Kapitalgesellschaften werden von einkommensteuerpflichtigen Personen i.d.R. als Kapitalanlage erworben, um daraus laufende Bezüge und ggf. auch Veräußerungsgewinne zu erzielen. Es handelt sich deswegen regelmäßig um Privatvermögen. Dies gilt auch für einen Unternehmer, der normale Geschäftsbeziehungen zur Kapitalgesellschaft pflegt (BFH v. 31.1.1991 IV R 2/90, BStBl II 1991,786). Eine Kapitalbeteiligung bleibt selbst dann Privatvermögen, wenn der Gesellschafter einen Betrieb unterhält und hieraus Leistungen zum Vorteil der Kapitalgesellschaft erbringt, er seinen Betrieb sozusagen in den Dienst der Beteiligung stellt. Resultieren hieraus verdeckte Einlagen, werden die Wirtschaftsgüter gewinnrealisierend zunächst aus dem Betriebsvermögen entnommen, um dann als Privatvermögen zugunsten seiner Beteiligung eingelegt zu werden (vgl. Schmidt/Glanegger, § 6 Rz. 440 „Gesellschaftsrechtliche Einlagen“). Gewährt er der Gesellschaft Nutzungen oder andere Dienstleistungen aus seinem Betrieb, gelten lediglich die zugehörigen Aufwendungen als entnommen und als Werbungskosten für die private Beteiligung aufgewendet (vgl. BFH, BStBl II 1988,348,355).

Notwendiges Betriebsvermögen ist dagegen anzunehmen, wenn umgekehrt die Kapitalbeteiligung in den Dienst des Betriebs des Gesellschafters gestellt wird und diesen entscheidend fördert (BFH. v. 3.10.1989 VIII R 328/84, BFH/NV 1990,361; v. 4.2.1998 XI R 45/97, BStBl II 1998,301). Dies ist vor allem angenommen worden, wenn die Beteiligung den Absatz des Unternehmens sichern oder erleichtern sollte (Vgl. BFH v. 11.3.1976 IV R 185/71, BStBl II 1976,380; v. 23.11.1978 IV R 146/75, BStBl II 1979,109; v. 22.1.1981 IV R 107/77, BStBl II 1981,564; v. 23.5.1985 IV R 198/83, BStBl II 1985,517 für freiberufliche Betätigung. BFH v. 11.3.1976 IV R 185/71, BStBl II 1976,380; v. 23.11.1978 IV R 146/75, BStBl II 1979,109; V. 22.1.1981 IV R 107/77, BStBl II 1981,564; v. 23.5.1985 IV R 198/83, BStBl II 1985,517 für Gewerbebetriebe. BFH

v. 20.3.1980 IV R 22/77, BStBl II 1980,439 für landwirtschaftlichen Betrieb).

Ebenso ist eine Kapitalbeteiligung wegen einer entscheidenden Förderung des Betriebs zum notwendigen Betriebsvermögen gerechnet worden, wenn mit ihr die Beschaffung von im Betrieb abzusetzenden Waren oder der Vertrieb von im Betrieb hergestellten Waren gesichert werden sollte (BFH v. 29.10.1986 II R 226/82, BStBl II 1987,99; v. 6.7.1989 IV R 62/86, BStBl II 1989,890 m.w.Nw.) oder wenn mit Hilfe der Beteiligung die dauerhafte Anpachtung von Anlagevermögen oder des Betriebs der Kapitalgesellschaft gewährleistet werden sollte (BFH v. 14.8.1975 IV R 30/71, BStBl II 1976,88; v. 26.3.1993 III S 42/92, BStBl II 1993,723). Die Entscheidungen sind allerdings zu Kapitalbeteiligungen der Gesellschafter einer Mitunternehmerschaft ergangen; in ihnen hat der BFH angenommen, daß die Tätigkeit der Kapitalgesellschaft diejenige der Personengesellschaft ergänzt, beide Unternehmen miteinander verflochten seien und daß die Kapitalbeteiligung deshalb Sonderbetriebsvermögen des Gesellschafters darstelle (dazu BFH v. 7.3.1996 IV R 12/95, BFH/NV 1996,736). Unter diesen Voraussetzungen soll die Beteiligung aber auch im Einzelbetrieb notwendiges Betriebsvermögen bilden (BFH v. 3.3.1998 VIII R 66/96, BStBl II 1998,383).

Im Beurteilungsfall würde die KG-Beteiligung nach diesen Kriterien notwendiges Betriebsvermögen eines Gewerbebetriebs des Sponsors bilden, wenn dieser neben der Managementvergütung Einnahmen aus zusätzlichen Dienstleistungen bezieht, die aber mit seinem Engagement für die Fonds-KG in Zusammenhang stehen. Alsdann wäre zu folgern, daß die Beteiligung diese Aktivitäten entscheidend fördert, sie sogar erst ermöglicht, und es sich bei ihr um notwendiges Betriebsvermögen handelt. Eine derartige Beziehung kann ggf. auch gegenüber anderen, hier nicht bekannten finanzwirtschaftlichen Aktivitäten des Sponsors bestehen; sie wäre z.B. gegeben, wenn der Sponsor als Generalmanager ein umfassendes Unternehmen mit unterschiedlichen Einkunftsquellen unterhalte, in das auch die Kommanditbeteiligung integriert wäre.

## **2. Ermittlung der Einkünfte**

### **a) Beteiligung im Privatvermögen**

#### **aa) Gewinnverteilung**

Der Umfang der sich für den Sponsor ergebenden Einkünfte hängt von seiner Beteiligung am Ergebnis der Fonds-KG ab. Ihm ist ein allerdings risikobehafteter Vorzugsgewinnanteil eingeräumt; er ist mit 1 v.H. am Kapital beteiligt, erhält im Ergebnis aber 20 v.H. des Gesamtgewinns, dies jedoch nur, wenn der Gewinn die den Anlegern zustehende Vorabverzinsung übersteigt. Die Mitgeschafter honorieren damit, wie hervorgehoben, die besondere Bedeutung, die der Sponsor für den Erfolg des Fonds hat, wie auch das besondere Risiko, das der Sponsor mit der nachrangigen Gewinnbeteiligung auf sich nimmt.

Handelsrechtlich ist der damit geschaffene Vorzugsgewinnanteil des Sponsors unbedenklich. § 168 HGB sieht für die Kommanditgesellschaft vor, daß die Kapitalanteile der Gesellschafter verzinst werden und daß ein verbleibender Gewinn in einem angemessenen Verhältnis auf die Gesellschafter verteilt wird. Dies muß nicht im Verhältnis der Kapitalbeteiligungen geschehen. Im Gesellschaftsvertrag kann jede andere Regelung vereinbart werden (näher Schlegelberger/Martens, HGB, 5. Aufl., § 168 Rdnr. 20 ff.). Abweichende Vereinbarungen sind durchaus üblich; sie berücksichtigen, daß der Gesellschafterbeitrag auch in anderen Leistungen als der Kapitalüberlassung bestehen kann. Eine handelsrechtlich zulässige Gewinnverteilungsabrede ist für die Gewinnverteilung in einer Mitunternehmerschaft auch steuerlich zu beachten, wenn ihr keine außerbetrieblichen Motive zugrundeliegen (BFH v. 10.11.1980 GrS 1/79, BStBl II 1981,164); das ist vorliegend auszuschließen. Für die Gewinnverteilung bestehen, wie dargelegt, wohlbegründete sachliche Motive.

Fraglich ist allerdings, ob diese Grundsätze auch für eine vermögensverwaltende Personengesellschaft gelten, um die es sich bei der Fonds-KG handelt. Das aber ist zu bejahen. Der BFH hat wiederholt entschieden, daß die in einer Grundstücksgemeinschaft vereinbarte Aufteilung der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung anzuerkennen ist, wenn sie ihre Grundlage im Gemeinschaftsverhältnis hat (BFH v. 27.6.1978 VIII R 168/73, BStBl II 1978,674; v. 18.11.1980 VIII R 194/78, BStBl II 1981,510; v. 7.10.1986 IX R 167/83, BStBl II 1987,322; v.31.3.1992 IX R 245/87, BStBl II 1992,890; v. 30.6.1999 IX R 83/95, DB 1999,2245). Ebenso ist entschieden, daß für die Verteilung von Überschusseinkünften einer Immobilien-KG die vereinbarte und handelsrechtlich maßgebende Gewinnverteilungsabrede auch steuerlich zu beachten ist (BFH v. 5.5.1981 VIII B 26/80, BStBl II 1981,574,576; v. 7.4.1987 IX R 103/85, BStBl II 1987,707,709). Die Finanzverwaltung hat sich dem in R.164 Abs.1 EStR angeschlossen.

Für eine kapitalverwaltende Personengesellschaft kann in diesem Punkt nichts anderes gelten. Auch in ihrem Fall kann die steuerliche Berücksichtigung der handelsrechtlich wirksam vereinbarten Gewinnverteilung nicht davon abhängen, in welcher Einkunftsart die Gesellschaft ihre Ergebnisse ermittelt, zumal dies durch den möglichen Rückgriff auf die gewerbliche Prägung der Gesellschaft in das Belieben der Gesellschafter gestellt ist. Damit ist die zugunsten des Sponsors mit handelsrechtlicher Wirkung vereinbarte Gewinnverteilung uneingeschränkt auch steuerlich anzuerkennen.

## **bb) Laufende Einkünfte**

Als laufende Einkünfte fallen für den Sponsor in geringem Umfang Anteile an den Ausschüttungen der Beteiligungsgesellschaften an. Sie führen bei der Fonds-KG zu Einnahmen gemäß § 20 Abs.1 Nr.1 EStG, sofern sie nicht durch Werbungskosten aufgezehrt werden; beim Sponsor nehmen sie nunmehr gemäß § 3 Nr.40 Buchst.d EStG n.F.am Halbeinkünfteverfahren teil. Der Anteil des Sponsors an den Einkünften der

KG ist entsprechend seiner Gewinnbeteiligung zu ermitteln; hiernach richtet sich sein Anteil an den gemäß § 180 Abs.1 Nr. 2a AO einheitlich festzustellenden Einkünften der Gesellschafter der Fonds-KG.

