

# Private Equity und Venture Capital Fonds

Bearbeitet von

Herausgegeben von Prof. Dr. Reinhard Pöllath, LL.M., Dr. Andreas Rodin, und Uwe Wewel, Ministerialrat a.D., Bearbeitet von Dr. Philipp Ahlers, Uwe Bärenz, Enzo Biagi, André Blischke, Ronald Buge, Dr. Peter Bujotzek, Dr. Robert Eberius, Joel El-Qalqili, LL.M., Dr. Fabian Euhus, Sebastian Garncarz, Dr. Andreas Gens, Dr. Anna Katharina Gollan, Dr. Christian Hillebrand, Jin-Hyuk Jang, Tim Junginger, Dr. Sebastian Käßlinger, Dr. Tobias Lochen, Lennart Lorenz, Tarek Mardini, Felix Mockler, Dr. Joachim Mogck, Antonia Nabavi, Lukas Nieslony, Eric Olmesdahl, Michelle Radoch, Dr. Stephan Schade, Andrea Schoeneberg, Dr. Philip Schwarz van Berk, Dr. Jens Steinmüller, Dr. Niklas Ulrich, Amos Veith, und Patricia Volhard

1. Auflage 2018. Buch. XXXVIII, 722 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 71117 6

Format (B x L): 14,1 x 22,4 cm

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Bankrecht, Kapitalmarktrecht > Kapitalmarktrecht, Wertpapierrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text "beck-shop.de" in a bold, red, sans-serif font. Above the "i" in "shop" are three red dots of increasing size. Below the main text, the words "DIE FACHBUCHHANDLUNG" are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

nicht als Einkunft aus selbstständiger Arbeit qualifiziert, könnte es jedoch zu einer Nichtbesteuerung kommen, wenn § 20 AStG nicht anzuwenden ist und das jeweilige Doppelbesteuerungsabkommen keine **Subject-to-Tax-Clause**<sup>187</sup> enthält. In anderen Fällen wäre eine Doppelbesteuerung möglich, soweit der andere Staat den Carried Interest nicht als Einkunft aus selbstständiger Arbeit, sondern als andere Einkunftsart qualifiziert.<sup>188</sup>

*bb) Carry-Gesellschaft (Initiatoren KG) als Leistender iSd § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG*

Geht man hingegen davon aus, dass die **Carry-Gesellschaft** (Initiatoren-KG) 160 selbst sich im Fonds-Gesellschaftsvertrag zur Erbringung der Leistungen zur Förderung des Gesellschaftszwecks durch finanzielle und ideelle Gesellschafterbeiträge verpflichtet,<sup>189</sup> so gelangt man bzgl. der Frage des Orts der Leistungserbringung ggf. zu einem anderen Ergebnis.

*(1) Inländische beschränkte Steuerpflicht*

Für diesen Fall wird vertreten, dass bereits die Carry-Gesellschaft Einkünfte 161 aus selbstständiger Arbeit iSv § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG erzielt. Die Einkünfte eines ausländischen Carried Interest Berechtigten unterliegen dann gem. § 49 Abs. 1 Nr. 3 EStG der inländischen beschränkten Steuerpflicht, wenn man weiterhin davon ausgeht, dass die Carry-Gesellschaft für den ausländischen Carried Interest Berechtigten zumindest eine inländische Geschäftsleitungsbetriebsstätte iSd § 12 S. 2 Nr. 1 AO begründet.<sup>190</sup> Im Ergebnis wären dann entweder 100 % des Carried Interest des ausländischen Carried Interest Berechtigten in Deutschland steuerpflichtig, wenn man 100 % des Carried Interest der inländischen Geschäftsleitungsbetriebsstätte zurechnen wollte. Geht man hingegen davon aus, dass die Carry-Gesellschaft auch im Ansässigkeitsstaat des ausländischen Carried Interest-Berechtigten eine Betriebsstätte unterhält und dass der Carried Interest dieser Betriebsstätte und der inländischen Geschäftsleitungsbetriebsstätte anteilig zuzurechnen ist, so wäre der Carried Interest entsprechend anteilig im Inland und im jeweiligen Ansässigkeitsstaat des ausländischen Carried Interest-Berechtigten zu versteuern. Diese Position ist nach Auffassung des Verfassers abzulehnen, weil eine vermögensverwaltende Personengesellschaft wie die Carry-Gesellschaft keine Betriebsstätte haben kann und man somit schon nach nationalen Vorschriften nicht zu einer beschränkten Steuerpflicht des ausländischen Carried Interest-Berechtigten kommt.<sup>191</sup>

*(2) DBA-Schutz*

Bejaht man hingegen eine beschränkte Steuerpflicht des ausländischen Carried 162 Interest-Berechtigten nach § 49 Abs. 1 Nr. 3 EStG im Inland, so stellt sich die Frage, wie es sich auswirkt, wenn der ausländische Carried Interest-Berechtigte steuerlich in einem **DBA-Staat** ansässig ist. In diesem Zusammenhang stellt sich

<sup>187</sup> In dieser Klausel wird die Freistellung ausländischer Einkünfte davon abhängig gemacht, dass der andere Staat die freizustellenden Einkünfte tatsächlich einer Besteuerung unterwirft.

