

**§ 3 Nr. 40a**

[Carried Interest]

idF EStG v. 8.10.2009 (BStBl. I 2009, 3366; BStBl. I 2009, 1346)

Steuerfrei sind

...

**40a. 40 Prozent der Vergütungen im Sinne des § 18 Absatz 1 Nummer 4;**

...

Autor und Mitherausgeber: Prof. Dr. Hans-Joachim **Kanzler**, Vors. Richter am BFH aD/Rechtsanwalt/Steuerberater, Bad Kreuznach/Schloß Ricklingen

**Inhaltsübersicht**

**A. Allgemeine Erläuterungen zu Nr. 40a**

|   | Anm. |  | Anm. |
|---|------|--|------|
| <b>I. Grundinformation zu Nr. 40a</b> .....   | 1    | 1. Bedeutung der Steuerbefreiung .....                         | 3    |
| <b>II. Rechtsentwicklung der Besteuerung disproportional erhöhter Gewinnanteile der Initiatoren von Kapitalbeteiligungsgesellschaften</b> . | 2    | 2. Verfassungsmäßigkeit der Steuerbefreiung .....              | 4    |
| <b>III. Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit der Steuerbefreiung des <i>carried interest</i></b>  |      | <b>IV. Geltungsbereich der Nr. 40a</b> .....                   | 5    |
|   |      | <b>V. Verhältnis der Nr. 40a zu anderen Vorschriften</b> ..... | 6    |

**B. Erläuterungen zu Nr. 40a: Teileinkünftebesteuerung für den Gewinnvorzug der Fondsiniciatoren**

|   | Anm. |                                       | Anm. |
|---|------|---------------------------------------|------|
| <b>I. Tatbestandsvoraussetzungen der 40 %igen Steuerbefreiung des <i>carried interest</i></b> ..... | 10   | <b>II. Rechtsfolge der Nr. 40a</b> .. | 11   |

**A. Allgemeine Erläuterungen zu Nr. 40a**

**Schrifttum:** BIRK/PÖLLATH/RODIN (Hrsg.), Kapitalbeteiligungsgesellschaften (Private Equity-Fonds) und ihre steuerliche Behandlung, Münster 2001; BAUER/GEMMECKE, Verabschiedung des Gesetzes zur Förderung von Wagniskapital – Einführung des Halbeinkünfteverfahrens für den Carried Interest der Initiatoren, DStR 2004, 1470; FRIEDERICHS/KÖHLER, Gesetz zur Förderung von Wagniskapital beschlossen, DB 2004, 1638; BEHRENS, Besteuerung des Carried Interest nach dem Halbeinkünfteverfahren – Anmerkungen zum Gesetz zur Förderung von Wagniskapital, FR 2004, 1211; BERNHARD, Carried Interest – Mehr Rechtssicherheit für Private Equity-Fonds durch das Gesetz zur Förderung von Wagniskapital, BBV 2004, 15 (Nr. 8); HAARMANN, Behandlung von Veräußerungsgewinnen, die nicht proportional in Fonds verteilt werden (Besteuerung des sog. „Carried Interest“), JbFfStR 2003/2004, 249; WATRIN/STRUFFERT, BB-Forum: Steuerbegünstigung für das Carried Interest, BB 2004, 1888; ALTFELDER, Beitrag oder Leistung? – Orientierungshilfe für Personengesellschafter im Dickicht aktueller Vorschriften zur Umsatzsteuer, Private-Equity-Fonds und Halbeinkünfteverfahren, FR 2005, 6; FOCK, Gesetz über Unternehmensbeteiligungsgesellschaften (UBBG), Kommentar, München 2005; GOLLAND/GEHLHAAR/GROSSMANN ua., Mezzanine-Kapital, BB-Special 2005, Nr. 4, 1; BÄRENZ/BUGE, Beteiligungen an Mezzanine-Fonds – Steuerliche Aspekte dieser modernen Beteiligungsform, BBV 2005, Nr. 2, 20; BÄRENZ/BUGE/VEITH, Die Besteuerung des Carried Interest in Deutschland – Offene Fragen der Anwendung des Gesetzes zur Förderung von Wagniskapital, BBV 2005, Nr. 11, 14; DESENS/KATHSTEDE, Zur Abziehbarkeit der Aufwendungen eines Carry-Holders – Eine steuersystematische Analyse, FR 2005, 863; FIGNA/GOLDACKER/MAYTA, Parallel strukturierte Private Equity Fonds, DB 2005, 966; KLEIN, Steuerliche Behandlung von Risikokapitalfonds, PiStB 2005, 74; FRIEDERICHS/KÖHLER, Die drei Fassungen des BMF-Schreibens vom 16.12.2003 und offene Fragen bei der Besteuerung von Private Equity-Fonds, DB 2006, 1396; HOHENSTATT/STAMER, „Carried Interest“ im Arbeitsrecht, BB 2006, 2413; OESTERLE, Erfolgsbeteiligung nach einem Carried-Interests-Plan, jurisPR-ArbR 37/2006 Anm. 2; GRAGERT, Die Besteuerung des Carried Interest, NWB 2007, 3847 (44/2007); HELIOS/WIESBROCK, Der Regierungsentwurf des Gesetzes zur Förderung von Wagniskapitalbeteiligungen (Wagniskapitalbeteiligungsgesetz – WKBG), DStR 2007, 1793; PHILIPP, Private-Equity: Der Carried Interest in Erbschaft- und Schenkungsteuer, in BIRK (Hrsg.), Transaktionen – Vermögen – Pro Bono, München 2008, 459; RODIN, Die Besteuerung kapital-disproportionaler Gewinnanteile, in PÖLLATH+PARTNERS (Hrsg.), Verdient – unverdient, Köln 2008, 101; VEITH/SCHADE, Besteuerung des Carried Interest in Deutschland, in BIRK (Hrsg.), Transaktionen – Vermögen – Pro Bono, München 2008, 435; ANZINGER/JEKERLE, Entwicklungen in der Besteuerung des Carried Interest in Deutschland, Großbritannien und den USA – Denkanstöße aus der neuen Welt?, IStR 2008, 821; HÖRSTER, Das Wagniskapitalbeteiligungsgesetz und die steuerlichen Regelungen des Gesetzes zur Modernisierung der Rahmenbedingungen für Kapitalbeteiligungen (MoRaKG), StuB 2008, 630; FRÜCHTL, Der sog. Carried Interest im internationalen Steuerrecht – die deutsche Perspektive, IStR 2009, 604; ELSEL/DÜRRSCHMIDT, Private Equity Fonds für Unternehmen in Sondersituationen und Qualifizierung ihrer Tätigkeiten für steuerrechtliche Zwecke, FR 2010, 81; ELSEL/DÜRRSCHMIDT, Besteuerung des Carried Interest und verbindliche Auskunft bei Private Equity Fonds, FR 2010, 1075.

