

Besteuerung des Carried Interest in Deutschland

I. Einleitung

Die Besteuerung kapitaldisproportionaler Gewinnanteile aus Private-Equity-Fonds (Carried Interest) ist in Deutschland durch das Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen zur einkommensteuerlichen Behandlung von Venture-Capital- und Private-Equity-Fonds vom 16. Dezember 2003¹ (nachfolgend „BMF-Schreiben“) sowie durch das Gesetz zur Förderung von Wagniskapital vom 30. Juni 2004² auf ein neues steuersystematisches Fundament gestellt worden. Eine Reihe von Länderfinanzverwaltungen hatten entsprechende kapitaldisproportionale Gewinnanteile der Initiatoren, die über eine privat vermögensverwaltende Fonds-Personengesellschaft bezogen wurden, zuvor seit Aufkommen von Venture-Capital- und Private-Equity-Fondsstrukturen in Deutschland steuerlich so behandelt wie die vom Fonds realisierten Einkünfte, aus denen sich der entsprechende Gewinnanteil der Initiatoren speist. Diese Praxis war die schlichte Folge der steuerlichen Transparenz der als Personengesellschaften strukturierten Fonds. Der den Initiatoren zugewiesene Carried Interest wurde daher – soweit er sich aus vom Fonds realisierten Veräußerungsgewinnen speiste – auf Ebene der Initiatoren als Veräußerungsgewinn behandelt. Soweit der jeweilige Initiator an der veräußerten Portfoliogesellschaft im vorhergehenden 5-Jahres-Zeitraum durchgerechnet nicht wesentlich (also zuletzt zu weniger als 1 %) beteiligt war und er die Beteiligung mittelbar für mindestens zwölf Monate gehalten hatte, waren entsprechende Ergebnisanteile auf seiner Ebene steuerfrei. Ein wesentliches Argument gegen eine steuerliche Umqualifizierung entsprechender Gewinnanteile war (und ist), dass diese nur hinsichtlich der Kapitalbeteiligung der Gesellschafter der Fonds-Personengesellschaft disproportional waren. Gemessen an den auch immateriellen Gesellschafterbeiträgen der Beteiligten waren diese wiederum proportional: Während die Initiatoren insbesondere ihr Know-how, ihr Netzwerk und ihre Expertise in die Fondsgesellschaft einbrachten, stellten die beteiligten Investoren der Gesellschaft Kapital zur Verfügung.

Zu Beginn des aktuellen Jahrtausends kam innerhalb der Finanzverwaltung die Diskussion auf, die als Carried Interest bezogenen Gewinnanteile steuerlich

¹ BMF v. 16. 12. 2003 – IV A 6 – S 2240 – 170/02, BStBl. I 2004, 40. Vgl. hierzu *Pöllath + Partners* (Hrsg.), *Private Equity Fonds – Einkommensteuerliche Behandlung von Venture Capital und Private Equity Fonds*, 1. Aufl. 2006; *Rodin/Veith/Bärenz*, DB 2004, 103.

² BGBl. I 2004, 2013, in Kraft getreten am 6. 8. 2004.

in eine Tätigkeitsvergütung umzuqualifizieren. Trotz entsprechender entgegenstehender Argumente mündete diese Diskussion in die in Tz. 24 des BMF-Schreibens enthaltene Aussage, dass es sich bei entsprechenden Gewinnanteilen steuerlich um eine erfolgsabhängige Tätigkeitsvergütung handele. Die gesellschaftsrechtliche Einbettung als Gewinnanteil an einer Personengesellschaft stelle lediglich einen abgekürzten Zahlungsweg dar: Die Investor-Gesellschafter verzichteten bei Eintritt bestimmter Erfolgsparameter zugunsten der Initiatoren auf einen ihnen zustehenden Gewinnanteil, der sodann von der Fondsgesellschaft unmittelbar an die Initiatoren ausgezahlt werde. Im Ergebnis stelle der Carried Interest somit eine (voll steuerpflichtige) Tätigkeitsvergütung dar.

Auf Grundlage der vorstehenden Ansicht wurde mit Wirkung zum 6. August 2004 das Gesetz zur Förderung von Wagniskapital erlassen. Durch dieses Gesetz wurde der Carried Interest in § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG in den Tatbestand der Einkünfte aus selbständiger Arbeit aufgenommen. Gleichzeitig wird in § 3 Nr. 40 a EStG angeordnet, dass entsprechende Einkünfte hälftig zu versteuern sind.³

Als Carried Interest gelten gemäß der Legaldefinition in § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG „Einkünfte, die ein Beteiligter an einer vermögensverwaltenden Gesellschaft oder Gemeinschaft, deren Zweck im Erwerb, Halten und in der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften besteht, als Vergütung für Leistungen zur Förderung des Gesellschafts- oder Gemeinschaftszwecks erzielt, wenn der Anspruch auf die Vergütung unter der Voraussetzung eingeräumt worden ist, dass die Gesellschafter oder Gemeinschaftler ihr eingezahltes Kapital vollständig zurückerhalten haben“. Der nachfolgende Beitrag diskutiert die Anwendung des neu geschaffenen Tatbestandes in der Praxis und versucht Hinweise für dessen Interpretation bezüglich einer Reihe von offenen Fragen zu geben.

II. Voraussetzungen des § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG

1. Vermögensverwaltende Gesellschaft oder Gemeinschaft

Vom Tatbestand des § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG werden kapitaldisproportionale Ergebnisanteile erfasst, die dem zum Bezug von Carried Interest Berechtigten von einer vermögensverwaltenden Gesellschaft oder Gemeinschaft eingeräumt worden sind. Von der Bestimmung werden typische Fondsgestaltungen erfasst, bei denen die Voraussetzungen erfüllt werden, die das BMF-Schreiben an privat vermögensverwaltende Fonds stellt. Hierunter fallen insbesondere privat vermögensverwaltende GmbH & Co. KGs. In der Literatur wird die Anwendbarkeit auf andere Fondsgestaltungen kontrovers diskutiert.

³ Durch das Gesetz zur Modernisierung der Rahmenbedingungen für Kapitalbeteiligungen (MoRaKG) soll für entsprechende Einkünfte das im Rahmen der Unternehmenssteuerreform neu geschaffene Teileinkünfteverfahren Anwendung finden und somit der steuerfreie Anteil des Carried Interest von derzeit 50 % auf 40 % abgesenkt werden.

a) *Gewerbliche Personengesellschaften als Fonds*

Hinsichtlich der Frage der Anwendbarkeit des § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG auf Carried Interest aus gewerblichen Fonds ist zwischen einer Gewerblichkeit aufgrund der Tätigkeit des Fonds gemäß § 15 Abs. 1 und 2 EStG und einer Gewerblichkeit kraft Abfärbung oder Prägung gemäß § 15 Abs. 3 EStG zu differenzieren. Streitig ist hierbei vor allem, ob der in § 18 Abs. 1 Nr. 4 Halbs. 2 EStG geregelte Ausschluss der Anwendbarkeit von § 15 Abs. 3 EStG auch in Bezug auf die Ebene des Fonds greift.

Der Gesetzeswortlaut des § 18 Abs. 1 Nr. 4 Halbs. 2 EStG erlaubt nach Auffassung der Verfasser die Einbeziehung gewerblich geprägter und teilweise gewerblich tätiger Fondsgesellschaften in den Anwendungsbereich der Vorschrift.⁴

aa) *Gewerblich infizierte Fonds und originär gewerblich tätige Fonds*

Überwiegend wird dabei in der Literatur unter Berufung auf den Wortlaut des § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG, der eine „vermögensverwaltende Gesellschaft oder Gemeinschaft“ verlangt, davon ausgegangen, dass der Fonds keine originär gewerblichen Einkünfte nach § 15 Abs. 1 und 2 EStG erzielen darf.⁵ Gegen eine Erstreckung auf Einkünfte des Fonds aus gewerblicher Tätigkeit spreche vor allem der ertragsteuerliche Sprachgebrauch und die Entstehung der Norm vor dem Hintergrund des BMF-Schreibens.⁶

Auch die gewerbliche Abfärbewirkung des § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG auf den Fonds sei nicht gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 4 Halbs. 2 EStG ausgeschlossen.⁷ Relevant wäre ein Ausschluss des § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG jedoch vor allem für Dachfonds (sog. Fund of Funds), da sich diese an einer gewerblichen Fonds-Personengesellschaft durch den Bezug von gewerblichen Einkünften infizieren können. Diese „Gefahr“ besteht insbesondere bei Beteiligungen an internationalen Zielfonds. Hier kann vielfach nicht mit abschließender Sicherheit gewährleistet werden, dass die ausländischen Zielfonds die Vorgaben des BMF-Schreibens über ihre volle Laufzeit erfüllen.

Gegen den Ausschluss der Abfärbewirkung auf der Fondsebene zu Zwecken der Anwendbarkeit des § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG wird angeführt, dass die Zuordnung der Anteile an vermögensverwaltenden und gewerblichen Einkünften für

⁴ So im Ergebnis auch *Stuhrmann*, in: *Kirchhof/Söhn/Mellinghoff*, EStG, Stand: Mai 2007, § 18 Rn. B 257; *Friedrichs/Köhler*, DB 2006, 1396 (1401f.), und *Behrens*, FR 2004, 1211 (1213), der jedoch die Besteuerung des Carried Interest je nach seiner Herkunft aus Vermögensverwaltung oder Gewerbebetrieb aufspalten will (1214).

⁵ *Brandt*, in: *Hermann/Heuer/Raupach*, EStG/KStG, Stand: Mai 2007, § 18 Rn. 279, 283; *Güroff*, in: *Littmann/Bitz/Pust*, Einkommensteuerrecht, Stand: Mai 2007, § 18 Rn. 373, 383; *Stuhrmann*, in: *Kirchhof/Söhn/Mellinghoff*, EStG (Fn. 4), § 18 Rn. B 257; *Wacker*, in: *Schmidt*, EStG, 26. Aufl. 2007, § 18 Rn. 286; *Siewert*, in: *Frotscher*, Praxiskommentar EStG, Stand: Mai 2007, § 18 Rn. 102 b; *Carlé*, ErbStB 2005, 246 (247).

⁶ So *Carlé*, ErbStB 2005, 246 (247).

