Titel:

Zur steuerlichen Behandlung des sog. Carried Interests

Normenkette:

EStG § 18 Abs. 1 Nr. 4

Leitsätze:

1. Bei einer steuerlich anzuerkennenden Gewinnverteilungsabrede ist der Carried Interest Gewinnanteil. (redaktioneller Leitsatz)
2. Die übrigen Fondgesellschafter (Investoren) erzielen um den Gewinnvorzug geminderte Einkünfte. (redaktioneller Leitsatz)

Schlagwort:

Freie Berufe

Weiterführende Hinweise:

Revision zugelassen

Fundstellen:

EFG 2021, 755

BeckRS 2020, 39354

LSK 2020, 39354

DStRE 2021, 587

Tenor

1. Die Bescheide über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen 2006, 2007 und 2010 jeweils vom 24. April 2015 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 27. Juli 2018 werden dahingehend geändert, dass für 2006 ausländische Dividenden i.H.v. 278.314 €, Werbungskosten zu ausländischen Dividenden i.H.v. 13.287 € sowie Werbungskosten zu ausländischen Zinsen und anderen Erträgen ohne Dividenden i.H.v. 916 €, für 2007 ausländische Zinsen und andere Erträge ohne Dividenden i.H.v. 54.284 € sowie Werbungskosten zu ausländischen Zinsen und anderen Erträgen ohne Dividenden i.H.v. 5.428 € und für 2010 Kapitalerträge, die nicht dem Steuerabzug unterlegen haben, i.H.v. 3.183.274 € festgestellt werden.
2. Der Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens. Den Beigeladenen werden keine Kosten auferlegt; die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen werden nicht erstattet.
3. Das Urteil ist im Kostenpunkt für die Klägerin vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte darf durch Sicherheitsleistung in Höhe der zu erstattenden Kosten der Klägerin die Vollstreckung abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in derselben Höhe leistet.
4. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten zum Vorverfahren wird für notwendig erklärt.
5. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

1

Streitig ist die steuerliche Behandlung des sog. Carried Interests bei den Einkünften aus Kapitalvermögen.

I.

2

Die Klägerin, [...], ist eine Limited Partnership nach dem Recht der Cayman Islands, die nach deutschem Recht einer Personengesellschaft entspricht. Die Klägerin wurde am [...] durch Abschluss eines Limited Partnership Agreements gegründet [...]. Der Zweck der Gesellschaft besteht in der Investition in außerbörsliche Unternehmen mit der Absicht, hieraus Einkünfte aus Kapitalvermögen zu erzielen (sog.

Private Equity Markt). Gesellschafter sind der ausländische A-Partner, [...] mit Sitz im Ausland [...], sowie in- und ausländische beschränkt haftende Limited Partner (Investoren). Die Gesellschaft umfasste in den Streitjahren 2006, 2007 und 2010 ca. 100 Beteiligte, von denen jeweils 15 Gesellschafter im Inland ansässig waren.

3

Die immateriellen Beiträge der Initiatoren werden in der B-Gesellschaft gebündelt, die materiellen Geldbeiträge in der C-Gesellschaft [...]. Beide Gesellschaften sind ihrerseits Gesellschafter des A-Partner.

4

Die Klägerin ist vermögensverwaltend tätig, ihre Gesellschafter erzielen aus der Beteiligung Einkünfte aus Kapitalvermögen i.S.d. § 20 Einkommensteuergesetz (EStG) und sonstige Einkünfte i.S.d. § 23 EStG. Diese Einkünfte werden gesondert und einheitlich festgestellt.

5

Die Ergebnisverteilung auf der Ebene der Klägerin ist in Section 5.2.2 des Gesellschaftsvertrages so geregelt, dass den Initiatoren ein erhöhter Gewinnanteil (Carried Interest) zugewiesen ist, der oberhalb des Gewinnanteils liegt, der ihnen nach der von ihnen erbrachten Kapitaleinlage zusteht. Im Einzelnen ist die Gewinnverteilung wie folgt in Section 5.2.2 geregelt:

6

Zunächst werden allen Gesellschaftern (nach 5.2.2.a) anteilig, entsprechend ihrer Kapitalkonten Anteile an Einnahmen, Erträgen und Gutschriften gutgeschrieben, bis sie einen Betrag in Höhe der Vorzugsrendite erhalten haben. Danach werden (nach 5.2.2.b) dem Kapitalkonto des A-Partner 80% von den Einnahmen, Erträgen und Gutschriften anteilig gutgeschrieben, bis zu der Höhe von 30% aller Beträge, die bisher den Kapitalkonten aller Gesellschafter gutgeschrieben wurden. In einem weiteren dritten Schritt (nach 5.2.2.c) erhält der A-Partner 30% des restlichen Gewinns und die übrigen 70% des Restgewinns werden den Kapitalkonten aller Gesellschafter anteilig entsprechend ihrer Kapitaleinlagekonten gutgeschrieben. Die Verteilungsschritte nach Section 5.2.2.b und 5.2.2.c weisen dem A-Partner den Carried Interest zu (vgl. Definition in Section 5.7; wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Gesellschaftsvertrag verwiesen; [...]).