### **cc) Einkünfte gemäß § 17 EStG**

Der Sponsor erhält insbesondere auch einen Anteil an den Gewinnen aus der Veräußerung der Kapitalbeteiligungen. Dieser Gewinn aus der Verwertung des Vermögensstamms ist bei ihm grundsätzlich nicht steuerpflichtig. Insoweit kann jedoch der Tatbestand des § 17 Abs.1 EStG erfüllt sein. Er verlangte bisher, daß der Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft zu irgendeinem Zeitpunkt während der letzten 5 Jahre mit mindestens 10 v.H. am Kapital der Gesellschaft beteiligt war. Ab dem 1.1.2001 wurde diese Grenze auch für Altbesitz auf 1 v.H. herabgesetzt (zum zeitlichen Anwendungsbereich vgl. § 52 Abs.34 a EStG i.V.m. § 34 Abs.1, 1a KStG); die vielfach bezweifelte Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung ist hier nicht zu erörtern. Ob die in § 17 Abs.1 EStG genannte Beteiligungsgrenze erreicht ist, kann nach Auffassung der Rechtsprechung nicht allein nach den Verhältnissen der vermögensverwaltenden Personengesellschaft bestimmt werden; vielmehr sind hierzu auch Anteile heranzuziehen, die einem Gesellschafter daneben unmittelbar oder mittelbar zustehen. Hieraus ist schon in der Vergangenheit gefolgert worden, daß § 17 EStG gesellschafterbezogen angewendet werden muß und daß dem Gesellschafter hierbei die Kapitalbeteiligung der Personengesellschaft entsprechend § 39 Abs.2 Nr.2 AO zu einem seiner Gesamthandsbeteiligung entsprechenden Bruchteil zuzurechnen ist (BFH v. 7.4.1976 I R 75/73, BStBl II 1976,557; v. 27.3.1979 VIII R 209/77, BStBl II 1979,724; v. 12.6.1980 IV R 128/77, BStBl II 1980,646.). Diese Auffassung hat der BFH auch aufrechterhalten, nachdem die Rechtsprechung vor allem nach der Entscheidung des Großen Senats in BStBl II 1984,751 die Personengesellschaft als Subjekt der Gewinnerzielung und Gewinnermittlung anerkannt hatte (zweifelnd BFH v. 13.7.1999 VIII R 72/98, BStBl II 1999,820; bestätigend jedoch BFH v. 9.5.2000 VIII R 41/99, BStBl II 2000,686). Die Veräußerungsgewinne sollen deshalb

auch nicht in die einheitliche Feststellung der Einkünfte einbezogen werden (BFH, BStBl II 2000,686).

Fraglich ist allerdings, wie die Gesamthandsbeteiligung eines Gesellschafters in ideelle Anteile an den Wirtschaftsgütern der Gesellschaft umgerechnet werden soll und wie dabei die Gewinnbeteiligung des Gesellschafters berücksichtigt wird. Die Frage stellte sich in der Vergangenheit auch, wenn ein für das Betriebsvermögen einer Personengesellschaft ermittelter Einheitswert entsprechend § 39 Abs.2 Nr.2 AO auf die gesamthänderisch beteiligten Gesellschafter aufzuteilen war. Der BFH hat hierzu entschieden, daß die Aufteilung im Verhältnis des Wertes der Mitgliedschaftsrechte zu erfolgen habe und daß zu diesem Zweck dem Gesellschafter neben seinen Kapitalkonten auch die ihm nach der Gewinnverteilungsregelung gebührenden Anteile an den stillen Reserven und einem Geschäftswert der Gesellschaft zu berücksichtigen seien (BFH v. 24.6.1981 III R 49/78, BStBl II 1982,2; v.3.11.1993 II R 96/91, BStBl II 1994,88).

Es liegt nahe, dieses Verfahren auch für die Aufteilung von im Gesamthandsvermögen liegenden Kapitalbeteiligungen anzuwenden (in diesem Sinne - Gewinnverteilungsschlüssel- Schmidt/Weber-Grellet, 19.Aufl., § 17 EStG Rz.59, nicht mehr in 20. Aufl.; Lorenz, DStR 2001,821,824; Bordewin/Brandt, EStG, § 17 Rz.101; ähnlich -Liquidationsschlüssel- Blümich/Ebling, EStG, § 17 Rz. 101). Dies würde bei einer gewinnabhängigen Erfolgsbeteiligung aber bedeuten, daß sich die Anteile der Gesamthänder an der Kapitalbeteiligung entsprechend ihrer Wertentwicklung fortlaufend ändern. Im Beurteilungsfall wäre der Sponsor zunächst mit 1 v.H. an einer erworbenen Kapitalbeteiligung im Werte von 100 beteiligt. Steigt der Beteiligungswert von 100 auf 200, würden vom Mehrwert 20 auf den Sponsor entfallen, so daß er jetzt mit 21:200, d.h. 10,5 v.H an der Kapitalbeteiligung beteiligt wäre; entsprechend würden sich die Anteile der übrigen Kommanditisten ermäßigen. Der Beteiligungsumfang würde erst im Veräußerungszeitpunkt feststehen. Am Veräußerungsgewinn wäre der Sponsor offenbar nur mit 10,5 v.H. betei-

ligt, während 9,5 v.H. auf die Anteilsverschiebung entfallen. Das kann nicht zutreffen. Der BFH hat es denn auch abgelehnt, bei der Festlegung des Beteiligungsumfangs im Rahmen des § 17 EStG einen Vorzugsge-  
winnanteil zu berücksichtigen (BFH v. 25.11.1997 VIII R 29/94, BStBl II 1998,257).

Richtigerweise ist davon auszugehen, daß der Sponsor entsprechend seiner Einlage in die Fonds-KG mit 1 v.H. ideell an den Kapitalbeteili-  
gungen beteiligt ist, daß aber bei der späteren Veräußerung ein höherer Anteil am Veräußerungsgewinn auf ihn entfällt, weil er entsprechend seiner Gewinnbeteiligung Anteil an den stillen Reserven hat. Es läßt sich nicht abstreiten, daß Veräußerungspreis und Veräußerungskosten für die Gesellschafter der vermögensverwaltenden KG gemeinsam anfallen und ihrerseits der Aufteilung auf die Gesellschafter bedürfen. Hierfür ist wie für die gemeinschaftlich erzielten Einkünfte die Gewinnverteilungsab-  
rede heranzuziehen. Die BFH-Rechtsprechung zu § 17 EStG befaßt sich bisher nur mit der erforderlichen Zurechnung der Kapitalbeteiligung auf die Gesellschafter, nicht mit der Zurechnung des Veräußerungsgewinns. Das Ergebnis ist jedoch dadurch vorgezeichnet, daß die betrieblich be-  
teiligten Mitgesellschafter der Fonds-KG entsprechend der Gewinnver-  
teilungsabrede am Veräußerungsgewinn beteiligt sind. Dann muß dies auch für die privat beteiligten Gesellschafter gelten, damit der Veräuße-  
rungsgewinn ohne Rest aufgeteilt werden kann.

Da der Kapitalfonds nur Minderheitsbeteiligungen hält, ist auch nach Herabsetzung der Wesentlichkeitsgrenze auf 1 v.H. unwahrscheinlich, daß der Sponsor die Voraussetzungen des § 17 EStG erfüllt.

#### **dd) Einkünfte gemäß § 23 EStG**

Unabhängig von § 17 EStG kann der Sponsor einen Veräußerungsgewinn im Sinne von § 22 Nr.2, § 23 Abs.1 Nr.2 EStG erzielen, wenn er die erworbene Beteiligung an der Fonds-KG binnen Jahresfrist weiterveräu-

bert. Er ist über diese vermögensverwaltende Beteiligung mittelbar an den Kapitalanteilen der Fonds-KG beteiligt. Der BFH hat früher allerdings angenommen, in diesem Fall werde die Beteiligung an der vermögensverwaltenden Personengesellschaft als eigenes Wirtschaftsgut veräußert (BFH v. 4.10.1990 X R 148/88, BStBl II 1992,211). Dies ist vom Gesetzgeber mit Wirkung vom VZ 1994 durch die Einfügung von § 23 Abs.1 S.4 EStG korrigiert worden. Danach gilt die Anschaffung oder Veräußerung einer unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung an einer Personengesellschaft als Anschaffung oder Veräußerung der anteiligen Wirtschaftsgüter. Dies kommt für Veräußerungen durch den Sponsor in Betracht. Veräußert die vermögensverwaltende Gesellschaft, hier die Fonds-KG, eine erworbene Beteiligung binnen Jahresfrist, würde auch sie den Tatbestand des § 23 Abs.1 Nr.2 EStG erfüllen; der Gewinn wäre dann nach der Gewinnverteilungsabrede zu verteilen. Anders als im Falle des § 17 EStG kommt es auf den Umfang der Beteiligung nicht an, so daß die Vorschrift nicht gesellschafterbezogen ausgelegt werden muß.

Strittig ist jedoch die Behandlung der sogen. Mischfälle, in denen etwa der Gesellschafter seine Beteiligung binnen Jahresfrist nach Erwerb der Kapitalbeteiligung durch die Gesellschaft veräußert oder die Gesellschaft die Kapitalbeteiligung binnen Jahresfrist nach Erwerb des Gesellschaftsanteils durch den Gesellschafter veräußert. Nach dem Sinn der Neuregelung müssen auch diese Fälle durch § 23 Abs.1 S.4 EStG erfaßt sein (Schmidt/Heinicke, 20. Aufl., § 23 Rz.9; Kirchhof/Fischer, Kompaktkommentar, § 23 EStG Rz.8; anders Stephan, DB 1994,1588; Peter, DStR 1999,1337). In ähnlicher Weise ist auch § 6b EStG in seiner vor dem StEntlG 1999/2000/2002 geltenden Fassung angewendet worden (z.B. BFH v. 10.7.1980 IV R 136/77, BStBl II 1981,84,88).

