

# Rechtshandbuch Private Equity

Jesch / Striegel / Boxberger

2. Auflage 2020

ISBN 978-3-406-69392-2

C.H.BECK

Der Gesetzgeber war angetreten ein „einfaches, leicht administrierbares und gestaltungs- 68  
sicheres Besteuerungssystem“<sup>75</sup> für Investmentfonds zu etablieren. Das BMF-Auslegungs-  
schreibens zum InvStG vom 21.5.2019<sup>76</sup> lässt allerdings befürchten, dass eine Vereinfachung  
mit diesem Paradigmenwechsel bis auf Weiteres nicht einhergehen dürfte. Nicht unerwähnt  
darf in diesem Zusammenhang bleiben, dass das InvStG noch vor dessen Inkrafttreten durch  
das StUmgBG<sup>77</sup> bereits „Reparaturen“ im Zusammenhang mit Einkünften aus inländischen  
Immobilienerträgen in Dach- und Zielfondskonstruktionen (§ 33 InvStG) und den um-  
fangreichen Übergangsregelungen für Investmentfonds und Spezial-Investmentfonds (§ 56  
InvStG) widerfahren hatte.

Das InvStG ist auf Investmentfonds und deren Anleger anzuwenden, § 1 Abs. 1 InvStG. 69  
Es differenziert in zwei voneinander unabhängige Besteuerungssystemen: Investmentfonds  
(§§ 6–23) und Spezial-Investmentfonds (§§ 25, 51). Einen „steuerneutralen“ Wechsel zw-  
ischen den vorgenannten Besteuerungssystemen schließt das Gesetz aus (§§ 24 und 52  
InvStG). Das erst mit dem AIFM-StAnpG<sup>78</sup> eingeführte System für Investitionsgesellschaf-  
ten (§§ 18–20 InvStG 2004) wurde ersatzlos gestrichen. Bisher steuerrechtlich als Kapital-  
Investitionsgesellschaft einzuordnende Investmentvermögen (§ 19 InvStG 2004), beispiele-  
weise luxemburgische FCPs, französische FPCIs, der italienische Fondo Chiuso oder der  
spanische Fondo de Capital de Riesgo, allesamt Sondervermögen in Vertragsform, dürften  
zukünftig unter dem InvStG 2018 als Investmentfonds zu klassifizieren sein. Personen-  
Investitionsgesellschaften (§ 18 S. 1 InvStG 2004) werden im Ergebnis weiterhin nach den  
allgemeinen Vorschriften für Personengesellschaften besteuert. Bisher folgte dies aus § 18  
S. 3 InvStG 2004.<sup>79</sup> Nunmehr qualifizieren Investmentvermögen in der Rechtsform einer  
Personengesellschaft oder einer vergleichbaren ausländischen Rechtsform nicht als Invest-  
mentfonds im Sinne des InvStG und unterliegen somit nicht dessen Anwendungsbereich  
(§ 1 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 InvStG). Folglich sind die tradierten Private-Equity-Fondsstrukturen  
in der Rechtsform deutscher GmbH & Co. KGs, angelsächsischer Limited Partnerships und  
Luxemburger SCS/SCSp nicht vom Anwendungsbereich erfasst.

### 1. Investmentfonds

Das neue (intransparente) Besteuerungssystem für Investmentfonds bildet das grundlegende 70  
(Regel-)Besteuerungssystem für alle kollektiven und korporativ ausgestalteten Kapitalanla-  
gevehikel einschließlich Sondervermögen in Vertragsform.

Investmentfonds sind Investmentvermögen nach § 1 Absatz 1 KAGB. Auch sog. Ein- 71  
anlegerfonds gelten investimentsteuerrechtlich als Investmentfonds, § 1 Abs. 2 InvStG. Für  
die grundsätzlich auf private Anleger ausgerichteten (Publikums)Investmentfonds entfällt  
nunmehr die Ermittlung und Veröffentlichung von Besteuerungsgrundlagen (§ 5 InvStG  
2004), mithin auch die Strafbesteuerung gemäß § 6 InvStG im Fall der Missachtung des  
§ 5 InvStG 2004. Vielmehr werden die Besteuerungsgrundlagen auf die Höhe der Aus-  
schüttung, den Anteilswert am Jahresanfang, den Anteilswert am Jahresende und die Art des  
Investmentfonds (namentlich Aktien-, Misch-, Immobilienfonds oder sonstiger Investment-  
fonds) reduziert.

Diesem Besteuerungssystem sollen zukünftig mit Ausnahme besagter Personengesell- 72  
schaften zunächst alle Investmentvermögen unabhängig von ihrer rechtlichen Ausgestaltung  
oder ihrem Anlegerkreis (Privatanleger versus professioneller bzw. semiprofessioneller An-  
leger) unterfallen. Es basiert auf einer getrennten Besteuerung von Investmentfonds und  
Anlegern. Mit bestimmten Einkünften unterliegt der Investmentfonds selbst der KSt (und  
ggf. der GewSt). Das bisherige Thesaurierungsprivileg (§ 1 Abs. 3 Nr. 1 InvStG 2004)

<sup>75</sup> BT-Drs. 18/8045, 53.

<sup>76</sup> BStBl. I S. 527.

<sup>77</sup> Steuerumgebungsbekämpfungsgesetz, BT-Drs. 18/12127.

<sup>78</sup> BGBl. 2013 I S. 4318.