7

Für die Streitjahre reichte die Klägerin für die inländischen Beteiligten Erklärungen zur gesonderten und einheitlichen Feststellung von Grundlagen für die Einkommensbesteuerung ein und gab darin u.a. für 2006 Einnahmen aus ausländischen Dividenden i.H.v. 278.314 €, für 2007 Einnahmen aus ausländischen Zinsen und anderen Erträgen i.H.v. 54.284 € und für 2010 Kapitalerträge i.H.v. 3.183.274 € an. Außerdem machte die Klägerin Werbungskosten für 2006 i.H.v. 14.203 € (= 13.287 € zu ausländischen Dividenden + 916 € zu ausländischen Zinsen und anderen Erträgen ohne Dividenden) und für 2007 i.H.v. 5.428 € zu ausländischen Zinsen und anderen Erträgen ohne Dividenden geltend. Für weitere Einzelheiten wird auf die eingereichten Erklärungen verwiesen.

8

Der Beklagte erließ für die Streitjahre zunächst Feststellungsbescheide unter dem Vorbehalt der Nachprüfung. Mit Feststellungsbescheiden jeweils vom 23. November 2012 wurden u.a. für 2006 ausländische Dividenden i.H.v. 278.314 €, Werbungskosten zu ausländischen Dividenden i.H.v. 13.287 € sowie Werbungskosten zu ausländischen Zinsen und anderen Erträgen ohne Dividenden i.H.v. 916 €, für 2007 ausländische Zinsen und andere Erträge ohne Dividenden i.H.v. 54.284 € sowie Werbungskosten zu ausländischen Zinsen und anderen Erträgen ohne Dividenden i.H.v. 5.428 € und für 2010 Kapitalerträge i.H.v. 3.183.274 € festgestellt.

9

Die Feststellungsbescheide wurden für 2006 mit Bescheid vom 7. März 2013, für 2007 mit Bescheiden vom 7. März 2013 und vom 10. Oktober 2013 und für 2010 mit Bescheid vom 10. Oktober 2013 aus nicht streitgegenständlichen Gründen geändert.

10

Für die Streitjahre fand bei der Klägerin eine Außenprüfung (BP) statt. Nach Auffassung der BP waren die Einnahmen aufgrund der Umqualifizierung des Carried Interest zu ändern. Bislang sei die Einkünfteverteilung disquotiert erfolgt. Der Carried Interest sei als erhöhter Gewinnanteil bei der Einkünfte-

bzw. Gewinnverteilung berücksichtigt worden. Nach Ansicht der BP handele es sich beim Carried Interest jedoch nicht um einen erhöhten Gewinnanteil, sondern um ein Entgelt für eine Tätigkeit. Die übrigen Gesellschafter hätten dem A-Partner einen Anteil an den Einkünften, der ihnen zustehen würde, überlassen. Das Entgelt (der Carried Interest) werde nicht durch Zahlung eines Betrages, sondern durch Verzicht auf einen Anteil der den übrigen Gesellschaftern zustehenden Gewinnanteile erbracht. Dies stelle lediglich einen abgekürzten Zahlungsweg dar. Die Einkünfte seien anteilig auf alle Gesellschafter entsprechend ihrer Anteile an der Gesamthand zu verteilen. Der Ansatz der Werbungskosten habe für 2006 und 2007 pauschal mit 10% der ausländischen Dividenden bzw. Zinsen zu erfolgen. Für weitere Einzelheiten wird auf den geänderten BP-Bericht vom ... verwiesen.

11

Der Beklagte folgte der Auffassung der BP und erließ mit Datum vom 24. April 2015 gemäß § 164 Abs. 2 Abgabenordnung (AO) geänderte Feststellungsbescheide in denen u.a. für 2006 ausländische Dividenden i.H.v. 412.678 €, Werbungskosten zu ausländischen Dividenden i.H.v. 41.267,80 € sowie Werbungskosten zu ausländischen Zinsen und anderen Erträgen ohne Dividenden i.H.v. 1.917,80 €, für 2007 ausländische Zinsen und andere Erträge i.H.v. 59.960 € sowie Werbungskosten zu ausländischen Zinsen und anderen Erträgen ohne Dividenden i.H.v. 5.996 € und für 2010 Kapitalerträge i.H.v. 5.603.818 € festgestellt wurden. Der Vorbehalt der Nachprüfung wurde jeweils aufgehoben.

12

Dagegen legte die Klägerin Einspruch ein. Zur Begründung wurde auf den Schriftwechsel im Rahmen der Außenprüfung verwiesen [...]. Außerdem legte die Klägerin ein rechtswissenschaftliches Gutachten vom 5. November 2014 [...] vor.

