

# Urteil vom 07. Februar 2024, I R 8/19

**"Bondstripping" durch Luxemburger SICAV mit KGaA als Gesellschafterin - Schachtelprivileg nach DBA-Luxemburg 1958/2009 - Verhältnis von § 42 AO zu § 15b EStG**

ECLI:DE:BFH:2024:U.070224.IR8.19.0

BFH I. Senat

EStG § 15 Abs 1 S 1 Nr 3, EStG § 15b, EStG § 20 Abs 2 S 1 Nr 2 Buchst b S 1, FGO § 118 Abs 2, DBA LUX Art 20 Abs 2 S 1, DBA LUX Art 20 Abs 2 S 3, AO § 42, EStG VZ 2011, BGB § 398, BGB §§ 398ff, BGB § 929, BGB §§ 929ff

vorgehend FG Düsseldorf, 17. Dezember 2018, Az: 2 K 3874/15 F

## Leitsätze

1. NV: Teilt ein Investmentfonds (hier: eine Luxemburger SICAV) Bundesanleihen, die in seinem Vermögensbestand enthalten sind, in Zinsscheine und Anleihenmäntel (sogenanntes Bondstripping) und veräußert er sodann die isolierten Zinsscheine, sind nach der Rechtslage des Jahres 2011 bei der Ermittlung des Veräußerungsgewinns nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b Satz 1 des Einkommensteuergesetzes (EStG) den Zinsscheinen keine Anschaffungskosten aus dem Erwerb der Bundesanleihen zuzuordnen; die Anschaffungskosten entfallen ausschließlich auf die Stammrechte (Anschluss an die Urteile des Bundesfinanzhofs --BFH-- vom 30.11.2022 - VIII R 15/19, BFHE 279, 85, BStBl II 2023, 632 und vom 30.11.2022 - VIII R 30/20, BFHE 279, 99, BStBl II 2023, 638).
2. NV: Ob es sich bei einer Zuwendung einer ausländischen Kapitalgesellschaft an ihren Gesellschafter um eine Ausschüttung oder um eine Rückzahlung von Grundkapital oder eine Einlagenrückgewähr handelt, bestimmt sich nach dem für die betreffende Gesellschaft jeweils anzuwendenden ausländischen Gesellschaftsrecht. Die Ermittlung des ausländischen Rechts obliegt im Finanzgerichtsprozess dem Finanzgericht. Der BFH ist im Rahmen des § 118 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung an dessen Feststellungen und Auslegung wie an Tatsachenfeststellungen gebunden.
3. NV: Nach der Rechtslage des Jahres 2011 sind Ausschüttungen einer Luxemburger SICAV an eine inländische KGaA, der mindestens 25 % der stimmberechtigten Anteile an der SICAV gehören, wegen des sogenannten abkommensrechtlichen Schachtelprivilegs des DBA-Luxemburg 1958/2009 von der Besteuerung im Inland ausgenommen (Bestätigung des Senatsurteils vom 15.03.2021 - I R 1/18, Betriebs-Berater 2021, 2337). Die Steuerfreiheit erstreckt sich auf den Gewinnanteil einer KG als persönlich haftender Gesellschafterin der KGaA, auch soweit es sich bei den Gesellschaftern der KG nicht um Kapitalgesellschaften handelt (Bestätigung des Senatsurteils vom 01.06.2022 - I R 44/18, BFHE 277, 263).
4. NV: Nach der ab 2008 geltenden Fassung des § 42 der Abgabenordnung verdrängen einzelsteuergesetzliche Vorschriften zur Verhinderung von Steuerumgehungen (hier: § 15b EStG) dessen Anwendung nur dann, wenn sie tatbestandlich einschlägig sind. Allerdings müssen bei der Prüfung des Vorliegens eines Missbrauchs von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten diejenigen Wertungen des Gesetzgebers, die den von ihm geschaffenen einzelsteuergesetzlichen Umgehungsverhinderungsvorschriften zugrunde liegen, zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen im Rahmen der Auslegung berücksichtigt werden (Bestätigung des Senatsurteils vom 17.11.2020 - I R 2/18, BFHE 271, 330, BStBl II 2021, 580).

## Tenor

Auf die Revision des Beklagten wird das Zwischenurteil des Finanzgerichts Düsseldorf vom 17.12.2018 - 2 K 3874/15 F aufgehoben.