<sup>79</sup> Näher Blümich/Mann InvStG 2004 § 18 Rn. 19 ff.

entfällt. Es wird durch eine Vorabpauschale (§ 18) ersetzt. Das zusätzliche Tax Leakage auf Fondsebene soll auf Ebene des Anlegers typisiert über eine sog. Teilfreistellung (§§ 20–22) eliminiert werden.<sup>80</sup>

## 2. Spezial-Investmentfonds

- 73 Bei auf institutionelle Investoren ausgerichteten Spezial-Investmentfonds (§§ 25 ff. InvStG) behält das InvStG 2018 auf ausdrücklichen Wunsch der Wirtschaft das eingeschränkte Transparenzprinzip bei (einschließlich eines „reduzierten“ Thesaurierungsprivilegs). Das setzt unter anderem voraus, dass Spezial-Investmentfonds einen Katalog von Anlagebestimmungen erfüllen (§ 26 InvStG).<sup>81</sup>

## IV. Außensteuergesetz (AStG)

- 74 Bei Private Equity-Strukturen kann die Anwendbarkeit des AStG grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden. Zwar ist nach derzeitiger Lesart im Anwendungsbereich des InvStG 2018 das AStG nicht einschlägig (siehe § 7 Abs. 7 AStG). Allerdings sind jüngere Fondsgenerationen überwiegend als Personengesellschaften ausgestaltet und fallen somit – wie ausgeführt – nicht unter den Anwendungsbereich des InvStG (§ 1 Abs. 3 Nr. 2 InvStG).<sup>82</sup> Zudem sollte die Hinzurechnungsbesteuerung auf das Gros der durch den Private-Equity-Fonds generierten Einkünfte keine Anwendung finden, da Dividenden und Veräußerungsgewinne aus dem Katalog der zur Hinzurechnung führenden passiven Einkünfte explizit ausgenommen sind (§ 8 Abs. 1 Nr. 8 und 9 AStG). Ferner dürften die Portfolio-Unternehmen regelmäßig aktiv tätig sein, sodass die Ausnahmeregelung, die § 8 Abs. 1 Nr. 9 AStG für Anteile an bestimmten passiven Gesellschaften vorsieht, nicht eingreift (vorausgesetzt ein entsprechender Aktivitätsnachweis wird erbracht).
- 75 Infolge der häufig mehrstufigen Strukturen (vgl. obige Schaubilder) und in Abhängigkeit der finanziellen Ausstattung der Akquisitionsvehikel unterhalb des eigentlichen *Off-shore*-Hauptfonds (insbesondere bei Investitionen von US-Fonds in europäische Portfolio-Unternehmen über diverse Layer von Luxemburger Kapitalgesellschaften) ist die Anwendbarkeit des AStG auf einen Teil der Einkünfte eines Private-Equity-Fonds jedoch wahrscheinlich.
- 76 Im Falle einer Anwendung des AStG unterliegen in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtige Investoren der sog. Hinzurechnungsbesteuerung gemäß § 7 ff. AStG. Passive Einkünfte (vornehmlich Zinsen) des Private-Equity-Fonds aus niedrig besteuerten Holding- oder Akquisitionsvehikeln werden im sog. Hinzurechnungsbetrag erfasst und den Investoren steuerlich zugerechnet.<sup>83</sup> Der Hinzurechnungsbetrag unterliegt ungemindert der Besteuerung, zB § 8b KStG (einschließlich der GewSt, siehe § 7 S. 7 GewStG idF des BEPS-UmsG v. 23.12.2016, BGBl. 2016 I S. 3000)<sup>84</sup> oder § 32d EStG (Abgeltungsteuer) finden keine Anwendung. Dies gilt grundsätzlich unabhängig davon, ob eine Ausschüttung der passiven Einkünfte an die in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtige Person erfolgt (sog. *phantom income* oder *dry taxable income*).
- 77 Schließlich legt das AStG den deutschen steuerpflichtigen Investoren umfangreiche Mitwirkungs- und Nachweispflichten auf. Die Finanzverwaltung kann insbesondere die Beibringung weiterer Informationen und Unterlagen verlangen, was ebenfalls mit erheblichem Aufwand für den Investor verbunden sein kann. Sind mehrere in Deutschland unbeschränkt

<sup>80</sup> Siehe ausführlich WBA/Boxberger, § 6 ff. InvStG 2018.

<sup>81</sup> Siehe WBA/Mann, § 26 InvStG 2018.

<sup>82</sup> Es kann jedoch in diesen Fällen zu einer Zurechnungsbesteuerung gemäß § 14 AStG an das ausländische Investmentvermögen in Betracht kommen.

<sup>83</sup> Damit die niedrig besteuerten Einkünfte von einer ausländischen Zwischengesellschaft nicht der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung unterliegen muss der Anleger einen sog. Gegenbeweis nach Maßgabe des § 8 Abs. 2 AStG führen; zu den kumulativ vorliegenden Voraussetzungen siehe statt aller Blümich/Vogt AStG § 8 Rn. 157–179.

<sup>84</sup> Siehe Blümich/Vogt AStG § 10 Rn. 60–65.

steuerpflichtige Personen beteiligt, besteht nach § 18 AStG eine Verpflichtung zur Abgabe einer Erklärung zur gesonderten und ggf. einheitlichen Feststellung der Besteuerungsgrundlagen für die Hinzurechnungsbesteuerung für diese Steuerpflichtigen.