13

Mit Einspruchsentscheidung vom 27. Juli 2018 wurde der Einspruch als unbegründet zurückgewiesen. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass der Carried Interest nach § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG als Leistungsvergütung qualifiziert werde. Die Initiatoren hätten die Vergütung für die Einbringung ihres besonderen Knowhows und der Nutzbarmachung ihres Kontaktnetzwerkes sowie für ihre Tätigkeit im Rahmen der Vorbereitung und Umsetzung der Anlageentscheidungen erhalten. Im Vordergrund stehe also eine Leistung an die Gesellschafter der Private Equity Fondsgesellschaft, nicht gegenüber der Fondsgesellschaft selbst. Die direkte Zahlung des Carried Interest durch die Fondsgesellschaft an die Initiatoren sei als Abkürzung des Zahlungsweges zu werten und stelle eine Ausschüttung der Fondsgesellschaft an die Gesellschafter dar. Ein entsprechender Aufwand aus dem Carried Interest könne daher auch nur bei den Gesellschaftern der Private Equity Gesellschaft und nicht bei der Fondsgesellschaft entstehen. Der erhöhte Gewinnanteil sei ein voll steuerpflichtiges Entgelt für die Dienstleistungen, die die Initiatoren zugunsten der Mitgesellschafter erbrächten. Die übrigen Gesellschafter würden den Initiatoren über die Gewinnbeteiligung innerhalb der Gesellschaft einen Teil ihrer Dividenden und Veräußerungserlöse überlassen, die nach Maßgabe des aufgebrachten Kapitals ihnen zustehen würden. Das Entgelt werde nicht durch Zahlung eines Betrages, sondern durch Verzicht auf einen Anteil der den übrigen Gesellschaftern zustehenden Gewinnanteile erbracht. Dies stelle lediglich einen abgekürzten Zahlungsweg dar. Das BMF-Schreiben vom 16. Dezember 2003 habe nach wie vor Gültigkeit. Die gesetzliche Regelung in § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG sei vielmehr eine Fortführung der Qualifikation des Carried Interest als eine im abgekürzten Zahlungsweg entrichtete Tätigkeitsvergütung. Ausweislich der Gesetzesmaterialien (BT-Drucks. 15/3336, 7, zu Nr. 2) habe der Gesetzgeber ausdrücklich die Neuregelung in § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG zu Grunde gelegt, nach der „das Carried Interest zukünftig kraft Gesetzes stets im Rahmen einer selbständigen Tätigkeit“ vereinnahmt werde. Der Carried Interest in Form einer zivilrechtlich anzuerkennenden kapitaldisproportionalen Einkünfteverteilungsabrede sei steuerrechtlich eine Vergütung des Empfängers (der Carryholder) und Aufwand der Investoren, die ihn vertragsgemäß zu tragen hätten. Bereits dem Wortlaut des § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG sei zu entnehmen, dass der Gesetzgeber nicht von einer bloßen, über die nominell-anteilige Höhe der Beteiligung hinausgehende Gewinnzuweisung ausgehe, sondern, dass ebenfalls diese Einkünfte - ähnlich der Einkünfte nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG - einen eigenen Besteuerungstatbestand auslösen, so dass einerseits (Betriebs-)Einnahmen bei dem einzelnen Beteiligten (Carryholder) und andererseits (Betriebs-)Ausgaben bei den Investoren vorliegen würden. Der steuerliche Regelungsbedarf unterscheide sich vom zivilrechtlichen, da es hier darum gehe, gesamthänderisch gebundene Wirtschaftsgüter in einzelne Wertparzellen zu zerlegen, wenn und soweit das Steuergesetz diese als Objekte der Besteuerung zum Zweck der Besteuerung nach der individuellen wirtschaftlichen

Leistungsfähigkeit als Wert erfassen wolle. Insofern habe § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO die Funktion, „die juristische Lage wirtschaftlich auszudeuten“. § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO betreffe nicht nur Wirtschaftsgüter, sondern auch sonstige Verhältnisse zwischen den Beteiligten einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft. Die Zurechnung betreffe zwar nicht die laufenden Einkünfte der Gesamthand, allerdings könne die Zuordnung eines Wirtschaftsgutes Auswirkungen auf die Erzielung der Einkünfte haben, die mit dem Wirtschaftsgut erzielt würden. Mithin wirke sich die Zurechnung eines Wirtschaftsgutes auf die Erzielung der Einkünfte aus. Dies habe Auswirkung auf die steuerrechtlichen Beziehungen zwischen den Initiatoren als Empfänger des Carried Interest und der Gesamthand. Die zivilrechtlichen Gesellschafterbeiträge der Investoren seien für die Verteilung der Einkünfte unbeachtlich.

14

Zur Begründung der gegen die geänderten Feststellungen der Einkünfte aus Kapitalvermögen erhobenen Klage trägt die Klägerin vor, zu Unrecht sei die kapitaldisproportionale Einkünfteverteilung nicht anerkannt und der Carried Interest steuerlich als Ausgaben der Investoren behandelt worden. Zivilrechtlich sei eine abweichende Gewinnverteilung grundsätzlich anzuerkennen, solange sie gesellschaftsvertraglich vereinbart sei. Auch immaterielle Gesellschafterbeiträge, wie z.B. die Einbringung von Kenntnissen und Erfahrungen (Knowhow) sowie ein besonderer Zugang zum Markt seien anerkannt. Die Initiatoren von Private Equity Fonds erbrächten neben ihrer Kapitalanlage vor allem Leistungsbeiträge immaterieller Art durch Einbringung ihrer Erfahrungen, ihrer Marktkenntnisse, ihres Renommées sowie ihres besonderen Netzwerks, insbesondere zu Beratern, Banken, Investoren und möglichen Portfolio-Gesellschaften. Diese Beiträge dienten der Förderung des Gesellschaftszwecks, da nur mit ihrer Hilfe die erheblichen Renditeerwartungen der Investoren erreicht werden könnten. Ohne die immateriellen Beiträge der Initiatoren würde die Gesellschaft ihren Zweck (Gewinnerzielung) nie erreichen und die Investoren würden auch nie ihren Beitrag (Kapital) an die Gesellschaft leisten. Beide Beiträge (materielle und immaterielle) würden sich gegenseitig bedingen und könnten nur im Zusammenhang der gemeinsamen Zweckerreichung gesehen werden. Dass diese immateriellen Beiträge im Rahmen der Gewinnverteilung - ebenso wie die Kapitalbeiträge der Investoren - zu berücksichtigen seien, sei zivilrechtlich nicht nur zulässig, sondern üblich und geboten. Nur auf diese Weise gelange man auch zu einer echten „proportionalen“ Gewinnverteilung, die sämtliche Beiträge aller Gesellschafter materieller und immaterieller Art berücksichtige. Würde man die immateriellen Beiträge nicht berücksichtigen, wäre die Gewinnverteilung zwar „kapitalproportional“, aber wirtschaftlich im Ergebnis „disproportional“. Bei dem Carried Interest handele es sich daher um keine disproportionaler Gewinnverteilung, sie sei vielmehr proportional und ausgewogen in Bezug auf die unterschiedlichen materiellen und immateriellen Gesellschafterbeiträge, was sich auch bereits aus dem natürlichen Interessengegensatz fremder Gesellschafter ergebe.

