
Datum: 17.12.2018
Gericht: Finanzgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 2. Senat
Entscheidungsart: Zwischenurteil
Aktenzeichen: 0 2 K 3874/15 F
ECLI: ECLI:DE:FGD:2018:1217.0.2K3874.15F.00

Tenor:

1. Es wird festgestellt, dass
 - a. der Gewinnanteil der Klägerin aus ihrer Beteiligung an der X- GmbH & Co. KGaA i.H.v. Euro steuerfrei ist,
 - b. der Gewinnanteil der Klägerin aus ihrer Beteiligung an der X- GmbH & Co. KGaA zu Unrecht aufgrund einer Teilwertabschreibung um einen Betrag von Euro gemindert worden ist,
 - c. der Verlust aus der Einbringung des Kommanditanteils des K in die Vermögensverwaltung GmbH auf Euro zu erhöhen ist.
2. Die Kostenentscheidung bleibt dem Endurteil vorbehalten.
3. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Klägerin ist eine GmbH & Co. KG, die im November 2011 aus einer Vorratsgesellschaft gegründet wurde. Ihr Unternehmensgegenstand besteht in der Verwaltung eigenen Vermögens. Alleiniger Kommanditist der Klägerin mit einer Gewinnbeteiligung von 100 % war zunächst K. Komplementärin der Klägerin ist die zeitgleich gegründete Vermögensverwaltung GmbH (im Folgenden: GmbH), deren alleiniger Gesellschafter K ist.

1

2

Im Dezember 2011 wurde die X-GmbH & Co. KGaA (im Folgenden: KGaA) gegründet, ebenfalls eine Vermögensverwaltungsgesellschaft. Mit einem Aktienkapital von Euro wurde K alleiniger Kommanditaktionär der KGaA. Die einzige persönlich haftende Gesellschafterin der KGaA mit einer Einlage von Euro wurde die Klägerin.	3
Die Gewinnverteilung erfolgte entsprechend der Kapitalanteile; der Gewinnanteil der Klägerin betrug somit 99,8 %.	4
Die Gründungsurkunde wurde im Dezember 2011 modifiziert.	5
Ebenfalls im Dezember 2011 wurde in Luxemburg eine société d'investissement à capital variable („SICAV“) in der Rechtsform einer société anonyme gegründet. Der Sitz dieses Spezial-Investmentfonds (im Folgenden SICAV) befand sich in Luxemburg.	6
In Art. 4 der Gründungssatzung wurde als ausschließlicher Geschäftszweck der SICAV 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, festgelegt.	7
In Artikel 35 der Gründungssatzung wurde bestimmt, dass alle in der Satzung ungerregelten Angelegenheiten im Einklang mit dem Gesetz vom 10.08.1915 über Handelsgesellschaften und dem Gesetz vom 13.02.2007 (in jeweils gültiger Fassung) entschieden werden.	8
Wegen der Einzelheiten wird auf die Gesellschaftsgründungsurkunde (Anlage K3 zum Schriftsatz vom 28.06.2016) Bezug genommen.	9
Eine SICAV ist in Luxemburg von der Ertragsteuer befreit. Sie unterliegt jährlich maximal der sog. Abonnementsteuer (Tax d'abonnement), die mit einem pauschalen Steuersatz auf das Nettovermögen der Gesellschaft erhoben wird (Art. 66 und 68 des Gesetzes vom 13.02.2007 über Spezialinvestmentvermögen und Art. 173-176 des Gesetzes vom 17.12.2010 über Organismen für gemeinsame Anlagen).	10
Das Gesellschaftskapital einer SICAV ist variabel; es entspricht dem Nettovermögen der Gesellschaft.	11
Sämtliche Aktien der SICAV im Nennwert von Euro (Anteile zu einem Ausgabepreis von Euro) erwarb die KGaA.	12
Umgehend nach ihrer Errichtung erwarb die SICAV mehrere deutsche Bundesanleihen mit mehrjährigen Laufzeiten zum Einstandswert von insgesamt Euro. Nach einer Teilung der Anleihen im Wege des sogenannten Bondstripings in Zinsscheine und Anleihenmäntel veräußerte die SICAV die Zinsscheine. Den Veräußerungserlös i.H.v. Euro schüttete sie im Dezember 2011 an die KGaA aus.	13
Am 30.12.2011 betrug das Fondsvermögen der SICAV Euro, wovon auf die Tageswerte der gestrippten Bundesanleihen Euro entfielen. Der Anteilswert belief sich auf Euro. Wegen der Einzelheiten wird auf das ...Reporting (Anlage K8 zum Schriftsatz vom 06.01.2017) Bezug genommen.	14
Die KGaA nahm in ihrer Handelsbilanz auf ihre „Beteiligung an verbundenen Unternehmen“ eine Abschreibung i.H.v. Euro vor. In der Steuerbilanz erfolgte zunächst keine Abschreibung.	15

Mit steuerlicher Rückwirkung zum 31.12.2011 brachte K aufgrund des Einbringungs- und Übertragungsvertrags vom06.2012 99 % seines Kommanditanteils an der Klägerin zum gemeinen Wert in die GmbH ein. Wegen der Einzelheiten wird auf den Vertrag, Bl. 49 ff. der BP-Akte, Bezug genommen.