<sup>188</sup> Bernhardt BBV 2004, 15 (17); Früchtl IStR 2009, 604 (607 ff.).

<sup>189</sup> Schnittker/Steinbiß IStR 2015, 760 (761).

<sup>190</sup> Vgl. Schnittker/Steinbiß IStR 2015, 760 (765).

<sup>191</sup> Vgl. auch Früchtl IStR 2009, 604 (609).

wiederum die Frage, unter welche DBA-Norm der Carried Interest zu fassen ist. In Frage kommen Art. 7 OECD-MA (Unternehmensgewinne) sowie die Art. 10 OECD-MA (Dividenden), Art. 13 OECD-MA (Veräußerungsgewinne) sowie Art. 11 OECD-MA (Zinseinkünfte), wenn man den Carried Interest nicht zu den Unternehmensgewinnen zählen will. Die Anwendbarkeit der genannten DBA-Normen hängt dabei jeweils davon ab, aus welcher Einkunftsart sich der Carried Interest speist. Letztlich steht aber für alle der genannten Einkunftsarten ausschließlich dem ausländischen Staat das Besteuerungsrecht zu, so dass es nicht zu einer Besteuerung des ausländischen Carried Interest-Berechtigten im Inland käme.<sup>192</sup>

- 163 Eine Anwendung von Art. 7 OECD-MA (Unternehmensgewinne) setzt die Ausübung einer Geschäftstätigkeit voraus (Art. 3 Abs. 1 Buchst. c OECD-MA). Der Begriff der Geschäftstätigkeit schließt dabei gem. Art. 3 Abs. 1 Buchst. h OECD-MA auch die Ausübung einer freiberuflichen sonstigen selbständigen Tätigkeit ein. Nach einer breiten Auffassung in der Literatur ist für die Frage, was unter einer Geschäftstätigkeit bzw. selbständigen Tätigkeit zu verstehen ist, auf die Begriffsdefinitionen im innerstaatlichen Recht zurückzugreifen. Hiernach ist unter einer Geschäftstätigkeit im Grundsatz eine Tätigkeit iSd § 15 Abs. 2 EStG sowie eine selbständige Tätigkeit iSd § 18 EStG zu verstehen.<sup>193</sup> Sieht man mit der Finanzverwaltung den Carried Interest als originäre Tätigkeitsvergütung für eine selbstständige Tätigkeit an, so wäre für das Besteuerungsrecht Deutschlands bzgl. ausländischer Carried Interest-Berechtigter Art. 7 OECD-MA maßgeblich. Art. 7 Abs. 1 S. 2 OECD-MA weist Deutschland insoweit ein Besteuerungsrecht für den Carried Interest zu, als dieser einer inländischen Betriebsstätte zuzuordnen ist. Geht man davon aus, dass die Carry-Gesellschaft selbst den Einkünfteerwerb des § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG verwirklicht und für den ausländischen zum Bezug von Carried Interest Berechtigten eine inländische Betriebsstätte begründet, so stünde Deutschland das Besteuerungsrecht bzgl. des Anteils am Carried Interest zu, der mit dieser Betriebsstätte verknüpft ist.

## 7. Würdigung

- 164 Auch gute zwölf Jahre nach Einführung der Regelungen zur Besteuerung des Carried Interest in § 3 Nr. 40a EStG, § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG besteht hinsichtlich einer Vielzahl von Einzelfragen mit Blick auf die Anwendbarkeit der entsprechenden Regelungen Unsicherheit. Der in der inländischen Praxis von Private Equity-Fonds gegebene Regelfall einer privat vermögensverwaltenden Fondsgesellschaft, an der die zum Bezug von Carried Interest Berechtigten über eine zwischengeschaltete Carry-Gesellschaft (Initiatoren KG) beteiligt sind, ist von den genannten Regelungen relativ eindeutig erfasst und führt zu einer Steuerpflicht hinsichtlich von 60% des zugewiesenen Carried Interest. Solange

<sup>192</sup> So *Schnittker/Steinbiß* IStR 2015, 760 (767) und *Früchtl* IStR 2009, 604 (610).