⁷ *Wacker*, in: *Schmidt*, EStG (Fn. 5), § 18 Rn. 286; *Siewert*, in: *Frotscher*, EStG (Fn. 5), § 18 Rn. 102 b; *Brandt*, in: *Hermann/Heuer/Raupach*, EStG/KStG (Fn. 5), § 18 Rn. 279; *Geerling/Ismer*, DStR 2005, 1596 (1598); *Geerling/Kost*, IStR 2005, 757 (760); *Friedrichs/Köhler*, DB 2004, 1638 (1639).

die Anwendung des § 18 Abs. 1 Nr. 4 auf den Carried Interest schwierig sei.⁸ Die Trennung von gewerblichen und privat vermögensverwaltenden Einnahmen ist jedoch in der Praxis wenig relevant. Die Kriterien des BMF-Schreibens können beinahe ausschließlich nicht auf einzelne Investments angewendet werden, sondern qualifizieren bei Vorliegen der Voraussetzungen den Fonds insgesamt als gewerblich. Lediglich das unternehmerische Tätigwerden in einer Portfolio-Gesellschaft nach Tz. 16 des vorgenannten Schreibens ließe eine Trennung zwischen privater Vermögensverwaltung und gewerblicher Tätigkeit im Hinblick auf einzelne Investments möglich erscheinen.⁹ Von größerer Bedeutung ist der Ausschluss des § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG aber für Dachfonds, die sich durch den Bezug von gewerblichen Einkünften aus einzelnen Zielfonds insgesamt gewerblich infizieren können. Hier entgeht man den vorgenannten Abgrenzungsschwierigkeiten durch den Ausschluss des § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG, indem für die einkommensteuerliche Einordnung des Carried Interest gerade nicht auf die gewerblichen Einkünfte des Fonds abgestellt wird, sondern auf das Wesensmerkmal der Tätigkeit¹⁰ des zum Bezug von Carried Interest Berechtigten für einen Fonds. Der Gesetzgeber wollte die einkommensteuerliche Qualifikation des Carried Interest gerade unabhängig von der Quelle, aus der er gespeist wird, regeln.¹¹ Daher ist es nach Auffassung der Verfasser unerheblich, wie die Einkünfte des Fonds für die anderen Gesellschafter eingeordnet werden.¹²

Teilweise wird eingewandt, § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG regle die Einkunftsart auf Ebene des zum Bezug von Carried Interest Berechtigten. Daher gelte der Ausschluss des § 15 Abs. 3 EStG auch nur auf seiner Ebene.¹³ Diese Auffassung übersieht, dass es gerade fraglich ist, inwieweit § 18 Abs. 1 Nr. 4 Halbs. 2 EStG nur die Einkünfte des zum Bezug von Carried Interest Berechtigten betrifft oder auch die an den Fonds gestellten Anforderungen modifiziert.

Schließlich widerspreche nach einer Ansicht ein weiter Ausschluss des § 15 Abs. 3 EStG der Intention des Gesetzgebers, der nur vermögensverwaltende Gesellschaften und Gemeinschaften habe erfassen wollen.¹⁴ Eine entsprechende Intention des Gesetzgebers, die eine Einschränkung des Ausschlusses nach § 18 Abs. 1 Nr. 4 Halbs. 2 EStG rechtfertigen würde, lässt sich u. E. den Gesetzgebungsmaterialien indes nicht entnehmen.

Vielmehr ist es nach unserer Einschätzung sachlich geboten, nicht nur teilweise gewerbliche Fonds in den Anwendungsbereich des § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG

⁸ Geerling/Ismer, DStR 2005, 1596 (1598).

⁹ Friedrichs/Köhler, DB 2006, 1396 (1401), Abgrenzungsschwierigkeiten bestünden nach ihrer Ansicht dann gerade nicht.

¹⁰ Hierzu sehr bildlich Geerling/Ismer, DStR 2005, 1596 (1597).

¹¹ BT-Drs. 15/3336, 5 f. und 7 (zu Nummer 2).

¹² Einer ausdrücklichen Anordnung im Gesetzeswortlaut, dass für die Zwecke der Besteuerung des Carried Interest ein teilweise vermögensverwaltender Fonds insgesamt vermögensverwaltend sei (so Behrens, FR 2004, 1211 (1214)), bedarf es u. E. nicht, weil es nicht um die Bestimmung einer Einkunftsart auf der Ebene des Fonds geht, sondern um die Einordnung der Einkünfte der zum Bezug von Carried Interest Berechtigten.

¹³ Geerling/Kost, IStR 2005, 757 (760); Friedrichs/Köhler, DB 2004, 1638 (1639).

¹⁴ Brandt, in: Hermann/Heuer/Raupach, EStG/KStG (Fn. 5), § 18 Rn. 279.

einzu beziehen, sondern auch insgesamt originär gewerbliche Fonds.¹⁵ Sowohl in den Diskussionen vor Erlass des BMF-Schreibens als auch im Gesetzgebungsverfahren waren gewerbliche Fonds nach unserer Kenntnis nicht Gegenstand besonderer Beratungen. Dementsprechend differenziert das BMF-Schreiben hinsichtlich der Besteuerung des Carried Interest nicht ausdrücklich zwischen vermögensverwaltenden und gewerblichen Fonds, sondern sieht in beiden Fällen eine Umqualifizierung kapitaldisproportionaler Ergebnisanteile in eine erfolgsabhängige Tätigkeitsvergütung vor.¹⁶ Als Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung bei der Besteuerung des Carried Interest kann insbesondere nicht angeführt werden, dass bei gewerblichen Fonds Veräußerungsgewinne auch bei kapitalproportionalen Ergebniszuzuweisungen ohne Rücksicht auf Haltefristen oder eine Mindestbeteiligungsquote stets der Besteuerung unterliegen. Denn zum einen sind Veräußerungsgewinne auch bei gewerblichen Fonds zu 95 % oder hälftig steuerbefreit, je nachdem, ob eine Körperschaft oder eine natürliche Person an dem Fonds beteiligt ist.¹⁷ Zum anderen führt die Anwendbarkeit der §§ 18 Abs. 1 Nr. 4, 3 Nr. 40a EStG auch dazu, dass Ergebniszuzuweisungen (lediglich) hälftig steuerbefreit sind, und stellt damit keine Privilegierung gegenüber der Regelbesteuerung dar. Der Gesetzgeber differenziert in den Gesetzgebungsmaterialien folglich auch nicht zwischen vermögensverwaltenden und gewerblichen Fonds. Vielmehr adressiert er die Bedeutung von Private-Equity-Fonds und Venture-Capital-Fonds für die Unternehmensfinanzierung allgemein.¹⁸ Die Beschränkung des § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG auf „vermögensverwaltende“ Gesellschaften und Gemeinschaften wird nicht begründet. Diese Beschränkung ist im Hinblick auf das Gleichbehandlungsgebot nach unserer Auffassung nicht zu rechtfertigen, da der Carried Interest sowohl bei gewerblichen als auch bei vermögensverwaltenden Fonds für die gleichen immateriellen Beiträge (Erfahrungen, Kontakte und Netzwerke)¹⁹ gewährt wird.

bb) Gewerblich geprägte Fonds

Für die Einordnung des Carried Interest, der von einem gewerblich geprägten Fonds bezogen wird, zu den Einkünften nach § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG sprechen bereits die im vorherigen Abschnitt genannten Erwägungen für einen weiten Abschluss des § 15 Abs. 3 EStG (zu Zwecken der Ermittlung der Anwendbarkeit von § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG) auf Fondsebene.²⁰ Zudem ist der Begriff „vermögens-

¹⁵ In diesem Sinne auch *de lege ferenda*: Behrens, FR 2004, 1211 (1219).

¹⁶ Zu den einzelnen Versionen des BMF-Schreibens v. 16.12. 2003 (Fn. 1) vgl. auch Friedrichs/Köhler, DB 2006, 1396.

¹⁷ Vgl. schon: Bärenz/Veith/Buge, BBV 2005, 14 (16).

¹⁸ Koalitionsentwurf, BT-Drs. 15/3189, 3; Finanzausschuss, BT-Drs. 15/3336, 6.

¹⁹ Vgl. zur Abgeltungsfunktion immaterieller Beiträge der Initiatoren BMF-Schreiben v. 16.12. 2003 (Fn. 1), Tz. 2, 3; Wacker, in: Schmidt, EStG (Fn. 5), § 18 Rn. 280; Brandt, in: Hermann/Heuer/Raupach, EStG/KStG (Fn. 5), § 18 Rn. 279; Stuhmann, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG (Fn. 4), § 18 Rn. B 256; Bärenz/Veith/Buge, BBV 2005, 14.

²⁰ Im Ergebnis auch Stuhmann, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG (Fn. 4), § 18 Rn. B 257; Güroff, in: Littmann/Bitz/Pust, EStG (Fn. 5), § 18 Rn. 381; Korn, in: Korn, EStG, Stand: April 2007, § 18 Rn. 103.4; Hutter, in: Blümich, EStG, Stand: April 2007, § 18 Rn. 184; Behrens, FR 2004, 1211 (1214), unter Hinweis auf internationale Parallel-Strukturen; Carlé, ErbStB

verwaltend“ in § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG u. E. tätigkeitsbezogen und nicht als Beschreibung der aus der Tätigkeit erzielten „Einkunftsart“ des Fonds zu verstehen.²¹ Der Begriff wird an mehreren Stellen im Gesetz unterschiedlich gebraucht,²² so dass systematische Erwägungen nicht greifen. Auch die Rechtsprechung interpretiert den Begriff nach unserer Einschätzung tätigkeitsbezogen.²³

b) Kapitalgesellschaften als Fonds

Versteht man den Begriff „vermögensverwaltend“ in § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG tätigkeitsbezogen, so spricht nichts gegen die Einbeziehung von Kapitalgesellschaften in den Anwendungsbereich der Vorschrift.²⁴ Der Wortlaut ist jedenfalls gerade nicht auf vermögensverwaltende Personengesellschaften beschränkt. Auch Sinn und Zweck der Vorschrift stehen einer Anwendbarkeit auf vermögensverwaltende Fonds-Kapitalgesellschaften trotz § 8 Abs. 2 KStG, der bestimmt, dass die Einkünfte einer Kapitalgesellschaft immer als gewerbliche Einkünfte gelten, nicht entgegen.²⁵ Vielmehr ist der Carried Interest losgelöst von den zugrundeliegenden Fonds-Einkünften zu betrachten und wird aus steuerlicher Sicht für die Erbringung von „Leistungen zur Förderung des Gesellschafts- oder Gemeinschaftszwecks“ gewährt, so dass es auf die steuerliche Transparenz des Fonds nicht ankommt.²⁶

Bei diesem weiten Verständnis des Tatbestandsmerkmals „Gesellschaft oder Gemeinschaft“ sollten auch ausländische Gesellschaftsformen und ausländische regulierte Sondervermögen, wie z. B. luxemburgische *Fonds Commune de Placement* (FCP) oder französische *Fonds Commune de Placement à Risque* (FCPR), von denen in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtige Personen Carried Interest erhalten, in den Anwendungsbereich der Vorschrift einbezogen werden.

c) Gesellschafts- oder Gemeinschaftszweck

aa) Erwerb, Halten und Veräußern von Anteilen an Kapitalgesellschaften

Der vom Fonds verfolgte Zweck muss im Erwerb, Halten und in der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften bestehen. Dieses Tatbestandsmerk-

2005, 246 (247); Geerling/Ismer, DStR 2005, 1596 (1599); Friedrichs/Köhler, DB 2006, 1396 (1401f.). Offen bei: Brandt, in: Hermann/Heuer/Raupach, EStG/KStG (Fn. 5), § 18 Rn. 279 (287); Siewert, in: Frotscher, EStG (Fn. 5), § 18 Rn. 102 b, 102 d; ablehnend: Wacker, in: Schmidt, EStG (Fn. 5), § 18 Rn. 286.

²¹ Güroff, in: Littmann/Bitz/Pust, EStG (Fn. 5), § 18 Rn. 381; Carlé, ErbStB 2005, 246 (247); Geerling/Ismer, DStR 2005, 1596 (1599), es bedürfe daher keines weitgehenden Ausschlusses des § 15 Abs. 3 EStG auf Fondsebene.