15

Die zivilrechtliche Gewinnverteilung sei auch steuerlich grundsätzlich zu Grunde zulegen. Nur für den Fall, dass die Gesellschafter die Gewinnverteilungsabrede rechtsmissbräuchlich oder aus außergesellschaftlichen Gründen getroffen hätten, erkenne der Bundesfinanzhof (BFH) die Gewinnverteilung nicht an. Anhaltspunkte für das Vorliegen außergesellschaftlicher Gründe oder gar für rechtsmissbräuchliche Absprachen lägen im Streitfall nicht vor und würden auch vom Beklagten nicht behauptet werden. Der Große Senat des BFH habe bereits im Jahre 1972 entschieden, dass bei Vorliegen eines natürlichen Interessengegensatzes der Gesellschafter davon auszugehen sei, dass die vereinbarte Gewinnverteilung den immateriellen Beitrag des Gesellschafters zur Erreichung des Gesellschaftszwecks berücksichtige (BFH-Beschluss vom 29. Mai 1972 GrS 4/71, BFHE 106, 504, BStBl II 1973, 5). Da auch im vorliegenden Fall ein solcher natürlicher Interessengegensatz der Gesellschafter gegeben sei, folge hieraus, dass bei der Gewinnverteilung des vorliegenden Private Equity Fonds davon auszugehen sei, dass alle Beiträge und insbesondere die immateriellen Beiträge angemessen berücksichtigt seien. Auch bei vermögensverwaltenden Personengesellschaften gehe der BFH von einer grundsätzlichen Zulässigkeit der proportionalen Ergebnisverteilungen aus, sofern entsprechende, vor Gewinnentstehung getroffene Vereinbarungen der Gesellschafter bestünden, die im Gemeinschaftsverhältnis veranlasst seien.

16

An diesem Ergebnis ändere auch § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO nichts. Diese Regelung treffe zur hier aufgeworfenen Streitfrage der Gewinnverteilung keine Aussage. § 39 AO regle nur die steuerliche Zurechnung von Wirtschaftsgütern, nicht die steuerliche Zurechnung von Einkünften. Soweit nach in Einzelfällen vom BFH geäußelter Auffassung nur derjenige, der Kraft wirtschaftlicher Herrschaftsmacht über

ein Wirtschaftsgut verfügen könne, daraus auch Einkünfte beziehe, werde damit lediglich dem Grunde nach ein Schluss von der Verfügungsmacht über Wirtschaftsgüter auf die Verwirklichung eines Einkünftebestands (Verfügungsmacht über die Einkunftsquelle) und damit auf die Zuordnung der Einkünfte gezogen. Mithin spreche dieser Schluss nicht gegen die Rechtsauffassung der Klägerin, da auch die Begünstigten der kapitaldisproportionalen Einkünfteverteilung (Initiatoren) an der Personengesellschaft beteiligt seien. Soweit der Beklagte vortrage, der Begriff „Wirtschaftsgüter“ sei weit zu verstehen, sei dies grundsätzlich zutreffend, lasse jedoch nicht den Schluss zu, dass deshalb die Gewinnverteilung bei vermögensverwaltenden Personengesellschaften kapitalproportional zu erfolgen habe. Die Zuordnung von Einkünften folge nicht zwangsläufig der Zuordnung eines Wirtschaftsguts. Für diese Gesetzesauslegung spreche auch, dass bei

17

§ 17 EStG für die maßgebliche Beteiligungshöhe bei der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften der über § 39 AO zuzurechnende nominelle Kapitalanteil maßgeblich sei, für die Bestimmung des Veräußerungsgewinns jedoch auf den gesellschaftsvertraglich vereinbarten (gegebenenfalls abweichenden) Gewinnverteilungsschlüssel abgestellt werde.

18

Die Beiträge der Initiatoren würden im Rahmen der Verwirklichung des Gesellschaftszwecks eingebracht und kämen somit (mittelbar) nicht nur den Investoren, sondern auch den Initiatoren selbst zugute, da diese Beiträge zu höheren Gewinnen der Gesellschaft führen würden. Bei den Beiträgen könne es sich also auch schon deshalb nicht um Leistungen der Initiatoren an die übrigen Gesellschafter handeln, es müsse sich vielmehr um einen Gesellschafterbeitrag an die Gesellschaft handeln. Der Wortlaut, die Gesetzessystematik und die Entstehungsgeschichte sowie der Sinn und Zweck der Regelung des § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG bräuchten deutlich zum Ausdruck, dass es sich beim Carried Interest um Vergütungen für Gesellschafterbeiträge der Initiatoren zur Gesellschaft und nicht um Dienstleistungen an die Gesellschafter handele. Der Carried Interest stelle folglich auf Ebene der Investoren keine Ausgabe im Rahmen eines abgekürzten Zahlungsweges dar, sondern sei im Rahmen der Ergebnisverteilung zu berücksichtigen. Die Ergebnisse der Investoren seien folglich um den Carried Interest zu mindern.

