

## Urteil vom 14. Dezember 2011, I R 92/10

**Investmentanteile: Nichtabziehbarkeit des sog. negativen Aktiengewinns auch bei verdeckter Einlage - Hinzurechnung von Investmenterträgen gemäß § 8 Nr. 5 GewStG 2002 - Grenzen der regelungssystematisch angelegten wechselseitigen Korrespondenz von § 8 Abs. 1 und 2 InvStG a.F.**

BFH I. Senat

InvStG § 2 Abs 2 S 1, InvStG § 5 Abs 2 S 1, InvStG § 8 Abs 1 S 1, InvStG § 8 Abs 2 S 1, InvStG § 8 Abs 3 S 1, KStG § 8 Abs 1, KStG § 8b Abs 1, KStG § 8b Abs 2, KStG § 8b Abs 3 S 3, GewStG § 7 S 1, GewStG § 8 Nr 5, KAGG § 40 Abs 2

vorgehend Niedersächsisches Finanzgericht, 08. September 2010, Az: 6 K 165/09

### Leitsätze

1. Eine verdeckte Einlage ist keine Einnahme i.S. von § 8 Abs. 1 Satz 1 InvStG a.F. und löst deswegen keinen Aktiengewinn i.S. von § 8 Abs. 3 InvStG a.F. aus .
2. Bei einem negativen Aktiengewinn i.S. von § 8 Abs. 2 Satz 1 InvStG a.F. handelt es sich unabhängig davon um eine nicht abziehbare Vermögensminderung i.S. von § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG 2002, dass es an einer damit im Zusammenhang stehenden Einnahme i.S. von § 8 Abs. 1 InvStG a.F. fehlt .
3. Erträge aus Investmentanteilen, die nach § 2 Abs. 2 Satz 1 InvStG a.F. i.V.m. § 8b Abs. 1 KStG 2002 bei der Ermittlung des Gewerbeertrages außer Ansatz geblieben sind, unterfallen der Hinzurechnung gemäß § 8 Nr. 5 GewStG 2002 (Anschluss an Senatsurteil vom 3. März 2010 I R 109/08, BFHE 229, 351) .

### Tatbestand

I.

- 1** Streitig ist, ob ein sog. negativer Aktiengewinn im Zuge einer verdeckten Einlage von Investmentanteilen die außerbilanzielle Hinzurechnung einer Vermögensminderung gemäß § 8 Abs. 2 Satz 1 des Investmentsteuergesetzes i.d.F. des Gesetzes zur Umsetzung von EU-Richtlinien in nationales Steuerrecht und zur Änderung weiterer Vorschriften (Richtlinien-Umsetzungsgesetz) vom 9. Dezember 2004 (BGBl I 2004, 3310, BStBl I 2004, 1158) --InvStG a.F.-- i.V.m. § 8b Abs. 3 Satz 3 des Körperschaftsteuergesetzes (KStG 2002) auslöst. Darüber hinaus ist die gewerbesteuerrechtliche Hinzurechnung von Erträgen aus Investmentanteilen nach § 8 Nr. 5 des Gewerbesteuergesetzes (GewStG 2002) umstritten, soweit jene nach § 2 Abs. 2 Satz 1 InvStG a.F. i.V.m. § 8b Abs. 1 KStG 2002 bei der Ermittlung des Gewerbeertrages außer Ansatz geblieben sind.
- 2** Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin), im Streitjahr 2004 eine Aktiengesellschaft, hielt Investmentanteile an verschiedenen von einer Kapitalanlagegesellschaft verwalteten sog. Spezial-Sondervermögen, also von Investmentfonds, deren Anteile als Sondervermögen i.S. von § 2 Abs. 1 des Investmentgesetzes (InvG) aufgrund schriftlicher Vereinbarungen mit der Kapitalanlagegesellschaft ausschließlich von Anlegern, die nicht natürliche Personen sind, gehalten werden (§ 2 Abs. 3 Satz 1 InvG). Das Vermögen der Fonds enthielt u.a. Aktien diverser Aktiengesellschaften. Die Beteiligungen der Fonds an den Aktiengesellschaften lagen dabei jeweils niedriger als 10 % des jeweiligen Nennkapitals. Die auf die Investmentanteile ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge der Klägerin beliefen sich auf 12.466.761 €. Die Summe enthielt Erträge i.S. des § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 des Einkommensteuergesetzes (EStG 2002) in Höhe von 2.800.235 €, die gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 InvStG a.F. i.V.m. § 8b Abs. 1 und 5 KStG 2002 in Höhe von 2.660.224 € steuerbefreit waren.
- 3** Die Klägerin übertrug mit Wirkung zum 16. Dezember 2004 ihre gesamten Anteile an einem der Fonds, dem X-Fonds, ohne Gegenleistung auf eine Tochtergesellschaft (100 %-Beteiligung), die Y-GmbH. Die Übertragung erfolgte als Zuzahlung in die Kapitalrücklage nach § 272 Abs. 2 Nr. 4 des Handelsgesetzbuchs unter Aufdeckung der in diesen Anteilen enthaltenen stillen Reserven. Der Buchwert der im Anlagevermögen der Klägerin erfassten Anteile