Im Beurteilungsfall werden die gesetzlichen Zeitgrenzen bei der Veräußerung der Kapitalbeteiligungen überschritten sein. Der Sponsor ist danach mit dem auf ihn entfallenden Anteil am Veräußerungsgewinn auch nach § 23 EStG nicht steuerpflichtig.

## **b) Beteiligung im Betriebsvermögen**

Liegt die KG-Beteiligung im Betriebsvermögen des Sponsors, muß sein Anteil an den Vermögenseinkünften in gewerbliche Einkünfte umqualifiziert werden. Dies folgt aus dem Umstand, daß der Sponsor gesamthänderisch am Vermögen der Fonds-KG beteiligt ist; damit geht ein entsprechender Anteil an den Wirtschaftsgütern der KG in sein Betriebsvermögen und in den Betriebsvermögensvergleich ein (vgl. BFH v. 11.7.1996 IV R 105/94, BStBl II 1997,79). Die anteilmäßige Zurechnung erweist sich, wie in § 39 Abs.2 Nr.2 AO vorausgesetzt, hier als für die Besteuerung erforderlich.

Die Umqualifizierung der Fonds-Einkünfte kann sich nicht auf ihre Umbenennung beschränken. Vielmehr sind sie entsprechend den Grundsätzen der §§ 4 und 5 EStG nach den Regeln des Vermögensvergleichs neu zu ermitteln. Damit gehen auch Gewinne aus der Veräußerung des verwalteten Vermögens in die Einkünfte des betrieblich beteiligten Gesellschafters ein (BFH, BStBl II 1984,751,763; vom 7.2.1985 IV R 31/83, BStBl II 1985,372; v. 18.5.1995 IV R 125/92, BStBl II 1996,5,8). Demgemäß werden die Einkünfte des Gesellschafters aus seiner im betrieblichen Interesse gehaltenen vermögensverwaltenden Beteiligung so ermittelt, als das Gesellschaftsvermögen anteilig Bestandteil seines Betriebsvermögens (BFH, BStBl II 1997,39,40). Auf welcher Stufe die erforderliche Neuberechnung zu geschehen hat, ist strittig. Nach Auffassung der Rechtsprechung ist die Umqualifizierung für die Zwecke des betrieblich beteiligten Gesellschafters bereits innerhalb der nach § 180 Abs.1 Nr.1a AO durchzuführenden Feststellung der Einkünfte der Gesellschafter vorzunehmen (zuletzt BFH v. 21.9.2000 IV R 77/99, DB 2001,72). Dies würde dafür sprechen, dem Sponsor bereits in der Einkünftefeststellung für die Fonds-KG gewerbliche Einkünfte zuzurechnen. Eine solche Umqualifizierung müßte auch für die als Anlegerkommanditisten beteiligten inländischen Kapitalgesellschaften vorgenommen werden, während für beteiligte ausländische Kapitalgesellschaften aufgrund

der sog. isolierenden Betrachtungsweise des § 49 Abs.2 EStG weiterhin Einkünfte aus Vermögensverwaltung anfallen (vgl. BFH v. 27.1.1982 I R 5/78, BStBl II 1982,374; v. 13.12.1989 I R 40/87, BStBl II 1990,381). Demgegenüber will die Finanzverwaltung die Umqualifizierung und Neuberechnung erst auf der Ebene des steuerpflichtigen Gesellschafters anlässlich seiner Veranlagung zur Einkommen- oder Körperschaftsteuer vornehmen (BMF v. 29.4.1994, BStBl I 1994,288 mit Einzelheiten). Auf das steuerliche Ergebnis hat dieser verfahrensrechtliche Streit keinen Einfluß.

Nach der Regelung des StSenkG sind gemäß § 3 Nr.40 Buchst. a und d EStG ab dem VZ 2001 bzw. 2002 (§ 52 Abs.4a EStG) Dividendeneinnahmen und Gewinne aus der Anteilsveräußerung in einem der ESt unterliegenden Betriebsvermögen nur zur Hälfte anzusetzen. Wie dieses Ziel verwirklicht wird, wenn die Kapitalbeteiligung, wie vorliegend, im Vermögen einer Gesamthandsgesellschaft liegt, sagt das Gesetz nicht. Eine dem § 8b Abs.6 KStG entsprechende Regelung für Mitunternehmerschaften enthält die Vorschrift nicht. Dessen bedarf es für den Beurteilungsfall auch nicht, in dem es um die Beteiligung an einer vermögensverwaltenden Gesellschaft geht. § 3 Nr.40 Buchst a und d EStG ist in diesem Fall unmittelbar anwendbar; er begünstigt die Anteile des betrieblich beteiligten Gesellschafters an den Einkünften der Gesellschaft

### **3. Einkünfte aus der Beteiligung an der Komplementär-GmbH**

#### **a) Betriebsvermögen?**

Die Kapitalbeteiligung liegt nach dem Vorgesagten (S.14 f.) grundsätzlich im Privatvermögen des Kommanditisten, vermittelt also Einkünfte nach den §§ 20, 17 und 23 EStG. Dies wäre anders, wenn sie für ihn Betriebsvermögen darstellte. Würde es sich bei der Fonds-KG um eine Mitunternehmerschaft im Sinne von § 15 Abs.1 S.1 Nr.2 S.1 EStG handeln, wäre dies ohne weiteres zu bejahen. Nach st. Rspr. ist in diesem Fall anzunehmen, daß die Kapitalbeteiligung der Stärkung der Komman-

ditbeteiligung des Gesellschafters dient, weil sie seine Einflußmöglichkeiten auf die KG erweitert; deswegen soll es sich um Sonderbetriebsvermögen II handeln (vgl. BFH-Urteil v. 31.10.1989 VIII R 374/83, BStBl II 1990,677; v. 7.3.1996 IV R 12/95, BFH/NV 1996,736). Weil bei einer vermögensverwaltenden KG kein Sonderbetriebsvermögen gebildet werden kann, scheint diese Rechtsprechung auf den Beurteilungsfall nicht anwendbar zu sein. Doch kann auch hier die vom BFH erkannte sachliche Verbindung zwischen Kommandit- und GmbH-Beteiligung ins Gewicht fallen. Ist die Kommanditbeteiligung für einen bestehenden Gewerbebetrieb des Kommanditisten von besonderer Bedeutung und deshalb notwendiges Betriebsvermögen, so wird diese Beziehung mit der durch die GmbH-Beteiligung gegebenen Einflußmöglichkeit auf die KG abgesichert. Sie wäre dann auch ihrerseits notwendiges Betriebsvermögen. Unterhält der Kommanditist aber keinen Gewerbebetrieb, bleibt die GmbH-Beteiligung Privatvermögen.

#### **b) Verdeckte Gewinnausschüttung?**

Seitens der Finanzverwaltung wurde die Frage aufgeworfen, ob die überproportionale Gewinnbeteiligung des Sponsors aus seiner KG-Beteiligung als verdeckte Gewinnausschüttung (vGA) der Komplementär-GmbH anzusehen sei. Es sei jeweils ungewiß, ob der Kommanditist seine Aktivitäten als Geschäftsführer der GmbH oder eben als geschäftsführender Kommanditist entfaltet habe. Es müsse davon ausgegangen werden, daß die sich aus der Geschäftsführung ergebenden Geschäftschancen der GmbH zugestanden hätten, die darauf zugunsten des Sponsors verzichtet habe.

Von einer verdeckten Gewinnausschüttung wäre zu sprechen, wenn die GmbH zugunsten ihres Alleingeschafters in seiner Eigenschaft als Kommanditist der KG eine Gewinnminderung in Kauf genommen hätte, indem sie eine Vermögensminderung hinnahm oder auf eine Vermögensmehrung verzichtete. Nach neuerer Rechtsprechung bewirkt eine GmbH eine vGA im Sinne von § 8 Abs.3 KStG, wenn sie ohne Aus-

gleichleistung zugunsten ihres Gesellschafters auf eine ihr zustehende Geschäftschance verzichtet und damit eine Minderung des realisierbaren Gewinns hinnimmt (BFH v. 30.8.1995 I R 155/94, DB 1995,2451). Auf welchen Geschäftsbereich sich die Tätigkeit der GmbH erstreckt, kann sich aus ihrer Satzung, aber auch aus der davon abweichenden tatsächlichen Übung ergeben (BFH v. 18.12.1996 I R 26/95, DB 1987,853,854). Unabhängig davon könne sich die GmbH aber auch auf die Ausführung ihr zusagender Aufträge beschränken (BFH v. 13.11.1996 I R 149/94, DB 1997,506) oder auch auf anderem Feld sich ergebende Chancen nutzen wollen (BFH v. 11.6.1996 I R 97/95, DB 1996,2366), so daß es auf die im Einzelfall getroffenen Vorkehrungen, nicht aber auf formale Abgrenzungen ankomme.

In welcher Weise vorliegend die GmbH und der Kommanditist jeweils für die KG tätig geworden sind, ist im einzelnen unbekannt. Nach der Auffassung der Finanzverwaltung müßte der Kommanditist Betätigungsmöglichkeiten der GmbH zu Lasten ihres Gewinns an sich gezogen haben. Eine solche Gewinnminderung ist vorliegend aber ausgeschlossen. Die GmbH hat sich ausschließlich der Geschäftsführung für die KG gewidmet und hierfür ein Fixum in Gestalt eines Gewinnvorabs bezogen. Das Fixum blieb ihr auch erhalten, wenn sie Geschäftsführungsmaßnahmen dem Kommanditisten überließ; durch den Wegfall der zugehörigen Aufwendungen wäre ihr Gewinn sogar gestiegen. Hätte umgekehrt die GmbH zusätzliche Aufgaben an sich gezogen, so hätten die damit verbundenen Aufwände ihren Gewinn geschmälert; allenfalls in diesem Zusammenhang kann von einer vGA gesprochen werden. Auf einen solchen Sachverhalt beruft sich die Finanzverwaltung nicht. Mit der Geschäftschancenlehre hätte eine derartige vGA auch nichts zu tun.