<sup>193</sup> *Vogel/Lehner/Dürschmidt* DBA Art. 3 Rn. 41; *Wassermeyer/Wassermeyer* DBA Art. 7 Rn. 14; aA *Schnittker/Steinbiß* IStR 2015, 760 (766), die als Geschäftstätigkeit nur eine selbständige nachhaltige Betätigung mit Gewinnerzielungsabsicht verstehen, die sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt. Weder die Carry-Gesellschaft noch der einzelne zum Carried Interest Berechtigte üben jedoch eine Tätigkeit aus, die sich als Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstelle; gleicher Auffassung auch *Rodin* (Fn. 116), 107.

diese Regelung entsprechend beibehalten wird, bewegt sich die Besteuerung des Carried Interest in Deutschland sicherlich noch in einem im internationalen Vergleich akzeptablen Rahmen.

Sobald die Struktur des Carried Interest bei einem Private Equity-Fonds jedoch nicht in den Anwendungsbereich der § 3 Nr. 40a EStG, § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG fällt, bestehen eine Reihe offener Fragen. Dies gilt insb. für Carried Interest aus gewerblichen Fondsgesellschaften sofern man entgegen der vorstehend vertretenen Auffassung davon ausgeht, dass dieser nicht vom Tatbestand des § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG erfasst ist. Hier stellt sich – wie dargestellt – zunächst die Frage, ob Carried Interest aus gewerblichen Fondsgesellschaften nach Auffassung der Finanzverwaltung von der Annahme des BMF-Schreibens vom 16.12.2003 erfasst ist, wonach es sich beim Carried Interest um eine erfolgsabhängige Tätigkeitsvergütung handelt. Geht man mit der hier vertretenen Auffassung davon aus, dass das BMF-Schreiben entsprechende Fälle nicht berührt, so stellt sich die schon früher relevante Frage, ob die kapitaldisproportionale Ergebnisverteilungsabrede in entsprechenden Fondsgesellschaftsverträgen steuerlich anzuerkennen und nachzuvollziehen ist. In diesem Fall wird die ständige Rechtsprechung des BFH relevant, wonach Gesellschafterbeiträge zum einen in der Form von Geld oder Sachwerten, aber auch in Form immaterieller Beiträge erbracht werden können und wonach eine Ergebnisverteilungsabrede, die auch entsprechende immaterielle Beiträge berücksichtigt, regelmäßig anzuerkennen ist.<sup>194</sup> Folgt man dieser Ansicht, so gelangt man auch im Fall gewerblicher Fondsgesellschaften zu sachgerechten Ergebnissen. Denn auch in diesem Fall wäre der Carried Interest, soweit er sich aus Veräußerungsgewinnen und Dividenden speist, zu 60 % steuerpflichtig. Die Tatsache, dass zwölf Jahre nach Einführung der neuen gesetzlichen Regelungen in § 3 Nr. 40a EStG, § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG nur wenig finanzgerichtliche Rechtsprechung zur Anwendung der Vorschriften existiert und hierzu nach Kenntnis des Verfassers (mit Ausnahme der gesetzlichen Übergangsregelungen) keine offiziellen Verlautbarungen der Finanzverwaltung erfolgt sind, die Erhellendes zur Anwendung der entsprechenden Vorschriften beitragen, mag als Indiz dafür gewertet werden, dass bei den entsprechenden Steuerpflichtigen und der zuständigen Finanzverwaltung entweder eine hohe Kompromissbereitschaft besteht oder die Regelungen in den meisten der in der Praxis relevanten Fälle doch zu sachgerechten Ergebnissen führen.

#### IV. Steuern: Umsatzsteuer

##### 1. Einleitung

AIF werden von AIFM verwaltet. Bei Private Equity-Fonds ist der AIFM zwar regelmäßig Gesellschafter der Fonds-Gesellschaft, wird aber idR als externer AIFM tätig. Für die **Verwaltung des AIF** erhält der AIFM in diesen Fällen üblicherweise eine Vergütung, die sich regelmäßig nach einem festen Prozentsatz

<sup>194</sup> BFH 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 23.1.2001 – VIII R 30/99, BStBl. II 2001, 621, unter III. 3. B); BFH 13.10.1998 – VIII R 4/98 BStBl. II 1999, 284, unter 2. B). Zur Anerkennung kapitaldisproportionaler Ausschüttungen bei einer GmbH: BFH 19.8.1999 – I R 77/96, BStBl. II 2001, 43, DStR 1999, 1849 (1851).