Zu weiterem Schrifttum s. § 18 Anm. 276.

1

### I. Grundinformation zu Nr. 40a

Die Vorschrift unterwirft den nach § 18 Abs. 1 Nr. 4 disproportional erhöhten Gewinnanteil der Initiatoren von Kapitalbeteiligungsgesellschaften der Teileinkünftebesteuerung in Anlehnung an die Dividendenbesteuerung der Nr. 40. Parallel dazu sieht § 3c Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 ein anteiliges Abzugsverbot für BA vor, die mit dem *carried interest* zusammenhängen. Wegen der Bezugnahme der

Nr. 40a auf die Regelung des § 18 Abs. 1 Nr. 4 ergeben sich die wesentlichen Tatbestandsvoraussetzungen der StBefreiung aus dieser Einkunftsvorschrift.

## II. Rechtsentwicklung der Besteuerung disproportional erhöhter Gewinnanteile der Initiatoren von Kapitalbeteiligungsgesellschaften

2

Zu der in § 18 Abs. 1 Nr. 4 iVm. § 3 Nr. 40a geregelten Besteuerung erhöhter Gewinnanteile der Initiatoren sog. Private Equity oder Venture Capital Fonds (Carried Interest) gab es ursprünglich nur eine Verwaltungspraxis, die später durch eine Verwaltungsanweisung ersetzt wurde. Diese Besteuerungspraxis war übergangsweise noch von Bedeutung (dazu vor allem RODIN in PÖLLATH+PARTNERS, Verdient – unverdient, 2008, 101).

**FinMin. Bayern v. 13.1.2004 und OFD München v. 23.1.2004** (DStR 2004, 355): Nach der in den Geschäftsbereichen der OFD München und Nürnberg geltenden Verwaltungspraxis wurden die Fonds (soweit nicht gewerblich geprägt) als vermögensverwaltend behandelt. Der disproportional erhöhte Gewinnanteil (Carried Interest) gehörte daher nicht zu den stpfl. Einkünften, soweit nicht die Voraussetzungen nach den §§ 17, 20 oder § 23 vorlagen (s. auch ALTFELDER, FR 2005, 6 [12], mwN).

**BMF v. 16.12.2003** (BStBl. I 2004, 40): Die zunehmende Einsicht, dass eine völlige StFreistellung des Carried Interest den Wertungen des EStG widersprechen, aber auch in der Sache unangemessen sein könnte, führte zu einer Sonderbehandlung gegenüber den regulären Gewinnanteilen. Der Carried Interest wurde als verdecktes Entgelt für eine der Funktion eines Aufsichtsrats entsprechende Tätigkeit angesehen, die nach § 18 Abs. 1 Nr. 3 außerhalb des Fonds besteuert wurde, die aber der Besteuerung nach § 15 unterlag, wenn der Initiator seine Beteiligung in einem BV hielt (BMF v. 16.12.2003, BStBl. I 2004, 40 – Tz. 24). Die disquotale Gewinnverteilung durch Verzicht der Gesellschafter auf einen Teil ihrer Dividenden und Veräußerungserlöse in der Fondsgesellschaft zugunsten des den Initiatoren zustehenden erhöhten Gewinnanteils sollte jedoch nichts an der Qualität des Carried Interest als eines Entgelts für eine erbrachte Dienstleistung ändern (BMF v. 16.12.2003, BStBl. I 2004, 40 – Tz. 24). Diese Einstufung des disproportional erhöhten Gewinnanteils als Leistungsvergütung verhinderte zugleich eine Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens nach § 3 Nr. 40 iVm. § 3c Abs. 2 und die StBefreiung nach § 8b Abs. 1 und Abs. 2 KStG (BMF v. 16.12.2003, BStBl. I 2004, 40 – Tz. 25; s. § 18 Anm. 277).

Diese Verwaltungsanweisung war in allen nicht bestandskräftigen Fällen anzuwenden, soweit sie nicht zu einer Verschärfung der Besteuerung gegenüber der bisher geltenden Verwaltungspraxis völliger StFreiheit führte (s.o.), der Fonds vor dem 1.4.2002 gegründet worden ist und soweit die Portfolio-Beteiligung vor dem 8.11.2003 erworben wurde.

**Gesetz zur Förderung von Wagniskapital v. 30.7.2004** (BGBl. I 2004, 2013; BStBl. I 2004, 847): Der dem Grunde nach bei den Einkünften aus selbständiger Arbeit stpfl. überhöhte, kapitaldisproportionale Gewinnanteil der Initiatoren von Unternehmensbeteiligungsgesellschaften (§ 18 Abs. 1 Nr. 4) wurde mit der zeitgleich geschaffenen Regelung der Nr. 40a dem Halbeinkünfteverfahren unterworfen (zu Einzelheiten des Gesetzgebungsverfahrens s. Beschlussempfehlung und Ber. des FinAussch., BTDrucks. 15/3336, 4ff.; ferner § 18 Anm. 277; s. auch BAUER/GEMMEKE, DStR 2004, 1470).