betrug in diesem Zeitpunkt 268.613.926 €; Teilwertabschreibungen waren auf diesen Posten bislang nicht vorgenommen worden. In ihrer Steuerbilanz hatte die Klägerin im Zusammenhang mit den Anteilen aktive Ausgleichsposten für Gewinnthesaurierungen des Fonds in Höhe von insgesamt 15.096.277 € gebildet. Der Teilwert der Anteile betrug am Übertragungstichtag ausweislich der Vermögensaufstellung des Fonds 278.063.640 €. Das Vermögen des Fonds setzte sich zu 18,02 % aus Aktien, zu 80,53 % aus Rentenpapieren und zu 1,45 % aus anderen Vermögensgegenständen zusammen; es war zum Übertragungstichtag um einen sog. negativen Aktiengewinn (§ 5 Abs. 2 Satz 1 InvStG a.F.) in Höhe von 2.842.120 € gemindert.

- 4 Die Klägerin ermittelte aus der Übertragung der Anteile auf die Y-GmbH (als verdeckter Einlage) unter Gegenüberstellung des Buchwertes und des Teilwertes der Anteile einen handelsrechtlichen Gewinn von 9.449.714 €, den sie als nachträgliche Anschaffungskosten auf die Beteiligung (Y-GmbH) berücksichtigte. Bei der Ermittlung des Steuerbilanzgewinns setzte sie die Auflösung der aktiven Ausgleichsposten gewinnmindernd an und erfasste somit für die verdeckte Einlage eine steuerliche Gewinnauswirkung von ./ 5.646.562 €. Darüber hinaus rechnete sie zur Ermittlung des Gewerbeertrages die steuerfreien Gewinnanteile aus den auf die Investmentanteile ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträgen dem Gewinn aus Gewerbebetrieb gemäß § 8 Nr. 5 GewStG 2002 in Höhe von 2.660.224 € hinzu.
- 5 Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt --FA--) war der Ansicht, dass die Klägerin die Übertragung der Anteile auf die Y-GmbH zwar zutreffend als verdeckte Einlage behandelt und auch den Steuerbilanzgewinn durch Berücksichtigung der aufzulösenden aktiven Ausgleichsposten insoweit zutreffend ermittelt habe, dass aber der Steuerbilanzgewinn außerbilanziell um den negativen Aktiengewinn von 2.842.120 € zu erhöhen sei. Denn die verdeckte Einlage sei nach den Grundsätzen einer Veräußerung in analoger Anwendung von § 8 InvStG a.F. i.V.m. § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG 2002 zu berücksichtigen. Auf dieser Grundlage kam es zu (geänderten) Steuerfestsetzungen. Die Klage, die sich sowohl gegen die Ermittlung des körperschaftsteuerlichen Einkommens als auch die Ermittlung des Gewerbeertrages richtete, blieb erfolglos (Niedersächsisches Finanzgericht --FG--, Urteil vom 9. September 2010 6 K 165/09, Entscheidungen der Finanzgerichte --EFG-- 2011, 368).
- 6 Die Klägerin rügt mit der Revision die Verletzung materiellen Rechts und beantragt sinngemäß, unter Aufhebung des angefochtenen Urteils die Bescheide über Körperschaftsteuer und über den Gewerbesteuermessbetrag für 2004 dahin zu ändern, dass der Gewinn nicht um einen sog. negativen Aktiengewinn außerbilanziell erhöht wird und --im Rahmen der Gewerbesteuermessbetragsfestsetzung-- die über die Spezial-Sondervermögen bezogenen Dividenden dem Gewinn nicht in Höhe von 2.660.224 € hinzugerechnet werden.
- 7 Das FA beantragt, die Revision zurückzuweisen.
- 8 Im Revisionsverfahren hat die Klägerin des Weiteren vorgetragen, dass es das FG rechtsfehlerhaft unterlassen habe, bei der Berechnung des sog. negativen Aktiengewinns zu ihren Gunsten die Folgerungen aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften --jetzt: Gerichtshof der Europäischen Union-- (EuGH) in der Rechtssache C-377/07 "STEKO Industriemontage GmbH" (EuGH-Urteil vom 22. Januar 2009, Slg. 2009, I-299) zu berücksichtigen (s. dazu auch Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen --BMF-- vom 11. November 2010, BStBl I 2011, 40). Ein an das FA gerichteter Änderungsantrag zu den streitgegenständlichen Festsetzungen ist bisher nicht beschieden. Das FA hat aber bekundet, es sei nicht auszuschließen, dass der Änderungsantrag Erfolg haben könnte. Beide Beteiligte haben insoweit übereinstimmend beantragt, das Revisionsverfahren zum Ruhen zu bringen (§ 155 der Finanzgerichtsordnung --FGO-- i.V.m. § 251 der Zivilprozessordnung --ZPO--).

## Entscheidungsgründe

II.