am Zeichnungskapital (idR 1,5–2,5 %, vgl. auch Rn. 7 ff.) oder an den historischen Anschaffungskosten der vom AIF gehaltenen Unternehmensbeteiligungen bestimmt. Diese Vergütung wird häufig (oftmals untechnisch) als „Gewinnvorab“, „Priority Profit Share“ oder „Management Fee“ bezeichnet. Der AIFM ist durch seine Verwaltungstätigkeit **idR als Unternehmer iSd § 2 Abs. 1 UStG** tätig. Der AIF, der die Leistungen des AIFM in Anspruch nimmt, ist dagegen zumeist nicht umsatzsteuerlicher Unternehmer (§ 2 Abs. 1 UStG) und daher insb. auch nicht zum Vorsteuerabzug nach § 15 UStG berechtigt.<sup>195</sup> Ist daher die Verwaltungstätigkeit des AIFM umsatzsteuerbar und -pflichtig, belastet die infolge der Verwaltung anfallende Umsatzsteuer den AIF idR endgültig und verringert damit im Ergebnis auch die Rendite der Anleger entsprechend.

- 167 Auf die Verwaltungstätigkeit des AIFM fällt allerdings **keine Umsatzsteuer** an, **wenn** schon **keine umsatzsteuerbare Leistung** (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG) vorliegt<sup>196</sup> oder wenn die Tätigkeit des AIFM zumindest **von der Umsatzsteuer befreit** ist.<sup>197</sup>

## 2. Umsatzsteuerbarkeit

- 168 Die **Umsatzsteuerbarkeit** der **Verwaltungstätigkeit des AIFM** in Deutschland setzt voraus, dass es sich dabei um eine sonstige Leistung iSv § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG iVm § 3 Abs. 9 S. 1 UStG handelt, die der AIFM im Inland gegen Entgelt im Rahmen seines Unternehmens ausführt. Zwischen Leistung und Gegenleistung muss eine kausale Verknüpfung dergestalt bestehen, dass der leistende AIFM aufgrund seiner Leistung die Gegenleistung erhält.<sup>198</sup> Ein finaler Zusammenhang muss dagegen nicht bestehen, die Leistung muss nicht um der Gegenleistung willen erbracht werden.<sup>199</sup> **Problematisch ist die Frage eines Leistungsaustausches** in diesem Sinn in Konstellationen, in denen der AIFM kein fremder Dritter, sondern **als Gesellschafter** (namentlich als Komplementär oder geschäftsführender Kommanditist) **an einem – als Personengesellschaft zu qualifizierenden – AIF beteiligt** ist.

- 169 **Unproblematisch**, dh regelmäßig umsatzsteuerbar, ist hingegen die entgeltliche Verwaltung eines AIF durch einen nicht als Gesellschafter beteiligten AIFM sowie die Verwaltung eines AIF in der Rechtsform einer Körperschaft (namentlich Kapitalgesellschaften) durch einen externen AIFM.

### a) Entwicklungen in der früheren Rechtsprechung

- 170 Die Rechtsprechung differenzierte für Zwecke der umsatzsteuerlichen Behandlung der **Verwaltungstätigkeit eines Gesellschafters gegenüber seiner Gesellschaft** ursprünglich danach, ob entweder der Gesellschafter für seine Tätigkeit ein gesondertes Entgelt (Sonderentgelt) erhält, oder seine Tätigkeit bereits im Rahmen der Gewinnverteilung innerhalb der Gesellschaft abgegolten wird.<sup>200</sup>

<sup>195</sup> Vgl. *Fabry/Jarsch* GmbHR 2002, 1016 (1018).

<sup>196</sup> Rn. 168 ff.

<sup>197</sup> Rn. 176 ff.

<sup>198</sup> *Bunjes/Robisch* UStG § 1 Rn. 15.

<sup>199</sup> BFH 5.12.2007 – V R 60/05, BStBl. II 2009, 486 (488); BFH 16.1.2003 – V R 92/01, BStBl. II 2003, 732 (733); *Bunjes/Robisch* UStG § 1 Rn. 8.

<sup>200</sup> BFH 19.7.1973 – V R 157/71, BStBl. II 1973, 764 (765); BFH 18.7.1968 – V 200/65, BStBl. II 1968, 702.