► *Der zeitliche Anwendungsbereich* der Neuregelung war wegen der zT verschärfenden Besteuerung von besonderer Bedeutung. Nach § 52 Abs. 4c idF des Gesetzes v. 30.7.2004 ist Nr. 40a auf Vergütungen iSd. Abs. 1 Nr. 4 anzuwenden, wenn die vermögensverwaltende Gesellschaft oder Gemeinschaft nach dem 31.3.2002 gegründet worden ist oder soweit die Vergütungen im Zusammenhang mit der Veräußerung von Anteilen an KapGes. stehen, die nach dem 7.11.2003 erworben worden sind. Die Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens auf den disproportional erhöhten Gewinnanteil setzte dessen Erfassung in einer Einkunftsart (hier des § 18) voraus; uE war daher eine besondere Anwendungsvorschrift für § 18 Abs. 1 Nr. 4 entbehrlich. Die Anwendungsregelung des § 52 Abs. 4c schloss erkennbar an die Übergangsregelung in BMF v. 16.12.2003 (BStBl. I 2004, 40 – Tz. 26; s.o.) an (BTDrucks. 15/3336, 4) und lässt letztere unberührt (FinMin. Bayern v. 21.6.2004, StEK EStG § 18 Nr. 256).

► *Zur Anwendung auf sog. „Altfälle“* im Einzelnen s. § 18 Anm. 277 aE.

Allerdings führte die Bezugnahme in § 52 Abs. 4c idF des Gesetzes v. 30.7.2004 auf den Zusammenhang der Vergütung mit einer Veräußerung von vor dem 7.11.2003 erworbenen Anteilen an KapGes. zu einer sachlichen Änderung gegenüber der Anwendungsregelung in BMF v. 16.12.2003 (BStBl. I 2004, 40 – Tz. 26), weil die neue Formulierung auch Mischfälle berücksichtigte, wenn der Carried Interest etwa im Zusammenhang mit der Veräußerung von Anteilen stand, die teilweise vor und teilweise nach dem Stichtag erworben wurden (BTDrucks. 15/3336, 7).

**Gesetz zur Modernisierung der Rahmenbedingungen für Kapitalbeteiligungen (MoRaKG) v. 12.8.2008** (BGBl. I 2008, 1672; BStBl. I 2008, 854): Die StBefreiung des *carried interest* wurde dem Teileinkünfteverfahren angepasst und von 50 % auf 40 % vermindert. Zugleich wurde der BA-Abzug des Carry Holders in § 3c Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 erstmals auf einen Anteil von 60 % beschränkt.

► *Eine besondere Übergangsregelung* ist auch für diese steuererhöhende Änderung erforderlich. Die Übergangsvorschrift des § 52 Abs. 4c idF des Gesetzes v. 30.7.2004 ergänzend sieht § 52 Abs. 4c die ursprüngliche Halbeinkünftebesteuerung nunmehr für Vergütungen vor, wenn die vermögensverwaltende Gesellschaft oder Gemeinschaft vor dem 1.1.2009 gegründet worden ist oder soweit die Vergütungen im Zusammenhang mit der Veräußerung von Anteilen an KapGes. stehen, die vor dem 1.1.2009 erworben worden sind. Dementsprechend ist die Teileinkünftebesteuerung erstmals auf den Carried Interest anzuwenden, wenn die vermögensverwaltende Gesellschaft oder Gemeinschaft nach dem 31.12.2008 gegründet worden ist.

► *Für das anteilige Abzugsverbot* in § 3c Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 sieht das Gesetz keine besondere Anwendungs- bzw. Übergangsvorschrift vor. § 52 Abs. 8a ist auf das Teileinkünfteverfahren der Dividendenbesteuerung ausgerichtet. Bis zu einer gesetzlichen Regelung wird man sich daher mit einer Gesamtanalogie zu Nr. 40a, § 3c Abs. 2 und § 52 Abs. 4c zu behelfen haben (s. Anm. 11).

**Reformvorhaben:** Nach dem Gesetzesantrag der Länder Hessen, Bremen, Rhld.-Pf. und Schl.-Holst. v. 2.11.2012 (BRDrucks. 684/12) sollte ua. § 3 Nr. 40a mit der Begründung gestrichen werden, die unterschiedliche stl. Behandlung des Carried Interest gegenüber anderen Tätigkeits- oder Geschäftsführervergütungen sei nicht schlüssig; die Erfolgsabhängigkeit von Einnahmen (zB Tantiemen, Provisionen) sei in der Systematik des EStRechts ansonsten an keiner Stelle Anlass für eine ermäßigte Besteuerung (BRDrucks. 684/12, 12). In ihrer Stellungnahme zum Entwurf des StVereinfG 2013 hat die BReg. die Streichung der Nr. 40a allerdings unter Hinweis darauf abgelehnt, dass es sich um

eine „wirtschaftlich weiterhin sinnvolle und international übliche Begünstigung“ handle; da nur eine vergleichsweise geringe Zahl von Stpfl. von dieser Regelung betroffen sei, „würde die Aufhebung der Steuerbegünstigung auch nicht zu einer deutlichen Vereinfachung des Steuerrechts führen“ (BTDrucks. 17/12197, 20).

### III. Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit der Steuerbefreiung des *carried interest*

#### 1. Bedeutung der Steuerbefreiung

3

Schon vor der gesetzlichen Regelung wurde die Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens auf den disproportional erhöhten Gewinnanteil der Initiatoren diskutiert und bezweifelt, dass diese Einkünfte voll stpfl. sein könnten, „obwohl die vermögensverwaltende PersGes. nur Dividendeneinkünfte hat“ (so THIEL in BIRK/PÖLLATH/RODIN, Kapitalbeteiligungsgesellschaften und ihre steuerliche Behandlung, 2001, 24).