- 9 Die Revision führt zur Zurückverweisung der Sache (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO). Das FG hat zwar dem Grunde nach ohne Rechtsfehler bei der Einkommensermittlung der Klägerin in Höhe eines negativen Aktiengewinns eine außerbilanzielle Hinzurechnung gemäß § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG 2002 berücksichtigt (nachfolgend 1.) und bei der Ermittlung des Gewerbeertrages eine gewerbesteuerrechtliche Hinzurechnung in Höhe der nach § 2 Abs. 2 Satz 1 InvStG a.F. i.V.m. § 8b Abs. 1 KStG 2002 steuerfrei gestellten Erträge aus Investmentanteilen nach § 8 Nr. 5 GewStG 2002 vorgenommen (nachfolgend 2.). Es fehlen jedoch tatrichterliche Feststellungen zur Höhe der aus dem sog. negativen Aktiengewinn auszuscheidenden Verluste aus Auslandsbeteiligungen im Veranlagungszeitraum 2001. Diese Feststellungen sind vom FG nachzuholen.

- 10** 1. Bei der Einkommensermittlung der Klägerin ist der von der Kapitalanlagegesellschaft mitgeteilte sog. negative Aktiengewinn gemäß § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG 2002, für die Gewerbesteuer i.V.m. § 7 Satz 1 GewStG 2002, außerbilanziell hinzuzurechnen.
- 11** a) Nach § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG 2002 sind Gewinnminderungen, die im Zusammenhang mit dem in § 8b Abs. 2 KStG 2002 genannten Anteil entstehen, bei der Ermittlung des Einkommens nicht zu berücksichtigen. Anteil i.S. des § 8b Abs. 2 Satz 1 KStG 2002 ist u.a. ein Anteil an einer Körperschaft oder Personenvereinigung, deren Leistungen beim Empfänger zu Einnahmen i.S. des § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2, 9 und 10 Buchst. a EStG 2002 gehören.
- 12** b) Der Vorinstanz ist darin beizupflichten, dass eine unmittelbare Anwendung des § 8b Abs. 3 Satz 3 (i.V.m. Abs. 2) KStG 2002 nicht in Betracht kommt. Denn die von der Klägerin in das Vermögen der Y-GmbH verdeckt eingelegten Investmentanteile i.S. des § 2 Abs. 3 InvG an dem Spezial-Sondervermögen des X-Fonds sind dem sachlichen Anwendungsbereich des § 8b Abs. 2 Satz 1 KStG 2002 nicht zuzurechnen. Sie sind weder Anteile an einer Organgesellschaft noch an einer Körperschaft oder Personenvereinigung. Das Sondervermögen des Fonds ist vielmehr eine "Vermögensmasse", was auch in § 11 Abs. 1 Satz 1 InvStG a.F. durch die Qualifizierung als Zweckvermögen i.S. des § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG 2002 zum Ausdruck kommt. Dies entspricht der rechtlichen Einordnung des Wertpapier-Sondervermögens und der entsprechenden Anteilsscheine nach Maßgabe des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften i.d.F. des Gesetzes zur Senkung der Steuersätze und zur Reform der Unternehmensbesteuerung (Steuersenkungsgesetz) vom 23. Oktober 2000 (BGBl I 2000, 1433, BStBl I 2000, 1428) --KAGG-- (s. dort § 38 Abs. 1 Satz 1 KAGG), die Gegenstand des Senatsurteils vom 3. März 2010 I R 109/08 (BFHE 229, 351) war (zu II.2.c aa der Gründe).
- 13** c) Jedoch ist § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG 2002 infolge der Verweisung in § 8 Abs. 2 Satz 1 InvStG a.F. anzuwenden. § 8 Abs. 2 Satz 1 InvStG a.F. findet seinerseits unter den im Streitfall --aufgrund der bewertungstäglichen Ermittlung des sog. negativen Aktiengewinns durch die Investmentgesellschaft-- unstreitig erfüllten Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 InvStG a.F. Anwendung.
- 14** aa) Nach § 8 Abs. 2 Satz 1 InvStG a.F. ist beim Anleger auf Vermögensminderungen innerhalb des Investmentvermögens u.a. § 8b KStG 2002 anzuwenden, soweit die Vermögensminderungen auf Beteiligungen des Investmentvermögens an Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen entfallen, deren Leistungen beim Empfänger zu den Einnahmen i.S. des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG 2002 gehören (negativer Aktiengewinn). Die Regelung knüpft systematisch an § 8 Abs. 1 Satz 1 InvStG a.F. an; danach ist auf die Einnahmen aus der Rückgabe oder Veräußerung von Investmentanteilen im Betriebsvermögen u.a. § 8b KStG 2002 anzuwenden, soweit sie dort genannte, dem Anleger noch nicht zugeflossene oder als zugeflossen geltende Einnahmen enthalten oder auf bereits realisierte oder noch nicht realisierte Gewinne aus der Beteiligung des Investmentvermögens an Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen entfallen, deren Leistungen beim Empfänger zu den Einnahmen i.S. des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG 2002 gehören (positiver Aktiengewinn).
- 15** bb) § 8 Abs. 1 und 2 InvStG a.F. betrifft im Wesentlichen die sog. Schlussbesteuerung betrieblicher Anleger (s. z.B. Bacmeister/Reislhuber in Haase, Investmentsteuergesetz, § 8 Rz 120; Grabbe/Lübbehüsen, Deutsches Steuerrecht --DStR-- 2004, 981, 983): Derjenige Teil der Einnahmen (s. § 8 Abs. 3 Satz 1 InvStG a.F.), der in dieser Situation bei der Direktanlage nach Maßgabe des Halbeinkünfteverfahrens (inzwischen: des Teileinkünfteverfahrens) besonderen Besteuerungsfolgen (z.B. § 8b KStG 2002) unterworfen wird, wird kraft § 8 Abs. 1 und 2 InvStG a.F. aus der allgemeinen Steuerpflicht ausgenommen und ebenfalls diesen besonderen Besteuerungsfolgen unterworfen. § 8 Abs. 1 und 2 InvStG a.F., der insoweit von Aktiengewinn spricht (s. aus der Sicht des Fonds § 5 Abs. 2 Satz 1 InvStG a.F.), ist damit Ausdruck des sog. Transparenzprinzips, das eine steuerliche Mehrbelastung auf der Ebene des Anlegers im Vergleich zu einer Direktanlage vermeiden möchte (s. ausführlich Engl, Erträge aus Investmentvermögen, 2009, S. 73 ff.). Über Investmentfonds getätigte Aktienengagements sollen bei der abschließenden Besteuerung durch die Separierung des sog. Anleger-Aktiengewinns aus dem tatsächlich realisierten Erlös steuerlich der Direktanlage gleichgestellt werden (z.B. Engl, a.a.O., S. 277 f.; Hammer in Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 8 InvStG Rz 1; Ramackers in Littmann/Bitz/Pust, Das Einkommensteuerrecht, § 8 InvStG Rz 11; Hagen, Die Unternehmensbesteuerung --Ubg-- 2008, 337, 342; Schick/Bickert, Betriebs-Berater 2006, 1999, 2000; Grabbe/Lübbehüsen, DStR 2004, 981, 983; s.a. BMF-Schreiben vom 2. Juni 2005, BStBl I 2005, 728 bzw. vom 18. August 2009, BStBl I 2009, 931 - jeweils Rz 163 a.E.).
- 16** cc) Dabei bilden die beiden ersten Absätze --was die gemeinsame Ermittlungsvorschrift zum Aktiengewinn in § 8 Abs. 3 Satz 1 InvStG a.F. nahe legt-- zwar im Grundsatz das Spiegelbild (Hammer in Blümich, a.a.O., § 8 InvStG Rz 8;