Deshalb verlangen Investoren von den Fondsinitiatoren für den Fall, dass ein Vehikel in der Fondsstruktur als Zwischengesellschaft qualifizieren und dieses passive Einkünfte generieren sollte, regelmäßig in Nebenvereinbarungen (Side Letter), dass den Investoren die notwendigen Informationen über etwaige passive Einkünfte im Sinne des AStG nach deutschem Steuerrecht aufbereitet zur Verfügung gestellt werden. Damit sollen diese in die Lage versetzt werden, ihrer etwaigen Verpflichtung zur Abgabe einer Feststellungserklärung gemäß § 18 Abs. 3 AStG nachzukommen. In der Regel wird dem General Partner dabei gestattet, auf Kosten der deutschen Investoren die Hilfe eines deutschen Steuerberaters zu Rate zu ziehen. 78

### V. Steuerliches Einlagekonto (§ 27 Abs. 8 KStG)

Ausschüttungen eines inländischen Portfolio-Unternehmens gehören nicht zu den inländischen steuerbaren Einnahmen, soweit hierfür Beträge aus dem steuerlichen Einlagekonto im Sinne des § 27 KStG als verwendet gelten (§ 20 Abs. 1 S. 3 EStG), so genannte steuerneutrale Kapitalrückzahlung. Die Beträge gelten grundsätzlich als aus dem steuerlichen Einlagekonto verwendet, soweit sie den auf den Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahres ermittelten ausschüttbaren Gewinn übersteigen (§ 27 Abs. 1 S. 3 KStG). 79

#### 1. EU-Gesellschaften

Das sog. SEStEG<sup>85</sup> hat mit § 27 Abs. 8 KStG eine Regelung betreffend die Möglichkeit der **steuerneutralen Einlagenrückgewähr** durch in der EU ansässige Gesellschaften eingeführt (steuerneutrale Repatriierung von Einlagen). 80

Die Regelung sieht vor, dass der als Einlagenrückgewähr zu berücksichtigende Betrag aufgrund eines amtlich vorgeschriebenen Antrags durch das (Portfolio-)Unternehmen in der Regel bei dem Bundeszentralamt für Steuern (BZSt) für den jeweiligen Veranlagungszeitraum gesondert festgestellt wird. Der Antrag ist bis zum Ende des Kalenderjahres zu stellen, das auf das Kalenderjahr folgt, in dem die Leistung erfolgt ist (§ 27 Abs. 8 S. 4 KStG). Soweit keine gesonderte Feststellung erfolgt, gelten die Leistungen als Gewinnausschüttungen, die beim Anteilseigner zu Einnahmen gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 9 EStG (Gewinnausschüttung) führen. 81

Die Vorschrift ist von großer Relevanz, da in der Praxis die Finanzverwaltung oft die Steuerneutralität verneint und es somit zu einer Besteuerung des eingesetzten Kapitals kommen kann (Stichwort Substanzbesteuerung). Das gilt auch für Fondsinvestoren mit der Folge, dass in der Praxis Fondsinitiatoren aufgefordert werden, für eine derartige gesonderte Feststellung Sorge zu tragen. Das bedeutet, dass der Fonds als Gesellschafter auf die Portfolio-Unternehmen einwirken bzw. eine entsprechende Feststellung der Einlagenrückgewähr aus dem Fondsvehikel sicherstellen muss, sofern dieses als Kapitalgesellschaft strukturiert sein sollte. 82

Im Feststellungsantrag hat das Portfolio-Unternehmen, die für die Berechnung der Einlagenrückgewähr erforderlichen Umstände darzulegen (§ 27 Abs. 8 S. 7 KStG).<sup>86</sup> Grundsätzlich dürfte gelten, dass die Entwicklung des steuerlichen Einlagekontos seit dem Zeitpunkt, ab dem Einlagen erbracht wurden (also typischerweise mit dem Erwerb des Portfolio-Unternehmens respektive der Gründung des Akquisitionsvehikels) entsprechend der deutschen Steuerrechtsnormen nachzuweisen ist, also in Form von Jahresabschlüssen 83

<sup>85</sup> Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer Vorschriften v. 7.12.2006, BGBl. 2006 I S. 2782.

<sup>86</sup> Vgl. das Informationsblatt des BZSt zur Antragstellung nach § 27 Abs. 8 KStG vom 16.12.2014 (aktualisiert am 24.3.2016), IStR 2015, 36.

mit Überleitungsrechnung ins deutsche Steuerrecht in analoger Anwendung des § 60 EStDV.<sup>87</sup> Holdinggesellschaften, die üblicherweise „zwischengeschaltet“ werden, sollten in der Lage sein, diese Anforderungen zu erfüllen.