**Carried Interest als Tätigkeitsvergütung:** Mit der Zuordnung des *carried interest* zu den Einkünften aus selbständiger Arbeit wurde der das BMF-Schreiben v. 16.12.2003 (BStBl. I 2004, 40 – Tz. 24) leitende Gedanke aufgegriffen, wonach es sich um eine dem Entgelt für eine Aufsichtsrats Tätigkeit vergleichbare Leistungsvergütung handelt. Dieses Leistungsentgelt wurde zusätzlich zunächst dem Halbeinkünfteverfahren unterworfen, um die noch von der Verwaltungsanweisung (BMF v. 16.12.2003, BStBl. I 2004, 40) vorgesehene Vollbesteuerung des disproportional erhöhten Gewinnanteils abzumildern. Von der hälftigen StBefreiung (allerdings im Rahmen des § 3 Nr. 40) ging auch der erste Entwurf der Koalitionsfraktionen aus (BTDrucks. 15/3189, 2f.), der damit zugleich die Anwendung des § 3c Abs. 2 sicherstellen sollte (s. Anm. 11 aE). Die günstige Besteuerung sollte der besonderen Leistung der Initiatoren der Kapitalbeteiligungsgesellschaften Rechnung tragen, „deren Mitwirkung für den Erfolg des Fonds von entscheidender Bedeutung ist“ (BTDrucks. 15/1405, 6; s. auch BTDrucks. 15/3189, 3).

**Förderungsmaßnahme und Ausgleich für zweifelhafte Vollbesteuerung des Gewinnvorzugs:** Die Einführung des Halbeinkünfteverfahrens für den *carried interest* sollte gewissermaßen als Ausgleich für die zweifelhafte Vollbesteuerung des disproportional erhöhten Gewinnanteils der Initiatoren von Kapitalbeteiligungsgesellschaften dienen. Denn „das Carried Interest sei durch die Regelungen des BMF-Schreibens vom 16. Dezember 2003 anders als die übrigen Gewinnanteile mit dem vollen Einkommensteuersatz zu besteuern“ (BTDrucks. 15/3336, 6). Diese StBegünstigung sollte „zu den beabsichtigten volkswirtschaftlichen Folgen, nämlich der Bereitstellung von Wagniskapital, führen“ (BTDrucks. 15/3336, 6). Entgegen ursprünglicher Absicht, die Halbeinkünftebesteuerung über einen neuen § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. k zu ermöglichen (BTDrucks. 15/3189, 3), sollte mit der neuen Nr. 40a erreicht werden, dass auch die einer KapGes. zustehende Vergütung dem Halbeinkünfteverfahren unterliegt und damit eine „nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung vermieden“ wird (BTDrucks. 15/3336, 6f.; dazu aber Anm. 10).

**Steuersystematische Bedeutung der Steuerbefreiung:** Systematisch wurde mit der StBefreiung in Nr. 40a der Wandel der StBefreiung von einer fiskalzweckorientierten Norm zu einer Begünstigungsvorschrift vollzogen und zugleich eine weitere Schedulisierung des EStG bewirkt. Die Einordnung der StBe-

freierung als Fiskalzweck- oder Lenkungsnorm ist zweifelhaft, weil der Gesetzgeber verschiedene Gründe für die Zuordnung des *carried interest* zu den Einkünften aus selbständiger Arbeit und zu ihrer teilweisen Befreiung durch das Halb- und später das Teileinkünfteverfahren angeführt hat.

► *Wandel von einer Fiskalzweck- zur Lenkungsnorm:* Die Anwendung des Halb- und später des Teileinkünfteverfahrens auf den disproportional erhöhten Gewinnanteil der Initiatoren von Kapitalbeteiligungsgesellschaften lässt sich sachlich mit der Erwägung rechtfertigen, dass der *carried interest* – auch wenn er einer PersGes. zufließt – aus den Gewinnen erbracht wird, die durch die Veräußerung der im Fondsvermögen gehaltenen KapGes. oder KapGes-Anteile erzielt werden. Nach dem ursprünglichen Entwurf der Koalitionsfraktionen wurden daher laufende Zahlungen an die Initiatoren, die nicht im Zusammenhang mit der Veräußerung von Anteilen an KapGes. aus dem Portfolio des Fonds stehen, nicht vom Halbeinkünfteverfahren erfasst (BTDrucks. 15/3189, 3). Diese Auffassung hat der Gesetzgeber ausdrücl. aufgegeben und macht die hälftige StBefreiung nun nicht mehr von der Herkunft der Mittel abhängig, aus denen die Vergütung gezahlt wird, weil diese auch dem Initiator als Anspruchsberechtigtem oft nicht bekannt sein dürfte (BTDrucks. 15/3336, 7, linke Sp.).

Die Abkehr von der „rein liquiditätsmäßigen Betrachtung“ (BTDrucks. 15/3336, 7) wurde uE bereits mit der Umqualifizierung der Gewinnanteile in eine Tätigkeitsvergütung vollzogen. Damit entfällt aber auch die sachliche Rechtfertigung, den vollen Betrag dem Halbeinkünfteverfahren zu unterwerfen, das die Doppelbesteuerung durch KSt und ESt jedenfalls dann mildern soll, wenn die Veräußerungsgewinne ausnahmsweise nach § 17 und § 23 aF der ESt unterliegen (s. § 3 Nr. 40 Anm. 17 ff.). Andererseits erfordert die Qualifizierung des disproportional erhöhten Gewinnanteils der Initiatoren als eine den Einkünften aus selbständiger Arbeit unterliegende Tätigkeitsvergütung keine Milderung durch das Halbeinkünfteverfahren. Aus dieser Sicht ist die Halbeinkünftebesteuerung eine StBegünstigung zur Förderung der Wagniskapitalbranche.