19

Die RL 2011/61/EU könne allenfalls im Rahmen einer unionsrechtskonformen Auslegung der Umsetzungsgesetze, namentlich des § 1 Abs. 19 Nr. 7 Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB), herangezogen werden. Auch mit § 1 Abs. 19 Nr. 7 KAGB lasse sich nicht begründen, dass der Carried Interest steuerrechtlich als eine Vergütung für Dienstleistungen zu qualifizieren sei, da bereits der Wortlaut der Regelung eine solche Wertung nicht zulasse. Außerdem sei das Steuerrecht nicht an die aufsichtsrechtlichen Einordnungen und Formulierungen in § 1 Abs. 19 Nr. 7 KAGB und der RL 2011/61/EU gebunden. Diese Regelungen würden auch keine Wirkung für die Auslegung steuerlicher Normen entfalten.

20

Ergänzend wird vorgetragen, dass eine eventuell erforderliche Umqualifizierung der Einkünfte, beispielsweise in Einkünfte nach § 17 EStG, § 23 EStG oder § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG, erst auf Ebene des jeweiligen Gesellschafters erfolge, sodass sich hieraus ein Rückschluss auf die Höhe der Kapitaleinkünfte auf Ebene der Personengesellschaft verbiete.

21

Schließlich werde auf das Urteil des BFH vom 11. Dezember 2018 (VIII R 11/16) verwiesen. In diesem Urteil sei unmissverständlich zum Ausdruck gebracht worden, dass die auf Ebene der Klägerin (Fondsgesellschaft) getroffenen Gewinnverteilungsabreden nicht als verdeckte Tätigkeitsvergütungen ausgelegt werden könnten. Eine solche Auslegung erfordere, dass die Vergütung handelsrechtlich als Ausgabe erfasst werden würde und diese auch im Verlustfall gezahlt werden müsse.

22

Die Klägerin beantragt,

die Bescheide über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen 2006, 2007 und 2010 jeweils vom 24. April 2015 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 27. Juli 2018 dahingehend zu ändern, dass für 2006 ausländische Dividenden i.H.v. 278.314 €, Werbungskosten zu ausländischen Dividenden i.H.v. 13.287 € sowie Werbungskosten zu ausländischen Zinsen und anderen Erträgen ohne

Dividenden i.H.v. 916 €, für 2007 ausländische Zinsen und andere Erträge ohne Dividenden i.H.v. 54.284 € sowie Werbungskosten zu ausländischen Zinsen und anderen Erträgen ohne Dividenden i.H.v. 5.428 € und für 2010 Kapitalerträge, die nicht dem Steuerabzug unterlegen haben, i.H.v. 3.183.274 € festgestellt werden,

hilfsweise die Revision zuzulassen und die Zuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren für notwendig zu erklären.

23

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen, zumindest aber die Werbungskosten auf die von der Klägerin begehrten Beträge zu vermindern,

hilfsweise die Revision zuzulassen.

24

Zur Begründung werden im Wesentlichen die Ausführungen der Einspruchsentscheidung wiederholt. Darüber hinaus wird auf den Schriftwechsel im Rahmen der Außenprüfung verwiesen [...]. Außerdem sei der Carried Interest nach § 1 Abs. 19 Nr. 7 KAGB der Anteil an den Gewinnen des Alternativen Investmentfonds (AIF), den eine AIF-Verwaltungsgesellschaft als Vergütung für die Verwaltung des AIF erhalte; der Carried Interest umfasse nicht den Anteil der AIF-Verwaltungsgesellschaft an den Gewinnen des AIF, den die AIF-Verwaltungsgesellschaft als Gewinn für Anlagen der AIF-Verwaltungsgesellschaft beziehe. Auch aus der RL 2011/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2011 über die Verwalter alternativer Investmentfonds (ABl. L 174 vom 1. Juli 2011, 1 bis 73) ergebe sich, dass auch hier der Carried Interest als Vergütung einzuordnen sei. Das von der Klägerin zitierte Urteil des BFH vom 11. Dezember 2018 sei bislang nicht im Bundessteuerblatt veröffentlicht worden und betreffe im Übrigen eine gewerblich geprägte Personengesellschaft.

25

Mit Beschluss vom 16. September 2020 hat das Gericht die Y-AG, Herrn X, die X-GmbH, die Y-GmbH, Frau W, Herrn Y und Herrn Z zum Verfahren gemäß § 60 Abs. 3 Finanzgerichtsordnung (FGO) notwendig beigeladen.

26

Die Beigeladenen haben keine Anträge gestellt.

27

Ergänzend wird auf die ausgetauschten Schriftsätze, die vorgelegten Akten und das Protokoll über die mündliche Verhandlung verwiesen.

Entscheidungsgründe

II.

28

Die Klage ist begründet.

29

1. Die Feststellungsbescheide 2006, 2007 und 2010 in Gestalt der Einspruchsentscheidung sind dahingehend zu ändern, dass die Fondsgesellschafter (Investoren) um den Carried Interest geminderte Einkünfte erzielen.

30

a) Die im Streitfall im Gesellschaftsvertrag getroffene kapitaldisproportionale Gewinnverteilung (Überschussverteilung) ist steuerlich anzuerkennen.