Bacmeister/ Reislhuber in Haase, a.a.O., § 8 Rz 57; Büttner/Mücke in Berger/Steck/Lübbehüsen, InvG/InvStG, § 8 InvStG Rz 87) des jeweils anderen Absatzes: Der nach den Absätzen 1 und 2 zu berücksichtigende Teil der Einnahmen ist der Unterschied zwischen dem Aktiengewinn auf den Rücknahmepreis zum Zeitpunkt der Veräußerung einerseits und dem Aktiengewinn auf den Rücknahmepreis zum Zeitpunkt der Anschaffung oder dem Aktiengewinn auf den maßgebenden Rücknahmepreis zum Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahres, soweit er sich auf den Bilanzansatz ausgewirkt hat, andererseits. In der Sache geht es bei § 8 Abs. 1 InvStG a.F. um im Veräußerungs-/Rücknahmepreis enthaltene (bisher nicht versteuerte) "Mehr-Einnahmen", die im Falle der Direktanlage im Halbeinkünfteverfahren bei einer Kapitalgesellschaft steuerfrei zu stellen sind, bei § 8 Abs. 2 InvStG a.F. hingegen um "Minder-Einnahmen", die einem prinzipiellen Abzugsverbot zu unterstellen sind (Schultz/Halbig, DStR 2005, 1669, 1670 f.; Teichert, Die Besteuerung in- und ausländischer Investmentfonds nach dem Investmentsteuergesetz, 2009, S. 243).