Eine **umsatzsteuerbare Leistung** sollte danach nur im ersten Fall vorliegen, dh **wenn ein Sonderentgelt vereinbart wurde**. Irrelevant war allerdings die rechtliche Grundlage der Tätigkeit, dh ob die Leistung als gesellschaftsrechtliche oder nicht-gesellschaftsrechtliche Verpflichtung (sonstiger schuldrechtlicher Vertrag) zu beurteilen ist, da auch der Beitrag eines Gesellschafters als potenzielle Lieferung oder sonstige Leistung angesehen wurde.<sup>201</sup>

Eine erste Änderung der Rechtsprechung erfolgte durch ein Urteil des BFH 171 vom 17.7.1980.<sup>202</sup> Im Rahmen seiner sog. **Organwalterrechtsprechung** entschied der BFH, dass die Führung der Geschäfte einer Personengesellschaft (GbR) sowie die Vertretung durch eine GmbH, welche die einzige geschäftsführende und persönlich haftende Gesellschafterin der GbR ist, auch dann keine Leistung iSv § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG darstellt, wenn eine gewinnabhängige oder gewinnunabhängige Geschäftsführungsvergütung gezahlt wird. Die Art und Weise der Ausgestaltung der Regelungen über die Abgeltung der Tätigkeit war insofern ohne Belang. Die **Erbringung der „organschaftlichen“ Geschäftsführungs- und Vertretungstätigkeit sei kein umsatzsteuerbarer Leistungsaustausch**. Vielmehr realisiere sich mangels eigener Handlungsfähigkeit der Gesellschaft der Gesellschaftszweck erst durch das Tätigwerden des Gesellschafters.<sup>203</sup> (Nur) ein außerhalb der organschaftlichen Geschäftsführungsbefugnis und Vertretung erfolgreicher Leistungsaustausch, der durch ein „Sonderentgelt“ abgegolten wurde, wurde weiterhin als umsatzsteuerbare Leistung angesehen. Die Verwaltung des AIF durch einen als Gesellschafter beteiligten, geschäftsführenden und vertretungsbefugten AIFM war nach der sog. Organwalterrechtsprechung umsatzsteuerfrei.

b) Aktuelle Rechtsprechung und Verwaltungspraxis

Der BFH gab die – in Teilen des Schrifttums zuvor stark kritisierte<sup>204</sup> – **Or-** 172 **ganwalterrechtsprechung**<sup>205</sup> durch Urteil vom 6.6.2002 ausdrücklich auf und kehrte im Kern zu seiner früheren Rechtsprechung<sup>206</sup> zurück.<sup>207</sup> Im zugrunde liegenden Fall erbrachte eine GmbH jeweils Geschäftsbesorgungsleistungen für mehrere Immobilienfonds in der Rechtsform der GbR gegen eine Vergütung auf Grundlage separat geschlossener Geschäftsbesorgungsverträge. Die GmbH war zwar an einem Teil der Fonds auch als Gesellschafterin beteiligt. Der BFH nahm dennoch in sämtlichen zu entscheidenden Konstellationen einen umsatzsteuerbaren Leistungsaustausch an. Entscheidend sei, dass ein „Sonderentgelt“ für die Tätigkeit des Gesellschafters gezahlt werde und die Leistung der GmbH nicht bereits als „echter“ Gesellschafterbeitrag durch die Beteiligung am Gewinn und Verlust abgegolten sei. **Leistungen eines als Gesellschafter beteiligten AIFM**

<sup>201</sup> BFH 18.7.1968 – V 200/65, BStBl. II 1968, 702.

<sup>202</sup> BFH 17.7.1980 – V R 5/72, BStBl. II 1980, 622 (623 f.); s. R.n. 172 zur erneuten Rechtsprechungsänderung im Juni 2002.

<sup>203</sup> BFH 17.7.1980 – V R 5/72, BStBl. II 1980, 622 (623 f.).

<sup>204</sup> Vgl. nur *Heidner* DStR 2002, 1890 (1891): keine dogmatische Grundlage; *Wagner* UR 1994, 422 (424 f.): „Begründung umsatzsteuerrechtlich schwer nachvollziehbar“; vgl. auch *Fabry/Jarsch* GmBH R 2002, 1016 (1017) mwN.

<sup>205</sup> Vgl. R.n. 171.

<sup>206</sup> Vgl. R.n. 170.

<sup>207</sup> BFH 6.6.2002 – V R 43/01, BStBl. II 2003, 36.