²² Geerling/Ismer, DStR 2005, 1596 (1599) (§ 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG, § 14 AO, § 105 Abs. 2 HGB).

²³ So auch Geerling/Ismer, DStR 2005, 1596 (1598), mit Verweis auf BFH v. 6. 10. 2004 – IX R 53/01, DStR 2004, 2045 (2046) zum § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG i. d. F. vor dem Jahressteuergesetz 2007.

²⁴ So im Ergebnis auch Güroff, in: Littmann/Bitz/Pust, EStG (Fn. 5), § 18 Rn. 370; Brandt, in: Hermann/Heuer/Raupach, EStG/KStG (Fn. 5), § 18 Rn. 281; Korn, in: Korn, EStG (Fn. 20), § 18 Rn. 103.4; Behrens, FR 2004, 1211 (1216); Carlé, ErbStB 2005, 246 (247).

²⁵ Güroff, in: Littmann/Bitz/Pust, EStG (Fn. 5), § 18 Rn. 370, 381.

²⁶ Behrens, FR 2004, 1211 (1216).

mal soll die Anwendbarkeit des § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG auf Private-Equity- und Venture-Capital-Fonds eingrenzen, um Mitnahmeeffekte anderer vermögensverwaltender Gesellschaften zu verhindern.²⁷ Dieser Zweck muss tatsächlich umgesetzt werden. Eine entsprechende Regelung im Gesellschaftsvertrag allein ist u. E. nicht ausreichend. In welchen Grenzen daneben weitere vermögensverwaltende (oder auch gewerbliche)²⁸ Tätigkeiten vorgenommen werden dürfen, ist unklar. Einigkeit dürfte darin bestehen, dass notwendige Hilfsgeschäfte, wie die Wahrnehmung von Aufsichtsratsmandaten und die kurzfristige Zwischenanlage von liquiden Mitteln, zulässig sind.²⁹ Darüber hinaus wird erwogen, auch anderweitige vermögensverwaltende Tätigkeiten für zulässig zu erachten.³⁰ Demnach sei nach verfassungskonformer Auslegung die Anwendbarkeit des § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG nicht ausgeschlossen; im Hinblick auf den Carried Interest seien dann die Einnahmen und Ausgaben für die Wagniskapitalfinanzierung getrennt von den Einnahmen aus einer anderweitigen Vermögensverwaltung zu erfassen.³¹ Da entsprechende Konstellationen nach unserer Einschätzung in der Praxis nur sehr selten vorkommen, soll diese Fragestellung hier nicht vertieft behandelt werden.

bb) Dachfonds

Fraglich ist in diesem Zusammenhang, inwieweit das Gesetz auch bei lediglich *mittelbaren* Beteiligungen des Fonds an Kapitalgesellschaften anwendbar ist. Dieses Problem stellt sich insbesondere bei Dachfondsstrukturen (Fund of Funds). Dachfonds beteiligen sich an Venture-Capital- und Private-Equity-Zielfonds, die meist als Personengesellschaften oder als steuerlich transparente Sondervermögen strukturiert sind. Die Zielfonds investieren die entsprechenden Mittel ihrerseits in operativ tätige Portfolio-Gesellschaften. Damit halten Dachfonds nur mittelbar Beteiligungen an Kapitalgesellschaften. Soweit hierzu in der Literatur Stellung genommen wurde, besteht im Ergebnis Einigkeit, dass die §§ 3 Nr. 40 a, 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG trotzdem auch für Dachfonds anwendbar sind.

Nach einer Ansicht sei entscheidend, dass der zum Bezug von Carried Interest Berechtigte zumindest mittelbar an einem direkt investierenden Fonds beteiligt sei. Hierfür spreche, dass das Gesetz keine unmittelbare Beteiligung der zum Bezug von Carried Interest berechtigten Personen an der in Kapitalgesellschaften investierenden Gesellschaft oder Gemeinschaft voraussetzt. Vielmehr sehe das Gesetz bereits doppelstöckige Personengesellschaftsstrukturen für den Fall vor, dass die zum Bezug von Carried Interest berechtigten Initiatoren sich über eine Personengesellschaft an einem Fonds beteiligen. Dann könne für den Carried Interest aus einem Dachfonds als Obergesellschaft eines direkt investierenden

²⁷ Finanzausschuss BT-Drs. 15/3336, 6.

²⁸ Dies hängt davon ab, ob man teilweise bzw. insgesamt gewerbliche Tätigkeiten (vgl. oben Abschnitt II. 1. a) aa)) des Fonds für zulässig erachtet.

²⁹ Wäcker, in: Schmidt, EStG (Fn. 5), § 18 Rn. 286.

³⁰ Brandt, in: Hermann/Heuer/Raupach, EStG/KStG (Fn. 5), § 18 Rn. 279, 283; Friedrichs/Köhler, DB 2004, 1638; Behrens, FR 2004, 1211 (1217).

³¹ Brandt, in: Hermann/Heuer/Raupach, EStG/KStG (Fn. 5), § 18 Rn. 279, 283 f.

Fonds nichts anderes gelten.³² Dabei wird u.E. übersehen, dass die für diese Argumentation herangezogene Regelung mit Blick auf Personengesellschaften eingeführt wurde, in denen die zum Bezug von Carried Interest berechtigten Initiatoren zusammengefasst werden. Die Funktion einer solchen Obergesellschaft ist aber mit der eines Dachfonds als Obergesellschaft u. E. nicht vergleichbar. Zudem fördert der zum Bezug von Carried Interest Berechtigte eines Dachfonds nicht den Zweck des direkt investierenden Fonds, sondern den des Dachfonds und stellt auch nur diesem seine Kenntnisse, Erfahrungen und Netzwerke zur Verfügung. Zwischen dem direkt investierenden Fonds und dem zum Bezug von Carried Interest Berechtigten des Dachfonds besteht kein Austauschverhältnis, welches die Berechtigung zum Bezug von Carried Interest rechtfertigen würde. Dies mag bei sogenannten Feeder-Fonds-Strukturen, bei denen eine Gesellschaft mit dem ausschließlichen Zweck strukturiert wird, sich an einem Private-Equity-Fonds zu beteiligen, anders zu bewerten sein.

Vielmehr ist nach Auffassung der Verfasser darauf abzustellen, dass der (Dach-)Fonds, von dem der Carried Interest an die Initiatoren fließt, selbst in Kapitalgesellschaften investiert. Der Gesetzeswortlaut schließt dabei mittelbare Beteiligungen an Kapitalgesellschaften nicht aus. Für die Zulässigkeit von mittelbaren Beteiligungen spricht hier, dass Personengesellschaften im Ertragsteuerrecht als transparent angesehen werden (§ 39 Abs. 2 Nr. 2 AO). Ist die Beteiligung über eine Personengesellschaft steuerlich irrelevant, so kann man im steuerlichen Sinn vom „Halten [. . .] von Anteilen an Kapitalgesellschaften“ auch dann sprechen, wenn eine direkt investierende Fonds-Personengesellschaft diese Beteiligung vermittelt.³³ Eine andere Betrachtungsweise wäre eine ungerechtfertigte Benachteiligung der Initiatoren von Dachfonds und würde im Widerspruch zu dem gesetzgeberischen Ziel stehen, Wagniskapital zu fördern. Dachfonds sammeln größere Beträge bei Privatanlegern ein und stellen diese Beträge mittelbar operativen Unternehmen zur Verfügung. Ferner erlauben sie vielfach überhaupt erst eine Beteiligung privater Anleger, da sie meist geringere Mindestzeichnungssummen ausweisen. Würde man Dachfonds benachteiligen, würde man den Mittelzufluss von „kleineren“ Privatanlegern erschweren. Für eine Ungleichbehandlung von Dachfonds fehlt damit u. E. im Ergebnis jede sachliche Rechtfertigung.

2. Beteiligter

Um Einkünfte nach § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG erzielen zu können, muss der Empfänger des Carried Interest Beteiligter am Fonds sein. Damit werden jedenfalls Initiatoren erfasst, die unmittelbar oder über eine zwischengeschaltete Personengesellschaft als Gesellschafter bzw. Gemeinschaftler am Fonds beteiligt sind. Sind die Initiatoren über eine Personengesellschaft beteiligt, so darf diese nach bisherigem Verständnis insgesamt keine originär gewerblichen Einkünfte nach § 15 Abs. 1, 2 EStG erzielen. Gewerbliche Einkünfte nach § 15 Abs. 3 EStG kraft Infektion oder Prägung sind wegen des Ausschlusses in § 18 Abs. 1 Nr. 4 Halbs. 2

³² Behrens, FR 2004, 1211 (1213).

³³ Vgl. Bärenz/Veith/Buge, BBV 2005, 14 (17).

EStG unschädlich;³⁴ der Carried Interest ist dann gesondert von den übrigen Einkünften aus der Fonds-Personengesellschaft zu behandeln.³⁵ Darüber hinaus lässt § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG einige Fragen hinsichtlich des Begriffs des Beteiligten offen.

a) *Beteiligung des zum Bezug von Carried Interest Berechtigten am Fonds*

Der Begriff der Beteiligung ist in § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG nicht völlig eindeutig geregelt. Von der einen Seite wird gefordert, dass der zum Bezug von Carried Interest Berechtigte Gesellschafter oder Gemeinschaftler des Fonds sein muss, wobei mittelbare Beteiligungen über einen Treuhänder oder über Personengesellschaften ebenso erfasst würden.³⁶ Teilweise wird zudem eine kapitalmäßige Beteiligung, jedoch ohne bestimmte Mindestquote gefordert. Auf eine Beteiligung am Kapital kann u. E. jedenfalls verzichtet werden. Dieses Erfordernis wäre reiner Formalismus, insbesondere deshalb, weil gesellschaftsrechtlich eine Beteiligung als Gesellschafter ohne einen Kapitalanteil möglich, aber auch notwendig ist, um an der Verteilung des Gewinns der Gesellschaft teilzuhaben.³⁷ Die Finanzverwaltung hat bisher die immateriellen Beiträge als solche anerkannt.³⁸

Auf der anderen Seite wird vertreten, dass auf eine Stellung als Gesellschafter oder Gemeinschaftler ganz verzichtet werden könne, da der Carried Interest steuerrechtlich als Tätigkeitsvergütung gewährt wird.³⁹ Dann könne die Vergütung auch entsprechend aus einem Dienstvertrag oder sonstigen Austauschverhältnis geschuldet sein. Gegen diese Ansicht wird angeführt, dass sie sich nur schwer mit dem Wortlaut „Beteiligter an einer Gesellschaft oder Gemeinschaft“ vereinbaren lasse.⁴⁰ Allerdings handelt es sich bei dem Beteiligungsbegriff nicht um einen gesellschaftsrechtlichen Begriff, der eine Gesellschafter- oder Gemeinschaftlerstellung indiziert.⁴¹ Auch steuerrechtlich wird der Begriff unterschiedlich gebraucht.⁴² Der zudem vorgebrachte Einwand, die Qualifikation des Carried Interest als Dienstleistungsvergütung stehe mit der Grundannahme der Finanz-

³⁴ Anderer Ansicht wohl nur *Hutter*, in: *Blümich*, EStG (Fn. 20), § 18 Rn. 184, der § 18 Abs. 1 Nr. 4 Halbs. 2 EStG nur auf Fondsebene anwenden will. Dagegen überzeugend *Geerling/Ismer*, DStR 2005, 1596 (1598).