► *Teileinkünfteverfahren als pauschalierte Durchschnittsbesteuerung:* Sollte der Gesetzgeber allerdings davon ausgegangen sein, dass sich der *carried interest* sowohl aus etwaigen stfreien Veräußerungsgewinnen oder stbegünstigten Dividenden als auch aus Entgeltbestandteilen zusammensetzt, so würde sich die Halbeinkünftebesteuerung als eine Art typisierte oder pauschalierte Durchschnittsbesteuerung erweisen, die die nicht stbaren, stbefreiten (§ 3 Nr. 40a EStG und § 8b Abs. 1 und 2 KStG) und vollbesteuerten Bestandteile der Vergütung ähnlich der Regelung in § 37a (*Miles and More*-Prämien, s. § 37a Anm. 3) erfassen soll (s. auch TORMÖHLEN in KORN, § 3 Nr. 40a Rn. 6 [aE], der von einem „Kompromiss“ zwischen den Ansichten zur Nicht-Steuerbarkeit von Veräußerungsgewinnen und voller StPflicht des *carried interest* ausgeht; glA ALTFELDER, FR 2005, 6 [15] „Kompromisslösung“). Mit dieser Begründung erweise sich die StBefreiung als Fiskalzweck- und Vereinfachungsnorm.

**Die Absenkung der Steuerbefreiung** von 50 % auf 40 % dient der Anpassung der Nr. 40a an das Teileinkünfteverfahren (BTDrucks. 16/6311, 26). Allerdings bleibt unklar, was die Besteuerung einer Tätigkeitsvergütung für Initiatoren einer Beteiligungsgesellschaft mit den Gründen zu tun hat, die für die Einführung des Teileinkünfteverfahrens maßgebend waren (s. BTDrucks. 16/4841, 46; s. auch § 3 Nr. 40 Anm. 13).



## 2. Verfassungsmäßigkeit der Steuerbefreiung

4

Die unterschiedlichen Begründungsversuche für die StBefreiung durch den Gesetzgeber (Förderung der Kapitalbeteiligungsbranche oder Bereitstellung eines Durchschnittssteuersatzes; s. Anm. 3) erschweren eine verfassungsrechtl. Prüfung.

**Als Fiskalzwecknorm**, die zur Berücksichtigung auch stfreier Veräußerungsgewinne eine typisierte oder pauschalierte Durchschnittsbesteuerung vorsieht, wäre Nr. 40a auf die Rechtslage nach § 23 aF zugeschnitten. Nach Einführung der Vollbesteuerung von Aktienverkäufen durch die Abgeltungsteuer besteht aber für VZ ab 2009 neuer Rechtfertigungsbedarf. Die im Übrigen mit anderer Begründung vorgenommene Senkung der StBefreiung von 50 % auf 40 % (s. Anm. 3 aE) kann eine fortgeltende Durchschnittsbesteuerung kaum rechtfertigen.

**Als Lenkungsnorm** zur Förderung der Kapitalbeteiligungsbranche und ihrer Führungskräfte bedarf die gleichheitswidrige Begünstigung des *carried interest* gegenüber den anderen Einkünften aus selbständiger Arbeit einer sachlichen Rechtfertigung. Nach der Rspr. des BVerfG ist der Gesetzgeber im StRecht grds. nicht gehindert, bestimmte Personen, Gruppen oder Sachverhalte aus Gründen des Gemeinwohls stl. zu begünstigen (BVerfG v. 17.4.2008 – 2 BvL 4/05, HFR 2008, 854, zu C.I.1.b und C.II.3.b, mwN). Neben der Orientierung einer stl. Förderung am Gemeinwohl muss der Lenkungszweck von einer erkennbaren gesetzgeberischen Entscheidung getragen und seinerseits wiederum gleichheitsgerecht und folgerichtig ausgestaltet sein (BVerfG v. 21.6.2006 – 2 BvL 2/99, BVerfGE 116, 164, „Tarifbegrenzungsbeschluss“).

Die Begünstigung des Gewinnvorzugs als Tätigkeitsvergütung durch das Teileinkünfteverfahren wird diesen verfassungsrechtl. Maßstäben uE nicht gerecht, denn zum einen bleibt der Gesetzgeber den Nachweis schuldig, dass die Förderung auch tatsächlich dem Gemeinwohl und nicht den Partikularinteressen der oft auch kritisierten Beteiligungsbranche dient; insoweit hebt der Gesetzgeber selbst hervor, die Fondsinitiatoren erhielten „für ihre Tätigkeit im Interesse der Gesamtheit aller Anleger einen erhöhten Anteil am Gewinn“ und nähmen „daher in besonderem Maße am wirtschaftlichen Erfolg wie auch am Misserfolg der Beteiligungsfonds teil“ (BTDrucks. 15/3189, 3). Zum anderen fehlt es an der erkennbaren gesetzgeberischen Entscheidung, die dem Lenkungszweck zugrunde liegt; denn einmal wird der erhöhte Gewinnanteil systemwidrig und (nach Auffassung einiger Autoren) steuerverschärfend zu Einkünften aus selbständiger Arbeit umqualifiziert, um dann dem Teileinkünfteverfahren unterworfen zu werden, dem mit der Vermeidung der Doppelbelastung der Gewinne von KapGes. ein völlig anderer Regelungszweck zugrunde liegt (glA ALTFELDER, FR 2005, 6 [15]; VON BECKERATH in KSM, § 3 Nr. 40a Rn. B 40a/24; TORMÖHLEN in KORN, § 3 Nr. 40a Rn. 5; ähnlich, aber ohne Folgerungen zu ziehen: VEITH/SCHADE in BIRK, Transaktionen – Vermögen – Pro Bono, 2008, 435 [446]).