- 17** dd) Diese regelungssystematisch angelegte wechselseitige Korrespondenz zwischen den beiden Vorschriften hat indessen Grenzen: Die durch § 8 Abs. 1 Satz 1 InvStG a.F. ermöglichte Steuerfreistellung nach § 8b Abs. 2 KStG 2002 ist tatbestandlich (in der für das Streitjahr maßgeblichen Fassung) auf die Einnahmen aus der Rückgabe und Veräußerung von Investmentanteilen beschränkt. (Verdeckte) Einlagen und damit unentgeltliche Übertragungen (vgl. Senatsurteile vom 27. Juli 1988 I R 147/83, BFHE 155, 52, BStBl II 1989, 271; vom 4. März 2009 I R 32/08, BFHE 224, 410; Gosch, KStG, 2. Aufl., § 8b Rz 199) gehören dazu nicht (ebenso z.B. Helios/Birker, Der Betrieb --DB-- 2011, 2226, 2229 f.). § 8 Abs. 2 InvStG a.F. hingegen ist eine derartige Begrenzung auf bestimmte Einnahmen aus den Investmentanteilen unbekannt. Erfasst werden losgelöst von § 8 Abs. 1 InvStG a.F. Vermögensminderungen jeglicher Art einschließlich des negativen Aktiengewinns; einzige Voraussetzung ist insoweit --und in diesem Punkt überstimmend mit Abs. 1 der Vorschrift--, dass sie auf Beteiligungen des Investmentvermögens entfallen, deren Leistungen beim Empfänger zu den Einnahmen i.S. des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG 2002 gehören. Ansonsten fehlt eine verknüpfende Bezugnahme auf § 8 Abs. 1 InvStG a.F. Von einem durch beide Absätze der Vorschrift gebildeten "einheitlichen Tatbestand" (so aber Helios/Birker, ebenda) kann deshalb keine Rede sein. Einbezogen und dem sog. Halbeinkünfteverfahren unterstellt werden beim Anleger danach vielmehr auch solche einschlägige Vermögensminderungen, welche dem Grunde nach aus verdeckten Einlagen resultieren.
- 18** ee) Es ist nichts dafür ersichtlich, dass die unterschiedlichen Textfassungen in § 8 Abs. 1 und 2 InvStG a.F. versehentlich nicht aufeinander abgestimmt worden wären. Die Gesetzgebungsgeschichte zeigt, dass der Gesetzgeber § 8 Abs. 2 InvStG a.F. bewusst abweichend von § 8 Abs. 1 InvStG a.F. formuliert hat, weil er auch Teilwertabschreibungen erfassen wollte (Bericht des Finanzausschusses, BTDrucks 15/1944, S. 18). § 8 Abs. 2 InvStG a.F. sollte demnach unabhängig von den in § 8 Abs. 1 InvStG a.F. aufgeführten Vorgängen auch Verluste erfassen, die nicht bei der Rückgabe oder Veräußerung von Investmentanteilen entstanden sind. Anhaltspunkte dafür, dass nur Teilwertabschreibungen, nicht hingegen andere vom Wortlaut der Vorschrift ebenfalls umfasste Sachverhalte in den Regelungsbereich des § 8 Abs. 2 InvStG a.F. einbezogen werden sollten, ergeben sich aus der Gesetzesbegründung nicht. Aus der amtlichen Überschrift des § 8 InvStG a.F., in der der "Veräußerung von Investmentanteilen" ausdrücklich die "Vermögensminderungen" gegenübergestellt werden, folgt im Gegenteil, dass es sich hierbei um zweierlei Regelungskomplexe handelt und handeln soll.
- 19** Damit einhergehend hat der Senat (durch Urteil vom 28. Oktober 2009 I R 27/08, BFHE 227, 73, BStBl II 2011, 229) auch bereits in anderem, aber vergleichbarem Zusammenhang --jenem der erstmaligen Anwendung des Abzugsverbots für negative Aktiengewinne aus Investmentfonds mit ausländischen Aktien-- erkannt, dass die Regelungskorrespondenz zwischen der Steuerfreistellung des § 8b Abs. 2 KStG 2002 und dem Abzugausschluss des § 8b Abs. 3 KStG 2002, jeweils i.V.m. § 40a Abs. 1 Satz 1 und 2 KAGG als der Vorgängervorschrift zu § 8 Abs. 1 und 2 InvStG a.F., nur eine typisierte ist und dass insoweit keine zwingende Übereinstimmung und Spiegelbildlichkeit besteht.
- 20** ff) Die wortlautgetreue Anwendung des § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG 2002 auf die Vermögensminderung durch Realisierung eines negativen Aktiengewinns aufgrund einer verdeckten Einlage von Investmentanteilen deckt sich schließlich mit dem Regelungszweck des § 8 Abs. 2 InvStG a.F. und dem darin niedergelegten investmentsteuerrechtlichen Transparenzprinzip (s.a. Lübbehüsen in Brinkhaus/Scherer, KAGG/AuslInvG, § 40 KAGG Rz 33). Denn sie führt dazu, dass die durch § 8 Abs. 2 InvStG a.F. bezweckte Gleichbehandlung mit einem Direktanleger auch insoweit umgesetzt wird; bei einem Direktanleger wären entsprechende Gewinnminderungen nach § 8b Abs. 3 Satz 3 i.V.m. Abs. 2 KStG 2002 ebenfalls nicht bei der Ermittlung des Einkommens zu berücksichtigen.
- 21** gg) Zur Ermittlung der Höhe des negativen Aktiengewinns hat das FG keine weiter gehenden Feststellungen