31

aa) Nach ständiger Rechtsprechung des BFH ist eine zivilrechtlich ordnungsgemäß zustande gekommene inkongruente Gewinnausschüttung grundsätzlich steuerlich anzuerkennen (BFH-Beschluss vom 4. Mai 2012 VIII B 174/11, BFH/NV 2012, 1330; BFH-Urteil vom 19. August 1999 I R 77/96, BFHE 189, 342, BStBl II 2001, 43; BFH-Urteil vom 28. Juni 2006 I R 97/05, BFHE 214, 276; BFH-Beschluss vom 27. Mai 2010 VIII

B 146/08, BFH/NV 2010, 1865). Grundsätzlich ist für die Ermittlung des Anteils eines Gesellschafters am Gewinn oder Verlust einer Personenhandelsgesellschaft der handelsrechtliche Gewinn- und Verlustverteilungsschlüssel maßgebend, wie er sich aus den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags und den Vorschriften des Handelsgesetzbuches (HGB) ergibt (BFH-Urteil vom 23. August 1990 IV R 71/89, BFHE 162, 401, BStBl II 1991, 172; BFH-Beschluss vom 10. November 1980 GrS 1/79, BFHE 132, 244, BStBl II 1981, 164). Im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Gewinnverteilungsabreden sind steuerlich grundsätzlich anzuerkennen (BFH-Urteil vom 16. Oktober 2008 IV R 82/06, BFH/NV 2009, 581). Dieser Grundsatz erfährt jedoch Einschränkungen, wenn für die Gewinnverteilung nicht allein die Verhältnisse der Gesellschafter in der Gesellschaft und insbesondere ihre Beiträge zum Gesellschaftszweck maßgebend sind, sondern wenn die Verteilung von anderen Beziehungen zwischen den Gesellschaftern beeinflusst ist, die nicht ihre Grundlage im Gesellschaftsverhältnis haben, wie etwa verwandtschaftliche oder wirtschaftliche Beziehungen außerhalb des Gesellschaftsverhältnisses (BFH-Urteil vom 23. August 1990 IV R 71/89, BFHE 162, 401, BStBl II 1991, 172 m.w.N.; Fuhrmann, KÖSDI 2017, 20563). Steuerlich nicht anerkannt werden auch rückwirkende Abreden über die Gewinnverteilung oder die Gewährung von Sondervergütungen (BFH-Beschluss vom 3. April 2008 IV B 65/07, BFH/NV 2008, 1469). Im Gesellschaftsvertrag kann zwar auch eine schuldrechtliche Tätigkeitsvergütung vereinbart werden. Hiervon ist allerdings nur auszugehen, wenn die Vergütung nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags als (handelsrechtliche) Ausgabe zu behandeln und insbesondere - im Gegensatz zu einem Gewinnvortrag - auch zu zahlen ist, wenn kein Gewinn erwirtschaftet wird. Fehlt es an einer derartigen unmissverständlichen Vereinbarung, liegt - im Zweifel - eine Gewinnverteilungsabrede vor (BFH-Urteil vom 11. Dezember 2018 VIII R 11/16, BFHE 263, 418).

32

Auch für die Verteilung des Einnahmen- und Werbungskostenüberschusses einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft ist grundsätzlich der zivilrechtliche Verteilungsschlüssel maßgeblich, so wie er sich für den Einzelfall aus den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages ergibt (BFH-Urteile vom 25. September 2018 IX R 35/17, BFHE 262, 418, BStBl II 2019, 167 und vom 23. November 2004 IX R 59/01, BFHE 208, 203, BStBl II 2005, 454; vgl. auch Levedag in Kirchhof/ Kulosa/ Ratschow, EStG, 1. Aufl. 2020, § 18 Rz. 596 und Bodden, KÖSDI 2018, 21034).

33

bb) Nach Maßgabe dieser Grundsätze liegt im Streitfall eine steuerlich anzuerkennende inkongruente Gewinnverteilungsabrede vor.

34

Die Gewinnverteilung wurde im Gesellschaftsvertrag vom [...] in Section 5.2.2 ([...]; wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Gesellschaftsvertrag verwiesen) dahingehend geregelt, dass in einem ersten Schritt der Gewinn im Verhältnis der Kapitaleinlagen der Gesellschafter gutgeschrieben wird. Zusätzlich erhalten diese Gewinne in Höhe einer fiktiven Verzinsung von 10% p.a. ihrer geleisteten Einlagen (sog. Preferred Return). Nach dieser Kapitalkontenverzinsung wird der weitere Gewinn disproportional verteilt. In diesem zweiten und dritten Schritt wird den Initiatoren (als Carried Interest) ein erhöhter Anteil von 30% der bisher den Gesellschafterkonten gutgeschriebenen Beträge (jedoch maximal 80% des restlichen Gewinns) und danach von einem etwaigen weiteren Restgewinn 30% des Gewinns und allen Gesellschaftern 70% des anfallenden Gewinns zugewiesen.

35

Diese gesellschaftliche Gewinnverteilungsabrede ist im Streitfall steuerlich anzuerkennen, da sie nicht rückwirkend getroffen wurde und wegen des Interessengegensatzes der Gesellschafter keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Gewinnverteilungsabrede rechtsmissbräuchlich ist oder aus außergesellschaftlichen Gründen getroffen wurde. Es liegt auch keine (verdeckt) schuldrechtliche Tätigkeitsvergütung vor, da die Vergütung der Initiatoren nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages nicht als (handelsrechtliche) Ausgabe zu behandeln ist und den Initiatoren nur zugewiesen wird, wenn Gewinn erwirtschaftet wird. Diese Gewinnverteilungsabrede ist deshalb der steuerrechtlichen Verteilung des Überschusses bei den Einkünften der Klägerin aus Kapitalvermögen in den Streitjahren zu Grunde zu legen.

36

Die Höhe des Carried Interests in den drei Streitjahren ist zwischen den Beteiligten zu Recht nicht streitig und führte nach Auffassung der BP bei den inländischen Gesellschaftern zu den folgenden Erhöhungen der Einnahmen bei den Einkünften aus Kapitalvermögen, wie im BP-Bericht vom [...] ausgewiesen: 134.364,00 € für 2006 (Tz. 1.1.2 des BP-Berichts, Anlage 1), 5.676,00 € für 2007 (Tz. 1.1.1 des BP-Berichts, Anlage 1) und 2.420.544,00 € für 2010 (Tz. 1.5 des BP-Berichts, Anlage 1). Die Einkünfte aus Kapitalvermögen sind demgemäß in den Streitjahren wieder um diese Beträge zu mindern.