- 84** Mit Verlautbarung vom 16.12.2014 auf der Homepage des BZSt wurden diese Grundsätze des § 27 Abs. 8 KStG auf Nennkapitalrückzahlungen, die von Körperschaften oder Personenvereinigungen erbracht werden, die in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder des EWR, der unbeschränkten Steuerpflicht unterliegen, erweitert. Zuvor wurden Anträge gemäß § 27 Abs. 8 KStG im Zusammenhang mit Nennkapitalrückzahlungen regelmäßig vom BZSt abgelehnt. Infolge des unglücklichen Verlautbarungszeitraums dieser Änderung der Verwaltungspraxis, insbesondere im Hinblick auf im Veranlagungszeitraum 2013 erfolgte Nennkapitalrückzahlungen, deren Antragsfrist grundsätzlich am 31.12.2014 abgelaufen war, verlautbarte das BMF eine Billigkeitsregelung, wonach es nicht beanstandet wurde, wenn Nennkapitalrückzahlungen, die von Gesellschaften im Sinne des § 27 Abs. 8 KStG vor dem 1.1.2014 erfolgten und für die ein Antrag nach § 27 Abs. 8 KStG abgelehnt wurde, nicht als Gewinnausschüttungen behandelt wurden.<sup>88</sup>
- 85** Vor diesem Hintergrund sehen sich Fondsinvestoren regelmäßig mit Forderungen deutscher institutioneller Investoren konfrontiert, wonach sich der General Partner in Nebenvereinbarungen zu den Fondsverträgen (sog. Side Letter) verpflichten soll, auf eine Feststellung gemäß § 27 Abs. 8 KStG (ausschließlich) auf Ebene der ersten Gesellschaft unmittelbar unterhalb des Fondsvehikels, die als Kapitalgesellschaften im Sinne des deutschen Steuerrechts qualifiziert, hinzuwirken.
- 86** Die vorgenannten Grundsätze finden gleichermaßen auf (Dach-)Fondsvehikel Anwendung, die als Kapitalgesellschaft strukturiert sind (zB luxemburgische SICAV-Strukturen, die in der Vergangenheit auch als S. A. strukturiert wurden). In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die Bearbeitung der Anträge auf die gesonderte Feststellung der Einlagenrückgewähr nach § 27 Abs. 8 KStG derartiger Antragsteller, seit Längerem vom BZSt zurückgestellt ist. Das BZSt gibt als Grund vor, dass grundlegende offene Rechtsfragen bezüglich der Antragsberechtigung und Berechnung der Einlagenrückgewähr bei Antragstellern mit Fondsstrukturen zur Abstimmung und Klärung an das BMF berichtet wurden. Da nicht auszuschließen ist, dass zum Bearbeitungszeitpunkt teilweise Aufbewahrungsfristen für die zur Antragsbearbeitung erforderlichen Unterlagen abgelaufen sein könnten, beginnt das BZSt in jüngster Zeit die entsprechenden Nachweise von den Antragstellern mit Verweis auf die Mitwirkungspflichten der Antragsteller nach Maßgabe des § 90 Abs. 1 AO anzufordern. Dieser verwaltungsinterne „Limbo“ ist sehr kritisch zu sehen, da die Nichtbearbeitung bereits mehrere Veranlagungszeiträume erfasst, die vermehrt Gegenstand von Betriebsprüfungen sind. In diesen kommt es vielfach zu kontroversen Diskussionen mit der Finanzverwaltung in Bezug auf den Wortlaut des § 27 Abs. 8 S. 9 KStG und die fehlende (weil seitens des BZSt zurückgestellte) gesonderte Feststellung der Einlagenrückgewähr. Gründe die Antragsberechtigung und Berechnung der Einlagenrückgewähr bei Antragstellern mit Fondsstrukturen anders zu behandeln sind nicht ersichtlich, so dass insoweit eine zeitnahe Klarstellung des BMF im Interesse aller wünschenswert wäre.

## 2. Drittstaaten- (und EWR-)Gesellschaften

- 87** Die nicht steuerbare Einlagenrückgewähr durch eine in einem Drittstaat oder dem EWR ansässige Gesellschaft<sup>89</sup> ist gesetzlich nicht explizit geregelt.
- 88** Mit Verweis auf die amtliche Gesetzesbegründung, wonach sich § 27 Abs. 8 KStG ausdrücklich auf den EU-Raum beschränke und eine weltweite Ausdehnung nicht administrierbar gewesen wäre, wird teilweise vertreten, dass Leistungen einer in einem Dritt-

<sup>87</sup> Vgl. Informationsblatt des BZSt.

<sup>88</sup> BMF Schreiben v. 4.4.2016 – IV C 2 – S 2836/08/10002, BStBl. I S. 468.

<sup>89</sup> *Sedemund/Fischenich* BB 2008, 1656 (1660) sprechen hinsichtlich der Nichterwähnung von EWR-Gesellschaften von einem „Redaktionsversehen“ des SEStEG-Gesetzgebers.

staat ansässigen Körperschaft bei dem inländischen Investor nicht als steuerfreie Einlagenrückgewähr behandelt werden könne.<sup>90</sup>

Dieses Wortlautargument der Gesetzesbegründung sollte jedoch aus folgenden Gesichtspunkten nicht verfangen. Laut BFH ist immer dann eine Kapitalrückzahlung gegeben, wenn das Personal- und Gesellschaftsstatut des Sitzstaats der ausländischen Körperschaft eine Kapitalrückzahlung annimmt.<sup>91</sup> Im Übrigen sollte ausweislich der Empfehlung des Finanzausschusses des Bundestages dieses Richterrecht im Fall von Einlagenrückzahlungen von Körperschaften aus Drittstaaten außerhalb der EU weiter Anwendung finden.<sup>92</sup> Dieser Auffassung des Finanzausschusses wurde im Gesetzgebungsverfahren – soweit ersichtlich – nicht widersprochen. Nach der an dieser Stelle bereits frühzeitig vertretenen Auffassung dürfte daher auch eine Einlagenrückgewähr von Nicht-EU-Kapitalgesellschaften steuerneutral möglich sein (einen Nachweis der Umstände vorausgesetzt).<sup>93</sup>