**gegen (Sonder-)Entgelt stellen danach (wieder) einen umsatzsteuerbaren Leistungsaustausch dar.** Ob der Gesellschafter (AIFM) im Rahmen seiner Leistungserbringung auch Mitgliedschaftsrechte ausübt, ist danach nicht (mehr) erheblich.<sup>208</sup>

- 173 Die **Finanzverwaltung folgt der neueren Rechtsprechung des BFH** im Grundsatz.<sup>209</sup> Sie geht darauf aufbauend davon aus, dass ein Sonderentgelt und damit ein steuerbarer Leistungsaustausch vorliegt, wenn entweder die Vergütung des AIFM im Rahmen der Ergebnismittlung als Aufwand behandelt wird<sup>210</sup> oder die Vergütung zwar als Teil der Ergebnisverwendung behandelt wird, sich aber gleichwohl ergebnismindernd auswirkt oder sich aus den Gesamtumständen des Einzelfalls ergibt, dass sie nach den Vorstellungen der Gesellschafter als Sonderentgelt gewährt werden soll.<sup>211</sup> Hierdurch setzt die Finanzverwaltung das vom BFH zur Abgrenzung verwendete Kriterium der „Beteiligung am Gewinn und Verlust“ der Gesellschaft mit einer „Beteiligung am Jahresüberschuss/-fehlbetrag“ gleich. Zugleich versagt die Finanzverwaltung damit – unseres Erachtens zu Unrecht – Gestaltungen die Anerkennung, bei denen dem AIFM nicht (ausschließlich) Anteile am Jahresüberschuss zugewiesen werden, sondern das Entgelt für dessen Tätigkeit aus dem Bilanzgewinn des AIF beglichen wird, der sich aus dem Jahresüberschuss/-fehlbetrag und Entnahmen aus etwaigen Rücklagen (einschließlich Kapitalrücklagen) zusammensetzt.<sup>212</sup>

c) Nicht umsatzsteuerbare sog. *Leistungsvereinigung*

- 174 Es verbleibt somit nur ein **eng umgrenzter Bereich**, in dem die Verwaltungsleistung eines (als Personengesellschafter beteiligten) externen AIFM für den AIF als **nicht umsatzsteuerbare Leistungsvereinigung** eingeordnet werden kann. Lediglich dann, wenn kein besonderes (Sonder-)Entgelt<sup>213</sup> vorliegt, sondern die Verwaltungsleistung des AIFM bereits durch eine Beteiligung am Gewinn und Verlust („echter“ **Gewinnvorab bzw. Vorabgewinn**) abgegolten wird, liegt kein umsatzsteuerbarer Leistungsaustausch vor. Das ist nach der restriktiven – unseres Erachtens insoweit zu engen – Auffassung der Finanzverwaltung nur dann der Fall, wenn die Vergütung des AIFM für die Verwaltungsleistung ausschließlich aus erwirtschafteten Jahresüberschüssen gezahlt wird.<sup>214</sup> Da ein AIF in den Anfangsjahren aufgrund des sog. **J-Curve-Effekts** keinen Gewinn erzielen kann, muss der AIF dem AIFM ein (unbedingt rückzahlbares (recourse)) Darlehen gewähren, sofern der AIFM laufende Einnahmen aus dem AIF erhalten soll.
- 175 Die Ausgestaltung der Abgeltung der Verwaltungstätigkeit des AIFM in Form einer echten Gewinn-/Verlustbeteiligung ist **praktisch selten** möglich. Denn dies setzt im Ergebnis voraus, dass der AIFM nur dann eine Vergütung über die Verwaltungstätigkeit erhält, falls der AIF – bezogen auf die Gesamtperiode

<sup>208</sup> BFH 5.12.2007 – V R 60/05, BStBl. II 2009, 486 (488); zur Kritik an der Tendenz des BFH, den Aspekt der Personenverschiedenheit von AIFM und AIF in gesellschaftsrechtlicher Hinsicht zu vernachlässigen bereits *Bujotzek*, 43 (52) mwN.

<sup>209</sup> UStAE 1.6 Abs. 3 ff.; BMF 31.5.2007, BStBl. I 2007, 503 Tz. 7.

<sup>210</sup> UStAE 1.6 Abs. 4 S. 4; BMF 31.5.2007, BStBl. I 2007, 503 Tz. 9.

<sup>211</sup> UStAE 1.6 Abs. 4 S. 6 f.; BMF 31.5.2007, BStBl. I 2007, 503 Tz. 10.

<sup>212</sup> Vgl. *Jugel/Rodin*, 43 (64); *Fabry/Jarsch GmbH* HR 2002, 1016 (1019).

<sup>213</sup> Vgl. Rn. 170, 172 f.

<sup>214</sup> Vgl. Rn. 173.