## Tatbestand

- 1 Der Kläger und Revisionsbeklagte zu 2. (Kläger zu 2.) ist alleiniger Gesellschafter der Klägerin und Revisionsbeklagten zu 1. (Klägerin zu 1.), einer GmbH. Die Klägerin zu 1. war Komplementärin und der Kläger zu 2. war zunächst alleiniger Kommanditist (mit einer Gewinnbeteiligung von 100 %) der im November 2011 gegründeten ... GmbH & Co. KG (A-KG), der ursprünglichen Klägerin in diesem Verfahren. Unternehmensgegenstand der A-KG war die Verwaltung eigenen Vermögens.
- 2 Die A-KG als persönlich haftende Gesellschafterin (mit einer Kapitalbeteiligung von 99,8 %) und der Kläger zu 2. als Kommanditaktionär (mit einer Kapitalbeteiligung von 0,2 %) gründeten am 08.12.2011 die ... GmbH & Co. KGaA (B-KGaA).
- 3 Ebenfalls am 08.12.2011 wurde im Großherzogtum Luxemburg (Luxemburg) ein Spezial-Investmentfonds als société d'investissement à capital variable ("SICAV") in der Rechtsform einer société anonyme mit Sitz in Luxemburg unter der Bezeichnung ...-SICAV (C-SICAV) errichtet. Sämtliche Aktien der C-SICAV im Nennwert von zusammen ... € erwarb die B-KGaA. Geschäftszweck der C-SICAV war laut Satzung die Anlage des Netto-Gesellschaftsvermögens in Wertpapieren und anderen gesetzlich zulässigen Vermögenswerten nach dem Grundsatz der Risikostreuung und mit dem Ziel, den Aktionären die Erträge aus der Verwaltung des Netto-Gesellschaftsvermögens zukommen zu lassen.
- 4 Eine SICAV nach Luxemburger Recht verfügt nicht über ein festes Grundkapital; ihr Kapital ist variabel und entspricht ihrem jeweiligen Nettovermögen. SICAV sind in Luxemburg von der Ertragsteuer befreit. Sie unterliegen jährlich maximal der sogenannten Abonnementsteuer (Tax d'abonnement), die mit einem pauschalen Steuersatz auf das Nettovermögen der Gesellschaft erhoben wird.
- 5 Umgehend nach ihrer Errichtung erwarb die C-SICAV mehrere deutsche Bundesanleihen mit mehrjährigen Laufzeiten zum Einstandswert von insgesamt ... €. Nach einer Teilung der Anleihen im Wege des sogenannten Bondstripping in Zinsscheine und Anleihenmäntel veräußerte die C-SICAV die Zinsscheine. Den Veräußerungserlös von ... € schüttete sie am 23.12.2011 an die B-KGaA aus. Am 30.12.2011 betrug das Fondsvermögen der C-SICAV ... €, wovon auf die Tageswerte der "gestrippten" Bundesanleihen ... € entfielen. Die B-KGaA nahm in ihrer Handelsbilanz zum 31.12.2011 --nicht aber in ihrer Steuerbilanz-- auf ihre "Beteiligung an verbundenen Unternehmen" eine Abschreibung von ... € vor.
- 6 Mit steuerlicher Rückwirkung zum 31.12.2011 brachte der Kläger zu 2. aufgrund eines Einbringungs- und Übertragungsvertrags vom 27.06.2012 99 % seines Kommanditanteils an der A-KG zum gemeinen Wert in die Klägerin zu 1. ein.
- 7 Die B-KGaA gab für den Veranlagungszeitraum 2011 (Streitjahr) eine Erklärung zur gesonderten und einheitlichen Feststellung ihrer Besteuerungsgrundlagen ab, in der die am 23.12.2011 von der C-SICAV erhaltene Ausschüttung als nach dem sogenannten Schachtelprivileg des Art. 20 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. Satz 1 des Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Großherzogtum Luxemburg zur Vermeidung der Doppelbesteuerungen und über gegenseitige Amts- und Rechtshilfe auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen sowie der Gewerbesteuer und der Grundsteuern vom 23.08.1958 (BGBl II 1959, 1270, BStBl I 1959, 1023), zuletzt geändert durch das Protokoll vom 11.12.2009 (BGBl II 2010, 1151, BStBl I 2011, 838), --DBA-Luxemburg 1958/2009-- steuerfreie Dividende deklariert wurde. Der Beklagte und Revisionskläger (Finanzamt --FA--) erließ unter dem Vorbehalt der Nachprüfung einen erklärungskonformen Feststellungsbescheid, in dem Einkünfte der B-KGaA aus Gewerbebetrieb mit ... € festgestellt wurden, die der A-KG in Höhe von ... € zugerechnet wurden. Zudem wurden nach Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung (DBA) steuerfreie Einkünfte, die dem Progressionsvorbehalt unterliegen, mit ... € festgestellt; diese wurden der A-KG in Höhe von ... € zugerechnet.
- 8 Für die A-KG erließ das FA am 27.02.2013 unter dem Vorbehalt der Nachprüfung einen ebenfalls erklärungskonformen Bescheid für 2011 über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen. Festgestellt wurden Einkünfte aus Gewerbebetrieb mit ... €. Zudem wurde festgestellt, dass in den Einkünften aus Gewerbebetrieb nach DBA steuerfreie Einkünfte mit Progressionsvorbehalt von ... € nicht enthalten seien. In den steuerpflichtigen Einkünften der A-KG war ein Verlust aus der Einbringung des anteiligen Kommanditanteils des Klägers zu 2. in die Klägerin zu 1. von ... € enthalten. Bei der Berechnung dieses Einbringungsverlusts war die A-KG von einem gemeinen Wert des Kommanditanteils von ... € ausgegangen. Von diesem Betrag wurde das Kommanditkapital von ... € abgezogen.
- 9 Nach Außenprüfungen bei der B-KGaA und der A-KG kam das FA zu der Auffassung, dass die Ausschüttung der C-SICAV nicht dem Schachtelprivileg des Art. 20 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. Satz 1 DBA-Luxemburg 1958/2009 unterfalle; es

handele sich nicht um eine Dividende, sondern um Zinseinkünfte, für die das Besteuerungsrecht der Bundesrepublik Deutschland (Deutschland) zustehe. Der Steuerbilanzgewinn der B-KGaA sei um ... € zu reduzieren, weil die Beteiligung an der C-SICAV auch in der Steuerbilanz auf den Teilwert abzuschreiben sei. Die Voraussetzungen für die Ausübung des Wahlrechts nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 des Einkommensteuergesetzes in der für das Streitjahr geltenden Fassung (EStG) hätten nicht vorgelegen, weil die A-KG mitgeteilt habe, dass das dafür erforderliche besondere Verzeichnis nicht geführt worden sei. Infolge der Teilwertabschreibung müsse der Einbringungsverlust des Klägers zu 2. neu berechnet werden und betrage nur noch ... €. Das FA erließ unter dem 17.08.2015 einen entsprechend geänderten Feststellungsbescheid für die A-KG, in dem es die Einkünfte aus Gewerbebetrieb mit ... € (laufende Einkünfte von ... € und Sonderbetriebsausgaben von ... €) feststellte. Nach DBA steuerfreie Einkünfte stellte das FA nicht fest.

- 10** Auch für die B-KGaA erließ das FA zunächst einen geänderten Feststellungsbescheid, in dem es die Ausschüttung der C-SICAV als steuerpflichtig behandelte und Einkünfte aus Gewerbebetrieb mit ... € feststellte. In dem dagegen gerichteten Einspruchsverfahren erließ das FA indessen am 03.12.2015 einen --bestandskräftig gewordenen-- negativen Feststellungsbescheid, weil für die B-KGaA in Ermangelung einer Feststellungsgemeinschaft keine gesonderte und einheitliche Feststellung vorzunehmen sei.
- 11** Gegen den die A-KG betreffenden Änderungsbescheid vom 17.08.2015 erhob diese nach erfolglosem Einspruch Klage, mit der sie beantragte, den Feststellungsbescheid dahin zu ändern, dass für die A-KG nach der Beteiligungsquote zu verteilende laufende steuerpflichtige Einkünfte aus Gewerbebetrieb mit ... € festgestellt werden, hilfsweise, den Verlust als Einbringungsverlust im Rahmen der Gewinnfeststellung mit ... € festzustellen.
- 12** Das Finanzgericht (FG) Düsseldorf hat mit Zwischenurteil vom 17.12.2018 - 2 K 3874/15 F (Entscheidungen der Finanzgerichte --EFG-- 2019, 505) entschieden, dass
  - a) der Gewinnanteil der A-KG aus ihrer Beteiligung an der B-KGaA in Höhe von ... € steuerfrei ist,
  - b) der Gewinnanteil der A-KG aus ihrer Beteiligung an der B-KGaA zu Unrecht aufgrund einer Teilwertabschreibung um einen Betrag von ... € gemindert worden ist, und
  - c) der Verlust aus der Einbringung des Kommanditanteils des Klägers zu 2. in die Klägerin zu 1. auf ... € zu erhöhen ist.
- 13** Die vom FA hilfsweise geltend gemachte Anwendbarkeit des § 42 der Abgabenordnung in der für das Streitjahr geltenden Fassung --AO-- (Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten) hat das FG mit der Begründung abgelehnt, § 42 AO sei wegen des Vorrangs des § 15b EStG nicht auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar. Nicht entschieden hat das FG in dem Zwischenurteil darüber, ob die negativen Einkünfte ausgleichsfähig sind oder ob sie als Verluste im Zusammenhang mit einem Steuerstundungsmodell gemäß § 15b Abs. 1 EStG nur mit Einkünften, die die A-KG in den folgenden Jahren aus derselben Einkunftsquelle bezogen hat, verrechenbar sind. Ebenfalls offengelassen hat die Vorinstanz, ob im Feststellungsbescheid der A-KG Feststellungen über die Geltung des Teileinkünfteverfahrens nach § 3 Nr. 40 EStG zu treffen sind und inwiefern nach Maßgabe von § 7 Abs. 7 des Außensteuergesetzes in der für das Streitjahr geltenden Fassung (AStG) die Voraussetzungen der Hinzurechnungsbesteuerung gemäß § 7 Abs. 1 bis 6a AStG zur Anwendung kommen könnten.
- 14** Gegen das Zwischenurteil richtet sich die Revision des FA.
- 15** Während des Revisionsverfahrens --am 22.10.2019-- hat der Kläger zu 2. seinen Kommanditanteil an der A-KG auf die Klägerin zu 1. übertragen. Das Verfahren wird nunmehr von den Klägern als früheren Gesellschaftern der A-KG fortgeführt.
- 16** Das FA beantragt, das Zwischenurteil des FG aufzuheben und die Klage abzuweisen.
- 17** Die Kläger beantragen, die Revision zurückzuweisen.
- 18** Das Bundesministerium der Finanzen (BMF) ist dem Revisionsverfahren gemäß § 122 Abs. 2 Satz 1 der Finanzgerichtsordnung (FGO) beigetreten. Es stellt keinen Antrag.