³⁵ *Wacker*, in: *Schmidt*, EStG (Fn. 5), § 18 Rn. 286.

³⁶ *Güroff*, in: *Littmann/Bitz/Pust*, EStG (Fn. 5), § 18 Rn. 371; *Wacker*, in: *Schmidt*, EStG (Fn. 5), § 18 Rn. 286; *Korn*, in: *Korn*, EStG (Fn. 20), § 18 Rn. 103.5; *Carlé*, ErbStB 2005, 246 (248).

³⁷ Vgl. *Priester*, in: *Münchener Kommentar zum HGB*, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, § 121 Rn. 28.

³⁸ BMF-Schreiben v. 16. 12. 2003 (Fn. 1), Tz. 2, 3.

³⁹ *Behrens*, FR 2004, 1211 (1212 f.); zustimmend *Stuhrmann*, in: *Kirchhof/Söhn/Mellinghoff*, EStG (Fn. 4), § 18 Rn. B 257 b.

⁴⁰ So *Carlé*, ErbStB 2005, 246 (248).

⁴¹ Nach *Köbler*, Juristisches Wörterbuch, 13. Aufl. 2006, ist Beteiligter eine „Person, welche an einer Angelegenheit teilhat“.

⁴² In § 41 AO etwa im Sinne von Parteien eines Scheingeschäftes; in §§ 78 ff. im Sinne eines Verfahrensbeteiligten; in § 74 Abs. 2 AO im Sinne einer kapitalmäßigen Beteiligung, wobei aber eine anderweitig beherrschende Stellung ohne Beteiligung am Kapital genügt. Die beherrschende Stellung kann auf persönlicher Überzeugungskraft, faktischem wirtschaftlichem Einfluss, verwandtschaftlichen Beziehungen oder einer politischen Stellung beruhen; vgl. etwa *Intemann*, in: *Pahlke/König*, Abgabenordnung, 2004, § 74 Rn. 31.

verwaltung im Zusammenhang, dass die Initiatoren mittelbar oder unmittelbar an dem Fonds beteiligt sind,⁴³ greift u. E. gleichfalls nicht durch. Bei der mittelbaren oder unmittelbaren Beteiligung der Initiatoren handelt es sich nach Ansicht des BMF lediglich um einen typischen Sachverhalt.⁴⁴ Dies schließt u. E. nicht aus, dass eine Dienstleistungsvergütung auch in anderen Sachverhaltskonstellationen angenommen werden kann. Die Wertungen des Gesetzgebers, die – sofern man der Qualifizierung des Carried Interest als Tätigkeitsvergütung folgen will – zu einer steuerlichen Privilegierung des Carried Interest geführt haben, gelten jedenfalls gleichermaßen, wenn eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung nicht gegeben ist. Auch geht die Finanzverwaltung davon aus, dass der Carried Interest gerade nicht auf der mittelbaren oder unmittelbaren Kapitalbeteiligung beruht.⁴⁵

b) Carried Interest auf schuldrechtlicher Grundlage

Soweit eine Gesellschafter- oder Gemeinschafterstellung der zum Bezug von Carried Interest Berechtigten am Fonds nicht für erforderlich gehalten wird, muss die Gewährung des Carried Interest auf schuldrechtlicher Grundlage konsequenterweise genügen.⁴⁶

Auch unter den Vertretern, die eine Gesellschafter- oder Gemeinschafterstellung fordern, wird diskutiert, ob der Carried Interest ausschließlich auf gesellschaftsvertraglicher⁴⁷ oder ebenso auf schuldrechtlicher⁴⁸ Grundlage (bei gleichzeitiger Gesellschafterstellung) eingeräumt werden könne, damit §§ 3 Nr. 40 a, 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG anwendbar sind. In diesem Fall wäre das Erfordernis einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung allerdings bloßer Formalismus.

Man könnte einwenden, dass eine schuldrechtliche Abrede über den Carried Interest bei einer Fonds-KG mit mehreren Anlegern für diese nachteilig sei, weil diese Anleger ohne eine gesellschaftsvertragliche Regelung die Kontrolle über die Gestaltung des Carried Interest verlören. Die Geschäftsführung des Fonds und die Initiatoren könnten die Abrede unter sich frei ausgestalten und abändern.⁴⁹ Bei anderen Gestaltungen mag dies auch gar nicht ins Gewicht fallen. So wäre eine Anwendung des § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG auch auf Fälle begrüßenswert, bei denen eine Private-Equity-Gesellschaft etwa einen einzelnen institutionellen Investor bei der Ausgestaltung seines Beteiligungsportfolios berät und hierfür entsprechend nur an dem das eingesetzte Kapital übersteigenden Gewinn beteiligt wird.

⁴³ So *Güroff*, in: *Littmann/Bitz/Pust*, EStG (Fn. 5), § 18 Rn. 371, unter Verweis auf das BMF-Schreiben v. 16. 12. 2003 (Fn. 1), Tz. 24.

⁴⁴ BMF-Schreiben v. 16. 12. 2003 (Fn. 1), Tz. 2.

⁴⁵ BMF-Schreiben v. 16. 12. 2003 (Fn. 1), Tz. 24.

⁴⁶ *Behrens*, FR 2004, 1211 (1212f.); *Stuhrmann*, in: *Kirchhof/Söhn/Mellinghoff* (Fn. 4) EStG, § 18 Rn. B 257 b.

⁴⁷ In diesem Sinne *Carlé*, ErbStB 2005, 246 (248).

⁴⁸ In diesem Sinne *Wacker*, in: *Schmidt*, EStG (Fn. 5), § 18 Rn. 286.

⁴⁹ Es ist aber fraglich, ob dem Tatbestand ein solcher Lenkungszweck überhaupt zukommt. Die Gesetzesbegründung enthält keine Erwägungen in dieser Richtung.

c) Kapitalgesellschaft als Beteiligter

Strittig ist, ob eine Anwendbarkeit der §§ 3 Nr. 40 a, 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG auf Kapitalgesellschaften als zum Bezug von Carried Interest Berechtigte in Betracht kommt. Dagegen wird angeführt, dass eine Kapitalgesellschaft aufgrund der Vorschrift in § 8 Abs. 2 KStG, die insoweit als *lex specialis* vorgehe, immer Einkünfte aus Gewerbebetrieb erziele.⁵⁰ Jedenfalls wird § 3 Nr. 40 a EStG in Nr. 32 der Körperschaftsteuer-Richtlinien 2004 nicht bei den im Körperschaftsteuerrecht anwendbaren Normen des Einkommensteuergesetzes genannt. Es ist nach hier vertretener Auffassung allerdings zweifelhaft, dass es sich hierbei um eine bewusste Entscheidung der Finanzverwaltung gegen die Anwendbarkeit des § 3 Nr. 40 a EStG auf Kapitalgesellschaften als zum Bezug von Carried Interest Berechtigte handelt. Es ist dagegen zu vermuten, dass die Bestimmung aufgrund ihrer eingeschränkten praktischen Relevanz schlicht vergessen wurde.

Nach überwiegender Ansicht werden Kapitalgesellschaften als Empfänger des Carried Interest ebenso von §§ 3 Nr. 40 a, 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG begünstigt wie natürliche Personen.⁵¹ Hierbei besteht zumindest auf den ersten Blick ein Spannungsverhältnis zwischen § 8 Abs. 2 KStG, nach dem die Einkünfte einer Kapitalgesellschaft stets als solche aus Gewerbebetrieb qualifizieren, und § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG, der den Carried Interest als Einkunft aus selbständiger Arbeit qualifiziert.

Auf den Qualifikationskonflikt hinsichtlich der Einkunftsart kommt es u. E. indes im Ergebnis nicht an. § 3 Nr. 40 a EStG stellt den Carried Interest unabhängig davon, ob er aus selbständiger Arbeit oder aus Gewerbebetrieb bezogen wird, zur Hälfte steuerfrei. Denn diese Vorschrift spricht nicht von der hälftigen Steuerbefreiung der Einkünfte, sondern „*der Vergütung im Sinne des § 18 Abs. 1 Nr. 4*“ EStG. Damit greift § 3 Nr. 40 a EStG auf die Definition des Carried Interest in § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG zurück.⁵² Der § 3 EStG jedoch ist auf Einnahmen aller Einkunftsarten anwendbar, denn er enthält eine unsystematisch zusammengefasste Reihe von Steuerbefreiungen und Klarstellungen hinsichtlich nicht steuerbarer Einkünfte,⁵³ ohne Rücksicht auf Einkunftsarten zu nehmen.⁵⁴

Nur diese Interpretation lässt sich mit den Zielen des Gesetzgebers vereinbaren. Ursprünglich sollte nach dem Koalitionsentwurf der Carried Interest nicht per Gesetz einer Einkunftsart zugeordnet, sondern der Ansicht der Finanzverwaltung gefolgt werden, wonach der Carried Interest eine steuerbare Tätigkeitsver-

⁵⁰ Güroff, in: Littmann/Bitz/Pust, Einkommensteuerrecht (Fn. 5), § 18 Rn. 372; Siewert, in: Frotscher, EStG (Fn. 5), § 18 Rn. 102 d; Geerling/Kost, IStR 2005, 757 (760); Geerling/Ismer, DStR 2005, 1596 (1599); Watrin/Struffert, BB 2004, 1888 (1889).

⁵¹ Brandt, in: Hermann/Heuer/Raupach, EStG/KStG (Fn. 5), § 18 Rn. 287; Stuhmann, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff (Fn. 4), EStG, § 18 Rn. B 257 b; Behrens, FR 2004, 1211 (1218); Friedrichs/Köhler, DB 2004, 1638; Bärenz/Veith/Buge, BBV 2005, 14 (16 f.).

⁵² So auch die Begründung des Finanzausschusses in BT-Drs. 15/3336, 7 (zu Nummer 1).

⁵³ Heinicke, in: Schmidt, EStG (Fn. 5), § 3 Vorbemerkung.