Zu überlegen ist allerdings, ob die GmbH eine vGA vornahm, als sie sich bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages mit der KG mit der Übernahme der Geschäftsführung gegen ein Fixum von 2 v.H. des Kommanditkapitals begnügte, obwohl ein im Interesse der GmbH handelnder Geschäftsführer auf einer erfolgsabhängigen Vergütung oder sogar darauf

bestanden hätte, daß die GmbH die ungeschmälernte Betreuung der KG und ihrer Beteiligungsgesellschaften übernahm und hierfür einen Vorzugsgewinnanteil erhielt, während der Kommanditist sich mit der den Kapitalanlegern zustehenden Rendite begnügte. Diese Frage würde sich angesichts der üblichen unterschiedlichen Gewinnbeteiligung von Komplementär-GmbH und Sponsor aber generell, also auch in der üblichen Gestaltung stellen, daß sich der Sponsor an der Fonds-KG unmittelbar und zusätzlich über die Komplementär-GmbH beteiligt.

Nach Auffassung des BFH steht die Bestimmung von Geschäftszweck und Unternehmensgegenstand jedoch im Belieben der Gesellschafter (BFH, DB 1997,853). Auch sonst will der BFH nicht auf die Erwägungen eines ordentlichen Geschäftsführers abstellen, wenn es um die Erstaussstattung der Kapitalgesellschaft geht, weil diese erst durch die Gründung und die Konstituierung der grundlegenden Rechtsverhältnisse die Grundlage für ihre wirtschaftliche Betätigung erhalte; allerdings dürfe einer GmbH nicht ein unangemessen geringer Teil des Geschäftsergebnisses verbleiben (BFH v. 23.5.1984 I R 294/81, BStBl II 1984,673 für Unternehmensberatung-GmbH; v. 28.6.1989 I R 89/85, BStBl II 1989,854). Davon ist im Beurteilungsfall nicht zu sprechen.

Besteht die Aufgabe der GmbH nur in der Geschäftsführung für eine KG, kann sie nach Auffassung des BFH ohne Gefahr einer vGA einer Gewinnverteilung in der KG zustimmen, die ihr auf die Dauer nur Ersatz ihrer Auslagen, der Verzinsung ihres Vermögensanteils und eine Haftungsprämie gewährt (BFH v. 15.11.1967 IV R 139/67, BStBl II 1968,152); ist die GmbH nicht am KG-Kapital beteiligt, genügen Auslagenersatz und Haftungsprämie (BFH v. 3.2.1977 IV R 122/73, BStBl II 1977,346). Im Beurteilungsfall war die GmbH nicht am Kapital der KG beteiligt, erbrachte aber über die typische Verwaltungsaufgabe hinausgehende Betreuungsleistungen. Auch wenn insoweit kein Auslagenersatz vereinbart war, wurden die Aufwendungen doch durch den der GmbH zustehenden Vorabgewinn gedeckt. Der GmbH verblieb nach Abzug aller Aufwendungen sogar ein beträchtlicher Restgewinn, so daß

auch in diesem Zusammenhang nicht von einer vGA gesprochen werden kann.

#### **4. Geschäftsführergehalt**

Das Geschäftsführergehalt empfängt der Kommanditist als Arbeitslohn im Sinne von § 19 Abs.1 Nr.1 EStG. Das gilt selbst dann, wenn die GmbH-Beteiligung neben der Kommanditbeteiligung zu seinem Betriebsvermögen gehören sollte. Zwar wird hinsichtlich einer Mitunternehmerschaft im Sinne von § 15 Abs.1 S.1 Nr.2 S.1 EStG angenommen, daß die Beteiligung eines Kommanditisten an der Komplementär-GmbH Sonderbetriebsvermögen und sein Geschäftsführergehalt Sonderbetriebseinnahmen bilden (BFH v. 6.7.1999 VIII R 46/94, BStBl II 1999,720,721). Bei der Fonds-KG handelt es sich jedoch nicht um eine Mitunternehmerschaft, sondern um eine vermögensverwaltende Personengesellschaft, stellt das Geschäftsführergehalt also Arbeitslohn dar. Unterhält der Gesellschafter einen Gewerbebetrieb und gehören Kommandit- sowie GmbH-Beteiligung zum Betriebsvermögen, wird der von der GmbH bezogene Arbeitslohn auch dadurch nicht zur Betriebseinnahme; dies ist vor allem hinsichtlich einer Betriebsaufspaltung entschieden (BFH v. 8.7.1970 IV R 16/69, BStBl II 1970,722).

## **II. Einkünfte einer als Sponsor beteiligten Kapitalgesellschaft**

### **1. Einkunftsart**

Übernimmt eine Kapitalgesellschaft die Aufgaben eines Generalmanagers, ist sie in derselben Weise wie ein Einzelsponsor an den Vermögenseinkünften der Fonds-KG beteiligt. Ob diese Einkünfte schon wegen der Art des Gesellschafterbeitrags der Kapitalgesellschaft umzuqualifizieren sind, bedarf keiner Erörterung; nach § 8 Abs.2 KStG erzielt eine Kapitalgesellschaft stets Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Auch in ihrem Fall gehen deswegen die Vermögenswerte der Fonds-KG anteilig in ihr Betriebsvermögen und damit in ihre Gewinnermittlung ein. Der hieraus

anfallende Gewinn wird, wie bereits erörtert (S.20 f.) in der Weise bestimmt, daß das Ergebnis der Fonds-KG anhand der §§ 4 und 5 EStG als Gewinn ermittelt und anteilig der Kapitalgesellschaft zugerechnet wird. Folgt man der Rechtsprechung, ist die Umqualifizierung bereits anlässlich der Ergebnisfeststellung für die Fonds-KG vorzunehmen.

## **2. Ermittlung der Einkünfte**

Im Rahmen der Gewinnermittlung ist die handelsrechtlich wirksam vereinbarte Gewinnverteilung zu beachten. Die überproportionale Gewinnbeteiligung der Kapitalgesellschaft erklärt sich auch hier aus der besonderen Bedeutung, die sie als Sponsor für die Fonds-KG hat. Wie im Falle des Einzelsponsor kann auch in diesem Zusammenhang nicht angenommen werden, daß die Gewinnbeteiligung auf einer verdeckten Gewinnausschüttung der von der Kapitalgesellschaft beherrschten Komplementär-GmbH der Fonds-KG beruht (S.22f.). In die Ermittlung und Verteilung des Gewinns der Fonds-KG sind auch die Ergebnisse aus der Veräußerung der Kapitalbeteiligungen einzubeziehen.

Besonderheiten ergeben sich nach Inkrafttreten von § 8b Abs.1 und 2 KStG i.d.F. des StSenkG i.V.m. § 34 Abs.6 d KStG. Danach bleiben bei Kapitalgesellschaften, deren Wirtschaftsjahr mit dem Kalenderjahr übereinstimmt, ab dem VZ 2001 Dividendenbezüge im Sinne von § 20 Abs.1 Nr.1 EStG und ab dem VZ 2002 auch Gewinne aus der Veräußerung von Kapitalbeteiligungen außer Ansatz (§ 8b Abs.2 KStG). Auch die Sponsor-Kapitalgesellschaft sollte von dieser Begünstigung profitieren. Sie ist zwar nicht direkt an den von der Fonds-KG gehaltenen Kapitalbeteiligungen beteiligt, kann sich möglicherweise aber auf § 8b Abs.6 KStG berufen. Danach erstreckt sich die Freistellung auch auf Bezüge und Veräußerungsgewinne, die einer Kapitalgesellschaft im Rahmen eines Gewinnanteils an einer Mitunternehmerschaft im Sinne von § 15 Abs.1 S.1 Nr.2 EStG zugerechnet werden. Weder die Gründungs-KG noch die Fonds-KG bilden jedoch Mitunternehmerschaften; vielmehr handelt es sich bei beiden um vermögensverwaltende Personengesell-

schaften. Die erforderliche Umqualifizierung ihrer Einkünfte ändert daran nichts; der Anteil an einer vermögensverwaltenden Gesellschaft ist auch dann kein Mitunternehmeranteil (BFH, BStBl II 1997,39,40).

Die Begünstigung ergibt sich jedoch unmittelbar aus § 8b Abs.1 und 2 KStG. Wie erörtert, ist der Sponsor-Kapitalgesellschaft entsprechend § 39 Abs.2 Nr.2 AO das Gesamthandsvermögen der Fonds-KG anteilig als eigenes Betriebsvermögen zuzurechnen; der hierauf entfallende Gewinn wird mit Hilfe der Umqualifizierung ermittelt. Hierin sind auch die Vermögensänderungen durch Ausschüttungen und Beteiligungsveräußerungen enthalten, auf die sich § 8 b Abs.1 und 2 KStG erstreckt (ähnlich Frot-scher/Maas, § 8b KStG Rdnr.105; Clausen/Renner, in: Oppen-hoff/Rädler, Reform der Unternehmensbesteuerung, 2000, S.270; Tö-ben, FR 2000,905). Offen ist allerdings, ob die Freistellung bereits in der Einkünftefeststellung für die Personengesellschaft, hier der Fonds-KG zu berücksichtigen ist.

Damit bleiben ab dem VZ 2002 neben den Ausschüttungen auch anteili-ge Veräußerungsgewinne außer Ansatz

### **III. Einkünfte von Gesellschaftern einer Zwischen-KG**

#### **1. Gewerbebetrieb der KG ?**

Wie im Sachverhalt hervorgehoben, beteiligt sich eine als Sponsor tätige Kapitalgesellschaft häufig nicht unmittelbar, sondern über eine zwischengeschaltete KG an der Fonds-KG. Dies gibt ihr Gelegenheit, im Interesse des Fonds und des eigenen Unternehmens weitere Personen an dieser KG und damit an den Einkünften aus der Fonds-KG zu beteiligen. Welcher Einkunftsart die vom Sponsor und den übrigen Kommanditisten aus ihren Beteiligungen an der Zwischen-KG erzielten Ergebnisse zuzuordnen sind, liegt nicht auf der Hand.