## Entscheidungsgründe

19 Klage- und Prozessführungsbefugnis gegen den angefochtenen gesonderten und einheitlichen Feststellungsbescheid sowie die Beteiligtenstellung im vorliegenden Prozess sind infolge der zur liquidationslosen Vollbeendigung der A-KG führenden Übertragung des Kommanditanteils des Klägers zu 2. auf die Klägerin zu 1. im laufenden Revisionsverfahren (am 22.10.2019) von der ursprünglich gemäß § 48 Abs. 1 Nr. 1 FGO als Prozessstandschafterin klagenden A-KG auf die Kläger als deren vormalige Gesellschafter übergegangen (s. allgemein Urteil des Bundesfinanzhofs --BFH-- vom 25.04.2006 - VIII R 52/04, BFHE 214, 40, BStBl II 2006, 847; BFH-Beschluss vom 17.10.2013 - IV R 25/10, BFH/NV 2014, 170).

C.

- 20 Die Revision ist begründet und führt zur Aufhebung des angefochtenen Zwischenurteils. Zwar hat das FG die entschiedenen Vorfragen isoliert betrachtet zutreffend beantwortet. Es hat jedoch rechtsfehlerhaft angenommen, § 42 AO sei im Streitfall nicht anwendbar und hat infolgedessen eine Prüfung auf den Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten unterlassen.
- 21 I. Das angefochtene Zwischenurteil ist verfahrensrechtlich zulässig und selbständig mit der Revision anfechtbar.
- 22 Gemäß § 99 Abs. 2 FGO kann das Gericht durch Zwischenurteil über eine entscheidungserhebliche Sach- oder Rechtsfrage vorab entscheiden, wenn dies sachdienlich ist und nicht der Kläger oder der Beklagte widerspricht.
- 23 Das FG hat in dem Zwischenurteil über drei streitige Vorfragen des Rechtsstreits entschieden, die auf der Grundlage seiner Rechtsauffassung entscheidungserheblich sind, weil ohne deren Beantwortung ein Urteil über die geltend gemachte Rechtsbeeinträchtigung nicht möglich ist und über die folglich auch in einem Endurteil zu entscheiden wäre (s. zur Entscheidungserheblichkeit beispielsweise BFH-Urteil vom 29.05.2008 - V R 7/06, BFHE 221, 528, BStBl II 2009, 64; Senatsurteil vom 04.09.2019 - I R 11/17, BFH/NV 2020, 766). Eine Vorabentscheidung hierzu durch ein Zwischenurteil war sachdienlich, weil --wie das FG näher dargelegt hat-- hinsichtlich der offengelassenen Fragen gegebenenfalls weitere gesonderte Feststellungsverfahren durchzuführen wären. Auch haben die Beteiligten dem Erlass eines Zwischenurteils nicht widersprochen.
- 24 II. Vorbehaltlich einer nachzuholenden Prüfung des Sachverhalts auf einen Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten nach § 42 AO hat das FG die im Zwischenurteil behandelten entscheidungserheblichen Vorfragen des Rechtsstreits zutreffend beantwortet.
- 25 1. Der festgestellte Gewinnanteil der A-KG aus ihrer Beteiligung an der B-KGaA ist auf der Grundlage der den Senat gemäß § 118 Abs. 2 FGO bindenden Feststellungen der Vorinstanz um ... € zu reduzieren, weil er insoweit nach dem Schachtelprivileg des DBA-Luxemburg 1958/2009 von der deutschen Besteuerung freigestellt ist.
- 26 a) Die A-KG hat im Streitjahr als persönlich haftende Gesellschafterin der B-KGaA gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG Einkünfte aus Gewerbebetrieb erzielt. Nach dieser Bestimmung sind unter anderem die Gewinnanteile der persönlich haftenden Gesellschafter einer KGaA, soweit sie nicht auf Anteile am Grundkapital entfallen, Einkünfte aus Gewerbebetrieb.
- 27 b) Nach dem vorliegend gegebenen Verfahrensstand ist über den Gewinnanteil der A-KG aus ihrer Beteiligung an der B-KGaA unmittelbar auf der Stufe der Feststellung der Besteuerungsgrundlagen der A-KG nach § 180 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a AO zu entscheiden. Zwar ist bislang nicht abschließend geklärt, ob die Ergebnisanteile des persönlich haftenden Gesellschafters einer KGaA Gegenstand eines Verfahrens zur gesonderten und einheitlichen Gewinnfeststellung bei der KGaA sind (vgl. Senatsbeschluss vom 29.06.2016 - I B 32/16, BFH/NV 2016, 1679; Senatsurteile vom 15.03.2017 - I R 41/16, BFHE 258, 246, und vom 15.03.2021 - I R 1/18, Betriebs-Berater --BB-- 2021, 2337). Da im Streitfall das FA jedoch am 03.12.2015 den zuvor ergangenen Bescheid über die gesonderte und einheitliche Feststellung der Besteuerungsgrundlagen der B-KGaA aufgehoben und durch einen negativen Feststellungsbescheid ersetzt hat, dem zufolge die Voraussetzungen einer gesonderten und einheitlichen Feststellung der Besteuerungsgrundlagen der B-KGaA nicht erfüllt sind, ist die Vorschaltung eines Feststellungsverfahrens bei der B-KGaA nicht mehr möglich. Das FG hat sich zu Recht an die ergangene bestandskräftige negative Feststellung gebunden gesehen (z.B. Senatsurteil vom 01.06.2022 - I R 44/18, BFHE 277, 263).
- 28 c) Den Betrag des Gewinnanteils der A-KG an der B-KGaA, soweit er auf die Ausschüttung des Gewinns der C-SICAV aus der Veräußerung der Zinsscheine entfällt, ist mit ... € (99,8 % des Veräußerungsgewinns von ... € --dem vom FG

verlautbarten Betrag von ... € liegt offenkundig ein Rechenfehler zugrunde--) anzusetzen.