getroffen. Unter Berücksichtigung der aus unionsrechtlichen Gründen eingeschränkten Anwendbarkeit des § 8b Abs. 3 KStG (2002) im Veranlagungszeitraum 2001 --mit möglichen Folgewirkungen auf das Streitjahr-- hätte dazu jedoch Anlass bestanden (vgl. dazu EuGH-Urteil in Slg. 2009, I-299; Senatsurteile vom 22. April 2009 I R 57/06, BFHE 231, 35, BStBl II 2011, 66; vom 28. Oktober 2009 I R 27/08, BFHE 227, 73, BStBl II 2011, 229; Senatsbeschlüsse vom 8. Juni 2010 I B 199/09, BFH/NV 2010, 1863; vom 11. April 2011 I B 180/10, BFH/NV 2011, 1696; vom 23. Mai 2011 I B 11/11, BFH/NV 2011, 1698; BMF-Schreiben in BStBl I 2011, 40). Das FG wird diese Feststellungen im 2. Rechtszug nachholen. Zu diesem Zweck ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen. Auf dieser Grundlage ist die von den Beteiligten übereinstimmend beantragte Anordnung eines Ruhen des Verfahrens nicht i.S. des § 155 FGO i.V.m. § 251 Satz 1 ZPO zweckmäßig.

- 22** 2. Bei der Ermittlung des Gewerbeertrages der Klägerin sind die nach § 2 Abs. 2 Satz 1 InvStG a.F. i.V.m. § 8b Abs. 1, 5 KStG 2002 steuerfreien Erträge aus Investmentanteilen (2.660.224 €) nach § 8 Nr. 5 GewStG 2002 dem Gewinn aus dem Gewerbebetrieb hinzuzurechnen.
- 23** a) Besteuerungsgrundlage für die Gewerbesteuer ist nach § 6 GewStG 2002 der Gewerbeertrag. Gewerbeertrag ist nach § 7 Satz 1 GewStG 2002 der nach den Vorschriften des Einkommensteuergesetzes oder des Körperschaftsteuergesetzes zu ermittelnde Gewinn aus dem Gewerbebetrieb, der bei der Ermittlung des Einkommens für den dem Erhebungszeitraum entsprechenden Veranlagungszeitraum zu berücksichtigen ist, vermehrt und vermindert um die in den §§ 8 und 9 GewStG 2002 bezeichneten Beträge. Gemäß § 8 Nr. 5 GewStG 2002 werden dem Gewinn aus Gewerbebetrieb die nach § 3 Nr. 40 EStG 2002 oder § 8b Abs. 1 KStG 2002 außer Ansatz bleibenden Gewinnanteile (Dividenden) und die diesen gleichgestellten Bezüge und erhaltenen Leistungen aus Anteilen an einer Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse im Sinne des Körperschaftsteuergesetzes, soweit sie nicht die Voraussetzungen des § 9 Nr. 2a oder 7 GewStG 2002 erfüllen, nach Abzug der mit diesen Einnahmen, Bezügen und erhaltenen Leistungen in wirtschaftlichem Zusammenhang stehenden Betriebsausgaben, soweit sie nach § 3c Abs. 2 EStG 2002 und § 8b Abs. 5 KStG 2002 unberücksichtigt bleiben, wieder hinzugerechnet, soweit sie bei der Ermittlung des Gewinns abgesetzt worden sind.
- 24** b) Nach § 2 Abs. 2 Satz 1 InvStG a.F. sind § 3 Nr. 40 EStG 2002 und u.a. § 8b KStG 2002 anzuwenden, soweit ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche inländische und ausländische Erträge solche i.S. des § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 oder Satz 2 EStG 2002 enthalten. Ist der Inhaber von Investmentanteilen eine Kapitalgesellschaft, folgt aus dem in § 2 Abs. 2 Satz 1 InvStG a.F. angeführten Verweis auf § 8b KStG 2002, dass aus den Investmentanteilen bezogene Dividenden bei der Ermittlung des Einkommens der Kapitalgesellschaft --unter Berücksichtigung des § 8b Abs. 5 Satz 1 KStG 2002-- außer Ansatz bleiben (§ 8b Abs. 1 KStG 2002). Diese steuerfreien Dividenden sind nach § 8 Nr. 5 GewStG 2002 zur Ermittlung des Gewerbeertrages dem Gewinn aus Gewerbebetrieb der Kapitalgesellschaft hinzuzurechnen.
- 25** aa) § 2 Abs. 2 Satz 1 (i.V.m. § 5 Abs. 1) InvStG a.F. ist --mit fast wörtlicher Übereinstimmung-- Nachfolgevorschrift zu § 40 Abs. 2 KAGG. Zu dieser Regelung, die eine Anwendung u.a. von § 8b Abs. 1 KStG 2002 auf ausgeschüttete und nicht zur Ausschüttung oder Kostendeckung verwendete inländische und ausländische Einnahmen des Wertpapier-Sondervermögens i.S. des § 38b Abs. 5 KAGG vorsah, hat der Senat entschieden, dass über ein Wertpapier-Sondervermögen bezogene steuerfreie Dividenden die gewerbesteuerrechtliche Hinzurechnung des § 8 Nr. 5 GewStG 2002 auslösen (Senatsurteil in BFHE 229, 351). Denn für die gewerbesteuerliche Hinzurechnung der in den Erträgen des Anteilsscheininhabers enthaltenen steuerfreien Dividenden des Wertpapier-Sondervermögens sind ausreichende Anknüpfungspunkte im Wortlaut des § 8 Nr. 5 GewStG 2002 zu finden. Auch stehen die Regelungen des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften der gewerbesteuerlichen Hinzurechnung der über ein Wertpapier-Sondervermögen bezogenen Dividenden nicht entgegen. Schließlich entspricht die Anwendung der gewerbesteuerrechtlichen Hinzurechnung auf die Erträge aus Anteilsscheinen an einem Wertpapier-Sondervermögen sowohl dem Zweck des § 40 Abs. 2 KAGG als auch demjenigen des § 8 Nr. 5 GewStG 2002.
- 26** bb) Diese Erwägungen haben nach Maßgabe der durch § 2 Abs. 2 Satz 1 InvStG a.F. vorgegebenen neuen Rechtslage weiterhin Bestand (so im Ergebnis auch BMF-Schreiben in BStBl I 2005, 728 und in BStBl I 2009, 931, jeweils Rz 42; Oberfinanzdirektion --OFD-- Niedersachsen, Verfügung vom 11. April 2011, GmbH-Rundschau 2011, 781; Lübbehüsen in Berger/Steck/Lübbehüsen, a.a.O., § 2 InvStG Rz 180; Reiche/M. Frotscher in Haase, a.a.O., § 2 InvStG Rz 101 ff.; Isensee in Beckmann/Scholtz/Vollmer, Investment, Band 3, § 2 InvStG Rz 68; Dötsch/Pung in Dötsch/Jost/Pung/Witt, Die Körperschaftsteuer, § 8b KStG Rz 30; Geurts in Bordewin/Brandt, EStG, § 2 InvStG Rz 70; Gosch, BFH/PR 2010, 302, 303; Hofmeister in Blümich, a.a.O., § 8 GewStG Rz 575 a.E.; a.A. z.B. Hils, DB 2009, 1151; Güroff in Glanegger/Güroff, GewStG, 7. Aufl., § 8 Nr. 5 Rz 3; s.a. die Nachweise im Senatsurteil in BFHE 229, 351).