**Die steuerverschärfende Absenkung** (ab VZ 2009) der Befreiung des Carried Interest von 50 % auf 40 % verletzt das strechtl. Gebot der Folgerichtigkeit (zB BVerfG v. 21.6.2006 – 2 BvL 2/99, BVerfGE 116, 164). Zwar entfällt mit Einführung der Abgeltungsteuer das Argument der teilweisen StFreiheit des Gewinnvorzugs als Veräußerungsgewinn (s. Anm. 3 betr. Durchschnittsbesteuerung), was eine StErhöhung rechtfertigen könnte, die andererseits dem Ziel, die Kapitalbeteiligungsbranche zu fördern, entgegenstehen würde. Die Gesetzesmaterialien geben die StErhöhung einmal als Gegenfinanzierungsmaßnahme zur

geplanten Anhebung des Freibetrags nach § 17 Abs. 3 (Bericht des FinAussch. v. 26.6.2008, BTDrucks. 16/9829, 2 und 5) und an anderer Stelle als Anpassung an das Teileinkünfteverfahren aus (RegE, BTDrucks. 16/6311, 26). Tatsächlich wurde der Freibetrag nach § 17 Abs. 3 aber nicht – wie geplant – für alle Anteilseigner auf 20 000 € angehoben, sondern nur für die an Wagniskapitalgesellschaften Beteiligten um das 10-Fache auf 200 000 € erhöht (§ 20 WKBG). Gegenfinanzierung an sich ist uE keine sachliche Rechtfertigung für belastende StÄnderungen, denn auch Gegenfinanzierungsmaßnahmen haben dem Gebot der Folgerichtigkeit zu entsprechen. Die steuerverschärfende Senkung der StBefreiung des *carried interest* ist letztlich Beleg für die Beliebigkeit, mit der der Gesetzgeber eine StBefreiung gewährt und ohne sachlichen Grund wieder einschränkt.

5

#### IV. Geltungsbereich der Nr. 40a

Der sachliche und persönliche Geltungsbereich der Nr. 40a entspricht dem Geltungsbereich des § 18 Abs. 1 Nr. 4, denn nur Vergütungen iS dieser Vorschrift sind von der StBefreiung erfasst (s. ausführl. § 18 Anm. 280).

**Sachlicher Geltungsbereich:** Nr. 40a gilt nur für Einkünfte aus selbständiger Arbeit iSd. § 18 Abs. 1 Nr. 4. Soweit auch KapGes. Bezieher von *carried interests* sein können, gilt die Steuerbefreiung auch für die KSt (aA hier Anm. 10).

**Persönlicher Geltungsbereich:** Nr. 40a gilt für unbeschr. und beschr. estpfl. Bezieher eines Carried Interest, denn § 50 enthält insoweit keine Sonderregelung (s. § 3 Allg. Anm. 20). Die Vorschrift ist auch auf Körperschaften und insbes. auf KapGes. anzuwenden (FinMin. Schl.-Holst. v. 30.3.2009 – VI 324-S 2741-111, juris). Zu ausländ. KapGes. als Beziehern von Carried Interests s. FRIEDERICHS/KÖHLER, DB 2004, 1638.

6

#### V. Verhältnis der Nr. 40a zu anderen Vorschriften

Nr. 40a verweist auf § 18 Abs. 1 Nr. 4, der die Tatbestandsvoraussetzungen der teilweisen StBefreiung enthält (s. Anm. 10). Nach § 3c Abs. 2 Satz 1 unterliegt auch die StBefreiung des *carried interest* dem anteiligen Abzugsverbot für die in wirtschaftlichem Zusammenhang stehenden Aufwendungen (s. Anm. 11). Schließlich ist der *carried interest* bei der Thesaurierungsbesteuerung ausgesondert, um eine Mehrfachbegünstigung dieser Gewinnanteile zu vermeiden (§ 34a Abs. 1 Satz 1).

7–9 Einstweilen frei.



**B. Erläuterungen zu Nr. 40a:  
Teileinkünftebesteuerung für den Gewinnvorzug der  
Fondsinitiatoren**

**I. Tatbestandsvoraussetzungen der 40 %igen Steuerbefreiung  
des *carried interest*** 10

Die Tatbestandsvoraussetzungen der 40 %igen (bis zum VZ 2008 hälftigen) StBefreiung des disproportional erhöhten Gewinnanteils der Initiatoren von Kapitalbeteiligungsgesellschaften folgen aus der Verweisung auf § 18 Abs. 1 Nr. 4, der eine Legaldefinition des *carried interest* enthält. Durch § 18 Abs. 1 Nr. 4 sollte die Verwaltungsauffassung vom *carried interest* als voll stpfl. Tätigkeitsvergütung (s. Anm. 1 „BMF v. 16.12.2003“) gesetzlich abgesichert werden. Es handelt sich damit um eine verdeckte gesetzliche Fiktion zur Umqualifizierung des Gewinnvorzugs in eine Dienstleistungsvergütung allein zu dem Zweck, den *carried interest* durch eine teilweise StBefreiung zu begünstigen. Die StBefreiung und § 18 Abs. 1 Nr. 4 setzen danach voraus:

**Die Vergütung muss**

- von einer vermögensverwaltenden Gesellschaft oder Gemeinschaft geleistet werden (s. § 18 Anm. 281), deren Zweck im Erwerb, Halten und in der Veräußerung von Anteilen an KapGes. besteht (s. § 18 Anm. 282 ff.);
- von einem Beteiligten an dieser Gesellschaft oder Gemeinschaft (s. § 18 Anm. 281) und für Leistungen zur Förderung des Gesellschafts- oder Gemeinschaftszwecks bezogen werden (s. § 18 Anm. 285).

**Der Anspruch auf die Vergütung** muss schließlich unter der Voraussetzung eingeräumt sein, dass die Gesellschafter oder Gemeinschaftler ihr eingezahltes Kapital vollständig zurückerhalten haben (s. § 18 Anm. 286).