⁵⁴ Auch die KStR 2004 verweisen in Nummer 32 Abs. 1 Nr. 1 auf einige Nummern des § 3 EStG.

gütung nach § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG a. F. oder u. U. auch nach § 15 EStG sei.⁵⁵ Es bedurfte daher nur einer Definition des Carried Interest im Steuerbefreiungstatbestand, wobei tatbestandlich der im Rahmen gewerblicher Einkünfte – also auch der Einkünfte von Kapitalgesellschaften – empfangene Carried Interest nicht der Steuerbefreiung unterfallen sollte.⁵⁶ Der Finanzausschuss hat mit seinem Entwurf zwei wesentliche Änderungen angeregt: Erstens sollten Kapitalgesellschaften explizit in die teilweise Steuerbefreiung einbezogen werden,⁵⁷ zweitens sollte der Streit beendet werden, welcher Einkunftsart der Carried Interest zuzuordnen ist.⁵⁸ Vor diesem Hintergrund hat § 18 Abs. 1 Nr. 4 Bedeutung für natürliche Personen und transparente Personengesellschaften, da er den Carried Interest einer Einkunftsart zuordnet. Die hälftige Steuerbefreiung in § 3 Nr. 40 a EStG hingegen betrifft u. E. alle zum Bezug von Carried Interest Berechtigten gleichermaßen.⁵⁹

Festzuhalten bleibt, dass eine zum Bezug von Carried Interest berechtigte Kapitalgesellschaft wegen § 8 Abs. 2 KStG keine Einkünfte aus § 18 EStG erzielt, der Carried Interest nach § 3 Nr. 40 a EStG i. V. m. § 8 Abs. 1 KStG gleichwohl zur Hälfte steuerfrei ist.⁶⁰ Bei konsequenter Anwendung des § 3 Nr. 40 a EStG ist dann auch der von einer originär gewerblich tätigen Personengesellschaft empfangene Carried Interest zur Hälfte steuerfrei, ohne dass diese Einkünfte aus selbständiger Arbeit beziehen würde.⁶¹ Man mag dieses Normengefüge für unsystematisch halten.⁶² Eine Klarstellung seitens der Finanzverwaltung oder des Gesetzgebers wäre daher wünschenswert.

d) Förderung des Gesellschafts- oder Gemeinschaftszwecks

Nach dem Wortlaut des § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG ist der Carried Interest eine Vergütung, die „für Leistungen zur Förderung des Gesellschafts- oder Gemeinschaftszwecks“ gewährt wird. Die Förderung des Gesellschaftszwecks durch immaterielle Leistungen (Know-how) der Initiatoren ist der rechtfertigende Grund für die kapitaldisproportional erhöhte Gewinnbeteiligung.⁶³ Aber auch andere Leistungen, die den Erwerb, das Halten und die Veräußerung von Kapitalgesellschaften fördern,

⁵⁵ Vgl. insoweit das BMF-Schreiben v. 16. 12. 2003 (Fn. 1), Tz. 24.

⁵⁶ Vgl. § 3 Nr. 40 lit. k) des Koalitionsentwurfes, BT-Drs. 15/3189.

⁵⁷ Finanzausschuss, BT-Drs. 15/3336, 5 ff.

⁵⁸ Finanzausschuss, BT-Drs. 15/3336, 5.

⁵⁹ Kritisch: *Desens/Kathstede*, FR 2005, 863 (867 f.), insbesondere Fn. 49. Der dortige Hinweis auf § 18 Abs. 1 Nr. 4 Halbs. 2 EStG geht jedoch fehl. Zwar hat der Ausschluss des § 15 Abs. 3 EStG keine Bedeutung für die Carried-Interest-berechtigte Kapitalgesellschaft, aber für die Qualifikation des Fonds (vgl. oben A. II. 1. a) aa)).

⁶⁰ *Friedrichs/Köhler*, DB 2004, 1638; *Bärenz/Veith/Buge*, BBV 2005, 14 (16 f.).

⁶¹ Die Einbeziehung originär gewerblich tätiger Carried-Interest-berechtigter Personengesellschaften ist schon aus Gründen der Gleichbehandlung geboten, da die hälftige Steuerbefreiung bei Kapitalgesellschaften unabhängig von ihrer Tätigkeit gegenüber einer Differenzierung zwischen teilweise und voll gewerblich tätigen Personengesellschaften nicht zu rechtfertigen wäre.

⁶² Sinnvoll wäre, den Carried Interest bei § 18 EStG für natürliche Personen weit zu definieren, um die Einkunftsart auch für gewerbliche Fonds zu klären.

⁶³ So auch der Finanzausschuss, BT-Drs. 15/3336, 6.

sind Leistungen zur Förderung des Gesellschafts- oder Gemeinschaftszwecks. Dazu zählen etwa die Vermittlung von Anlegern und die Kommunikation mit diesen.⁶⁴

Soweit mehrere Initiatoren zum Empfang von Carried Interest berechtigt sind, ist dieses Tatbestandsmerkmal bei näherer Betrachtung nicht mehr auf der Ebene eines einzelnen zum Bezug von Carried Interest Berechtigten zu prüfen. Schließlich kann die Förderung des Fonds-Zwecks in sehr unterschiedlichen Leistungen bestehen. Die Bewertung der Bedeutung der Leistung des Einzelnen für den Fonds obliegt jedoch nicht der Finanzverwaltung, sondern dem Kreis der Initiatoren, die unter sich eine nach ihren Maßstäben gerechte Aufteilung des Carried Interest vornehmen. Es bedarf insoweit auch keines lenkenden Eingriffs zum Schutze der Anleger, da nach bisheriger Praxis der dem Fonds belastete Carried Interest nicht nach den Köpfen der zum Bezug von Carried Interest Berechtigten, sondern als fixer Anteil im Rahmen der Ergebnisverteilung berechnet wird. Damit liegt es letztlich im Ermessen der zum Bezug von Carried Interest Berechtigten selbst, welche Leistungen sie untereinander zur Förderung des Zwecks der Fondsgesellschaft oder -gemeinschaft als erforderlich und angemessen erachten. Im Ergebnis wird man die Entscheidung der zum Bezug von Carried Interest Berechtigten akzeptieren müssen, dass derjenige, der Carried Interest erhält, den Fondszweck fördert, soweit die Gesamtheit der zum Bezug von Carried Interest Berechtigten (ggf. über ein Carried-Interest-Vehikel) dem Fonds Erfahrungen, Kontakte und ein Netzwerk zur Verfügung stellt. Damit ist das entsprechende Tatbestandsmerkmal in § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG im Hinblick auf einen einzelnen zum Bezug von Carried Interest Berechtigten u. E. keiner eigenen Prüfung zugänglich und somit im Ergebnis entbehrlich.⁶⁵

3. Vollständige Rückzahlung des Kapitals

Der Tatbestand des § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG sieht weiterhin vor, dass der Carried Interest erst dann gewährt werden darf, wenn die Anleger das von ihnen eingezahlte Kapital vollständig zurückerhalten haben. Unklar ist, inwieweit auch Fonds dieses Tatbestandsmerkmal erfüllen, die Abschläge auf den Carried Interest zulassen oder diesen auf der Grundlage jedes einzelnen Investments zum Zeitpunkt der Realisierung berechnen („Deal-by-Deal“).⁶⁶ Um in diesen Fällen sicherzustellen, dass die Anleger am Ende der Laufzeit des Fonds – soweit möglich – zunächst ihr eingezahltes Kapital (eventuell zuzüglich einer Vorzugsverzinsung)

⁶⁴ Behrens, FR 2004, 1211 (1217); Carlé, ErbStB 2005, 246 (248).

⁶⁵ Vgl. auch Carlé, ErbStB 2005, 246 (248), der darauf hinweist, dass keine speziellen Anforderungen an die Nachweisführung zu stellen seien. Schließlich liege es im eigenen Interesse der zum Bezug von Carried Interest Berechtigten, den Gesellschaftszweck zu fördern, da sie am Erfolg kapitaldisproportional erhöht beteiligt sind.

⁶⁶ Bei reinen Deal-by-Deal-Strukturen kommt es bereits bei der Realisierung des ersten Investments, bei dem der Erlös das für dieses Investment abgerufene Kapital der Anleger (evtl. zzgl. einer Vorzugsverzinsung) übersteigt, zur Ausschüttung von Carried Interest. Sind andere Beteiligungsverkäufe weniger erfolgreich, kann es dazu kommen, dass Carried Interest ausbezahlt wurde, obwohl die Anleger nicht ihr insgesamt eingezahltes Kapital zurückerhalten haben.

sung) zurückerhalten, verpflichten sich die zum Bezug von Carried Interest Berechtigten, zu viel gezahlten Carried Interest dem Fonds zur Ausschüttung an die Anleger zu erstatten (sog. „Clawback“ oder „Giveback Obligation“). Wird der Carried Interest an eine Gesellschaft geleistet, bürgen die dahinterstehenden Initiatoren vielfach für den Clawback.

Teilweise wird der Clawback für eine Erfüllung des Tatbestandsmerkmals in § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG als nicht ausreichend empfunden. Demnach fielen nur Fonds in den Anwendungsbereich der §§ 3 Nr. 40 a, 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG, bei denen der Carried Interest (einschließlich Abschlägen) zeitlich erst nach der vollständigen Rückzahlung des von den Anlegern eingezahlten Kapitals gewährt wird.⁶⁷ Hierfür spreche der Wortlaut („zurückerhalten haben“) und die gesetzgeberische Intention, wonach die Rückzahlung des Kapitals der Anleger Anlass für die hälftige Steuerbefreiung sei.⁶⁸

Bei konsequenter Anwendung dieser Ansicht dürfte der Carried Interest frühestens im Rahmen der Liquidation eines Fonds ausgezahlt werden, weil frühestens zu diesem Zeitpunkt abschließend festgestellt werden kann, ob die Anleger ihr eingezahltes Kapital vollständig zurückerhalten haben. Zu bedenken ist ferner, dass die Anleger regelmäßig Rückgewährpflichten wegen Freistellungsverpflichtungen gegenüber den geschäftsführenden Gesellschaftern etc. unterliegen. Solange diese Rückgewährpflichten bestehen, können auch die Anleger nicht sicher sein, dass sie die erhaltenen Ausschüttungen endgültig behalten dürfen. Dass der Gesetzgeber abweichend von der ihm bekannten bisherigen Praxis den Zeitpunkt, zu dem erstmalig Carried Interest gezahlt werden darf, in die Liquidation eines Fonds verlegen wollte, ist der Gesetzesbegründung nicht zu entnehmen und dürfte nach unserer Einschätzung vom Gesetzgeber nicht bezweckt worden sein. Weitere Probleme würden sich ergeben, wenn der Fonds frühzeitig das bisher eingezahlte Kapital vollständig zurückzahlen kann, sich aber wegen nachfolgender Kapitalabrufe wieder ein negativer Saldo der Ein- und Auszahlungen ergibt.

Diese enge Auslegung des § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG ist nach überwiegender Ansicht⁶⁹ nicht zwingend. Der Wortlaut gibt nicht vor, dass die Anleger ihr eingezahltes Kapital schon bei der ersten Zahlung von Carried Interest zurückerhalten haben müssen, sondern dass der vollständige Rückerhalt Gegenstand der Vereinbarungen ist, um Carried Interest beziehen und behalten zu dürfen.⁷⁰ Der Wortlaut des § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG, wonach der Carried Interest unter der Voraussetzung der Rückzahlung des Kapitals *ingeräumt* werden darf, spricht für die

⁶⁷ Wacker, in: Schmidt, EStG (Fn. 5), § 18 Rn. 286; Siewert, in: Frotscher, EStG (Fn. 5), § 18 Rn. 102 c.

⁶⁸ Wacker, in: Schmidt, EStG (Fn. 5), § 18 Rn. 286.

⁶⁹ Brandt, in: Hermann/Heuer/Raupach, EStG/KStG (Fn. 5), § 18 Rn. 286; Güroff, in: Littmann/Bitz/Pust, Einkommensteuerrecht (Fn. 5), § 18 Rn. 394; Behrens, FR 2004, 1211 (1218); Carlé, ErbStB 2005, 246 (248); wohl ebenso Stuhmann, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG (Fn. 4), § 18 Rn. B 258 a, der zutreffend bei Deal-by-Deal-Strukturen die §§ 3 Nr. 40 a, 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG für nicht erfüllt ansieht, wenn die Carried-Interest-Berechtigten den Carried Interest aus einer Beteiligung auch bei im Übrigen erfolglosen Beteiligungen behalten dürfen.