Diese Rechtsauffassung wurde vom BFH mittlerweile höchstrichterlich bestätigt. Nach Auffassung des BFH ist § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 EStG unter Fortführung der Rechtsprechung des BFH-Urteils vom 20.10.2010<sup>94</sup> unionsrechtskonform dahingehend auszulegen, dass eine Einlagenrückgewähr auch von einer Gesellschaft getätigt werden kann, die in einem Drittstaat ansässig ist und für die kein steuerliches Einlagekonto im Sinne des § 27 KStG geführt wird.<sup>95</sup> Zur Begründung führt der BFH aus, dass die Grundsätze seiner Rechtsprechung zur Annahme einer Einlagenrückgewähr durch Drittlandsgesellschaften auch nach Übergang vom Anrechnungs- zum Halbeinkünfteverfahren weiter anzuwenden sind, da eine Nichtanwendung mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar wäre und die unionsrechtliche Kapitalverkehrsfreiheit verletzen würde an der die Regelung (in Abgrenzung zur Niederlassungsfreiheit) zu messen sei.<sup>96</sup> Bei der Feststellung ob es sich um eine Einlagenrückgewähr handelt ist eine rechtsvergleichende Qualifikation der ausländischen Einkünfte nach inländischem Recht vorzunehmen; nach Auffassung des BFH reicht ein Gutachten zur Rechtslage nach dem US-amerikanischen Recht nicht aus.<sup>97</sup>

## VI. Carried Interest

Unter Carried Interest versteht man die erfolgsabhängige Vergütungskomponente der Fondsinitiatoren, also Sponsoren genannt und der Fondsprofessionals (so genannte *Carry Holder*).<sup>98</sup> Diese sind in unterschiedlichster Weise in geringem Umfang am Fonds beteiligt. Sie können beispielsweise über eine ausländische Management-Kapitalgesellschaft oder aber auch eine Initiatoren-Personengesellschaft beteiligt sein.<sup>99</sup>

<sup>90</sup> Dötsch/Dötsch/Jost/Pung/Witt KStG § 27 Rn. 267 mit Verweis auf BT-Drs. 16/2710, 32.

<sup>91</sup> BFH Urt. v. 14.10.1992 – I R 1/91, BStBl. II 1993 S. 189; BFH Urt. v. 27.4.2000 – I R 58/99, BStBl. II 2001 S. 168.

<sup>92</sup> BR-Drs. 542/1/06, 2.

<sup>93</sup> So auch Sedemund IStR 2009, 579.

<sup>94</sup> BFH Urt. v. 20.10.2010 – I R 11708, BFH/NV 2011, 669 und DStR 2011, 412; eine Entscheidung, die zur alten Rechtslage, mithin vor der Neuregelung des § 27 KStG durch das StSenKG und das SEStEG ergangen ist.

<sup>95</sup> BFH Urt. v. 13.7.2016 – VIII R 47/13, BFH/NV 2016, 1831 und DStR 2016, 2395. Zur Vorinstanz FG Nürnberg Urt. v. 12.6.2013 – 5 K 1552/11, siehe Boxberger in GWR 2014, 272 und BFH Urt. v. 10.4.2019 – I R 15/16, DStR 2019, 1917.

<sup>96</sup> BFH Urt. v. 13.7.2016 – VIII R 47/13, BFH/NV 2016, 1831 und DStR 2016, 2395.

<sup>97</sup> BFH Urt. v. 13.7.2016 – VIII R 73/13, BFH/NV 2016, 1827.

<sup>98</sup> Daneben erhalten die Fondsprofessionals zusätzlich eine jährliche, erfolgsunabhängige, Vergütungskomponente in Form der so genannten Management Fee in Höhe von 1,0 % bis 2,0 % des Fondsvolumens, wobei diese oftmals in der (kostenintensiveren) Investitionsphase des Fonds höher ausfällt als in der Desinvestitionsphase. Diese beiden Vergütungskomponenten (erfolgsunabhängige Management Fee und erfolgsabhängiges Carried Interest) haben in der Private Equity-Community das Modewort *two and twenty* geprägt. Diese Management Fee kann entweder als Gewinnvorab (priority profit share) oder als Managementgebühr (*management fee*) ausgestaltet sein.

<sup>99</sup> Zudem kommt es häufig vor, dass die Fondsmanager neben den Managern der Portfolio-Unternehmen im Rahmen von Co-Investmentmöglichkeiten eigene Anteile an den Portfolio-Unternehmen überneh-