Im Januar 2013 wurden die Besteuerungsgrundlagen der SICAV im Bundesanzeiger veröffentlicht. Wegen der Einzelheiten wird auf Bl. 77 ff. der BP-Akte Bezug genommen. 17

In ihrer Feststellungserklärung gab die KGaA an, dass die erhaltene Ausschüttung eine steuerfreie Schachteldividende i.S.d. Art. 13 Abs. 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 2 Sätze 1, 3 des im Streitjahr geltenden Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Großherzogtum Luxemburg zur Vermeidung von Doppelbesteuerungen und über gegenseitige Amts- und Rechtshilfe auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen sowie der Gewerbesteuern und der Grundsteuern (Abkommen vom 23.08.1958, BGBl II 1959, 1269, geändert durch das Ergänzungsprotokoll vom 15.06.1973, BGBl II 1978, 109, und das Änderungsprotokoll vom 11.12.2009, BGBl II 2010, 1150; im Folgenden: DBA Luxemburg a.F.) sei. 18

Unter dem 12.02.2013 erging für die KGaA ein Bescheid für 2011 über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen, in dem eine erklärungs-gemäße Veranlagung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung erfolgte. 19

Festgestellt wurden Einkünfte aus Gewerbebetrieb i.H.v. Euro, die der Klägerin i.H.v. Euro zugerechnet wurden. Zudem wurden nach DBA steuerfreie Einkünfte, die dem Progressionsvorbehalt unterliegen, i.H.v. Euro festgestellt; diese wurden der Klägerin i.H.v. Euro zugerechnet. 20

Unter dem 27.02.2013 erging für die Klägerin ein Bescheid für 2011 über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen, in dem unter dem Vorbehalt der Nachprüfung eine erklärungs-gemäße Veranlagung durchgeführt wurde. 21

Festgestellt wurden Einkünfte aus Gewerbebetrieb i.H.v. Euro (laufende Einkünfte Euro und Sonderbetriebsausgaben Euro). Zudem wurde festgestellt, dass in den Einkünften aus Gewerbebetrieb nach DBA steuerfreie Einkünfte mit Progressionsvorbehalt i.H.v. Euro nicht enthalten seien. 22

In den steuerpflichtigen Einkünften der Klägerin war ein Verlust aus der Einbringung des anteiligen Kommanditanteils des K in die GmbH i.H.v. Euro enthalten. Bei der Berechnung dieses Einbringungsverlustes wurde von einem gemeinen Wert des eingebrachten Anteils des Kommanditanteils i.H.v. Euro ausgegangen. Bezüglich der Wertermittlung wird auf das Schreiben des Prozessbevollmächtigten der Klägerin vom 22.03.2013 Bezug genommen. Von diesem Betrag wurde ein Kommanditkapital i.H.v. Euro abgezogen. 23

Aufgrund von Prüfungsanordnungen vom 02.10.2013 führte das Finanzamt für Groß- und Konzernbetriebsprüfung sowohl bei der Klägerin als auch bei der KGaA eine Betriebsprüfung durch, die jeweils u.a. die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen 2011 betraf. 24

Während der Prüfung teilte die KGaA mit, dass die in der Handelsbilanz vorgenommene Teilwertabschreibung in die Steuerbilanz übernommen werden müsse. Sie habe kein besonderes, laufend zu führendes Verzeichnis erstellt. Deshalb hätten die Voraussetzungen für die Ausübung eines steuerlichen Wahlrechts nicht vorgelegen. 25