**Kapitalgesellschaften als Vergütungsempfänger:** Beteiligte an der (vermögensverwaltenden) Kapitalbeteiligungsgesellschaft und Anspruchsberechtigte hinsichtlich der Vergütung können nicht nur natürliche Personen, sondern auch PersGes. und KapGes. sein. Nach der Gesetzesbegründung war die Anwendung der StBefreiung auf KapGes. als Vergütungsempfänger (*carry holder*) der eigentliche Grund dafür, die hälftige StBefreiung in einer eigenständigen Nr. 40a zu regeln, weil KapGes. nach dem ursprünglichen Vorschlag der Koalitionsfraktionen, den *carried interest* in die Halbeinkünftebesteuerung nach Nr. 40 einzubeziehen (BTDrucks. 15/3189, 3f.), aus „systematischen Gründen“ von der Begünstigung ausgeschlossen gewesen wären (BTDrucks. 15/3336, 6f.). Danach sollen also auch (vermögensverwaltende) KapGes. Einkünfte aus selbständiger Arbeit gem. § 18 Abs. 1 Nr. 4 beziehen können, die der Teileinkünftebesteuerung unterliegen.

Diese Auffassung ist uE abzulehnen. Unter die Tatbestandsvoraussetzung „vermögensverwaltende Gesellschaft“ in § 18 Abs. 1 Nr. 4 mag zwar begrifflich auch eine KapGes. fallen, die Vermögensverwaltung betreibt (s. § 18 Anm. 281 aE); sofern es sich um eine unbeschr. kstpfl. KapGes. handelt, schließt § 8 Abs. 2 KStG eine Anwendung des § 18 jedoch aus (glA ALTFELDER, FR 2005, 6 [13]; VON BECKERATH in KSM, § 3 Nr. 40a Rn. B 40a/44; aA § 18 Anm. 278 und 281 sowie TORMÖHLEN in KORN, § 18 Rn. 103.4; zweifelnd aber BEHRENS, FR 2004, 1211 [1218], alle zu § 8 Abs. 2 KStG aF). Der Gesetzgeber hätte uE in § 8

### § 3 Nr. 40a Anm. 10–11 B. Teileinkünftebesteuerung Gewinnvorzug

Abs. 2 KStG eine Ausnahmeregelung (Öffnungsklausel für Einkünfte gem. § 18 Abs. 1 Nr. 4) treffen müssen.

**Vergütungen für Leistungen zur Förderung des Gesellschafts- oder Gemeinschaftszwecks:** Gemeint sind nur die erfolgsabhängigen Tätigkeitsvergütungen, die nach Auffassung des Gesetzgebers das Wesen des *carried interest* ausmachen (BTDrucks. 15/3336, 6). Es sind also die Vergütungen des Initiators, die unter der Voraussetzung der vollständigen Rückgewähr des eingezahlten Kapitals an die Anleger geleistet werden (glA VON BECKERATH in KSM, § 3 Nr. 40a Rn. B 40a/53; TORMÖHLEN in KORN, § 18 Rn. 103.8). Nur diese erfolgsabhängige Leistungsvergütung gehört zu den Einkünften aus selbständiger Arbeit und unterliegt der Teileinkünftebesteuerung. Andere Bezüge, wie etwa eine laufende Geschäftsführervergütung, sind ebenso wenig privilegiert wie die normalen Gewinnanteile, die der an der Kapitalbeteiligungsgesellschaft beteiligte Initiator (*carry holder*) bezieht. Bis zum VZ 2008 sind diese Gewinnanteile für natürliche Personen grds. nicht stbar, sofern nicht die vermeidbaren Voraussetzungen der §§ 17, 23 aF oder des § 21 UmwStG vorliegen. Ab VZ 2009 unterliegen diese Veräußerungsgewinne der Abgeltungsteuer. Für KapGes. als Initiatoren sind diese Gewinne nach § 8b Abs. 1 und Abs. 2 KStG stbefreit. Die Fondssinitiatoren können also neben den Vergütungen nach § 18 Abs. 1 Nr. 4 und § 3 Nr. 40a weitere Einkünfte von der vermögensverwaltenden Gesellschaft aus den unterschiedlichsten Einkunftsarten beziehen (zB § 18 Abs. 1 Nr. 3, §§ 19 und 20).

Ist der *carry holder* eine KG, so entstehen insoweit Zebragesellschaften neuer Art, die neben vermögensverwaltenden Einkünften auch Einkünfte aus selbständiger Arbeit beziehen oder als KapGes. – nach Auffassung des Gesetzgebers (s.o.) – nebeneinander Einkünfte aus Gewerbebetrieb und aus selbständiger Arbeit erzielen (glA ALTFELDER, FR 2005, 6 [13 zu Fn. 63]). Diese Einkünfte sind gesondert festzustellen und den Gesellschaftern zuzurechnen.

11

## II. Rechtsfolge der Nr. 40a

Die Vergütungen iSd. § 18 Abs. 1 Nr. 4 sind zu 40 % stbefreit. Sie unterliegen wegen der Zuordnung zu den Einkünften aus selbständiger Arbeit auch nicht der GewSt. Da § 18 Abs. 1 Nr. 4 Halbs. 2 die Anwendung des § 15 Abs. 3 ausdrückl. ausschließt, ist weder die Beteiligung an einer gewerblich geprägten PersGes. schädlich, noch droht eine Abfärbung.

**Begriff der Vergütung und des der selbständigen Arbeit dienenden Vermögens:** Vergütungen sind die Einnahmen oder BV-Mehrungen einer anspruchsberechtigten natürlichen Person oder PersGes. als *carry holder*, je nachdem, ob der Gewinn nach § 4 Abs. 3 oder § 4 Abs. 1 ermittelt wird. Da es sich um Einkünfte aus selbständiger Arbeit handelt, kann insoweit stl. BV entstehen. Bei Beteiligung der Initiatoren an einer Kapitalbeteiligungsgesellschaft kann die Beteiligung BV werden, das als der selbständigen Arbeit dienendes Vermögen uU von gewerblichem BV zu trennen ist (TORMÖHLEN in KORN, § 18 Rn. 103.14).