Maßgebend ist auch insoweit zunächst die Art der von der Zwischen-KG entwickelten Tätigkeit. Diese beschränkt sich offenbar auf das Halten der Beteiligung an der Fonds-KG. Demnach stellen sich Zwischen-KG und Fonds-KG als doppelstöckige Personengesellschaft dar; hierbei ist die Zwischen-KG als Obergesellschaft und die Fonds-KG als Untergesellschaft anzusprechen. Nach der Rechtsprechung ist in dieser Konstellation davon auszugehen, daß sowohl die Ober- als auch die Untergesellschaft Subjekte der Einkünftequalifizierung und Einkünfteermittlung darstellen. Der BFH hat daraus gefolgert, daß die Obergesellschaft als Mitunternehmerin eines von der Untergesellschaft geführten Betriebes anzusehen sei und daß die Gesellschafter der Obergesellschaft dafür nicht in Betracht kämen (BFH v. 25.2.1991 GrS 7/89, BStBl II 1991,691). Dieses Konzept ist auf eine doppelstöckige vermögensverwaltende Personengesellschaft zu übertragen. Danach erwirtschaftet die Obergesellschaft als Beteiligte der Untergesellschaft Vermögenseinkünfte, die alsdann auf die Gesellschafter der Obergesellschaft zu verteilen sind. An der Einkünfteerzielung in der Untergesellschaft sind die Obergesellschaften dagegen selbst nicht beteiligt. Allerdings hat der Gesetzgeber in Reaktion auf die BFH-Entscheidung in BStBl II 1991,691 in § 15 Abs.1 S.1 Nr.2 S.2 EStG nunmehr bestimmt, daß auch der Gesellschafter der Obergesellschaft als Mitunternehmer des Gewerbebetriebs der Unterge-

sellschaft anzusehen ist, sofern er auch Mitunternehmer der Obergesellschaft ist. Damit sollte sichergestellt werden, daß Leistungsentgelte, die der Gesellschafter der Obergesellschaft von der Untergesellschaft erhält, als Sondervergütungen im Sinne von § 15 Abs.1 Nr.2 S.1 EStG qualifiziert werden können. Die Durchgriffsvorschrift findet vorliegend aber keine Anwendung, weil die Fonds-KG keine Mitunternehmerschaft im Sinne von § 15 Abs.1 S.1 Nr.2 S.1 EStG darstellt und dies offenbar auch für die Obergesellschaft zutrifft. Im Ergebnis sind den Gesellschaftern der Zwischen-KG Einkünfte aus Vermögensverwaltung zuzurechnen.

Das wäre gänzlich anders, wenn die Zwischen-KG einen Gewerbebetrieb unterhalte. Dies würde nach § 15 Abs.3 Nr.1 EStG ihre gesamte Betätigung umfassen und sich auch auf die Beteiligung an der vermögensverwaltenden Fonds-KG erstrecken; der Anteil an den Einkünften der Fonds-KG wäre zu Gewinneinkünften umzuqualifizieren. Alsdann würden sämtliche Kommanditisten gewerbliche Einkünfte beziehen. Ausländische Kommanditisten würden am Ort der Geschäftsleitung der Zwischen-KG eine inländische Betriebsstätte unterhalten (vgl. Schaumburg, Internationales Steuerrecht, 2. Aufl., Rz. 5.170); sie wären mit ihrem Gewinnanteil beschränkt steuerpflichtig (§ 49 Abs.1 Nr.2a EStG). Ein solcher Gewerbebetrieb besteht jedoch nicht.

Die Zwischen-KG ist zwar als GmbH&Co organisiert, aber nicht gewerblich geprägt, weil auch sie eine geschäftsführungsbefugte Einzelperson zum Kommanditisten hat. Sie kann allerdings kraft ihrer eigenen Betätigung über einen Gewerbebetrieb verfügen. Dies wäre nicht zu erwägen, würde sie ihre Tätigkeit, wie eingangs angenommen, auf das Halten und Verwalten einer Kommanditbeteiligung an der Fonds-KG beschränken. Hiervon wäre ohne weiteres auszugehen, wenn die Zwischen-KG als Gesellschafterbeitrag nur ihre Einlage von üblicherweise 1 v.H. des Gesamtkapitals hätte leisten müssen. Tatsächlich hatte die Zwischen-KG aber einen umfangreicheren Gesellschafterbeitrag zu erbringen. Ihr oblag ersichtlich die Aufgaben, die bei einer unmittelbaren Mitgliedschaft

des Sponsors in der Fonds-KG diesem zugefallen wären. Davon ist auch auszugehen, wenn hierüber im Gesellschaftsvertrag der Fonds-KG keine ausdrücklichen Bestimmungen getroffen waren. Von der Erfüllung dieser Aufgaben hing das Schicksal der Fonds-KG ab. Ist der Sponsor Mitglied der Fonds-KG, kann eine gesellschaftsrechtliche Verpflichtung auf diese Leistungen geschaffen werden. Da bei Einschaltung der Zwischengesellschaft keine rechtliche Verbindung zum Sponsor besteht, die Kapitalanleger auch nicht an der Komplementär-GmbH beteiligt sind, können sie ihre Interessen nur wahren, wenn sie der Zwischen-KG die entsprechenden gesellschaftsrechtlichen Pflichten auferlegen. Nur daraus erklärt sich die Zubilligung des Vorzugsgewinnanteils. Genießt die Zwischen-KG nach dem Gesellschaftsvertrag alle Rechte eines Sponsors, hat sie auch die entsprechenden Pflichten übernommen, selbst wenn sie diese nur mit Hilfe der Sponsor-Kapitalgesellschaft, ihrer Gesellschafterin, erfüllen kann; eine entsprechende Verpflichtung wird sich zumindest konkludent aus dem Gesellschaftsvertrag der Zwischen-KG ergeben.

Wenn die Zwischen-KG damit im Rahmen ihrer Fonds-Beteiligung die einem Sponsor obliegenden Leistungen erbrachte, drängt sich wie im Falle des Einzelsponsors die Frage auf, ob hierin eine gewerbliche Betätigung zu sehen ist. Die Frage ist aber auch in diesem Zusammenhang zu verneinen; die Erbringung des Gesellschafterbeitrags begründet, wie erörtert (S.8 f.) keinen Gewerbebetrieb.

Für weitere gewerbliche Aktivitäten der Zwischen-KG bestehen keine Anhaltspunkte. Insbesondere ist nicht anzunehmen, daß sie Vergütungen für die Placierung des Fondskapitals oder für spezielle Dienstleistungen zugunsten von Beteiligungsgesellschaften erhielt. Die Zwischen-KG war auch nicht an weiteren Kapitalfonds beteiligt. Demgemäß ist sie auch nicht von Überlegungen betroffen, ob sich für einen „Berufskomplementär“ aufgrund seiner Gesellschafterbeitrags nicht doch eine gewerbliche Betätigung ergeben könne.

Nach allem unterhält die Gründungs-KG keinen Gewerbebetrieb, sondern vermittelt den Kommanditisten Einkünfte aus Vermögensverwaltung.

## **2. Betrieblich beteiligte Kommanditisten**

### **a) Sponsor-Kapitalgesellschaft**

Gehört die Beteiligung an der Zwischen-KG zum Betriebsvermögen eines Kommanditisten, müssen die ihm zuzurechnenden Anteile an den Vermögenseinkünften der KG unter Einbeziehung der Veräußerungsgewinne in gewerbliche Einkünfte umgerechnet werden. Hiervon ist vor allem die Sponsor-Kapitalgesellschaft betroffen, die i.d.R. der Hauptgesellschafter der Zwischen-KG ist. Die Umqualifizierung erweist sich bei einer unmittelbaren Beteiligung der Sponsor-Kapitalgesellschaft an der Fonds-KG als erforderlich (S.24). Sie ist auch bei mittelbarer Beteiligung der Sponsor-Kapitalgesellschaft im Rahmen einer doppelstöckigen vermögensverwaltenden Personengesellschaft vorzunehmen. Der Sponsor-Kapitalgesellschaft werden entsprechend § 39 Abs.2 Nr.2 AO Vermögensanteile an der Zwischen-KG zugerechnet, der wiederum anteiliges Vermögen der Fonds-KG zusteht. Steuertechnisch vollzieht sich diese Zurechnung durch Neuermittlung des Fonds-Ergebnisses als Gewinn und anteilige Zurechnung des der Zwischen-KG zustehenden Anteils auf ihre Gesellschafter. Ob hierauf schon bei der einheitlichen Feststellung der Fonds-Einkünfte Rücksicht zu nehmen ist, wie dies die Rechtsprechung verlangt (S.20 f.), kann dahinstehen; es müßten dann anlässlich dieser Feststellung bereits die Beteiligung von betrieblich und nichtbetrieblich tätigen Gesellschaftern bei der Zwischen-KG als Obergesellschaft berücksichtigt werden.

Auf die Höhe der Gewinnzurechnung bei der Zwischen-KG hat zusätzlich zur Gewinnverteilung in der Fonds-KG die in der Zwischen-KG bestehende Gewinnverteilungsabrede Einfluß. Danach wird der Gewinn der Zwischen-KG im Verhältnis der Kommanditeinlagen aufgeteilt. Diese

Aufteilung des von der Zwischen-KG in der Fonds-KG erzielten überproportionalen Gewinns erklärt sich allerdings nicht aus der Vermögenseinlage der Kommanditisten, die eine solche Gewinnzuweisung nicht rechtfertigen würde, wohl aber aus ihrer besonderen Bedeutung für die Zwecke der Fonds-KG und damit der Zwischen-KG. Das gilt insbesondere für die Sponsor-Kapitalgesellschaft als Hauptkommanditistin der Zwischen-KG. Ihre proportionale Beteiligung am Gewinn dieser KG beließ ihr einen entsprechenden Anteil an der überproportionalen Gewinnbeteiligung bei der Fonds-KG. Da die Gewinnverteilung in der Zwischen-KG unter den gegensätzlichen Interessen auch der anderen Kommanditisten vereinbart worden ist, bestehen gegen ihre Wirksamkeit weder nach Gesellschafts- noch nach Steuerrecht Bedenken.