- 92 Die *Carry Holder* erhalten für ihre Anlageentscheidungen und die Bereitstellung ihrer Expertise, Branchenkenntnisse sowie Netzwerke eine Vergütung, die nicht im proportionalen Verhältnis zu ihrem Kapitalanteil steht. Im Gesellschaftsvertrag des Fonds (Limited Partnership Agreement) wird der Carried Interest im Rahmen einer disproportionalen Gewinnverteilungsabrede (so genannter *distribution waterfall*) geregelt. Dem General Partner oder alternativ dem eigenständigen Carry Vehikel, welches als Limited Partner an der Fondsgesellschaft beteiligt ist, werden abweichend von der erwähnten minimalen Kapitalbeteiligung ein Gewinnanteil in Höhe von häufig 20 % der Fondserträge nach Rückzahlung des Anlagekapitals zuzüglich einer Mindestverzinsung dieses Anlagekapitals in Höhe von 8 %, (so genannten *hurdle rate*) an die Investoren, zugewiesen.
- 93 Bei entsprechender Strukturierung des Fonds als auch der Carry-Vehikel als vermögensverwaltend, unterlag der Carried Interest für in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtiger *Carry Holder*<sup>100</sup> seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Förderung von Wagniskapital<sup>101</sup> lediglich zu 50 % dem persönlichen Steuersatz des Fondsinitiators oder Fondsmanagers in Höhe von maximal 47,475 % einschließlich Solidaritätszuschlag (§ 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG in Verbindung mit § 3 Nr. 40a EStG).<sup>102</sup> Diese Regelung findet weiterhin Anwendung auf Venture-Capital- und Private-Equity-Fonds, die nach dem 31.3.2002, jedoch vor dem 1.1.2009 gegründet worden sind.<sup>103</sup>
- 94 Das Gesetz zur Modernisierung der Rahmenbedingungen für Kapitalbeteiligungen (MoRaKG)<sup>104</sup> führte zu einer Reduzierung dieser 50-%tigen Steuerbefreiung um 10 Prozentpunkte auf eine Steuerfreistellung von lediglich 40 %, was einer Steuererhöhung für die betreffenden deutschen Carry Holder von 20 % gleichkam.<sup>105</sup>

### 1. Übergangsregelung unter MoRaKG

- 95 Diese erhöhte Besteuerung ist erstmals auf Carried Interest-Vergütungen anzuwenden, wenn die vermögensverwaltend tätige Gesellschaft oder Gemeinschaft, namentlich der Private-Equity-Fonds nach dem 31.12.2008 gegründet wurde (§ 52 Abs. 4c EStG). Bei

men, damit diese auch ein ureigenes Interesse an der Wertsteigerung dieser haben und unmittelbar am Risiko eines Wertverlustes partizipieren müssen (landläufig „skin in the game“ genannt). Das Co-Investment der Fondsmanager soll also einen Interessengleichlauf mit den Fondsanlegern herstellen. Diese Co-Investmentvereinbarungen beinhalten im Rahmen einer so genannten Leaver-Klausel eine Call-Option des Fonds auf den vom Manager gehaltenen Anteil für den Fall seines vorzeitigen Ausscheidens. In diesem Zusammenhang stellte sich die Frage, ob bereits mit der Vereinbarung einer solchen Call-Option das wirtschaftliche Eigentum an diesen Anteilen auf den Fonds übergeht, das heißt ein Realisationsstatbestand im Sinne des § 17 EStG auf Ebene des Fondsmanagers zu verzeichnen ist. Das hat der BFH in einem Urteil verneint, BFH Urt. v. 4.7.2007 – VIII R 68/05, BStBl. II 2007 S. 937.

<sup>100</sup> In diesem Zusammenhang darf nicht unerwähnt bleiben, dass auch für deutsche Carry Holder die erhöhten Mitwirkungspflichten bei Auslandssachverhalten gemäß § 90 Abs. 2 AO und die Anzeigepflicht gemäß § 138 AO gelten, sobald diese ihren Anteil am Carry-Vehikel gezeichnet haben und sei es auch nur über Treuhandkonstellationen (vgl. diesbezüglich detaillierte Ausführungen unter → Rn. 27 ff.).

<sup>101</sup> BGBl. 2004 I S. 2013.

<sup>102</sup> Zu dem „faulen“ Kompromiss der dieser systemwidrigen Gesetzesregelung zugrunde liegt und dem Meinungsstreit zur steuerrechtlichen Behandlung und der unterschiedlichen Praxis der Länderfinanzverwaltungen im Zeitraum vor Geltung dieser gesetzlichen Regelung (nicht Steuerbarkeit der disproportionalen Carried Interest Vergütung sofern aus Veräußerungsgewinnen außerhalb der §§ 17, 23 EStG gespeist versus voll steuerpflichtige Einnahmen aus selbständiger respektive gewerblicher Tätigkeit in Form eines Dienstleistungsentgelts) vgl. Striegel/Herkenroth/Wiesbrock § 22. Dort werden auch detailliert die konkreten Voraussetzungen für die Privilegierung gemäß §§ 18 Abs. 1 Nr. 4, 3 Nr. 40a EStG erläutert, so dass im Folgenden lediglich die Tatbestandsmerkmale erwähnt werden, die bei Strukturierungsfragen von Bedeutung sind. Vgl. zudem Behrens FR 2004, 1211 und Altfelder FR 2005, 6.

<sup>103</sup> Siehe Boxberger in Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 13.8.2008, 21.

<sup>104</sup> BGBl. 2008 I S. 1672.