37

Nach Auffassung des Senats handelt es sich beim Carried Interest um einen (originären) Gewinnanteil (gl.A. Levedag in Kirchhof/ Kulosa/ Ratschow, EStG, 1. Aufl. 2020, § 18 Rz. 511 unter Verweis auf das BFH-Urteil vom 11. Dezember 2018 VIII R 11/16, BFHE 263, 418; Weber-Grellet, DStR 2018, 992; Töben/Schrepp, DStR 2019, 526; Schnittker/Steinbiß, IStR 2015, 760; differenzierend Schmidt/Wacker, EStG, 39. Auflage, § 18 Rz. 284). Der kapitaldisproportionale Gewinnanteil ist Gegenleistung für den von den Initiatoren geleisteten Gesellschafterbeitrag (§ 706 Abs. 3 Bürgerliches Gesetzbuch - BGB -, ggf. i.V.m. §§ 105 Abs. 3, 161 Abs. 2 HGB). Auch das Erfordernis, dass der Carried Interest nur geleistet wird, wenn ein Gewinn erzielt wurde (erfolgsabhängige Komponente) indiziert, dass es sich um erfolgsabhängigen Gewinn und nicht um eine einfache Tätigkeitsvergütung handelt.

38

b) An der Gewinnverteilung nach der im Streitfall getroffenen Gewinnverteilungsabrede ergeben sich auch durch § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG keine Änderungen.

39

Gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG sind Einkünfte aus selbständiger Arbeit Einkünfte, die ein Beteiligter an einer vermögensverwaltenden Gesellschaft oder Gemeinschaft, deren Zweck im Erwerb, Halten und in der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften besteht, als Vergütung für Leistungen zur Förderung des Gesellschafts- oder Gemeinschaftszwecks erzielt, wenn der Anspruch auf die Vergütung unter der Voraussetzung eingeräumt worden ist, dass die Gesellschafter oder Gemeinschaftler ihr eingezahltes Kapital vollständig zurückerhalten haben; § 15 Abs. 3 EStG ist nicht anzuwenden.

40

§ 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG qualifiziert kapitaldisproportionale Gewinnanteile in Einkünfte aus selbständiger Arbeit um (BFH-Urteil vom 11. Dezember 2018 VIII R 11/16, BFHE 263, 418, Rn. 50 bei juris). Diese Regelung wirkt konstitutiv und nicht lediglich klarstellend, da der Carried Interest nach der steuerlich anzuerkennenden Gewinnverteilungsabrede Gewinnanteil ist (gl. A. Levedag in Kirchhof/ Kulosa/ Ratschow, EStG, 1. Aufl. 2020, § 18 Rz. 511; Korn in: Korn, EStG, 121. Lieferung, § 18 Rz. 103.2; Töben/Schrepp, DStR 2019, 526; Schnittker/Steinbiß, IStR 2015, 760; differenzierend Schmidt/Wacker, EStG, 39. Auflage, § 18 Rz. 284). Die übrigen Fondsgesellschafter (Investoren) erzielen um den Gewinnvorweg geminderte Einkünfte (Levedag in Kirchhof/ Kulosa/ Ratschow, EStG, 1. Aufl. 2020, § 18 Rz. 598; Schmidt/Wacker, EStG, 39. Auflage, § 18 Rz. 287; Korn in: Korn, EStG, 121. Lieferung, § 18 Rz. 103.19; Weber-Grellet, DStR 2018, 992; ablehnend z.B. Moritz in Bordewin/Brandt, EStG, 421. Aktualisierung, § 18 Rz. 523). Der Carried Interest ist nicht Teil der Einkünfte der Investoren. Auf Ebene des Fonds ist der Carried Interest entsprechend der steuerrechtlich anzuerkennenden Gewinnverteilungsabrede als Gewinnanteil zu behandeln. Dieser kapitaldisproportionale Gewinnanteil steht den Initiatoren zu. Zwar mag dem Gesetzgeber anknüpfend an das BMF-Schreiben vom 16. Dezember 2003, BStBl. I 2004, 40 Rn. 24 das Bild eines Gewinnverzichts der Mitgesellschafter vorgeschwebt haben, die dem Initiator eine Tätigkeitsvergütung gewährt haben. Dem Gesetz selbst ist in § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG jedoch kein Anhaltspunkt dafür zu entnehmen, dass auf Ebene der Fondsgesellschaft eine steuerlich anzuerkennende Gewinnverteilungsabrede nicht mehr getroffen werden kann (Levedag in Kirchhof/ Kulosa/ Ratschow, EStG, 1. Aufl. 2020, § 18 Rz. 596). Vielmehr spricht der Wortlaut dieser Norm für eine Einordnung des Carried Interests als Gewinnanteil, da auf Einkünfte eines Beteiligten abgestellt wird, die dieser als Vergütung für Leistungen zur Förderung des Gesellschaftszwecks erzielt. Leistungen zur Förderung des Gesellschaftszwecks sind i.d.R. Gesellschafterbeiträge (§§ 705, 706 Abs. 3 BGB). Die Vergütung für Gesellschafterbeiträge erfolgt regelmäßig im Wege eines Anteils am Gewinn, sei es proportional oder disproportional.