Bei der Gewinnermittlung für die Zwecke der Sponsor-Kapitalgesellschaft bleiben wiederum anteilige Dividendenbezüge und Veräußerungsgewinne nunmehr außer Ansatz. Das ergibt sich aus § 8b Abs.1 und 2 KStG. Es wurde bereits beschrieben, daß diese Bestimmung auch bei der Beteiligung einer Kapitalgesellschaft an einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft zur Anwendung kommt (S.25). Dies hat auch zu gelten, wenn die Beteiligung über eine doppelstöckige vermögensverwaltende Personengesellschaft vermittelt wird; entsprechende Anteile an den Kapitalbeteiligungen befinden sich laut des auf Unter- und Obergesellschaft anwendbaren § 39 Abs.2 Nr.2 AO im Betriebsvermögen der Sponsor-Kapitalgesellschaft.

#### **b) Andere betrieblich beteiligte Kommanditisten**

Neben der Sponsor-Kapitalgesellschaft hat die Zwischen-KG noch weitere Kommanditisten, deren Beteiligung im Interesse der KG oder der Sponsor-Kapitalgesellschaft liegt. Wie im Falle der Sponsor-Kapitalgesellschaft müssen die ihnen zuzurechnenden Vermögenseinkünfte möglicherweise in betriebliche Einkünfte umqualifiziert werden. Dies wäre erforderlich, wenn die Kommanditisten sich anderweitig be-

trieblich betätigen und die Beteiligung an der Zwischen-KG zu ihrem Betriebsvermögen zählt.

Die auf Veranlassung der Managementgesellschaft aufgenommenen weiteren Kommanditisten entstammen unterschiedlichen Lebensbereichen. Ein Teil von ihnen wird gewerblich oder freiberuflich tätig sein und deshalb über Betriebsvermögen verfügen. Das ist ohne weiteres für beteiligte Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater anzunehmen, aber auch für andere selbständige Berater, die man den Unternehmensberatern zuordnen kann. Ob Unternehmensberater als Freiberufler im Sinne von § 18 Abs.1 Nr.1 EStG oder als schlichte Gewerbetreibende anzusprechen sind, ist im Einzelfall oft ungewiß. Als Freiberufler müßten sie den in § 18 Abs.1 Nr.1 erwähnten beratenden Volks- und Betriebswirten ähnlich sein. Die Rechtsprechung stellt darauf ab, ob der Steuerpflichtige eine theoretische oder praktische Vorbildung in der Breite des BWL- oder VWL-Studiums hat (BFH v. 27.5.1975 VIII R 199/73, BStBl II 1975,665; v. 13.4.1988 I R 300/83, BStBl II 1988,666; v. 14.3.1991 IV R 135/90, BStBl II 1991,769); Vermittlung von Kontakten soll für Gewerbe sprechen (BFH v. 12.8.1965 IV 61/61, BStBl II 1965,586). Vorliegend kommt es auf die Unterscheidung nicht an, weil in beiden Fällen Betriebsvermögen besteht.

Nach der Sachverhaltsangabe sind gelegentlich auch bekannte Kapitalanleger, deren Beispiel als Leitinvestoren Nachahmer finden soll, sowie andere Vertrauenspersonen an der Zwischen-KG beteiligt. Sie werden oft betrieblich tätig sein, so insbesondere, wenn es sich um eine Kapitalgesellschaft handelt; verschiedentlich wird es sich aber auch um einen bedeutenden Privatinvestor handeln. Ebenso werden die wegen ihrer herausragenden Reputation beteiligten Einzelpersonen oder solche Interessenträger, die den Zielen der Managementgesellschaft und Gründungs-KG kraft ihrer Verbindungen nützlich sind, nicht stets über Betriebsvermögen verfügen. Fehlt es hieran, rechnet die Beteiligung ohne weiteres zum Privatvermögen. Dies kann sich aber auch ergeben, wenn der Kommanditist in eigener Person eine betriebliche Tätigkeit ausübt.

Wie früher (S.13 f.) gezeigt, gehört die Gesellschaftsbeteiligung nicht ohne weiteres, sondern nur dann notwendig zu einem Betriebsvermögen des Kommanditisten, wenn sie seine anderweitige betriebliche Tätigkeit entscheidend fördert. Hierfür würde eine Vertragsbeziehung zur Sponsor-Kapitalgesellschaft oder den ihr verbundenen Unternehmen nicht genügen. Vergleichsweise kann auch der Berater einer börsennotierten Aktiengesellschaft Anteile an dieser Gesellschaft in sein Privatvermögen erwerben. Anders verhielte es sich, wenn der Beteiligungserwerb für die Erhaltung der Geschäftsbeziehung mit der Managementgesellschaft förderlich oder gar unerlässlich ist. Hieran wäre zu denken, wenn der Erwerb vom Vertragspartner erwartet oder im Hinblick auf seine weitere Beauftragung begrüßt wird. Für notwendiges Betriebsvermögen würde auch sprechen, daß der Vertragspartner mit Hilfe der Beteiligung eine erfolgsabhängige Vergütung für seine Tätigkeit erlangen soll; dies liegt nahe, wenn dem Partner die Beteiligung nur während der Dauer seiner Tätigkeit für die Managementgesellschaft oder die ihr verbundenen Unternehmen verbleibt. Derartiges ist mit den betrieblich tätigen Kommanditisten aber nicht vereinbart worden. Sie sind von Sponsor-Kapitalgesellschaft und Zwischen-KG vielmehr vielfach mit dem Ziel gewonnen worden, durch ihre Ratschläge, ihre Kontakte oder allein durch die bekanntwerdende Mitgliedschaft eines prominenten Vertreters auf dem Felde der Beteiligungsfinanzierung die Ziele der Gesellschaften zu fördern. Die Beteiligung an der Zwischen-KG bildete den Ersatz für eine unmittelbare Beteiligung an der Fonds-KG. Unter diesen Voraussetzungen kann nicht davon gesprochen werden, daß die Kommanditbeteiligung die betriebliche Betätigung dieser Gesellschafter entscheidend fördert oder sichert und deswegen notwendiges Betriebsvermögen bildet.

Gehört die Kommanditbeteiligung nach dem Gesagten nur ausnahmsweise zum notwendigen Betriebsvermögen, ist doch vorstellbar, daß der Kommanditist mit der Einräumung der Beteiligung eine Betriebseinnahme erlangt hat und die Beteiligung deshalb Betriebsvermögen wurde.

Der Begriff der Betriebseinnahme geht denkbar weit und umfaßt jeden durch den Betrieb veranlaßten Wertzugang (vgl. BFH v. 26.9.1995 VIII R 35/93, BStBl II 1996,273 m.w.Nw.). Hieran ist zu denken, wenn dem Kommanditisten die Beteiligung zum Nennwert eingeräumt wurde, ihr Verkehrswert aber höher war. Daraus ließe sich ableiten, daß der Kommanditist in Höhe der Wertdifferenz eine Betriebseinnahme erzielt hat und die Beteiligung deshalb zum notwendigen Betriebsvermögen gehört (vgl. BFH v. 11.11.1987 I R 7/84, BStBl II 1988,424; v. 27.1.1995 X B 144/94, BFH/NV 1995,784). In diesem Sinne hat der BFH noch letztthin für Kapitalanteile entschieden, die ein Steuerberater zur Abgeltung seiner Honoraransprüche erhalten hatte (Urteil v. 1.2.2001 IV R 57/99, DB 2001,1229). Diese Betrachtung ist jedoch nur gerechtfertigt, wenn der Kommanditist als Gesellschafterbeitrag lediglich seine Kapitaleinlage zu leisten hat; eine höhere Gewinnbeteiligung hätte dann im Kaufpreis ausgeglichen werden müssen. Nach dem Sachverhalt ist aber davon auszugehen, daß der Kommanditist neben der Einlage noch einen weiteren Gesellschafterbeitrag zu erbringen hatte, der sich unter Umständen auf die Zurverfügungstellung des eigenen guten Namens beschränkte. Daß auch hierin ein Gesellschafterbeitrag liegen kann, ist unbestritten (BFH v. 15.11.1967 IV R 139/67, BStBl II 1968,152,156; v. 29.2.1972 GrS 4/71, BStBl II 1973,5). Die Kommanditisten müssen ihren Gewinnanteil insoweit noch in der Zukunft „verdienen“; sie hätten einem höheren Kaufpreis deswegen nicht zugestimmt.

Ist die Beteiligung nach den genannten Kriterien doch einmal als Betriebsvermögen des Kommanditisten anzusehen, müssen seine anteiligen Vermögenseinkünfte in solche aus Gewerbebetrieb umqualifiziert werden. Wegen der Ermittlung und der Höhe der Einkünfte aus der betrieblichen Beteiligung an der Zwischen-KG kann auf die Ausführungen zu den Einkünften des betrieblich beteiligten Einzelsponsors (S.20) verwiesen werden. Ermittelt der Kommanditist seinen Gewinn durch Einnahmen- und Ausgabenrechnung nach § 4 Abs.3 EStG, muß auch die Umqualifizierung dieser Rechnungsart folgen.

Auch in dieser Gestaltung kommt § 3 Nr.40 Buchst.a und d EStG ab dem VZ 2001 bzw. 2002 hinsichtlich der Ausschüttungen und der Veräußerungsgewinne zur Anwendung. Die mittelbare Beteiligung über eine doppelstöckige vermögensverwaltende Personengesellschaft ist nicht anders zu werten als die Beteiligung über eine einstöckige vermögensverwaltende Gesellschaft, auf die auf S.21 eingegangen wurde.