⁷⁰ Brandt, in: Hermann/Heuer/Raupach, EStG/KStG (Fn. 5), § 18 Rn. 286.

Zulässigkeit der Auszahlung des Carried Interest unter der *auflösenden Bedingung*, dass die Anleger ihr eingezahltes Kapital nicht zurückerhalten. Dies wird zum Laufzeitende festgestellt. Dann kann es nicht schaden, wenn zuvor Auszahlungen auf den Carried Interest getätigt werden, solange durch einen Clawback gewährleistet ist, dass die Bedingung für das Behaltendürfen des Carried Interest am Laufzeitende erfüllt ist.⁷¹

Soweit in Gesellschaftsverträgen eine Clawback-Regelung fehlt, ist die Aufnahme einer solchen Regelung u. E. nachholbar, da andernfalls die Korrektur versehentlich unvollständiger Gesellschaftsverträge oder von Gesellschaftsverträgen, die vor Einführung der neuen gesetzlichen Bestimmungen abgeschlossen wurden, unmöglich wäre.⁷²

4. Rechtsfolgen des § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG

Liegen die Voraussetzungen des § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG vor, so bezieht eine im Inland steuerpflichtige natürliche Person Einkünfte aus einer selbständigen Tätigkeit.

a) Häufige Steuerfreiheit nach § 3 Nr. 40 a EStG

§ 3 Nr. 40 a EStG stellt die Vergütung i. S. d. § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG zur Hälfte steuerfrei. Damit ist im Ergebnis jeder Carried Interest, der den Anforderungen des § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG genügt, häufig steuerbefreit, unabhängig davon, innerhalb welcher Einkunftsart er bezogen wird (vgl. oben II. 2. c)). Der Entwurf vom 7. September 2007 für ein Gesetz zur Modernisierung der Rahmenbedingungen für Kapitalbeteiligungen (MoRaKG)⁷³ sieht vor, dass die Steuerbefreiung in § 3 Nr. 40 a EStG auf 40 % herabgesetzt wird (Art. 3 Nr. 1 MoRaKG-Entwurf). Das Gesetz soll zum 1. Januar 2008 in Kraft treten.

b) Abziehbare Aufwendungen

Da § 3 Nr. 40 a EStG die häufige Steuerfreiheit der Einnahmen regelt, ist fraglich, wie die mit diesen Einnahmen zusammenhängenden Aufwendungen zu behandeln sind. Regelmäßig sind die zum Bezug von Carried Interest Berechtigten auf mehreren Ebenen für den Fond tätig. Sie sind vielfach am Kapital des Fonds beteiligt und in der Geschäftsführung des Fonds engagiert. Nur für das Treffen der letztverantwortlichen Anlageentscheidung und das Einbringen ihrer Erfahrungen, Kontakte und Netzwerke erhalten die Initiatoren den Carried Interest.

Bei den Aufwendungen eines zum Bezug von Carried Interest berechtigten Initiators ist daher zu untersuchen, durch welche seiner Funktionen die Auf-

⁷¹ Korn, in: Korn, EStG (Fn. 20), § 18 Rn. 103.10; Behrens, FR 2004, 1211, 1218; Carlé, ErbStB 2005, 246 (248).

⁷² Vgl. auch Brandt, in: Hermann/Heuer/Raupach, EStG/KStG (Fn. 5), § 18 Rn. 286; Güroff, in: Littmann/Bitz/Pust, Einkommensteuerrecht (Fn. 5), § 18 Rn. 393.

⁷³ BT-Drs. 16/6311.

wendungen verursacht wurden.⁷⁴ In Abgrenzung zu Aufwendungen als Anleger des Fonds können nur solche Aufwendungen durch den Carried Interest veranlasst sein, die ein normaler Anleger nicht tätigen würde. Schwieriger ist die Zuordnung von Aufwendungen, wenn der zum Bezug von Carried Interest berechnete Initiator auch Geschäftsführungsaufgaben für den Fonds wahrnimmt, da sich die Einbringung von Erfahrung, Kontakten und Netzwerken teilweise nicht von der Geschäftsführung abgrenzen lässt. Hier kann eine anteilige Zuordnung sinnvoll sein.

c) Abzugsverbot nach § 3 c EStG

Nach dem Willen des Gesetzgebers soll für die Besteuerung des Carried Interest i. S. d. § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG das „Halbeinkünfteverfahren“ gelten.⁷⁵ Das Halbeinkünfteverfahren besteht in dem Zusammenspiel der hälftigen Steuerbefreiung von Einnahmen gem. § 3 Nr. 40 EStG und dem hälftigen Abzugsverbot der mit diesen Einnahmen in wirtschaftlichem Zusammenhang stehenden Aufwendungen gem. § 3 c Abs. 2 EStG. Der § 3 Nr. 40 a EStG wird hiervon nicht erfasst.⁷⁶ Eine analoge Anwendung⁷⁷ des § 3 c Abs. 2 EStG scheidet aus systematischen Gründen⁷⁸ und wegen der unterschiedlichen Interessenlagen bei Nr. 40 und Nr. 40 a des § 3 EStG u. E. aus.⁷⁹ § 3 Nr. 40 EStG dient der Entlastung anderweitig steuerlich vorbelasteter Einnahmen, während § 3 Nr. 40 a EStG einen Lenkungszweck, nämlich die Förderung von Wagniskapital, verfolgt.

Im Ergebnis ist eine weitestgehend gleiche Wirkung durch eine Anwendung des § 3 c Abs. 1 EStG zu erzielen. Danach dürfen Ausgaben, soweit sie in unmittelbarem wirtschaftlichem Zusammenhang mit steuerfreien Einnahmen stehen, nicht abgezogen werden. Da die Einnahmen nach § 3 Nr. 40 a EStG zur Hälfte steuerfrei sind, können grundsätzlich auch die Ausgaben nur zur Hälfte⁸⁰ angerechnet werden.⁸¹ Unklar ist, inwieweit der unmittelbare wirtschaftliche Zusammenhang eine zeitliche Komponente enthält, da Ausgaben über die gesamte Fondslaufzeit anfallen, während der Carried Interest häufig erst zum Ende der Laufzeit vereinnahmt wird. Damit fallen Einnahmen und Ausgaben in unterschiedlichen Veranlagungszeiträumen an. Betrachtet man jeden Veranlagungszeitraum für sich, wären die Ausgaben nach teilweise vertretener Auffassung am

⁷⁴ Vgl. hierzu *Desens/Kathstede*, FR 2005, 863 (866 f.).

⁷⁵ Finanzausschuss, BT-Drs. 15/3336, 5.

⁷⁶ Anders noch der ursprüngliche Gesetzentwurf der Regierungskoalition, BT-Drs. 15/3189.

⁷⁷ So aber *Erhard*, in: *Blümich*, EStG (Fn. 20), § 3 c Rn. 52; *Kanzler*, in: *Hermann/Heuer/Raupach*, EStG/KStG (Fn. 5), § 3 Nr. 40 a Rn. J 04–4.

⁷⁸ Der Carried Interest ist nach Ansicht des Gesetzgebers eine Tätigkeitsvergütung und unabhängig von der Herkunft der Mittel, aus denen er gespeist wird.

⁷⁹ *Desens/Kathstede*, FR 2005, 863 (868 f.).

⁸⁰ Mit der Reduzierung der Steuerbefreiung in § 3 Nr. 40 a EStG aufgrund des geplanten MoRaKG wird sich der nicht abzugsfähige Teil der Aufwendungen gleichfalls auf 40 % verringern.

⁸¹ *Desens/Kathstede*, FR 2005, 863 (870).

Anfang der Fondslaufzeit zunächst grundsätzlich voll abzugsfähig,⁸² da insoweit noch kein steuerfreier Carried Interest zufließt.⁸³ Erst in dem Veranlagungszeitraum, in dem erstmalig Carried Interest vereinnahmt wird, sind die in diesem Veranlagungszeitraum anfallenden Aufwendungen teilweise nicht abzugsfähig. Befürwortet man eine Betrachtung über die gesamte Laufzeit des Fonds, so müssen aber mit dem Zufluss von Carried Interest sukzessive in Höhe der steuerfreien Einnahmen die Ausgaben der vorherigen Veranlagungszeiträume rückwirkend nunmehr dem hälftigen Abzugsverbot unterstellt werden.⁸⁴ Die rückwirkende Berücksichtigung soll dabei durch eine Anwendung von § 175 Abs.1 Satz 1 Nr.2 AO wegen eines Ereignisses mit steuerlicher Wirkung für die Vergangenheit für die vier vorhergehenden Jahre (Festsetzungsverjährung nach §§ 169 ff. AO) für die Fälle gesichert sein, bei denen keine vorläufige Festsetzung nach § 165 Abs.1 Satz 1 AO erfolgte.⁸⁵ Diese Vorgehensweise zieht einen hohen bürokratischen Aufwand für alle Beteiligten insbesondere dann nach sich, wenn der Carried Interest anfangs spärlich fließt und dieses Verfahren für bereits festgesetzte Ausgaben mehrfach durchlaufen werden muss. Vor diesem Hintergrund sollte überlegt werden, von Anfang an einen hälftigen Abzug in entsprechender Anwendung vorzunehmen.

5. Zeitlicher Anwendungsbereich der §§ 3 Nr. 40 a und 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG

a) Darstellung des Anwendungsbereiches

Die §§ 3 Nr. 40 a und 18 Abs.1 Nr. 4 EStG sind mit dem Gesetz zur Förderung von Wagniskapital eingeführt worden, das am 6. August 2004 in Kraft trat. Damit gilt § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG grundsätzlich für jeden ab diesem Tag gezahlten Carried Interest und unterwirft diesen dem vollen persönlichen Einkommensteuersatz des zum Bezug von Carried Interest Berechtigten, soweit nicht die Vertrauensschutzregelung in Tz. 26 des BMF-Schreibens vom 16. Dezember 2003 Anwendung findet (dazu unten II. 5. c) bb)). Der Steuerbefreiungstatbestand in § 3 Nr. 40 a EStG gilt nach der ebenfalls mit dem Gesetz zur Förderung von Wagniskapital in § 52 Abs. 4 c EStG eingeführten Übergangsregelung nur, wenn der Fonds nach dem 31. März 2002 gegründet oder die Portfolio-Kapitalgesellschaft, aus deren Verkaufserlös sich der Carried Interest speist, nach dem 7. November 2003 erworben worden ist.

b) Bestimmung des Zeitpunktes der Anschaffung einer Kapitalbeteiligung

Bei einem vor dem 1. April 2002 gegründeten Alt-Fonds hängt es also von dem Zeitpunkt des Erwerbs der Portfolio-Gesellschaft ab, ob die hälftige Steuerfreiheit nach § 3 Nr. 40 a EStG gewährt wird. Portfolio-Gesellschaften werden jedoch regelmäßig in verschiedenen Finanzierungsrunden mit Kapital ausgestat-

⁸² Birk/Jahndorf, in: Hermann/Heuer/Raupach, EStG/KStG (Fn. 5), § 3 c Rn. 80.

⁸³ So auch Korn, in: Korn, EStG (Fn. 20), § 18 Rn. 103.16 f.