- 27** aaa) Der (gegenüber der dem Senatsurteil in BFHE 229, 351 zugrunde liegenden Rechtslage unveränderte) Wortlaut des § 8 Nr. 5 GewStG 2002 erfasst auch Erträge aus Investmentanteilen, die nach dem Inkrafttreten des Investmentsteuergesetzes angefallen sind. Zwar liegen in Gestalt der streitbefangenen Erträge aus den Anteilsscheinen an einem Spezial-Sondervermögen keine Gewinnanteile i.S. des § 8 Nr. 5 GewStG 2002 vor. Jene Erträge zählen jedoch zu den Bezügen und erhaltenen Leistungen aus Anteilen an einer Vermögensmasse im Sinne des Körperschaftsteuergesetzes, die nach § 8 Nr. 5 GewStG 2002 den Gewinnanteilen gleichgestellt sind. Denn das inländische Sondervermögen gilt nach § 11 Abs. 1 Satz 1 InvStG a.F. als Zweckvermögen i.S. des § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG 2002; es ist daher jedenfalls steuerrechtlich als Vermögensmasse anzusehen, an der die Anteilsscheininhaber beteiligt sind.
- 28** bbb) Die gewerbesteuerrechtliche Hinzurechnung betrifft auch --wie im Senatsurteil in BFHE 229, 351 erkannt und ausführlich begründet wurde-- nicht nur solche Bezüge, die ausdrücklich in § 8b Abs. 1 KStG 2002 aufgeführt sind. Denn der Umfang der Hinzurechnung ergibt sich nach § 8 Nr. 5 GewStG 2002 nicht aus einer Rechtsgrundverweisung auf die in § 8b Abs. 1 KStG 2002 genannten Bezüge, sondern aus einem eigenständigen Tatbestand: § 8 Nr. 5 GewStG 2002 unterscheidet nicht danach, auf welche Weise die Bezüge den Anlegern zugerechnet werden. Damit werden Investmentanteilanleger und Direktanleger gleich behandelt. Denn nach § 2 Abs. 2 Satz 1 InvStG a.F., der eine Rechtsfolgenverweisung auf § 8b Abs. 1 KStG 2002 enthält, sind die in den Erträgen des Anteilsscheininhabers enthaltenen Erträge des Spezial-Sondervermögens i.S. des § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 sowie Satz 2 EStG 2002 "nach § 8b Abs. 1 KStG" bei der Ermittlung des Einkommens des Anteilsscheininhabers außer Ansatz zu lassen (s. insoweit auch Gosch, a.a.O., § 8b Rz 56; Dötsch/ Pung in Dötsch/Jost/Pung/Witt, a.a.O., § 8b KStG Rz 17).
- 29** ccc) Der gewerbesteuerlichen Hinzurechnung steht nicht entgegen, dass das Investmentsteuergesetz grundsätzlich eine abschließende Spezialregelung für die Besteuerung der Erträge aus Anteilsscheinen an einem Investmentvermögen darstellt. Zwar verweist § 2 Abs. 2 Satz 1 InvStG a.F. für die Besteuerung der in den Erträgen aus den Anteilsscheinen enthaltenen Dividenden des Investmentvermögens ausdrücklich nur auf die Steuerbefreiung (u.a.) nach § 8b Abs. 1 KStG 2002 und nicht auf die gewerbesteuerliche Hinzurechnung dieser Dividenden nach § 8 Nr. 5 GewStG 2002. Ein solcher Verweis ist indessen nicht erforderlich, da die Hinzurechnung bereits unmittelbar aus § 8 Nr. 5 GewStG 2002 folgt. Insoweit hätte der Gesetzgeber, um ein "Fondsprivileg" bzw. eine "positive Ausnahme vom Transparenzprinzip" (Lindemann, Deutsche Steuerzeitung 2003, 559, 565) zu installieren, vielmehr die Anwendung des § 8 Nr. 5 GewStG 2002 ausdrücklich ausschließen müssen (a.A. z.B. Lindemann, ebenda).