- 29** aa) Der Gewinn der B-KGaA aus ihrer Beteiligung an der C-SICAV ist nach den Vorschriften des Investmentsteuergesetzes in der für das Streitjahr geltenden Fassung (InvStG 2004) zu ermitteln. Nach den von der Revision nicht angegriffenen und auch aus Sicht des Senats nicht zu beanstandenden vorinstanzlichen Feststellungen handelt es sich bei der C-SICAV um ein ausländisches Investmentvermögen im Sinne von § 2 Abs. 8 Satz 1 i.V.m. § 1 Satz 2 des Investmentgesetzes in der für das Streitjahr geltenden Fassung (InvG), auf das das Investmentsteuergesetz 2004 gemäß dessen § 1 Abs. 1 Nr. 3 anwendbar ist.
- 30** Ebenfalls zutreffend ist die Annahme des FG, dass der von der C-SICAV gezahlte Betrag als ausgeschütteter Ertrag zu den Betriebseinnahmen der B-KGaA (§ 8 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 des Körperschaftsteuergesetzes in der für das Streitjahr geltenden Fassung --KStG--) gehört. Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 InvStG 2004 gehören die auf Investmentanteile ausgeschütteten sowie die ausschüttungsgleichen Erträge und der Zwischengewinn zu den Einkünften aus Kapitalvermögen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG, wenn sie nicht (unter anderem) Betriebseinnahmen sind.
- 31** Die Erträge der C-SICAV sind ungeachtet des vorgenannten Umstands nicht nach den Vorschriften über die Ermittlung von Gewinneinkünften (Betriebsvermögensvergleich nach § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, § 4 Abs. 1 EStG) zu ermitteln, sondern gemäß § 3 Abs. 1 InvStG 2004 sinngemäß nach § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG, dem zufolge der Überschuss der Einnahmen über die Werbungskosten (§§ 8, 9 EStG) unter Zugrundelegung des nach den Maßgaben des § 3 Abs. 2 InvStG 2004 modifizierten Zufluss-/Abflussprinzips des § 11 EStG maßgeblich ist (s. BFH-Urteil vom 30.01.2018 - VIII R 20/14, BFHE 260, 400, BStBl II 2018, 487).
- 32** bb) Die C-SICAV hat mit dem Verkauf der isolierten Zinsscheine einen Veräußerungsgewinn im Sinne von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b Satz 1 EStG erzielt. Nach dieser Bestimmung gehört zu den Einkünften aus Kapitalvermögen auch der Gewinn aus der Veräußerung von Zinsscheinen und Zinsforderungen durch den Inhaber oder ehemaligen Inhaber der Schuldverschreibung, wenn die dazugehörigen Schuldverschreibungen nicht mitveräußert werden. Diese Konstellation war im Streitfall gegeben, nachdem die C-SICAV die aus den Bundesanleihen resultierenden künftigen Zinserträge im Wege des Bondstripping von den Stammrechten getrennt und in Form von Zinsscheinen veräußert hat (s. allgemein BFH-Urteile vom 30.11.2022 - VIII R 15/19, BFHE 279, 85, BStBl II 2023, 632, und vom 30.11.2022 - VIII R 30/20, BFHE 279, 99, BStBl II 2023, 638, sowie vom 16.03.2023 - VIII R 36/19, BFH/NV 2023, 808) --jeweils ebenfalls "gestrippte" Bundesanleihen betreffend--; Brandis/Heuermann/Ratschow, § 20 EStG Rz 365; Schmidt/Levedag, EStG, 42. Aufl., § 20 Rz 162; Buge in Herrmann/Heuer/Raupach, § 20 EStG Rz 459).
- 33** Der von den Klägern vertretenen abweichenden Auffassung, wonach in Bezug auf die Veräußerung "gestrippter" Bundesanleihen nicht § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b Satz 1 EStG, sondern Satz 3 des § 20 Abs. 2 EStG zur Anwendung komme, dem zufolge § 20 Abs. 2 Satz 1 EStG sinngemäß auch für die "Einnahmen" aus der Abtretung von Zinsansprüchen aus Schuldbuchforderungen gilt, die in ein öffentliches Schuldbuch eingetragen sind, ist nicht zu folgen. Die Kläger leiten hieraus ab, dass sich die Steuerpflicht nicht auf den Veräußerungsgewinn, sondern unabhängig von der Höhe etwaiger Anschaffungskosten auf die Einnahmen (das heißt den Bruttoerlös) aus der Veräußerung der Zinsscheine beziehe. Das FG ist dem zu Recht mit der Begründung entgegengetreten, dass es sich bei der Veräußerung von Zinsscheinen nicht um die in § 20 Abs. 2 Satz 3 EStG angesprochenen Abtretungen von Zinsansprüchen im Sinne von §§ 398 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB), sondern um Übereignungen von Wertpapieren als bewegliche Sachen nach §§ 929 ff. BGB handelt (vgl. Buge in Herrmann/Heuer/Raupach, § 20 EStG Rz 460).
- 34** cc) Der Gewinn der C-SICAV aus der Veräußerung der Zinsscheine hat ... € betragen.
- 35** Der Veräußerungsgewinn ist nach der Definition des § 20 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 1 EStG --der hier über § 3 Abs. 1 InvStG 2004 i.V.m. § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG Anwendung findet-- der Unterschied zwischen den Einnahmen aus der Veräußerung nach Abzug der Aufwendungen, die im unmittelbaren sachlichen Zusammenhang mit dem Veräußerungsgeschäft stehen und den Anschaffungskosten. Die Einnahmen der C-SICAV aus der Veräußerung der Zinsscheine haben ... € betragen, wohingegen nach zutreffender Auffassung des FG die Anschaffungskosten der Bundesanleihen nach der Rechtslage des Streitjahrs allein den Stammrechten zuzuordnen und die Anschaffungskosten der Zinsscheine folglich mit 0 € anzusetzen sind.
- 36** Die mit der Revision angegriffene Rechtsauffassung des FG, wonach die Anschaffungskosten der Bundesanleihen nach der Abtrennung der Zinsscheine nicht zwischen den verbliebenen Stammrechten und den Zinsscheinen



aufzuteilen, sondern ausschließlich den Stammrechten zuzuordnen seien, ist inzwischen durch den VIII. Senat des BFH mehrfach bestätigt worden (BFH-Urteile vom 30.11.2022 - VIII R 15/19, BFHE 279, 85, BStBl II 2023, 632, und vom 30.11.2022 - VIII R 30/20, BFHE 279, 99, BStBl II 2023, 638, sowie vom 16.03.2023 - VIII R 36/19, BFH/NV 2023, 808). Nach dieser Rechtsprechung kommt es infolge der Abtrennung der Zinsscheine nicht zu einer Substanzabspaltung, vielmehr ist die Abtrennung und Veräußerung der Zinsscheine --wie sich aus § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b Satz 1 EStG ergibt-- als entgeltliche Vorausabtretung von Zinserträgen zu behandeln. Die in den Zinsscheinen verkörperten Zinsen sind Früchte der Anleihe, nicht Teil ihrer Substanz. Die für die Zinserträge maßgeblichen Grundlagen --wie die Höhe der Kapitalüberlassung, die Höhe des Zinssatzes und die Fälligkeitstermine-- ergeben sich auch nach der Trennung ausschließlich aus den Bedingungen des Anleihenmantels.