### **3. Privat beteiligte Kommanditisten**

Hält der Kommanditist seine Beteiligung im Privatvermögen, erzielt er als mittelbarer Gesellschafter der Fonds-KG laufende Einkünfte aus Kapitalvermögen, soweit sie nicht durch Werbungskosten aufgezehrt werden. Diese Einkünfte sind für die Zwischen-KG zu ermitteln und entsprechend dem Gewinnverteilungsschlüssel auf die Kommanditisten aufzuteilen. Der Anteil des Kommanditisten errechnet sich aus der Gewinnbeteiligung der Zwischen-KG an der Fonds-KG und seinem kapitalproportionalen Anteil am Gewinn der Zwischen-KG. Wie auf S.17 beschrieben, nimmt eine private Beteiligung an der Fonds-KG an der Begünstigung des § 3 Nr.40 Buchst. d EStG n.F. teil. Das muß auch für den privat beteiligten Obergesellschafter einer doppelstöckigen vermögensverwaltenden Personengesellschaft gelten.

Anders verhält es sich mit Gewinnen aus der Veräußerung der Kapitalbeteiligungen. Insoweit kann auch für den Obergesellschafter durch Veräußerungen der Untergesellschaft der Tatbestand des § 17 EStG erfüllt sein. Doch ist nicht anzunehmen, daß seine mittelbare Beteiligung die Grenzwerte von 10 bzw. 1 v.H. des Gesellschaftskapitals der Beteiligungsgesellschaften der Fonds-KG überschreitet. Daß bei Berechnung des Beteiligungsumfangs die überproportionale Gewinnbeteiligung der Zwischen-KG an der Fonds-KG außer Betracht bleibt, wurde bereits dargestellt (S.17). Anders kann es liegen, wenn der Obergesellschafter zusätzlich unmittelbar an einer im Beteiligungsbesitz des Fonds stehenden Kapitalgesellschaft beteiligt ist; dann sind die ihm allein zustehenden Anteile und die ihm zugerechneten Anteile aus dem Fondsbesitz zu-

sammenzuzählen (BFH, BStBl II 1996,312). Als anteilige Anschaffung und Veräußerung durch den Obergesellschafter gelten in diesem Fall auch Erwerb und Veräußerung der Kapitalbeteiligung durch die Fonds-KG sowie Anschaffung und Veräußerung des Anteils an der Zwischen-KG (vgl. BFH, BStBl II 2000,686).

Auch § 23 EStG wird angesichts der Haltedauer für die Kapitalbeteiligungen in der Fonds-KG regelmäßig nicht eingreifen. Denkbar ist seine Anwendung immerhin, wenn die Beteiligung an der Zwischen-KG geraume Zeit nach Gründung der Fonds-KG und weniger als ein Jahr vor der ersten Beteiligungsveräußerung durch die Fonds-KG eingeräumt wird.

Die privat beteiligten Kommanditisten sind danach nur mit den erhaltenen Ausschüttungen, nicht aber mit den Gewinnen aus der Veräußerung der Beteiligungen steuerpflichtig.

#### **4. Arbeitnehmerkommanditisten**

##### **a). Einkünfte aus der Beteiligung**

##### **aa) Vermögenseinkünfte oder Arbeitslohn?**

Mit der Schaffung der Zwischen-KG soll gerade auch die Beteiligung von Arbeitnehmern der Sponsor-Kapitalgesellschaft oder der Komplementär-GmbH des Fonds ermöglicht werden, die im Interesse der Fonds-KG tätig werden. Die Beteiligung an der Zwischen-KG vertritt wiederum eine unmittelbare Beteiligung an der Fonds-KG. Bei erster Betrachtung sollte die Beteiligung im Privatvermögen des Arbeitnehmers liegen, so daß zwar die anteiligen Ausschüttungen, im Ergebnis aber nicht die Veräußerungsgewinne steuerpflichtig sind, sofern nicht ausnahmsweise der Tatbestand des § 23 EStG erfüllt ist. Dies wäre anders, wenn die bezeichneten Vermögenszugänge Arbeitslohn darstellten. Hieran wird nicht gedacht, wenn ein Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer eine Kapitalbeteili-

gung an seinem Unternehmen einräumt. In diesem Fall kann ein bei der Überlassung der Beteiligung gewährter Preisvorteil Arbeitslohn darstellen; die Beteiligung gehört aber zum Privatvermögen, so daß Einkünfte aus Kapitalvermögen anfallen und Veräußerungsgewinne nur unter den Voraussetzungen der §§ 17 und 23 EStG steuerpflichtig sind. Zwar ist offensichtlich, daß die entstehenden Einkünfte in Zusammenhang mit dem Dienstverhältnis stehen. Die Rechtsprechung hat jedoch hervorgehoben, daß nach § 20 Abs.3 EStG die Einkünfte aus Kapitalvermögen nur gegenüber den dort aufgeführten Einkunftsarten subsidiär seien; Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit seien dort nicht aufgeführt. Hieraus sei zu schließen, daß Einkünfte aus Kapitalvermögen auch dann entstehen, wenn sie einen inneren Zusammenhang mit einem Dienstverhältnis haben (BFH v. 19.10.1982 VIII R 97/97, BStBl II 1983,295). Ein Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis sei unbeachtlich, wenn Einnahmen in einer anderen Einkunftsart anfielen (BFH v. 31.1.1989 VIII R 210/83, BStBl II 1990,532).

Allerdings hat der BFH auch entschieden, daß der Verlust eines Darlehens zu Werbungskosten aus nichtselbständiger Arbeit führt, wenn der Arbeitnehmer bei Gewährung oder Belassung des Darlehens das Verlustrisiko aus beruflichen Gründen auf sich genommen hatte; dann soll die berufliche Veranlassung durchschlagen (BFH v. 7.5.1993 VI R 38/91, BStBl II 1993,663). Positive oder negative Ergebnisse einer Kapitalbeteiligung sind dagegen bisher nicht den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit zugerechnet worden. Einen derartigen Zusammenhang hat der BFH auch dann verneint, wenn ein Aktienpaket erworben wurde, um Vorstandsmitglied zu werden und zu bleiben (BFH v. 21.4.1961 VI 158/59, BStBl III 1961,431) , oder wenn der Erwerb einer GmbH-Beteiligung zur Voraussetzung der Anstellung gemacht wurde (BFH v. 12.5.1995 VI R 64/94, BStBl II 1995,664). Obwohl hier offensichtlich ein Zusammenhang zwischen Arbeitsentgelt und Aktienwerb bestehe, stellten die Finanzierungszinsen keine Werbungskosten bei den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit dar und könnten auch Gewinne und Verluste aus der Veräußerung der Aktien nicht bei diesen Einkünften

berücksichtigt werden; die Aktien seien keineswegs Arbeitsmittel im Sinne von § 9 Nr.5 EStG (BFH, BStBl II 1961,431). An diese Rechtsprechung ist auch vorliegend anzuknüpfen, selbst wenn hier die Kapitalbeteiligung über eine doppelstöckige Personengesellschaft vermittelt wird und durch eine überproportionale, aber risikobehaftete Ergebnisbeteiligung gekennzeichnet ist.

### **bb) Zurechnung der Beteiligung**

Angesichts der vereinbarten Rückübertragungspflichten kann allerdings fraglich sein, ob die Beteiligung dem Arbeitnehmer überhaupt zuzurechnen ist. Trifft dies nicht zu, würde es sich bei den Bezügen des Arbeitnehmers aus der Beteiligung wohl um Arbeitslohn handeln. Grundsätzlich ist die Beteiligung nach § 39 Abs.1 AO dem Arbeitnehmer zuzurechnen, da er nun einmal zivilrechtlich Gesellschafter der Zwischen-KG war. Eine solche Zurechnung wird auch nicht durch eine für bestimmte Fälle übernommene Rückübertragungspflicht gehindert; der frühere Inhaber bleibt deswegen nicht wirtschaftlicher Eigentümer. In diesem Sinne ist entschieden worden, daß der Erwerber eines Wirtschaftsguts auch wirtschaftlicher Eigentümer wird, selbst wenn er sich den Rücktritt vom Kaufvertrag vorbehalten hat (BFH v. 25.1.1996 IV R 114/94, BStBl II 1997,382). Gleiches gilt für einen Verkauf unter Vereinbarung einer Rückkaufsoption (BFH v. 25.8.1993 XI R 6/93, BStBl II 1994,23). Ebenso steht eine Rückfallklausel des Inhalts, daß eine schenkweise eingeräumte Unterbeteiligung an den Vater zurückfällt, wenn das Kind ohne leibliche Erben vorverstirbt, der rechtlichen Anerkennung der Unterbeteiligung nicht entgegen (BFH v. 27.1.1994 IV R 114/91, BStBl II 1994,635). Entsprechendes gilt auch hinsichtlich eines sonstigen, nur für bestimmte Fälle vorbehaltenen Rückübertragungsrechts (BFH v. 17.6.1998 XI R 55/97, BFH/NV 1999,9), sowie hinsichtlich einer Rückkaufsoption, sofern nicht von vornherein mit ihrer Ausübung zu rechnen ist (BFH v. 15.12.1999 I R 29/97, BStBl II 2000,527). Wohl aber kann ein unbegrenzter Rückübertragungsanspruch den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums verhindern (BFH v. 5.5.1983 IV R 43/80, BStBl II

1983,631; v. 16.5.1989 VIII R 196/84, BStBl II 1989,877). Ebenso ist hinsichtlich einer Kommanditbeteiligung für den Fall entschieden worden, daß der beschenkte Kommanditist jederzeit zum Buchwert aus der Gesellschaft hinausgekündigt werden konnte (BFH v. 21.11.1989 VIII R 70/84, BFH/NV 1991,223). Dagegen bleibt der vormalige Gesellschafter nicht wirtschaftlicher Eigentümer, wenn die Rückübertragung nur unter bestimmten Bedingungen vorgesehen ist (BFH v. 27.1.1994 IV R 114/91, BStBl II 1994,635) oder für den Fall der Scheidung vom früheren Gesellschafter vereinbart ist (BFH v. 4.2.1998 XI R 35/97, BStBl II 1998,542 hinsichtlich Grundstücks; anders BFH v. 26.6.1990 VIII R 81/85, BStBl II 1994,645 hinsichtlich Kommanditanteil).