In den Prüfungsberichten vom 11.06.2015 fasste die Prüferin ihre Prüfungsfeststellungen zusammen. Im Wesentlichen führte sie aus:	26
Die KGaA sei körperschaftsteuerpflichtig. Der Gewinnanteil der Klägerin sei nach den Grundsätzen des Mitunternehmerprinzips zu versteuern (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG) und werde auf Ebene der KGaA festgestellt.	27
Bei der Ausschüttung der SICAV an die KGaA handele es sich um steuerpflichtige Einkünfte. Es gelte das Investmentsteuergesetz in der im Streitjahr geltenden Fassung(InvStG a.F.) und damit das Transparenzprinzip. Investmentanleger und Direktanleger seien gleichzubehandeln. Eine Steuerfreistellung nach Art. 20 DBA Luxemburg a.F. komme nicht in Betracht. Es lägen keine Dividenden vor. In den im Bundesanzeiger veröffentlichten Besteuerungsgrundlagen seien weder Dividenden noch ausländische Einkünfte i.S.d. § 4 InvStG a.F. ausgewiesen. Es liege auch keine Substanzausschüttung und somit keine Kapitalrückgewähr vor, die die Anschaffungskosten der Beteiligung reduzieren würde. Es handele sich um deutsche Zinseinkünfte, für die Deutschland das Besteuerungsrecht zustehe.	28
Der Steuerbilanzgewinn der KGaA sei um Euro zu reduzieren, weil die Beteiligung der KGaA auch in der Steuerbilanz auf den Teilwert abzuschreiben sei. Die Voraussetzungen für die Ausübung des steuerlichen Bewertungswahlrechts nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 EStG hätten nicht vorgelegen. Die Klägerin habe während der Prüfung mitgeteilt, dass das dafür erforderliche besondere Verzeichnis nicht geführt worden sei.	29
Infolge der Teilwertabschreibung müsse der bislang zutreffend ermittelte Einbringungsverlust neu berechnet werden; der Verlust betrage nur noch Euro.	30
Der Beklagte folgte den Prüfungsfeststellungen und erließ für die Klägerin unter dem 17.08.2015 einen nach § 164 Abs. 2 AO geänderten Feststellungsbescheid, in dem die Einkünfte aus Gewerbebetrieb auf Euro (laufende Einkünfte Euro und Sonderbetriebsausgaben Euro) festgesetzt wurden. Steuerfreie Einkünfte wurden nicht festgestellt.	31
Für die KGaA erging unter dem 18.08.2015 ein geänderter Feststellungsbescheid, in dem die Ausschüttung als steuerpflichtig behandelt und Einkünfte aus Gewerbebetrieb i.H.v. Euro festgestellt wurden.	32
In dem dagegen gerichteten Einspruchsverfahren erließ der Beklagte am 03.12.2015 einen negativen Feststellungsbescheid. Zur Begründung führte er aus, dass für die KGaA keine einheitliche und gesonderte Feststellung vorgenommen werde, weil keine Feststellungsgemeinschaft bestanden habe. Etwaige ertragsteuerliche Folgerungen seien ggfs. auf Ebene der Beteiligten zu ziehen.	33
Den Einspruch der Klägerin gegen ihren Feststellungsbescheid vom 17.08.2015 wies der Beklagte mit Einspruchsentscheidung vom 03.12.2015 als unbegründet zurück.	34
Unter Bezugnahme auf den Prüfungsbericht führte er aus, dass die Voraussetzungen für die Anwendung des abkommensrechtlichen Schachtelprivilegs nicht erfüllt seien. Es seien Investorsträge ausgeschüttet worden, denen keine Dividendeneinkünfte zugrunde lägen. Wegen der Geltung des InvStG sei die KGaA so zu stellen, als habe sie die bei der SICAV angefallenen Einkünfte selbst erzielt.	35

Zu prüfen sei, ob die ausgeschütteten Erträge Einkünfte enthielten, die, wenn die KGaA sie selbst erzielt hätte, nach dem DBA Luxemburg a.F. von der deutschen Besteuerung freizustellen gewesen wären. Die SICAV habe Einkünfte aus der Veräußerung der Zinsscheine und damit Zinserträge erzielt. Das Besteuerungsrecht für diese Erträge stehe gemäß Art. 14 Abs. 1, 3 DBA Luxemburg a.F. Deutschland als dem Wohnsitzstaat der KGaA zu.

Dagegen richtet sich die am 14.12.2015 erhobene Klage, zu deren Begründung die Klägerin Folgendes vorträgt: 37

Entgegen der Ansicht des Beklagten entsprächen ihre Einkünfte aufgrund der Ausschüttung der SICAV dem an die KGaA ausgezahlten Bruttobetrag. Die Anschaffungskosten der Bundesanleihen seien nach dem Bondstripping nicht auf die Anleihenmäntel und die Zinsscheine aufzuteilen; bei der Ermittlung des Gewinns aus der Veräußerung der Zinsscheine seien folglich keine Anschaffungskosten der Zinsscheine abzuziehen. Beim Bondstripping werde nicht die Substanz der Bundesanleihe gespalten, sondern es würden nur die Früchte von der Substanz abgetrennt. 38

Zudem sei bei der Veräußerung von Zinsscheinen § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 3 EStG einschlägig. Die maßgeblichen Einkünfte entsprächen daher ohnehin dem Erlös aus der Abtretung der Zinsansprüche. 39