- 37** Der VIII. Senat des BFH hat sich in den genannten Urteilen auch mit dem von der Revision im vorliegenden Rechtsstreit vorgebrachten Argument befasst, dass nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b Satz 1 EStG der "Gewinn" aus der Veräußerung der Zinsscheine besteuert werden solle, welcher als Unterschiedsbetrag zwischen den Einnahmen und den Anschaffungskosten definiert sei. Der VIII. Senat des BFH verweist in diesem Zusammenhang auf den Zweck des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b EStG, der darin bestehe, die Besteuerung der Zinserträge auf den Zeitpunkt der Veräußerung der Zinsscheine vorzuverlegen, da der Veräußerer mit dem Entgelt aus der Veräußerung wirtschaftlich betrachtet den Ertrag seines Kapitals realisiere. Ohne die Regelung des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b EStG könnte der Veräußerer der Zinsscheine das Veräußerungsentgelt zunächst steuerfrei vereinnahmen und müsste die Zinserträge erst zum Zeitpunkt der späteren Zinszahlung versteuern. Mit der Regelung in § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b EStG bringe der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass nach der Abtrennung in der Veräußerung der Zinsscheine keine Teilveräußerungen der ursprünglichen Anleihe gemäß § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 EStG zu sehen seien, sondern er den vollen "Zinsertrag" noch beim Veräußerer versteuern wolle. Diesem vorgezogenen Kapitalertrag seien beim (Erst-)Veräußerer der Zinsscheine keine Anschaffungskosten gegenüberzustellen. Erst der (Zweit-)Erwerber trage die Anschaffungskosten durch den Erwerb der Zinsscheine und erziele im Falle einer Weiterveräußerung einen Gewinn gemäß § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 und Abs. 4 EStG.
- 38** Der erkennende Senat hält die Auffassung des VIII. Senats des BFH, die auch dem angefochtenen Zwischenurteil zugrunde liegt, für zutreffend und schließt sich ihr vollumfänglich an. Als Indiz für deren Richtigkeit lässt sich --wie bereits das FG und der VIII. Senat des BFH ausgeführt haben-- zudem ins Feld führen, dass der Gesetzgeber mit dem AIFM-Steuer-Anpassungsgesetz vom 18.12.2013 (BGBl I 2013, 4318, BStBl I 2014, 2) mit Wirkung zum Veranlagungszeitraum 2014 in § 3 Abs. 1a InvStG 2004 eine Regelung eingefügt hat, nach der in den Fällen, in denen ein Zinsschein oder eine Zinsforderung vom Stammrecht abgetrennt wird, dies als Veräußerung der Schuldverschreibung und als Anschaffung der durch die Trennung entstandenen Wirtschaftsgüter gilt. Bei Schaffung der Norm ist demnach ersichtlich auch der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass nach der bis zum Inkrafttreten des § 3 Abs. 1a InvStG 2004 geltenden Rechtslage --mithin auch für das Streitjahr-- eine Aufteilung der Anschaffungskosten nicht vorzunehmen ist (BTDrucks 18/68, S. 47; BRDrucks 740/13, S. 46).
- 39** d) Der weitergeleitete Veräußerungsgewinn aus dem Verkauf der abgetrennten Zinsscheine ist auf der Ebene der B-KGaA aufgrund des Schachtelprivilegs des Art. 20 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. Satz 1 DBA-Luxemburg 1958/2009 als Dividende der C-SICAV von der steuerlichen Bemessungsgrundlage auszunehmen, was zur Freistellung auch des davon anteilig auf die Beteiligung der A-KG entfallenden Gewinnanteils nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG führt.
- 40** aa) Die Ausschüttungen der C-SICAV an ihre Aktionärin B-KGaA unterfallen der Verteilungsvorschrift des Art. 13 Abs. 1 DBA-Luxemburg 1958/2009 (Dividendenartikel). Diesem zufolge steht dem Wohnsitzstaat --im Streitfall Deutschland-- das Besteuerungsrecht für Dividenden zu, die eine Person mit Wohnsitz in einem der Vertragsstaaten aus dem anderen Staat bezieht. Dem anderen Vertragsstaat verbleibt aber nach Maßgabe von Art. 13 Abs. 2 bis 4 DBA-Luxemburg 1958/2009 das Recht zum Steuerabzug an der Quelle. Die Anwendbarkeit des Dividendenartikels folgt aus Nr. 12 des Schlussprotokolls zum DBA-Luxemburg 1958/2009. Nach dessen Satz 1 macht unter anderem der Besitz von Aktien den Besitzer nicht zum Unternehmer oder Mitunternehmer. Satz 2 der Vorschrift bestimmt, dass Einkünfte aus diesen Wertpapieren und Anteilen "als Dividenden (Artikel 13) behandelt" werden.
- 41** aaa) Bei den Ausschüttungen der C-SICAV handelt es sich um Einkünfte aus Aktien im Sinne von Nr. 12 Satz 1 des Schlussprotokolls zum DBA-Luxemburg 1958/2009, weil die SICAV eine besondere Form der Luxemburger société anonyme, einer Aktiengesellschaft, ist. Wie der Senat bereits entschieden hat, ist in diesem Zusammenhang unerheblich, dass es sich bei den Einkünften nach dem nationalen Recht Deutschlands um Einkünfte handelt, die nach den Vorgaben des Investmentsteuergesetzes 2004 zu ermitteln sind. Aufgrund der ausdrücklichen abkommensrechtlichen Regelung in Nr. 12 Satz 2 des Schlussprotokolls zum DBA-Luxemburg 1958/2009 ist

insoweit kein Raum für einen Rückgriff auf das nationale Recht (Senatsurteile vom 15.03.2021 - I R 61/17, BFHE 272, 399, und vom 15.03.2021 - I R 1/18, BB 2021, 2337).