⁸⁴ Desens/Kathstede, FR 2005, 863 (870).

⁸⁵ Desens/Kathstede, FR 2005, 863 (871).

tet, wodurch sich der gehaltene Anteil an der Portfolio-Gesellschaft stetig erhöht. Fraglich ist daher, ob die einzelnen Finanzierungsrunden jeweils einzelne Beteiligungserwerbe i. S. d. § 52 Abs. 4 c EStG darstellen oder ob auf den ersten Erwerb eines Anteils an einer Kapitalgesellschaft abzustellen ist. Nach hier vertretener Auffassung ist diese Frage so zu beantworten wie im Zusammenhang mit der gewichteten Haltedauer hinsichtlich einer Portfolio-Gesellschaft gemäß Tz. 14 des BMF-Schreibens. Hierzu haben sich die Einkommensteuerreferenten der Länder dahingehend geeinigt, dass als Beginn der Haltedauer bei mehreren Beteiligungserwerben aufgrund mehrerer Finanzierungsrunden insgesamt vom Zeitpunkt des ersten Beteiligungserwerbes auszugehen ist.⁸⁶ Hierfür spricht vor allem, dass in diesem Fall vielfach bereits bei dem ersten Erwerb von Anteilen an der Portfolio-Gesellschaft ein Finanzierungsplan vereinbart wird, bzw. der Fonds seinerseits mit Blick auf mögliche Nachfolgeinvestitionen Kapital für diese Portfolio-Gesellschaft reserviert. Damit ist der Fonds regelmäßig mit dem Erwerb der ersten Tranche rechtlich oder faktisch gebunden, einen bestimmten Anteil seines Kapitals der Portfolio-Gesellschaft zu einem späteren Zeitpunkt zu überlassen. Überlässt nun der Fonds in Erfüllung des vereinbarten oder entwickelten Finanzierungsplanes Kapital an die Portfolio-Gesellschaft, so handelt es sich letztendlich um die Umsetzung einer Entscheidung, die bereits vor dem Stichtag im Vertrauen auf die alte Praxis getroffen wurde.

c) Einkünftequalifikation in Altfällen

aa) Anwendungsbereich des BMF-Schreibens

Das BMF-Schreiben erfasst den Carried Interest in allen zum 16. Dezember 2003 nicht bestandskräftigen und zukünftigen Fällen. Jedoch gewährt das BMF-Schreiben in Tz. 26 Vertrauensschutz, wenn seine Anwendung gegenüber der zuvor geltenden Verwaltungspraxis zu einer Verschärfung der Besteuerung des Carried Interest führen würde, soweit der Fonds vor dem 1. April 2002 gegründet und die Portfolio-Kapitalgesellschaft, aus deren Verkaufserlös der Carried Interest resultiert, vor dem 8. November 2003 erworben wurde (im Weiteren „Altfälle“).⁸⁷ Im Ergebnis wird der sich hieraus ergebende Anwendungsbereich des BMF-Schreibens auf den Carried Interest nunmehr vollständig von den §§ 3 Nr. 40 a, 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG erfasst.

bb) Vertrauensschutzregelung

Zur Verdeutlichung: Ein zum Bezug von Carried Interest Berechtigter genoss nach Tz. 26 des BMF-Schreibens grundsätzlich Vertrauensschutz hinsichtlich der bestehenden Verwaltungspraxis, wenn der entsprechende Fonds vor dem 1. April 2002 gegründet wurde und die Anlass zur Carried-Interest-Auszahlung gebende

⁸⁶ Vgl. z. B. FinMin. Bayern Erlass v. 10.9.2004 – 31 – S 2241 – 101 – 39 042/04, EStG-Kartei BY § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG Karte 4.1.2; FinMin. Schleswig-Holstein Erlass v. 15.9.2004 – VI 307 – S 2241 – 279, FR 2005, 223; OFD Düsseldorf v. 2.2.2005 – S 2241 A-St. 112, EStG-Kartei NW § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG Nr. 803; SenVerwFin. Berlin v. 15.9.2004 – III A 13-S 2240 – 2/04, EStG-Kartei BE § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG Nr. 801.

⁸⁷ BMF-Schreiben v. 16.12.2003 (Fn. 1), Tz. 26.

Portfolio-Gesellschaft vor dem 8. November 2003 erworben wurde. Mit Einführung des Gesetzes zur Förderung von Wagniskapital war unklar, ob § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG auch den Carried Interest in diesen Altfällen der vollen Besteuerung⁸⁸ unterwerfen würde. Jedoch haben einige Finanzverwaltungen der Länder festgestellt, dass die §§ 3 Nr. 40 a, 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG insgesamt nicht für Altfälle gelten sollen und der Vertrauensschutz gemäß Tz. 26 des BMF-Schreibens weiter zu gewähren ist.⁸⁹

Für die Besteuerung der Altfälle sei nach Tz. 26 des BMF-Schreibens maßgeblich, ob in dem Bundesland, in dem der jeweilige Fonds steuerlich ansässig ist, der Carried Interest vor Erlass des BMF-Schreibens als Tätigkeitsvergütung oder als Gewinnanteil aus privater Vermögensverwaltung angesehen wurde.⁹⁰ In einigen Bundesländern wurde – teilweise ausdrücklich⁹¹ – anerkannt, dass der Carried Interest nach der bisherigen Praxis grundsätzlich der privaten Vermögensverwaltung unterfiel und damit regelmäßig steuerfrei vereinnahmt werden konnte, soweit nicht eine Steuerpflicht nach den Bestimmungen der §§ 17, 20 oder 23 EStG gegeben war.⁹² Weit später haben Nordrhein-Westfalen⁹³ und Hessen⁹⁴ auf eine mit dem BMF-Schreiben konsistente bisherige Verwaltungspraxis hingewiesen und damit im Ergebnis zum Ausdruck gebracht, dass der Carried Interest in ihrem Bundesland bereits in der Vergangenheit als voll steuerpflichtige Tätigkeitsvergütung behandelt wurde und es somit keinen Vertrauensschutz geben könne. Damit würde die steuerliche Ansässigkeit innerhalb Deutschlands darüber entscheiden, ob der Carried Interest in Altfällen steuerfrei vereinnahmt werden kann oder zum persönlichen Steuersatz zzgl. Solidaritätszuschlag und ggf. Kirchensteuer voll versteuert werden muss. Eine Sitzverlegung in ein „steuergünstiges“ Bundesland wird dabei ausdrücklich nicht anerkannt.⁹⁵

Die für Bayern festgestellte Verwaltungspraxis muss in Altfällen u. E. auch in anderen Bundesländern gelten, soweit diese nicht zuvor eine eigene Praxis be-

⁸⁸ § 3 Nr. 40 a EStG ist gerade nicht anwendbar, vgl. II. 5. a).

⁸⁹ Vgl. z. B. FinMin. Bayern Erlass v. 21. 6. 2004 – 31 – S 2241 – 101 – 25 618/04, abgedruckt in DB 2004, 1642; OFD Düsseldorf v. 2. 2. 2005 – S 2241 A-St. 112, EStG-Kartei NW § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG Nr. 803; SenVerwFin. Berlin v. 15. 9. 2004 – III A 13-S 2240 – 2/04, EStG-Kartei BE § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG Nr. 801; OFD Frankfurt/Main v. 16. 2. 2007 – S 2241 A – 67 – St 220, abgedruckt in GmbHR 2007, 671.

⁹⁰ Zu diesem wohl weiterhin offenen Streit: *Rodin/Veith/Bärenz*, DB 2004, 103 (109f.); ausführlich *Pöllath + Partners* (Hrsg.), *Private Equity Fonds* (Fn. 1), 161ff.

⁹¹ FinMin. Bayern Erlass v. 21. 6. 2004 – 31 – S 2241 – 101 – 25 618/04, abgedruckt in DB 2004, 1642; OFD München Verfügung v. 23. 1. 2004, S 2241 – 55 St 41/42, und OFD Nürnberg Verfügung v. 23. 1. 2004 – S 2241 – 328 St 31, beide abgedruckt in DStR 2004, 355.

⁹² *Bauer/Gemmeke*, DStR 2004, 579 (584); *dies.*, DStR 2004, 1470 (1471); *Wätrin/Struffert*, BB 2004, 1888 (1889); *Amann*, FB 2004, 850 (851).

⁹³ OFD Düsseldorf v. 2. 2. 2005 – S 2241 A-St. 112, EStG-Kartei NW § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG Nr. 803.

⁹⁴ OFD Frankfurt/Main v. 16. 2. 2007 – S 2241 A – 67 – St 220, GmbHR 2007, 671.

⁹⁵ Vgl. z. B. FinMin. Bayern Erlass v. 10. 9. 2004 – 31 – S 2241 – 101 – 39 042/04, EStG-Kartei BY § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG Karte 4.1.2; FinMin. Schleswig-Holstein Erlass v. 15. 9. 2004 – VI 307 – S 2241 – 279, FR 2005, 223; OFD Düsseldorf v. 2. 2. 2005 – S 2241 A-St. 112, EStG-Kartei NW § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG Nr. 803; SenVerwFin. Berlin v. 15. 9. 2004, III A 13-S 2240 – 2/04, EStG-Kartei BE § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG Nr. 801.

gründet und festgestellt haben. Bei der Strukturierung von Fonds in Bundesländern, die weder verbindliche Auskünfte erteilt noch eine Verwaltungspraxis festgestellt haben, wurden die Erkenntnisse aus anderen Bundesländern einbezogen. Der in diesen Bundesländern begründete Vertrauenstatbestand in eine gesicherte Verwaltungspraxis der anderen Bundesländer hat so im Ergebnis bundesweite Wirkung entfaltet. Eine abweichende Praxis, wonach der Carried Interest als voll steuerpflichtig behandelt wurde, hat es jedoch nach unserer Kenntnis in keinem Bundesland gegeben. Im Übrigen ist es mit Blick auf das Gleichheitsgebot in Art. 3 GG verfassungsrechtlich bedenklich, den Vertrauensschutz von der Ansässigkeit in einem Bundesland abhängig zu machen. Es gibt keine sachliche Rechtfertigung für diese Ungleichbehandlung. Dass die Steuerfolgen bei Bezug von Carried Interest in Altfällen von der Ansässigkeit innerhalb der Bundesrepublik Deutschland abhängen sollen, erscheint geradezu grotesk.

d) Teileinkünfteverfahren nach dem MoRaKG-Entwurf

Wie unter II. 4. a) angemerkt, plant der Gesetzgeber, den steuerfreien Anteil am Carried Interest auf 40 % zu reduzieren. Diese Regelung soll für den Carried Interest aus Fonds gelten, die nach dem 31. Dezember 2007 gegründet werden (Art. 3 Nr. 3 MoRaKG-Entwurf).

III. Auslandssachverhalte

Die Änderung in der Besteuerung des Carried Interest zieht auch neue Unsicherheiten bei Auslandssachverhalten nach sich. Im Folgenden sollen ausgewählte Probleme bei typischen Fondsgestaltungen skizziert werden. Dabei wird von einem vermögensverwaltenden Fonds in der Rechtsform einer Personengesellschaft ausgegangen, an dem die zum Bezug von Carried Interest Berechtigten unmittelbar oder mittelbar über eine Personengesellschaft als Kommanditisten beteiligt sind.