41

Nach diesen Maßstäben ergeben sich im Streitfall durch § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG keine Änderungen auf Ebene der Klägerin, da diese Regelung nur die Einkünfte auf Ebene der Gesellschafter umqualifiziert. Im Übrigen ist die Auffassung des Beklagten, nach der im Vordergrund eine Leistung an die Gesellschafter der Fondsgesellschaft und nicht an die Gesellschaft selbst stehen soll, mit dem Wortlaut des § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG nicht vereinbar, da die Regelung von Leistungen zur Förderung des Gesellschafts- oder Gemeinschaftszwecks spricht. Da die Initiatoren über den A-Partner ebenfalls als Gesellschafter an der Klägerin beteiligt sind, hält der Senat die Auffassung des Beklagten, dass die Initiatoren ihre Leistungen nur für die anderen Gesellschafter (Investoren) und nicht für die Klägerin selbst erbringen für unzutreffend. Demnach verzichten die Investoren auch nicht auf einen Teil des ihnen zustehenden Gewinns. Diese Konstruktion über einen „abgekürzten Zahlungsweg“ findet im Wortlaut des § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG keine Stütze und steht im Widerspruch zu der im Streitfall steuerlich anzuerkennenden Gewinnverteilungsabrede.

42

c) § 39 AO steht einer disproportionalen Gewinnzurechnung im Streitfall nicht entgegen.

43

Wirtschaftsgüter, die mehreren zur gesamten Hand zustehen, werden gemäß § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO den Beteiligten anteilig zugerechnet, soweit eine getrennte Zurechnung für die Besteuerung erforderlich ist. Bei der Bruchteilsbetrachtung nach § 39 Abs. 2 AO werden den Gesellschaftern - anders als bei der Mitunternehmerschaft mit Betriebsvermögen - die anteilig an der vermögensverwaltenden Personengesellschaft erzielten Einkünfte aus Kapitalvermögen nach Maßgabe des allgemeinen Gewinnverteilungsschlüssels bezogen auf die gemeinsam verwirklichten Einkünftebestände zugewiesen. Diese Verknüpfung mit den unterliegenden Einkunftsquellen ist auch dann zu beachten, wenn die Gewinnverteilung im Wege eines erhöhten (disproportionalen) Gewinnanteils oder Ergebnisvorabs erfolgt (Levedag in Kirchhof/ Kulosa/ Ratschow, EStG, 1. Aufl. 2020, § 18 Rz. 513 m.w.N.).

44

Da im Streitfall die Initiatoren über den General Partner als Gesellschafter an der Klägerin beteiligt sind, richtet sich die Gewinnverteilung nach der steuerlich anzuerkennenden inkongruenten Gewinnverteilungsabrede.

45

d) Auch aus § 1 Abs. 19 Nr. 7 KAGB bzw. der RL 2011/61/EU (Art. 4 Abs. 1 Buchst. d und Art. 22 Abs. 2 Buchst. e) folgt nicht, dass der Carried Interest für steuerliche Zwecke nicht als Gewinnanteil auf Ebene der Fondsgesellschaft anzusehen ist. § 1 Abs. 19 Nr. 7 KAGB verwendet den Begriff Carried Interest für den „Anteil an den Gewinnen“ eines AIF, den eine AIF-Verwaltungsgesellschaft als Vergütung für die Verwaltung des AIF erhält, ist insoweit jedoch keine Legaldefinition für den Begriff der Vergütungen i.S.d. § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG (Korn in: Korn, Einkommensteuergesetz, 121. Lieferung, § 18 Rz. 103.1). Vielmehr bestimmt § 1 Abs. 19 KAGB die Begriffe für „dieses Gesetz“, d.h. für das KAGB. Im Übrigen ist der Carried Interest gemäß § 1 Abs. 19 Nr. 7 KAGB der Anteil „an den Gewinnen des AIF“, womit auch das KAGB von einem Gewinnanteil ausgeht (vgl. auch Zetzsche in Assmann/Wallach/Zetzsche, KAGB, 1. Aufl. 2019, § 1 Rz. 171). Auch nach Art. 4 Abs. 1 Buchst. d der RL 2011/61/EU ist der Carried Interest ein Anteil an den Gewinnen des AIF.

46

e) Die Werbungskosten für 2006 und 2007 sind - wie von der Klägerin zutreffend beantragt - zu vermindern und in der in den Feststellungserklärungen geltend gemachten Höhe festzustellen. Die Erhöhung der Werbungskosten aufgrund der BP ist rückgängig zu machen, da diese Erhöhung nur aus der anderen steuerlichen Einordnung des Carried Interest durch die Finanzverwaltung als Entgelt im Wege eines abgekürzten Zahlungsweges durch einen Verzicht auf die Gewinnanteile der Mitgesellschafter resultierte. Da der Carried Interest jedoch Gewinnanteil der Initiatoren ist, sind auch die Werbungskosten wieder entsprechend zu vermindern.

47

2. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 1 FGO. Es entspricht der Billigkeit, die außergerichtlichen Kosten der sieben Beigeladenen nicht zu erstatten (§ 139 Abs. 4 FGO); ihnen sind auch keine Kosten aufzuerlegen (§ 135 Abs. 3 FGO). Die Klägerin konnte es aufgrund der Schwierigkeit der Streitsache für notwendig halten, schon im Vorverfahren einen fachkundigen Berater mit der Interessenvertretung zu beauftragen (§ 139 Abs. 3 FGO). Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 151

Abs. 3, 155 FGO i. V.m. §§ 708 Nr. 10, 711 Zivilprozessordnung. Die Revision wird zugelassen (§ 115 Abs. 2 Nr. 1 FGO).