- 42** bbb) Auf der Grundlage der den Senat gemäß § 118 Abs. 2 FGO bindenden Feststellungen des FG zum Luxemburgischen Gesellschaftsrecht handelt es sich bei der Weiterleitung des Erlöses aus dem Verkauf der Zinsscheine an die B-KGaA um eine Ausschüttung (Dividende) und nicht um eine --nicht Art. 13 DBA-Luxemburg 1958/2009 unterfallende-- Rückzahlung von Grundkapital nach Kapitalherabsetzung oder sonstige Einlagenrückgewähr.
- 43** (1) Ob es sich bei einer Zuwendung einer ausländischen Kapitalgesellschaft an ihren Gesellschafter um eine Ausschüttung oder um eine Rückzahlung von Grundkapital beziehungsweise eine Einlagenrückgewähr handelt, bestimmt sich nach dem für die betreffende Gesellschaft jeweils anzuwendenden ausländischen Gesellschaftsrecht (vgl. Senatsurteile vom 14.10.1992 - I R 1/91, BFHE 169, 213, BStBl II 1993, 189; vom 06.06.2012 - I R 6, 8/11, BFHE 237, 346, BStBl II 2013, 111; vom 15.03.2021 - I R 1/18, BB 2021, 2337).
- 44** (2) Das FG hat hierzu ausgeführt, dass nach dem Luxemburger Recht keine Rückzahlung von Nennkapital vorliege, weil die SICAV nicht über ein herabsetzbares Nennkapital verfüge. Das Luxemburgische Gesetz vom 13.02.2007 über spezialisierte Investmentfonds, welches nach Art. 35 der Gründungssatzung auf die C-SICAV anzuwenden sein solle, bestimme in seinem Art. 21 Abs. 1, dass das Nettovermögen des Investmentvermögens nicht unter 1.250.000 € liegen dürfe. Es handele sich dabei um eine Regelung über das Mindestvermögen der SICAV, die auch nach der streitbefangenen Ausschüttung erfüllt gewesen sei. Gemäß Art. 25 des Gesetzes vom 13.02.2007 entspreche das Gesellschaftskapital einer SICAV jederzeit dem Nettovermögen der Gesellschaft. Änderungen des Gesellschaftskapitals erfolgten gemäß Art. 29 Abs. 1 des Gesetzes vom 13.02.2007 von Rechts wegen und ohne Erfordernis einer Veröffentlichung oder Eintragung im Handels- und Gesellschaftsregister. Dabei unterlägen Rückzahlungen an Anleger infolge einer Herabsetzung des Gesellschaftskapitals (vorbehaltlich abweichender Regelungen in der Satzung) nur der Beschränkung, dass die Vorgaben des Mindestkapitals eingehalten würden (Art. 29 Abs. 2 i.V.m. Art. 31 Abs. 1 des Gesetzes vom 13.02.2007).
- 45** Aus diesem Regelungskonzept ergebe sich, dass das Gesetz vom 13.02.2007 über spezialisierte Investmentfonds zwar von der Möglichkeit einer Herabsetzung des Gesellschaftskapitals ausgehe. Das Gericht verstehe diese Regelungen aber dahingehend, dass damit keine Herabsetzung des Nennkapitals gemeint sei. Denn über ein solches verfüge eine SICAV nicht. Vielmehr werde ihr variables Kapital mit jeder Ausschüttung zwangsläufig herabgesetzt, weil das Gesellschaftskapital jederzeit dem Nettovermögen der Gesellschaft entspreche. Nähme man bei jeder Ausschüttung einer SICAV eine Herabsetzung von Nennkapital an, so läge stets eine Kapitalrückzahlung vor und eine Dividendenzahlung wäre gänzlich ausgeschlossen.
- 46** Es könne dahingestellt bleiben, ob im Streitfall das Gesetz vom 17.12.2010 über Organismen für gemeinsame Anlagen, das das Gesetz vom 13.02.2007 geändert habe, anzuwenden sei. In dem Gesetz vom 17.12.2010 sei an dem variablen Kapital der SICAV und den Regelungen über das Mindestkapital von 1.250.000 € festgehalten worden (Art. 27 Abs. 1 des Gesetzes vom 17.12.2010). Soweit in Art. 29 Abs. 1 des Gesetzes vom 17.12.2010 die Regelung über Änderungen des Gesellschaftskapitals dahingehend geändert worden sei, dass Kapitalveränderungen nicht mehr von Rechts wegen und ohne Erfordernis einer Veröffentlichung oder Eintragung im Handels- und Gesellschaftsregister, sondern nunmehr automatisch und unter Verzicht auf die für Kapitalerhöhungen oder -herabsetzungen bei Aktiengesellschaften vorgeschriebenen Maßnahmen bezüglich der Veröffentlichung und Eintragung im Handels- und Gesellschaftsregister erfolgen, erblicke man darin ebenfalls keine Regelung über die Herabsetzung von Nennkapital. Andernfalls läge bei jeder Änderung des Nettovermögens einer SICAV eine Kapitalherabsetzung vor.
- 47** Eine Kapitalherabsetzung der SICAV könne allenfalls dann angenommen werden, wenn die SICAV Einzahlungen des Anlegers ohne jegliche Erwerbstätigkeit zurückzahlen würde. Dies sei aber vorliegend nicht der Fall. Entgegen der Ansicht des FA liege auf Ebene der C-SICAV nicht eine bloße Vermögensumschichtung ohne jegliche Erwerbstätigkeit vor. Vor der Ausschüttung habe die C-SICAV die von der B-KGaA erbrachte Einlage eingesetzt, um (vorgezogene) Zinseinkünfte zu erzielen. Sie habe die abgetrennten Zinsscheine veräußert und dadurch Einkünfte erzielt, die für die Ausschüttung genutzt worden seien.
- 48** (3) An die vorstehenden Feststellungen und die Auslegung des FG zum ausländischen Recht ist der Senat gemäß § 118 Abs. 2 FGO wie an Tatsachenfeststellungen gebunden (z.B. allgemein Senatsurteil vom 10.04.2013 - I R 45/11, BFHE 241, 332, BStBl II 2013, 771). Sie verstoßen weder gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze noch hat das FA dagegen zulässige und begründete Einwendungen erhoben. Das FA setzt dem

Verständnis des FG lediglich seine eigene abweichende Auslegung entgegen, weist der Vorinstanz jedoch keine revisionsrechtlich beachtlichen Fehler bei der Erfassung und Auslegung des ausländischen Rechts nach. Soweit sich das FA --ebenso wie das beigetretene BMF-- auf die seiner eigenen Auffassung entsprechenden Sichtweise des Hessischen FG in dessen Urteil vom 29.11.2017 - 4 K 1186/16 (EFG 2018, 622) bezieht, hat der Senat diese Entscheidung inzwischen aufgrund fehlerhafter Erfassung des ausländischen Rechts aufgehoben (Senatsurteil vom 15.03.2021 - I R 1/18, BB 2021, 2337).