Aus dieser Rechtsprechung läßt sich ableiten, daß wirtschaftliches Eigentum aufgrund einer Rückfallklausel nur dann zurückbehalten wird, wenn die Verwirklichung der vereinbarten Rückfallvoraussetzungen in der Willensmacht des früheren Eigentümers oder Gesellschafters liegt und nicht von externen, von ihm nicht zu beeinflussenden Voraussetzungen abhängt. Eine solche Klausel ist im Beurteilungsfall nicht vereinbart. Die übertragene Kommanditbeteiligung ist zurückzuübertragen, wenn der angestellte Manager seine Betätigung für die Sponsor-Kapitalgesellschaft und den Kapitalfonds beendet; dies liegt aber nicht allein im Willen des Arbeitgebers. Für die Rückübertragung bestehen gute Gründe, weil der frühere Arbeitnehmer möglicherweise für einen Konkurrenten tätig wird; daher wird für vergleichbare Fälle auch sonst die Rückübertragung einer dem angestellten Geschäftsführers eingeräumten GmbH-Beteiligung vereinbart. Darüberhinaus ist die Rückübertragung eines Teils des Anteils vorgesehen, wenn der Fonds und die Beteiligung der Zwischen-KG eine festgelegte Performance nicht erreichen.. Auch dies hängt aber nicht von einer Willensentscheidung der Sponsor-Kapitalgesellschaft ab. Zudem ist die Kommanditbeteiligung anders als in den vom BFH entschiedenen Fällen nicht schenkweise, sondern gegen eine Gegenleistung des Arbeitnehmers eingeräumt worden. Demgemäß erhält der Arbeitnehmer bei der Rückübertragung als Abfindung grundsätzlich seinen Kaufpreis nebst Zinsen, vielfach auch

den höheren Verkehrswert oder doch einen großen Teil dieses Werts, so daß ihm das wirtschaftliche Ergebnis der Beteiligung für die zurückliegende Zeit verbleibt. Deswegen ist er auch als wirtschaftlicher Eigentümer der Beteiligung anzusehen; sie wurde ihm steuerlich wirksam eingeräumt.

## **b) Vorteile aus der Einräumung der Beteiligung.**

### **aa) Preisnachlaß**

Möglicherweise ist den Arbeitnehmern in Zusammenhang mit der Einräumung der Kommanditbeteiligung ein als Arbeitslohn zu betrachtender vermögenswerter Vorteil zugeflossen.

Dies wird bei der Zuwendung von Aktien angenommen, wenn der Ausgabepreis unter dem Marktwert der Aktien liegt (BFH v. 2.3.1962 VI 255/60 U, BStBl III 1962,214). Da der Vorteil für eine künftige mehrjährige Tätigkeit gewährt wird, kommt die Anwendung von § 34 Abs.2 Nr.4 EStG in Betracht (vgl. BFH v. 17.7.1970 VI R 66/67, BStBl II 1970,683; Eberhartinger/Engelsing, Wpg 2001,99,112). Der als Arbeitslohn zugeflossene Vorteil erhöht die Anschaffungskosten der Beteiligung. Vorliegend ist allerdings kein Kapitalanteil, sondern die Beteiligung an einer Personengesellschaft eingeräumt worden. Auch hierbei gelten aber die für die Zuwendung von Kapitalanteilen entwickelten Grundsätze (vgl. Widmann/Mayer, § 24 UmwStG Rz.186). Allerdings bleiben § 19a EStG und das 5. VermBG unanwendbar, weil ein Kommanditanteil nicht zu den dort aufgeführten begünstigten Kapitalanlagen gehört.

Ein Preisnachlaß bliebe dem Arbeitnehmer bei Beendigung seiner Beteiligung erhalten, wenn die ihm gewährte Abfindung in entsprechendem Umfang über dem früheren Kaufpreis liegt. Bleibt sie dahinter zurück, geht der ursprünglich gewährte Vorteil verloren. Dies hindert aber den früheren Zufluß nicht. Arbeitslohn ist vielmehr selbst dann zugeflossen, wenn im Zeitpunkt des Zugangs feststeht, daß er zurückgezahlt werden

muß; das „Behaltendürfen“ ist kein Merkmal des Zuflusses (BFH v. 29.4.1982 IV R 95/79, BStBl II 1982,593; v. 11.10.1983 VIII R 61/81, BStBl II 1984,267; v. 13.10.1989 III R 30-31/85, BStBl II 1990,287). Die Rückzahlung bedeutet eine negative Einnahme (BFH v. 13.11.1963 VI 22/61 S, BStBl III 1964,184).

Ob der Wert des eingeräumten Kommanditanteils seinen Nominalwert in Gestalt der anteiligen Einlage und damit den vom Arbeitnehmer geleisteten Betrag übertraf, ist Tatfrage. Da offenbar Nachfrage nach den Beteiligungen vorhanden war und die Sponsorkapitalgesellschaft unter den im Sachverhalt genannten Voraussetzungen auf einer Rückübertragung des Anteils bestand, liegt dies aber nahe. Auch dann ist aber zu fragen, ob mit dem Preisnachlaß tatsächlich eine zusätzliche Vergütung für die Arbeitsleistung gewährt werden soll. Im Falle der betrieblich beteiligten Kommanditisten war anzunehmen, daß sie einen zusätzlichen Beitrag durch ihren persönlichen Einsatz für die Belange der Zwischen-KG leisten sollten und dies die verbilligte Überlassung der Beteiligung rechtfertigt (S.31). Hieran ist auch im Falle der Arbeitnehmerkommanditisten zu denken. Dafür läßt sich anführen, daß die Performance-Vorgaben nur die Gesellschaftsbeteiligung betreffen, die Arbeitsleistung aber nicht der Zwischen-KG geschuldet wird.

## **bb) Finanzierungsvorteile**

Erhält ein Arbeitnehmer in Zusammenhang mit dem Beteiligungserwerb ein zinsgünstiges Anschaffungsdarlehen, ist der Nutzungsvorteil als Arbeitslohn zu versteuern; als vorteilhaft gelten Zinssätze unter 5,5 v.H. ab 2000, unter 6 v.H. für frühere Zeiträume (LStR 31 Abs.10). Der Verbrauch des versteuerten Zinsvorteil kann grundsätzlich als Werbungskosten für die Nutzung des finanzierten Wirtschaftsguts abgezogen werden; soweit die effektiven Zinsen wegen Zusammenhangs mit einem nach § 17 EStG nicht steuerbaren Veräußerungsgewinn nicht abgezogen werden können, gilt dies auch für den Zinsvorteil. Die vereinbarte

Haftungsbegrenzung würde den Zinssatz eines Fremddarlehens erhöhen; typisierend wird jedoch von 5,5 bzw. 6 v.H. als angemessenem Zinssatz ausgegangen.

### **C. Ergebnis**

Der Verwaltungsauffassung, daß vom Fondsmanagement bezogene Vorzugsgewinnanteile in jedem Fall steuerpflichtig seien, ist nicht zuzustimmen.

- (1) Der Auffassung wäre zuzustimmen, wenn der Sponsor oder die von ihr eingeschaltete Zwischen-KG bereits im Hinblick auf ihren Gesellschafterbeitrag einen Gewerbebetrieb unterhielten. Sponsor und Zwischen-KG übernehmen gegenüber den Kapitalanlegern die Gewähr für die Betreuung des Fondsvermögens. Dies hätte auch im Rahmen eines Geschäftsbesorgungsvertrags geschehen können. Tatsächlich wird die Aufgabe aber als gesellschaftsrechtliche Verpflichtung übernommen. Die Leistung eines Gesellschafterbeitrags bedeutet jedoch keine Teilnahme am allgemeinen Geschäftsverkehr und begründet deswegen keinen Gewerbebetrieb. Sponsoren und Zwischen-KG erhalten ihre Belohnung in Gestalt ihres Ergebnisanteils an den Vermögenseinkünften der Fonds-KG. Die kapitaldisproportionale Gewinnverteilung zugunsten des Sponsors und der Zwischen-KG ist sachlich begründet und auch steuerrechtlich anzuerkennen.
- (2) Bei Sponsoren und Kommanditisten der Zwischen-KG, die keinen Gewerbebetrieb unterhalten, bleiben die Bezüge aus der Gewinnbeteiligung im wesentlichen unbesteuert. Steuerpflichtig sind die anteiligen Ausschüttungen, nunmehr im Halbeinkünfteverfahren. Die für den Erfolg des Fonds ausschlaggebenden Veräußerungsgewinne werden dagegennicht erfaßt, weil -durchgerechnet-

auch die 1%-Grenze des neuen § 17 EStG nicht erreicht wird; der Vorzugsgewinnanteil wird bei der Berechnung des Beteiligungsumfanges nicht berücksichtigt. § 23 EStG wird ebenfalls i.d.R nicht erfüllt.

- (3) Ist eine Kapitalgesellschaft Sponsor oder Kommanditist der Zwischen-KG, bleibt die Gewinnbeteiligung nunmehr ebenfalls unbesteuert. Die Vermögenseinkünfte des Fonds sind in Gewinne umzuqualifizieren. Ausschüttungen und Veräußerungsgewinne aus den Kapitalbeteiligungen bleiben nach § 8b Abs.2 KStG jedoch außer Ansatz.
- (4) Unterhalten Einzelsponsor oder Kommanditist der Zwischen-KG einen eigenen Gewerbebetrieb, gehört die Gesellschaftsbeteiligung nicht notwendig zum Betriebsvermögen. Ist dies doch der Fall, werden Ausschüttungen und Veräußerungsgewinne nunmehr im Halbeinkünfteverfahren erfaßt.
- (5) Als Kommanditisten an der Zwischen-KG beteiligte Arbeitnehmer halten ihre Beteiligung im Privatvermögen, versteuern demnach nur die anteiligen Ausschüttungen im Halbeinkünfteverfahren. Die eingegangenen Rückübertragungsverpflichtungen hindern die Zurechnung der Beteiligung nicht; die Kommanditisten erhalten die Ergebnisbeteiligung deshalb nicht als Arbeitslohn.
- (6) Für andere Strukturen des Managements gelten dieselben Grundsätze.

8. Juli 2001

(gez. Prof. Dr. Groh)