<sup>105</sup> Diese Steuererhöhung wurde offiziell als Gegenfinanzierungsmaßnahme für das MoRaKG dargestellt, trug jedoch sicher auch der seinerzeit intensiv und über die Grenzen Deutschlands hinaus kontrovers geführten Diskussion über die Opportunität dieser Privilegierung von Fondsprofessionals Rechnung, vgl. zu entsprechenden Entwicklungen in den USA und Großbritannien, Anzinger/Jekerle IStR 2008, 821.

vermögensverwaltend tätigen Fonds, die bis zum 31.12.2008 gegründet wurden, gilt hingegen noch das günstigere Halbeinkünfteverfahren.<sup>106</sup> Diese *Grandfathering*-Regelung stellt somit explizit auf die Fondsgründung ab. Auf den Zahlungszeitpunkt des Carried Interest oder auf den Beitritt des Fondsprofessionals stellt diese Vertrauensschutzregelung jedoch ausdrücklich nicht ab. Sofern also vor dem 1.1.2009 Fondsvehikel nebst Carry-Vehikel gegründet, diese Fonds- respektive Carry-Vehikel mit einem Mindestmaß an Geschäftstätigkeit und Substanz ausgefüllt wurden, beispielsweise mit dem Fundraising begonnen wurde oder sogar erste Kapitalabrufe getätigt wurden spricht nichts dagegen, dass auch Professionals, die erst nach diesem Datum ihre minimale (mittelbare oder unmittelbare) Kapitalbeteiligung gezeichnet haben, in den Genuss der *Grandfathering*-Regel kommen sollten.<sup>107</sup>

## 2. Vermögensverwaltung des Fonds

Die (deutsche) steuerrechtliche Privilegierung des Carried Interest setzt ein vermögens- 96  
verwaltendes Fondsvehikel voraus. Die Tätigkeit des Fondsvehikels, mithin des Fondsmanagements, muss nach Maßgabe des sog. Private Equity-Erlasses,<sup>108</sup> der Kriterien zur einkommensteuerlichen Behandlung von Private-Equity-Fonds und insbesondere zur Abgrenzung der privaten Vermögensverwaltung vom Gewerbebetrieb beinhaltet, vermögensverwaltend sein. Eine eventuelle gewerbliche Prägung oder Infektion war für die Einstufung eines Fondsvehikels als vermögensverwaltend im Sinne des § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG nach hiesiger Auffassung bisher unbeachtlich.<sup>109</sup> Ein etwaiges Carry-Vehikel konnte seit Einführung der Carry-Privilegierung jedenfalls originär gewerblich oder gewerblich infiziert bzw. geprägt sein (§ 18 Abs. 1 Nr. 4 letzter Halbsatz EStG).<sup>110</sup> Das bisherige Halbeinkünfteverfahren bei Altfällen (Stichwort *Grandfathering*) bzw. das Teileinkünfteverfahren gemäß § 3 Nr. 40a ist selbst in den Fällen anzuwenden, in denen der Empfänger des Carried Interest eine (deutsche) Kapitalgesellschaft ist.<sup>111</sup>

Das Erfordernis eines vermögensverwaltenden Fondsvehikels steht im Interessenwider- 97  
streit zur generellen Präferenz institutioneller deutscher Investoren, die infolge der gewerbesteuerlichen Kürzung gemäß § 9 Nr. 2 GewStG, ein gewerbliches Fondsvehikel bevorzugen (vgl. → Rn. 42 ff.). Man trägt diesem Interessenwiderstreit bisher in der Praxis dadurch Rechnung, dass der Hauptfonds in Form einer ausländischen Personengesellschaft durch einen Kommanditisten mit Co-Geschäftsführungsbefugnis (*designated limited partner*) entprägt wird und die deutschen institutionellen Anleger in diesen Hauptfonds über eine separate gewerblich geprägte Feeder-Limited Partnership investieren. In diesem Zusammenhang sei erwähnt, dass eine Infizierung des Hauptfonds durch diesen gewerblichen Feeder (also quasi von „oben nach unten“) der deutschen Infektionsnorm des § 15 Abs. 3

<sup>106</sup> Diese Vertrauensschutzregelung sah sich im Gesetzgebungsverfahren harscher Kritik des Bundesrats ausgesetzt, der die Vertrauensschutzregelung nicht auf den Zeitpunkt der Fondsgründung abstellen wollte, sondern auf den Erwerbszeitpunkt der Beteiligung aus deren Veräußerungserlösen das Carried Interest gespeist würde. Die Bundesregierung lehnte aber das Vorbringen der Länderkammer ab, da die Privilegierung auf den Gesamterfolg des Fonds abstelle und nicht auf das einzelne erfolgreiche Investment eines Fonds in Portfoliogesellschaften, vgl. BT-Drs. 16/6648, 7 und 9.

<sup>107</sup> Vgl. bereits frühzeitig Boxberger, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 13.8.2008, 21.

<sup>108</sup> BMF Schreiben v. 16.12.2003 – IV A 6 – S 2240 – 153/03, BStBl. I 2004 S. 40.

<sup>109</sup> So auch FG Hessen Urt. v. 7.12.2015 – 7 K 2482/10, EFG 2018, 569 in Bezug auf eine gewerbliche Prägung des Fondsvehikels a. A. BFH Urt. v. 11.12.2018 – VIII R 11/16, DStR 2019, 1136.

<sup>110</sup> Schmidt/Wacker § 18 Rn. 287.

<sup>111</sup> So explizit die Gesetzesbegründung zum Gesetz zur Förderung von Wagniskapital, BT-Drs. 15/3336, 5. Davon zu unterscheiden ist allerdings der Sachverhalt, der einer Verlautbarung des LfSt Bayern v. 29.8.2008 (IStR 2009, 108) zugrunde lag. Danach stellt der von einer Wagniskapitalgesellschaft in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft gezahlte Carried Interest beim Empfänger (Initiator) **keine** dem Halbeinkünfteverfahren unterliegenden Einkünfte aus Kapitalvermögen (in Form einer steuerlich anzuerkennenden inkongruenten Gewinnausschüttung) dar, sondern eine **voll steuerpflichtige Tätigkeitsvergütung**, die im zu entscheidenden Einzelfall Einkünfte aus Gewerbebetrieb im Sinne des § 15 EStG führten.