- 49** Soweit das BMF der vom FG vertretenen Sichtweise entgegenhält, diese würde dazu führen, dass die Ausschüttung einer SICAV stets als eine steuerpflichtige Dividende zu betrachten und eine steuerneutrale Kapitalrückzahlung generell ausgeschlossen wäre, trifft das so nicht zu, denn zumindest für den Fall einer Ausschüttung ohne vorherige erwerbliche Betätigung hält das FG den Tatbestand einer Kapitalrückzahlung für denkbar. Die vom BMF durchgeführte Berechnung, der zufolge mangels realer Vermögensmehrung nach den von der C-SICAV durchgeführten Transaktionen lediglich die Einlage der KGaA zur Ausschüttung zur Verfügung gestanden habe, könnte nur dann zur Annahme einer Kapitalrückzahlung führen, wenn nach dem Luxemburgischen Gesellschaftsrecht zu Lasten der Vermögenssubstanz der SICAV gehende Zuwendungen an die Aktionäre stets als Kapitalrückzahlungen zu werten wären, wofür jeder Anhalt fehlt. Nach deutschem Recht ist es für den Dividendenbegriff des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG jedenfalls unerheblich, ob die Zuwendung zu Lasten des Gewinns oder zu Lasten der Vermögenssubstanz geht (vgl. Senatsurteile vom 20.10.2010 - I R 117/08, BFHE 232, 15, BStBl II 2022, 254; vom 06.06.2012 - I R 6, 8/11, BFHE 237, 346, BStBl II 2013, 111).
- 50** bb) Grundsätzlich werden nach Art. 20 Abs. 2 Satz 1 DBA-Luxemburg 1958/2009 von der Bemessungsgrundlage für die Steuer des Wohnsitzstaats (hier Deutschland) die Einkünfte und Vermögensteile ausgenommen, für die nach den vorhergehenden Artikeln der andere Staat (wie hier Luxemburg gemäß Art. 13 Abs. 2 DBA-Luxemburg 1958/2009) das Besteuerungsrecht hat. Bei Dividenden gilt dies jedoch gemäß Art. 20 Abs. 2 Satz 3 DBA-Luxemburg 1958/2009 nur für Dividenden, die einer Kapitalgesellschaft von einer Kapitalgesellschaft mit Sitz in dem anderen Staat gezahlt werden, deren stimmberechtigte Anteile zu mindestens 25 % der erstgenannten Gesellschaft gehören. Das FG hat zu Recht angenommen, dass das Schachtelprivileg des Art. 20 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. Satz 1 DBA-Luxemburg 1958/2009 im Streitfall zur Anwendung kommt.
- 51** Sowohl bei der B-KGaA als auch bei der C-SICAV handelt es sich um Kapitalgesellschaften im Sinne des Art. 20 Abs. 2 Satz 3 DBA-Luxemburg 1958/2009. Mangels eigenständiger Definition oder sonstiger Anknüpfungspunkte für die Begriffsbestimmung im DBA-Luxemburg 1958/2009 ist für den Begriff der Kapitalgesellschaft das Verständnis Deutschlands als Anwenderstaat maßgeblich (s. Art. 2 Abs. 2 DBA-Luxemburg 1958/2009). Die Rechtsform der KGaA wird in § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG ausdrücklich als Kapitalgesellschaft definiert. Für die Luxemburger SICAV ergibt sich die Einordnung als Kapitalgesellschaft aus dem vom FG vorgenommenen Typenvergleich mit der Rechtsform der deutschen Investmentaktiengesellschaft mit veränderlichem Kapital (§§ 96 ff. InvG, jetzt §§ 108 ff. des Kapitalanlagegesetzbuchs), die als Sonderform der Aktiengesellschaft ebenfalls unter die Definition der Kapitalgesellschaft fällt (dazu näher Senatsurteile vom 15.03.2021 - I R 61/17, BFHE 272, 399, und vom 15.03.2021 - I R 1/18, BB 2021, 2337). Von der Revision wird diese Einschätzung nicht beanstandet, sodass von weiteren Ausführungen abgesehen wird. Ebenfalls außer Zweifel steht, dass die Beteiligung der B-KGaA als alleinige Aktionärin der C-SICAV die in Art. 20 Abs. 2 Satz 3 DBA-Luxemburg 1958/2009 normierte Schwelle des Schachtelprivilegs von 25 % der stimmberechtigten Anteile übersteigt.
- 52** cc) Nach zutreffender Beurteilung des FG erstreckt sich die Freistellung des Ausschüttungsbetrags von der deutschen Besteuerung nach Art. 20 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. Satz 1 DBA-Luxemburg 1958/2009 auf Ebene der B-KGaA auch auf den Gewinnanteil der A-KG als persönlich haftender Gesellschafterin nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG, obgleich es sich weder bei der A-KG noch bei dem im Streitjahr allein an deren Gewinn beteiligten Kläger zu 2. um Kapitalgesellschaften handelt.
- 53** Der Senat hat mit Urteil vom 19.05.2010 - I R 62/09 (BFHE 230, 18) entschieden, dass für Dividenden, die eine in Frankreich ansässige Kapitalgesellschaft an eine in Deutschland ansässige KGaA zahlt, das Schachtelprivileg des mit Frankreich seinerzeit bestehenden DBA auch dann in voller Höhe zu gewähren ist, wenn persönlich haftende Gesellschafterin der KGaA eine Personengesellschaft ist. Danach setzt sich das abkommensrechtliche Schachtelprivileg über die materielle Zurechnung abkommensspezifisch hinweg und begünstigt sämtliche Dividendenzahlungen an die KGaA, und zwar auch dann, wenn die zu gewährende Freistellung aufgrund der innerstaatlichen Zurechnung --wie im entschiedenen Fall der Komplementärin in der Rechtsform einer Personengesellschaft-- (auch) einer Person zugutekommt, der die Freistellung "an sich" nicht zusteht; die (Teil-)Transparenz der hybriden KGaA wirkt sich nicht aus. Der Gesetzgeber hat auf dieses Ergebnis erst durch Einfügung



von § 50d Abs. 11 EStG durch das Gesetz zur Änderung des Gemeindefinanzreformgesetzes und von steuerlichen Vorschriften vom 08.05.2012 (BGBl I 2012, 1030) --einem ab dem Veranlagungszeitraum 2012 relevanten "Nichtanwendungsgesetz"-- reagiert, welches für das Streitjahr aber noch keine Anwendung findet.