– einen Gewinn in Höhe der Verwaltungsgebühr erzielt. Insoweit müsste der AIFM volles wirtschaftliches Risiko übernehmen, was angesichts in jedem Fall anfallender laufender (Eingangs-)Kosten (Personal, Büro, etc) typischerweise praktisch nicht möglich ist. Denkbar bleiben allerdings „Misch-Fälle“, in denen neben einem gewinnunabhängigen Vergütungsbestandteil (umsatzsteuerbares „Sonderentgelt“) zumindest ein Teil der Vergütung als „echter“ Gewinnvorab vereinbart wird (nicht umsatzsteuerbar).

### 3. Umsatzsteuerbefreiung

**Umstritten** ist, ob eine umsatzsteuerbare<sup>215</sup> Verwaltung von AIF durch AIFM 176 umsatzsteuerpflichtig ist. Zu differenzieren ist dabei zwischen den unionsrechtlichen Grundlagen, namentlich Art. 135 Abs. 1 Buchst. g der Mehrwertsteuersystemrichtlinie (MwStSystRL)<sup>216</sup>, und der nationalen Rechtslage.<sup>217</sup>

#### a) Europarechtliche Grundlagen – Art. 135 Abs. 1 Buchst. g MwStSystRL

Gem. Art. 135 Abs. 1 Buchst. g MwStSystRL ist **„die Verwaltung von durch die Mitgliedstaaten als solche definierten Sondervermögen“** von der Steuer zu befreien. Dies bestimmt im Wesentlichen bereits die inhaltlich identische Vorgängervorschrift in Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie 77/388/EWG des Rates vom 17.5.1977<sup>218</sup> (Sechste Richtlinie). Von der Umsatzsteuer zu befreien war danach „die Verwaltung von durch die Mitgliedstaaten als solche definierten Sondervermögen durch Kapitalanlagegesellschaften“. Allein die textliche Einschränkung „durch Kapitalanlagegesellschaften“ ist mit Inkrafttreten der MwStSystRL entfallen. Die zu Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie ergangenen Entscheidungen des EuGH sind daher auch heute noch für die Auslegung des Art. 135 Abs. 1 Buchst. g MwStSystRL heranzuziehen.<sup>219</sup>

**Ziel von Art. 135 Abs. 1 Buchst. g MwStSystRL** ist es, die **Anlage in bestimmte Investmentvermögen (Sondervermögen) durch die Befreiung von „Mehrwertsteuern“ zu erleichtern**, um – entsprechend dem sog. umsatzsteuerlichen Neutralitätsgrundsatz – derartige Anlagen einer direkten/unmittelbaren Investition in Wertpapiere anzunähern, bei der gleichermaßen keine Umsatzsteuer auf die Verwaltungsleistung anfällt.<sup>220</sup>

#### aa) Sondervermögen

Der Begriff **„Sondervermögen“** wird in der MwStSystRL nicht legaldefiniert. Art. 135 Abs. 1 Buchst. g MwStSystRL gibt den Mitgliedstaaten stattdessen auf, eine Definition des Sondervermögens selbst festzulegen („durch die Mitgliedstaaten als solche definierten“). Hintergrund dessen ist, dass auf europäischer

<sup>215</sup> Vgl. R.n. 168 ff.

<sup>216</sup> ABl. EU 2006, L 347, 1; MwStSystRL, vgl. R.n. 177 ff.

<sup>217</sup> Vgl. R.n. 194 ff.

<sup>218</sup> ABl. EU 1977, L 145, 1.

<sup>219</sup> Kleutgens/Golz DB 2016, 16 (17); Faller/Kratz BB 2015, 1759 (1761); Mühlenkamp/Schott/Strauß MwStR 2016, 408 (410).

<sup>220</sup> EuGH 28.6.2007 – C-363/05, Slg. 2007, I-5517 Rz. 45 – JP Morgan Fleming; EuGH 4.5.2006 – C-169/04, BStBl. II 2010, 567 Rz. 62 – Abbey National; Schlussanträge GA Kokott 20.5.2015 – C-595/13, juris Rz. 39 – Fiscale Eenheid; BMF 6.5.2010, BStBl. I 2010, 563 Tz. 14 f.