Nr. 1 letzter Halbsatz EStG fremd ist,<sup>112</sup> denn der Hauptfonds *bezieht* vom Feeder keine gewerblichen Einkünfte im Sinne dieser Vorschrift. Vielmehr *bezieht* der Feeder Einkommenskomponenten des Hauptfonds, die erst auf Ebene des Feeders in gewerbliche Einkünfte umqualifiziert werden (sog. Ping-Pong-Verfahren).

- 98 Der BFH hat im jüngsten Urteil<sup>113</sup> klargestellt, dass Carried Interest aus gewerblich geprägten bzw. infizierten Fondsvehikeln nicht von der Privilegierung des § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG umfasst ist. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz,<sup>114</sup> bezieht sich der Ausschluss des § 15 Abs. 3 EStG nur auf die Initiatorengesellschaft und nicht auch auf die Fondsgesellschaft als Quelle der Vergütungen mit der Folge, dass diese infolge einer eventuellen gewerblichen Prägung im Hinblick auf den disproportionalen Gewinnanteil gewerbliche Einkünfte und keine selbständigen Einkünfte, die § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG unterfallen, vermittelt.<sup>115</sup> Gleiches gilt auch für gewerblich „infizierte“ Fondsvehikel, beispielsweise Dachfonds, die in gewerbliche Zielfonds investieren und infolge Abfärbewirkung im Sinne von § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG ohne eine originäre gewerbliche Tätigkeit qua Gesetz als Gewerbebetrieb fingiert werden.
- 99 Der BFH entschied ferner, dass Carried Interest bei gewerblichen Private-Equity-Fonds keine (verdeckte) Tätigkeitsvergütung, sondern einen disproportionalen Gewinnanteil darstellt mit der Folge, dass das Teileinkünfteverfahren gelte, soweit in dem Carried Interest Veräußerungsgewinne oder Dividenden enthalten seien. Das gelte für gewerblich geprägte oder gewerblich infizierte Private-Equity-Fonds gleichermaßen. Bei Vereinnahmung des Carried Interest durch eine Kapitalgesellschaft sollte damit auch die 95 %-Steuerbefreiung nach § 8b KStG einschlägig sein, soweit sich der Carried Interest aus Veräußerungsgewinnen speist. Allerdings ist das BFH-Urteil zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses noch nicht im Bundessteuerblatt veröffentlicht und damit für die Finanzverwaltung noch nicht bindend, so dass die weitere Entwicklung, insbesondere die Positionierung durch die Finanzverwaltung, zu verfolgen ist.

### 3. Auszahlungs- und Zuflusszeitpunkt

- 100 Die Privilegierung des Carried Interest aus steuerrechtlicher Sicht setzt zudem voraus, dass der Anspruch auf den Carried Interest unter der Voraussetzung eingeräumt worden ist, dass allen Anlegern ihr eingezahltes Kapital vollständig (eventuell zuzüglich einer 8 %igen rechnerischen Mindestverzinsung –*hurdle rate*–) zurückerhalten haben (§ 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG). Hinsichtlich des Ausschüttungszeitpunkts des Carried Interest findet man in der Vertragspraxis zwei Modelle, einerseits das bei Offshore-Fonds (insbesondere US-Fonds) vereinzelt anzutreffende *deal-by-deal*-Konzept und andererseits das im Europäischen Kontext gängige *fund-as-a-whole*-Konzept.<sup>116</sup>
- 101 In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass nach kontrovers diskutierter Auffassung der Finanzverwaltung Carried Interest für die Tätigkeit des Initiators *aus* den zugewiesenen Gewinnen der Gesellschafter (Fondsanleger) gezahlt wird. Folgt man dieser Auffassung, bekommen die Gesellschafter (Fondsanleger) einen Gewinnanteil auf ihrem Kapitalkontogutgeschrieben und von diesem wird sodann im Wege des verkürzten Zahlungswegs Carried Interest abgezogen und an die Initiatoren gezahlt. Im privaten Einkünftebereich ist nach Auffassung der Finanzverwaltung der steuerpflichtige Gewinnanteil der Gesellschafter (Fondsanleger) nicht um den Carried Interest zu mindern, da er eine Gewinnverwendung

<sup>112</sup> Im Gegensatz zur gewerblichen Prägung, die ausschließlich von „oben nach unten“ wirkt, vgl. H. 15.8 (6) der Einkommensteuer-Hinweisen zu den EStR mit Verweis auf BFH Urt. v. 8.6.2000 – IV R 37/99, BStBl. II 2001 S. 162.

<sup>113</sup> BFH Urt. v. 11.12.2018 – VIII R 11/16, DStR 2019, 1136, Vorinstanz FG Hessen Urt. v. 7.12.2015 – 7 K 2482/10, EFG 2018, 569.

<sup>114</sup> FG Hessen Urt. v. 7.12.2015 – 7 K 2482/10, EFG 2018, 569.

<sup>115</sup> BFH Urt. v. 11.12.2018, a. a. O.

<sup>116</sup> Vereinzelt findet man auch das (zumindest in Europa) exotische Ausschüttungsmodell *return-all-commitments-first*.