**Der Abzug von Aufwendungen** ist nach § 3c Abs. 2 Satz 1 ab VZ 2009 auf 60 % beschränkt. Solche durch den *carried interest* als Leistungsvergütung veranlassten Aufwendungen können Reise- und Kommunikationskosten des Fondssinitiators sein oder AK für WG, die er auf eigene Rechnung begleicht und für die er auch einen höheren Gewinnanteil erhält. Diese Aufwendungen, die entweder BA oder WK sind, je nachdem, ob der Fondssinitiator einen Betrieb

unterhält oder tatsächlich eine Dienstleistungsvergütung vereinnahmt, müssen mit den Einnahmen in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen und dürfen unabhängig davon, in welchem VZ die Einnahmen anfallen, nur anteilig abgezogen werden (§ 3c Abs. 2 Satz 1).

► *Anteiliges Abzugsverbot nicht auf die Höhe der Einnahmen beschränkt:* Nach dem Wortlaut des § 3c Abs. 2 Satz 1 ist das anteilige Abzugsverbot nicht auf die Höhe der stpfl. Vergütungen beschränkt, hindert also den vollen Abzug der Aufwendungen in vorangegangenen VZ nicht nur dann, wenn der Gewinnvorzug erst – wie meist üblich – bei Beendigung des Fonds gezahlt wird, sondern auch im Verlustfall bei überperiodischer Betrachtung (s. § 3c Anm. 66 und Anm. 10 zu einer möglichen verfassungskonformen Auslegung).

► *Ab VZ 2009 anteiliges Abzugsverbot:* Der zeitliche Anwendungsbereich des anteiligen Abzugsverbots gem. § 3c Abs. 2 Satz 1 ist gesetzlich nicht ausdrückl. geregelt. Es gilt daher § 52 Abs. 1 mit der Folge, dass Teileinkünfteverfahren und anteiliges Abzugsverbot einheitlich erstmals für den VZ 2009 anwendbar sind.

► *Bis zum VZ 2008 keine Regelung zum Abzug der Aufwendungen:* Vor Einführung des Teil-Abzugsverbots für Aufwendungen im Zusammenhang mit dem *carried interest* gab es keine ausdrückliche gesetzliche Regelung, so dass die Rechtslage umstritten war.

So wird etwa der volle Abzug der Aufwendungen für möglich gehalten, weil § 3c Abs. 2 nur die Fälle der Nr. 40 betrifft, § 3c Abs. 1 aber nicht auf das Halbeinkünfteverfahren zugeschnitten ist (so ALTFELDER, FR 2005, 6 [14]); nach aA ist § 3c Abs. 1 anzuwenden, mit der Folge, dass die nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit den stfreien Einnahmen zusammenhängenden BA (solche, die vor dem VZ anfallen, in dem der Vergütungsanspruch entsteht) keinem Abzugsverbot unterliegen (so TORMÖHLEN in KORN, § 18 Rn. 103.16 f.), während nach einer weiteren Auffassung das Abzugsverbot des § 3c Abs. 1 unmittelbar bis zur Höhe der anteilig stfreien Einnahmen anwendbar sein soll (so DESENS/KATHSTEDT, FR 2005, 863 [871]). Schließlich wird ohne nähere Begründung auch § 3c Abs. 2 unmittelbar angewendet (ERHARD in BLÜMICH, § 3 Nr. 40a Rn. 5).

§ 3c Abs. 2 Satz 1 idF des MoRaKG kann uE nicht für die zurückliegenden VZ angewendet werden, in denen noch das Halbeinkünfteverfahren galt. Vielmehr ist § 3c Abs. 2 aF analog anzuwenden. Es handelt sich dabei zwar um eine belastende Analogie, die aber nach der Rspr. des BFH zugelassen ist, wenn sich einwandfrei ergibt, dass eine Gesetzeslücke vorliegt, dem Gesetzeswortlaut oder aus den Gesetzesmaterialien aber eindeutige Rechtsprinzipien zu entnehmen sind, nach denen diese Lücke zu schließen ist (BFH v. 20.10.1983 – IV R 175/79, BStBl. II 1984, 221 [224], mwN). Diese Voraussetzungen liegen vor (aA TORMÖHLEN in KORN, § 18 Rn. 103.16), denn bei der hälftigen StBefreiung für den *carried interest* hätte es nahe gelegen, in § 3c Abs. 2 eine entsprechende Verweisung auf Nr. 40a vorzusehen. Dass dies unterblieben ist, kann nur als ein gesetzgeberisches Versehen gedeutet werden, denn die Nr. 40a wurde als Sonderregelung allein deshalb geschaffen, um auch KapGes. in den Genuss der StBegünstigung zu bringen (s. Anm. 3 „Förderungsmaßnahme und Ausgleich für zweifelhafte Vollbesteuerung des Gewinnvorzugs“); dies wird durch die Gesetzesmaterialien zum MoRaKG best. (Stellungnahme des BRats v. 10.10.2007, BTDrucks. 16/6648), wo es heißt:

„Die Übertragung dieser Systematik“ (gemeint ist das anteilige Abzugsverbot) „auf den nach dem Muster des Teileinkünfteverfahrens teils nicht steuerpflichtigen *carried interest* bei vermögensverwaltenden *Private-Equity*-Gesellschaften wurde bisher versäumt; auch hier ist der Betriebsausgabenabzug auf einen Anteil von 60 Prozent zu beschränken.“

§ 3 Nr. 40a Anm. 11 B. Teileinkünftebesteuerung Gewinnvorzug

Daraus wird deutlich, dass der Gesetzgeber das Teileinkünfteverfahren nur als Muster für die anteilige StBefreiung herangezogen hat, eine Gesetzeslücke eingesteht und diese – hätte er sie früher erkannt – ebenso geschlossen hätte, wie er das durch § 3c Abs. 2 Satz 1 idF des MoRaKG, aber auch für den Fall der sog. *exit tax* bei den REITs nach § 3 Nr. 70 und § 3c Abs. 3 getan hat.