Ebene das Mehrwertsteuerrecht vor dem Aufsichtsrecht harmonisiert wurde.<sup>221</sup> Mangels vorhandener unionsrechtlicher Begriffsbestimmungen musste das europäische Mehrwertsteuerrecht (damals noch Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie) daher an **Definitionen des nationalen Rechts** anknüpfen, um die Befreiung der Verwaltung von Investitionsvermögen (Sondervermögen) von der Mehrwertsteuer zu regeln.<sup>222</sup>

- 180 Die **Definitionsbefugnis der Mitgliedstaaten ist allerdings begrenzt** durch die mit der Richtlinienbestimmung verfolgten Ziele<sup>223</sup> sowie den unionsrechtlichen Grundsatz der steuerlichen Neutralität.<sup>224</sup> Aus dem **Neutralitätsgrundsatz** folgt zum einen, dass die Definition des **Sondervermögens unabhängig von der Rechtsform** sein muss, dh sowohl Investmentvermögen in Vertrags- oder Trustform als auch diejenigen in Satzungsform erfasst sein müssen.<sup>225</sup> Ferner verlangt die **Wettbewerbsneutralität** der Umsatzsteuer, dass Wirtschaftsteilnehmer, die gleichartige Umsätze tätigen, bei der Erhebung der Umsatzsteuer gleich behandelt werden.<sup>226</sup> Die Mitgliedstaaten sind daher im Rahmen ihrer Definitionsbefugnis nicht ermächtigt, eine Unterscheidung anhand der operativen Form des Investitionsvermögens vorzunehmen.<sup>227</sup> Nachdem zwischenzeitlich mit Inkrafttreten der Richtlinie 85/611/EWG des Rates vom 20.12.1985 (OGAW-Richtlinie)<sup>228</sup> das Aufsichtsrecht für Organismen für gemeinsame Anlagen harmonisiert wurde, entschied der EuGH in der Rechtssache „Abbey National“, dass **Sondervermögen** iSv Art. 135 Abs. 1 Buchst. g MwStSystRL **stets** solche Organismen sind, die unter die OGAW-Richtlinie fallen (OGAW).<sup>229</sup> Der bisherige Harmonisierungsprozess des Aufsichtsrechts durch die OGAW-Richtlinie hat aber keineswegs abschließende Wirkung für die Definition des Sondervermögens iSv Art. 135 Abs. 1 Buchst. g MwStSystRL. Dementsprechend wurde ebenfalls bereits **frühzeitig anerkannt**, dass auch die **Erfassung von geschlossenen Fonds als Sondervermögen möglich und geboten** ist, soweit diese Fonds sich im **Wettbewerb** mit anderen von der Mehrwertsteuer befreiten Fonds (insb. OGAW) befinden.<sup>230</sup>

<sup>221</sup> Vgl. Schlussanträge GA Kokott 20.5.2015 – C-595/13, BeckRS 2015, 80685 Rz. 21 – Fiscale Eenheid; EuGH 28.6.2007 – C-363/05, Slg. 2007, I-5517 Rz. 32 – JP Morgan.

<sup>222</sup> Schlussanträge GA Kokott 20.5.2015 – C-595/13, BeckRS 2015, 80685 Rz. 21 – Fiscale Eenheid.

<sup>223</sup> Vgl. Rn. 168.

<sup>224</sup> EuGH 9.12.2015 – C-595/13, ABL. EU 2016, C 48, 2 Rz. 32 f. – Fiscale Eenheid.

<sup>225</sup> EuGH 4.5.2006 – C 169/04, BStBl. II 2010, 567 Rz. 53 – Abbey National.

<sup>226</sup> Vgl. nur EuGH 6.11.2003 – C-45/01, Slg. 2003, I-12911 Rz. 44 – Dornier; EuGH 10.9.2002 – C-141/00, Slg. 2002, I-6833 Rz. 30 – Kügler.

<sup>227</sup> EuGH 28.6.2007 – C-363/05, Slg. 2007, I-5517 Rz. 29 – JP Morgan Fleming.

<sup>228</sup> ABL. EU 1985, L 375/3.

<sup>229</sup> EuGH 4.5.2006 – C-169/04, BStBl. II 2010, 567 Rz. 62 f. – Abbey National; seitdem st. Rspr., vgl. EuGH 9.12.2015 – C-595/13, ABL. EU 2016, C 48, 2 Rz. 36 – Fiscale Eenheid; EuGH 13.3.2014 – C-464/12, MwStR 2014, 294 Rz. 46 – ATP Pension Service; EuGH 7.3.2013 – C-424/11, MwStR 2013, 157 Rz. 23 – Wheels Common Investment Fund Trustees ua; EuGH 19.7.2012 – C-44/11, BStBl. II 2012, 945 Rz. 31 f. – Deutsche Bank.

<sup>230</sup> Vgl. EuGH 28.6.2007 – C-363/05, Slg. 2007, I-5517 Rz. 48 – JP Morgan.