- 30** ddd) Im Übrigen entspricht die Hinzurechnung dem Zweck sowohl des § 2 Abs. 2 Satz 1 InvStG a.F. als auch des § 8 Nr. 5 GewStG 2002. Denn in § 2 Abs. 2 Satz 1 InvStG a.F. kommt --ebenso wie früher in § 40 Abs. 2 KAGG (s. insoweit die ausführliche Begründung im Senatsurteil in BFHE 229, 351)-- das Transparenzprinzip durch den Verweis auf § 8b Abs. 1 KStG 2002 insoweit unmittelbar zum Ausdruck, als dadurch erreicht werden soll, dass körperschaftsteuerpflichtige Anteilsscheininhaber im Hinblick auf die Steuerbefreiung des § 8b Abs. 1 KStG 2002 wie Direktanleger behandelt werden: Die steuerrechtliche Behandlung auf der Ausgangsseite des Fonds richtet sich nach dem Charakter der die Erträge aus den Investmentanteilen speisenden Erträge des Investmentvermögens auf der Eingangsseite (Ramackers in Littmann/Bitz/Pust, a.a.O., § 2 InvStG Rz 50; Reiche/M. Frotscher in Haase, a.a.O., § 2 InvStG Rz 71 ff.; Lübbehüsen in Berger/Steck/Lübbehüsen, a.a.O., § 2 InvStG Rz 117; Engl, a.a.O., S. 189). Die Steuerbefreiung des § 8b Abs. 1 KStG 2002 wird wiederum wie bei einem Direktanleger durch die Hinzurechnung nach § 8 Nr. 5 GewStG 2002 für die Ermittlung des Gewerbeertrages wieder aufgehoben, um einen Einfluss des Halbeinkünfteverfahrens auf die gewerbesteuerrechtliche Bemessungsgrundlage auszuschließen (s. insoweit Senatsurteil in BFHE 229, 351; Hofmeister in Blümich, a.a.O., § 8 GewStG Rz 561).
- 31** cc) Eine die Hinzurechnung ausschließende sog. Schachtelbeteiligung i.S. des § 9 Nr. 2a oder 7 GewStG 2002 liegt nicht vor, weil nach den Feststellungen des FG die Beteiligungen der Fonds an den Aktiengesellschaften jeweils geringer als 10 % des jeweiligen Nennkapitals gewesen sind. Soweit die Revision meint, die Mindestbeteiligungsschwelle bezüglich einer Kapitalgesellschaft i.S. des § 9 Nr. 2a GewStG 2002 könne auch über mehrere Fonds erreicht werden, ist nicht ersichtlich, dass die Klägerin selbst --da die Gewerbebesteuer auf ihrer Besteuerungsebene entsteht und unter Anwendung des Transparenzprinzips nur ein Vergleich mit einer eigenen Direktanlage in Betracht kommt-- die maßgebende Beteiligungsquote durch Direktbeteiligung und/oder auf ihre Beteiligungsquote am Sondervermögen bezogene mittelbare Beteiligung (s. Reiche/ M. Frotscher in Haase, a.a.O., § 2 InvStG Rz 104; Dötsch/Pung in Dötsch/Jost/Pung/Witt, a.a.O., § 8b KStG Rz 30; Geurts in Bordewin/Brandt, a.a.O., § 2 InvStG Rz 70; Hagen, Ubg 2008, 337, 339) überschritten hat.

- 32** dd) Die Höhe der Hinzurechnung, die sich auf die Erträge i.S. des § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG 2002 nach Abzug der mit diesen erhaltenen Leistungen in wirtschaftlichem Zusammenhang stehenden Betriebsausgaben, soweit sie nach § 8b Abs. 5 KStG 2002 unberücksichtigt bleiben, bezieht (im Streitfall: 2.660.224 €), ist unter den Beteiligten nicht in Streit; der Senat sieht dazu von weiteren Ausführungen ab.

Quelle: [www.bundesfinanzhof.de](http://www.bundesfinanzhof.de)