1. Entstrickung bei Wegzug

Zieht ein bisher in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtiger zum Bezug von Carried Interest Berechtigter in das Ausland, so werden für diesen unter den weiteren Voraussetzungen von § 17 EStG und § 6 AStG die stillen Reserven hinsichtlich der mittelbar über den Fonds gehaltenen Beteiligungen an Kapitalgesellschaften aufgedeckt und der deutschen Einkommensteuer unterworfen, indem ein hypothetischer Veräußerungsgewinn ermittelt wird.

Nach altem Recht⁹⁶ unterlag der bis zum Wegzug entstandene⁹⁷ Carried Interest nur unter den Voraussetzungen der §§ 17, 20 oder 23 EStG einer Besteue-

⁹⁶ Das alte Recht gilt weiter für die Altfälle im Sinne des BMF-Schreiben v. 16.12. 2003 (Fn. 1); vgl. II. 5. c) bb).

⁹⁷ Auf die Auszahlung kommt es wegen der Transparenz des Fonds und etwaiger Carry-Vehikel in der Form von Personengesellschaften nicht an.

rung. Zur Ermittlung des bereits „entstandenen“ Carried Interest hätte der Anspruch auf Carried Interest unter Annahme einer hypothetischen Liquidation des Fonds zum Zeitpunkt des Wegzugs ermittelt werden müssen. Nach dem Wegzug angefallener Carried Interest war unter den Voraussetzungen des § 49 EStG im Inland beschränkt steuerpflichtig. Eine entsprechende beschränkte Steuerpflicht war jedoch – mit Ausnahme inländischer Dividenden nach § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a EStG – regelmäßig nicht gegeben, da die Voraussetzungen der §§ 17, 20 oder 23 EStG nicht vorlagen.

Nach neuem Recht wird diskutiert, ob der Wegzug des zum Bezug von Carried Interest Berechtigten eine Betriebsaufgabe im Sinn des § 18 Abs. 3 EStG i.V.m. §§ 16 Abs. 3, 34 Abs. 2 Nr. 1 EStG darstellt. Im Ergebnis würde danach der gesamte bis zum Wegzug entstandene⁹⁸ Carried Interest einschließlich nachträglich vereinnahmter Bezüge für Geschäftsvorfälle bis zum Wegzug der inländischen Besteuerung unterliegen.

2. Zum Bezug von Carried Interest Berechtigte im Ausland

Ein zum Bezug von Carried Interest Berechtigter, der in Deutschland nicht unbeschränkt steuerpflichtig ist und nur im Ausland tätig wird, unterliegt regelmäßig keiner beschränkten Steuerpflicht in Deutschland. Dies gilt selbst dann, wenn der Fonds, für den er tätig wird, in Deutschland ansässig ist.

a) Inländische Einkünfte (ohne DBA-Schutz)

Nach § 49 Abs. 1 Nr. 3 EStG können Einkünfte eines Steuerausländers aus selbständiger Arbeit, zu denen der Carried Interest nunmehr gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG gehört, der inländischen Besteuerung unterliegen, soweit die Tätigkeit im Inland ausgeübt oder verwertet wird oder hierfür eine feste Geschäftseinrichtung oder Betriebsstätte besteht.

Arbeitet der Steuerausländer in einem ausländischen Büro, so übt er seine Tätigkeit nicht im Inland aus.⁹⁹

Auch eine Verwertung der Tätigkeit im Inland liegt nicht vor.¹⁰⁰ Das Gesetz selbst enthält keine gesetzliche Definition des Verwertungstatbestands, aber die Rechtsprechung hat sich mehrfach mit der Auslegung des Begriffs befasst. Danach ist die bloße Arbeitsleistung keiner Verwertung zugänglich.¹⁰¹ Die Verwertung setzt vielmehr einen über die Arbeitsleistung hinausgehenden Vorgang voraus. Eine Verwertung ist nur gegeben, wenn ein vom Steuerpflichtigen bereits

⁹⁸ Bei der Ermittlung des zum Zeitpunkt des Wegzugs „entstandenen“ Carried Interest bestehen die gleichen Schwierigkeiten wie nach altem Recht. Auch hier wird man den Anspruch unter Annahme einer hypothetischen Liquidation des Fonds zum Zeitpunkt des Wegzugs ermitteln müssen. Bei der in diesem Rahmen vorzunehmenden Bewertung des Portfolios besteht hohes Streitpotential.

⁹⁹ Eine Tätigkeit wird dann im Inland ausgeübt, wenn der Steuerpflichtige persönlich im Inland tätig wird (vgl. BFH v. 12. 11. 1986 – I R 268/83, BStBl. II 1987, 372 unter 3.).

¹⁰⁰ Ebenso Geerling/Kost, IStR 2005, 757 (760).

¹⁰¹ Vgl. Heinicke, in: Schmidt, EStG (Fn. 5), § 49 Rn. 48.

geschaffenes körperliches oder geistiges Arbeitsprodukt vom Steuerpflichtigen selbst dem Inland zugeführt wird.¹⁰²

Ein ausländischer zum Bezug von Carried Interest Berechtigter erbringt seine Leistung (Einbringen von Kontakten, Netzwerken und Erfahrungen sowie die letztverantwortliche Anlageentscheidung) im Ausland. Aus diesen Tätigkeiten für einen inländischen Fonds resultiert kein separates körperliches oder geistiges Arbeitsprodukt, das dem Fonds in einem eigenen neuen Vorgang in das Inland zugeführt wird.

Soweit weder der Fonds noch der zum Bezug von Carried Interest berechnete Steuerausländer eine Betriebsstätte¹⁰³ im Inland unterhalten, ist der Carried Interest im Ergebnis nicht in Deutschland steuerbar. Befindet sich die gesamte Geschäftsführung im Ausland, so unterhält auch der Fonds regelmäßig keine Betriebsstätte im Inland. Die Portfolio-Gesellschaften des Fonds bieten hierfür keinen Anknüpfungspunkt: Es fehlt insoweit an der festen Geschäftseinrichtung (§ 12 Satz 1 AO) als Grundvoraussetzung jeder Betriebsstätte.¹⁰⁴

b) Doppelbesteuerungsabkommen

Soweit mit dem Staat, in dem der zum Bezug von Carried Interest Berechnete ansässig ist, ein Doppelbesteuerungsabkommen besteht, dürfte der Carried Interest als Einkunft aus selbständiger Tätigkeit den Unternehmensgewinnen zuzurechnen sein (vgl. Art. 7 OECD-MA). Dann wäre der Carried Interest im Inland ebenfalls regelmäßig nur steuerbar, wenn der zum Bezug von Carried Interest-Berechnete eine Betriebsstätte im Inland unterhalten würde. Da der Carried Interest im Ausland meist nicht als Einkunft aus selbständiger Tätigkeit qualifiziert, kann es zu einer Nichtbesteuerung kommen, wenn § 20 AStG nicht anzuwenden ist und das Doppelbesteuerungsabkommen keine *Subject to Tax Clause*¹⁰⁵ enthält. In anderen Fällen ist eine Doppelbesteuerung möglich, soweit der andere Staat den Carried Interest nicht als Einkunft aus selbständiger Tätigkeit, sondern als andere Einkunftsart qualifiziert.¹⁰⁶

¹⁰² Vgl. die Nachweise der Rechtsprechung bei *Heinicke*, in: *Schmidt*, EStG (Fn. 5), § 49 Rn. 48.

¹⁰³ Eine Betriebsstätte ist jede feste Geschäftseinrichtung oder Anlage, die der Tätigkeit eines Unternehmens dient (vgl. § 12 Satz 1 AO). Hierunter fallen Büro- oder Geschäftsräume, über die eine Person in der gleichen Art und Weise verfügen kann wie ein Eigentümer, Mieter oder sonst berechtigter Nutzer der entsprechenden Geschäftsräume (ständige Rechtsprechung, vgl. die Nachweise bei *Heinicke*, in: *Schmidt*, EStG (Fn. 5), § 49 Rn. 18).

¹⁰⁴ BFH v. 29. 8. 1984 – I R 154/81, BStBl. II 1985, 160 (161) unter II. 2. der Gründe; *Birk*, in: *Hübschmann/Hepp/Spitaler*, AO/FGO, Stand: April 2007, § 12 AO Rn. 9.

¹⁰⁵ In dieser Klausel wird die Freistellung ausländischer Einkünfte davon abhängig gemacht, dass der andere Staat die freizustellenden Einkünfte tatsächlich seiner Besteuerung unterwirft.

¹⁰⁶ *Bernhardt*, BBV 2004, 15 (17).

IV. Würdigung

Die Abkehr der Finanzverwaltung von ihrer steuersystematischen Einordnung des *Carried Interest* als Gewinnanteil, der auf Ebene der Initiatoren das Schicksal der vom Fonds bezogenen Einkünfte teilt, ist als bedauerlich anzusehen. Die im BMF-Schreiben vorgesehene und nunmehr in § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG verankerte Umqualifizierung entsprechender Gewinnanteile ist nach Auffassung der Verfasser steuersystematisch unzutreffend und zudem sachlich nicht geboten. Gesellschafterbeiträge können in Form von Geld oder Sachwerten, aber auch in Form immaterieller Beiträge, erbracht werden. Steuerlich ist eine Ergebnisverteilungsabrede, die auch immaterielle Beiträge berücksichtigt, regelmäßig anzuerkennen.¹⁰⁷

Wie so oft hilft es allerdings wenig, die Wirklichkeit zu bejammern. Die Einordnung des *Carried Interest* als erfolgsabhängige Tätigkeitsvergütung ist nunmehr gesetzlich verankert. Trotz der in diesem Beitrag aufgezeigten und diskutierten offenen Fragen kann die Regelung bei überschlägiger Betrachtung als ein für die Praxis tragfähiger Kompromiss angesehen werden, der die Besteuerung des *Carried Interest* auf ein international vergleichbares Maß absenkt und damit die Wettbewerbsfähigkeit von *Private Equity* und *Venture Capital* in Deutschland erhalten könnte. Bezüglich der aufgezeigten offenen Fragen bleibt zu hoffen, dass sich die Finanzverwaltung einer an den Bedürfnissen der Praxis bzw. der Lebenswirklichkeit von *Private-Equity-Fonds* ausgerichteten Interpretation der neuen gesetzlichen Regelung nicht verschließt. Für Altfälle, die auch in den kommenden Jahren noch eine relativ große praktische Relevanz haben werden, ist nach Auffassung der Verfasser ein bundeseinheitlicher Vertrauensschutz zu gewähren.

¹⁰⁷ BFH v. 13. 7. 1993 – VIII R 50/92, BStBl. II 1994, 282, unter II. 2. a) und II. 4. b). Zur Abgrenzung zwischen Leistung und Beitrag: BFH v. 23. 1. 2001 – VIII R 30/99, BStBl. II 2001, 621, unter III. 3. b); BFH v. 13. 10. 1998 – VIII R 4/98, BStBl. II 1999, 284, unter 2. b). Zur Anerkennung kapitaldisproportionaler Ausschüttungen bei einer GmbH: BFH v. 19. 8. 1999 – I R 77/96, BStBl. II 2001, 43, DStR 1999, 1849 (1851).