- 54** Mit den Urteilen vom 15.03.2021 - I R 1/18 (BB 2021, 2337) und vom 01.06.2022 - I R 44/18 (BFHE 277, 263) hat der Senat diese Rechtsprechung auf das hier in Rede stehende Schachtelprivileg des Art. 20 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. Satz 1 DBA-Luxemburg 1958/2009 (bzw. des DBA-Luxemburg 1958 i.d.F. des Ergänzungsprotokolls vom 15.06.1973, BGBl II 1978, 111, BStBl I 1978, 73) übertragen, woran für den Streitfall festzuhalten ist.
- 55** e) In seinen Gründen befasst sich das angefochtene Zwischenurteil auch mit der Frage, ob in Bezug auf die Ausschüttung des Veräußerungsgewinns durch die C-SICAV auf der Ebene der B-KGaA die Bestimmung des § 8b Abs. 5 KStG zur Anwendung komme, der zufolge von den Bezügen im Sinne des § 8b Abs. 1 KStG, die bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz bleiben, 5 % als Ausgaben gelten, die nicht als Betriebsausgaben abgezogen werden dürfen (pauschales Betriebsausgabenabzugsverbot). Das FG hat dies verneint, weil § 2 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 InvStG 2004 nach seinem Sinn und Zweck über seinen Wortlaut hinaus nicht nur den Abs. 1 des § 8b KStG, sondern auch dessen Abs. 5 von der Anwendung auf Investorenerträge ausschließe (anderer Auffassung Senatsurteil vom 15.03.2021 - I R 1/18, BB 2021, 2337 [obiter dictum]).
- 56** Die Frage spielt indessen für den Gewinnanteil der A-KG an der B-KGaA nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG keine Rolle, weil in dem Fall, dass der persönlich haftende Gesellschafter der KGaA (unmittelbar oder mittelbar) eine natürliche Person ist --wie hier der Kläger zu 2.--, nicht das für die Besteuerung der B-KGaA als Körperschaftsteuersubjekt geltende Regime des § 8b KStG, sondern das Teileinkünfteverfahren nach § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. d EStG in Betracht kommt (s. hierzu Senatsurteil vom 01.06.2022 - I R 44/18, BFHE 277, 263), über dessen Anwendung auf den Streitfall das FG in dem angefochtenen Zwischenurteil ausdrücklich nicht entschieden hat.
- 57** 2. Gegen die Behandlung der unter b und c des Urteilstenors des Zwischenurteils beantworteten Vorfragen durch das FG haben weder das FA noch das BMF spezifische Einwendungen erhoben. Auch aus Sicht des Senats ist dagegen nichts zu erinnern.
- 58** a) So liegt die Voraussetzung für eine steuerbilanzielle Teilwertabschreibung der Beteiligung der B-KGaA an der C-SICAV zum 31.12.2011 nach Maßgabe von § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 EStG (voraussichtlich dauernde Wertminderung) nicht vor. Zwar war der Kurswert der zum Bilanzstichtag bei der C-SICAV verbliebenen --nunmehr unverzinslichen-- Anleihenmängel nach Abtrennung der Zinsscheine erheblich gemindert. Es handelte sich dabei jedoch nicht um eine "voraussichtlich dauernde" Wertminderung, weil die C-SICAV die sichere Aussicht gehabt hat, nach dem Ende der Laufzeiten der Anleihen jeweils die vollen Nominalbeträge der Anleihen zurückzuerhalten (vgl. allgemein Senatsurteile vom 08.06.2011 - I R 98/10, BFHE 234, 137, BStBl II 2012, 716; vom 24.10.2012 - I R 43/11, BFHE 239, 275, BStBl II 2013, 162; BFH-Urteil vom 23.08.2023 - XI R 36/20, BFH/NV 2024, 241).
- 59** b) Die Rückgängigmachung der vom FA vorgenommenen Teilwertabschreibung führt zu einer entsprechenden Erhöhung des Verlusts des Klägers zu 2. aus der mit steuerlicher Rückwirkung zum 31.12.2011 vorgenommenen Einbringung eines Teils (99 %) seines Kommanditanteils an der A-KG in die Klägerin zu 1. auf ... €.
- 60** Zu Recht hat das FG den Einbringungsverlust nicht als nicht abzugsfähige Betriebsausgabe im Sinne von § 3c Abs. 1 Halbsatz 1 EStG angesehen. Nach dieser Vorschrift dürfen Ausgaben, soweit sie mit steuerfreien Einnahmen in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang stehen, nicht als Betriebsausgaben oder Werbungskosten abgezogen werden. Allerdings fehlt es zwischen der Vereinnahmung der nach dem DBA-Luxemburg 1958/2009 steuerfreien Ausschüttung durch die B-KGaA einerseits und der den Verlust auslösenden Teil-Einbringung des Kommanditanteils des Klägers zu 2. in die Klägerin zu 1. andererseits an dem von § 3c Abs. 1 Halbsatz 1 EStG vorausgesetzten unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang.
- 61** 3. Das FG hat eine Prüfung des Sachverhalts auf einen Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten nach § 42 AO abgelehnt. Es hat dies damit begründet, dass § 42 AO wegen des Vorrangs der Missbrauchsvermeidungsvorschrift des § 15b EStG nicht anwendbar sei. Habe der Gesetzgeber ein missbrauchsverdächtiges Feld gesichtet und durch eine Spezialvorschrift abgesteckt, lege er für diesen Bereich die Maßstäbe fest. Unabhängig davon, ob im konkreten Einzelfall die Voraussetzungen der speziellen Missbrauchsvermeidungsbestimmung erfüllt seien, dürfe die Wertung des Gesetzgebers dann nicht durch Anwendung des § 42 AO unterlaufen werden. Diese --auf zu älteren Fassungen des § 42 AO ergangener BFH-

Rechtsprechung fußende-- Begründung hält in Bezug auf die für das Streitjahr geltende Gesetzesfassung der rechtlichen Prüfung nicht stand.

- 62** a) Nach § 42 Abs. 1 AO (in der ab 2008 geltenden Fassung) kann das Steuergesetz durch Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts nicht umgangen werden (Satz 1). Ist der Tatbestand einer Regelung in einem Einzelsteuergesetz erfüllt, die der Verhinderung von Steuerumgehungen dient, so bestimmen sich die Rechtsfolgen nach jener Vorschrift (Satz 2). Andernfalls entsteht der Steueranspruch beim Vorliegen eines Missbrauchs im Sinne des Absatzes 2 so, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung entsteht (Satz 3).
- 63** b) Der Senat hat mit Urteil vom 17.11.2020 - I R 2/18 (BFHE 271, 330, BStBl II 2021, 580) entschieden, dass mit § 42 Abs. 1 Satz 2 und 3 AO nunmehr das Verhältnis einzelsteuergesetzlicher Umgehungsverhinderungsregelungen gegenüber der allgemeinen Missbrauchsvermeidungsklausel geregelt ist und der Wortlaut keinen Zweifel daran lässt, dass solche einzelsteuergesetzlichen Vorschriften die Anwendung des § 42 AO nur dann verdrängen, wenn sie tatbestandlich einschlägig sind. Für eine gesetzestechnisch begründete "automatische" Abschirmwirkung der einzelsteuergesetzlichen Umgehungsverhinderungsvorschrift ist danach kein Raum. Allerdings müssen bei der Prüfung des Vorliegens eines Missbrauchs im Sinne des § 42 Abs. 2 AO diejenigen Wertungen des Gesetzgebers, die den von ihm geschaffenen einzelsteuergesetzlichen Umgehungsverhinderungsvorschriften zugrunde liegen, zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen im Rahmen der Auslegung berücksichtigt werden. Aus dem Senatsurteil vom 15.03.2021 - I R 1/18 (BB 2021, 2337) folgt des Weiteren, dass die vorstehenden Grundsätze auch für das Verhältnis zwischen § 42 AO und § 15b EStG in den Fällen der sogenannten Bondstripping-Modelle gelten.
- 64** c) Infolge der rechtsfehlerhaft unterlassenen Prüfung auf einen Gestaltungsmissbrauch kann das angefochtene Zwischenurteil insgesamt keinen Bestand haben, weil ein etwaiger Gestaltungsmissbrauch nach Maßgabe von § 42 Abs. 1 Satz 3 AO Rechtsfolgen nach sich ziehen könnte, die von den vom FG in der jeweiligen Einzelbetrachtung der verschiedenen Gestaltungsakte gezogenen --für sich genommen zutreffenden-- Folgerungen abweichen.
- 65** Die Prüfung auf einen Gestaltungsmissbrauch nach § 42 AO erfordert nach dem Vorstehenden zunächst eine Antwort auf die Frage, ob vorliegend der Tatbestand des § 15b EStG erfüllt ist (s. bereits Senatsurteil vom 15.03.2021 - I R 1/18, BB 2021, 2337), was das FG in dem Zwischenurteil ausdrücklich offen gelassen hat. Läge ein Anwendungsfall des § 15b EStG nicht vor, wären im Rahmen der Prüfung des § 42 AO die Gesamtumstände der vorliegenden konkreten Gestaltung zu erfassen und zu würdigen. Dies alles ist Aufgabe des FG als Tatsachengericht.
- 66** III. Eine Entscheidung darüber, wer die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen hat, ist im Falle der erfolgreichen Revision gegen ein Zwischenurteil nicht zu treffen (vgl. z.B. Brandis in Tipke/Kruse, § 143 FGO Rz 7). Über diese hat das FG in seiner das erstinstanzliche Verfahren abschließenden Entscheidung zu befinden.

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