Eine Zuordnung von Anschaffungskosten zu den Zinsscheinen sei überdies systemwidrig. Ansonsten würden die Anschaffungskosten vorgezogen geltend gemacht, was eine systemwidrige Asymmetrie gegenüber der Situation ohne Bondstripping zur Folge hätte. Von laufenden Zinseinnahmen seien keine Anschaffungskosten abzuziehen. Im Streitfall würden die Zinsen wegen der Veräußerung der Zinsscheine lediglich zeitlich vorgezogen besteuert. 40

Auch der Gesetzgeber lehne eine Aufteilung der Anschaffungskosten für die Zeit vor Einführung des § 3 Abs. 1a InvStG a.F. im Jahr 2013 ab. Dies ergebe sich aus der betreffenden Gesetzesbegründung. Mit § 3 Abs. 1a InvStG a.F. habe der Gesetzgeber eine systemkonforme Regelung geschaffen. Der Trennungsvorgang beim Bondstripping werde nach dieser Regelung als fiktiver Tausch behandelt, der zur Realisierung stiller Reserven in der Bundesanleihe führe. 41

Die Ausschüttung sei nach Art. 13 Abs. 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 2 Satz 1, 3 DBA Luxemburg a.F. steuerfrei. Die Klägerin verweist hierzu auf die Urteile des FG Düsseldorf vom 17.10.2017 (6 K 1141/14 K,G,F, EFG 2017, 1939, rkr.) und des FG Sachsen-Anhalt vom 22.03.2017 (3 K 383/16, EFG 2017, 1943, Revision anhängig unter I R 61/17). 42

Die Anwendung des DBA Luxemburg a.F. sei nicht durch § 4 InvStG a.F. gesperrt. Das abkommensrechtliche Schachtelprivileg gehe den Regelungen des InvStG a.F. gemäß § 2 Abs. 1 AO vor. § 4 InvStG a.F. stelle keine Überschreitung des DBA durch innerstaatliches Gesetz („Treaty Override“) dar. In der Vorschrift werde kein ausdrücklicher Vorrang des nationalen Rechts gegenüber dem DBA angeordnet. Entsprechend sei eine völkerrechtskonforme Auslegung geboten, die dazu führe, dass das Abkommensrecht dem innerstaatlichen Steuerrecht vorgehe. 43

Die Voraussetzungen des Schachtelprivilegs lägen vor: 44

Die SICAV sei als société anonyme eine Kapitalgesellschaft nach luxemburgischen Recht. 45

46

Mangels Regelung des Begriffs der Kapitalgesellschaft in dem DBA Luxemburg a.F. sei gemäß Art. 2 Abs. 2 DBA Luxemburg a.F. auf das deutsche Recht zurückzugreifen und ein Typenvergleich durchzuführen. Dieser ergebe, dass die SICAV einer inländischen Aktiengesellschaft gleiche.

Auch das luxemburgische Steuerrecht ordne eine SICAV als Steuersubjekt ein. Die SICAV unterliege – worauf es indes gar nicht ankomme – in Luxemburg als Kapitalgesellschaft grundsätzlich der intransparenten Besteuerung, sei aber ertragsteuerbefreit. 47

Die SICAV sei abkommensberechtigt. Der Beklagte könne sich insofern nicht mit Erfolg auf Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 DBA Luxemburg a.F. berufen. Der in dieser Norm enthaltene Relativsatz, der eine Besteuerung wie eine juristische Person verlange, beziehe sich nur auf Personenvereinigungen und Vermögensmassen. 48

Zudem unterliege die SICAV auch aus deutscher Sicht der Besteuerung wie eine juristische Person. Sie sei nach § 2 Nr. 1 KStG i.V.m. § 49 EStG beschränkt steuerpflichtig. Die Körperschaftsteuerbefreiung des § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG a.F. sei auf sie nicht anzuwenden. 49

Die streitige Ausschüttung sei eine Dividende i.S.d. Art. 13 DBA Luxemburg a.F. Das DBA Luxemburg a.F. enthalte keine umfassende Definition der Dividende. Eine abkommensautonome Auslegung des Begriffs sei nicht möglich. Die Regelungen zur Dividende in Nummer 12 des Schlussprotokolls zum Abkommen vom 23.08.1958 würden die Bestimmungen des deutschen Rechts, die für die Beurteilung der Ausschüttungen des SICAV durch den Anwenderstaat Deutschland maßgeblich seien, nicht verdrängen. 50

Die streitbefangene Ausschüttung sei eine Dividende i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG. Die Ausschüttung sei der KGaA als Aktionärin der SICAV aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses zugeflossen. Es komme nicht darauf an, ob die Ausschüttung durch am Markt erzielte Einkünfte gespeist wurde und ob die Bezüge zu Lasten des Gewinns oder der Vermögenssubstanz der Gesellschaft geleistet wurden. 51

Die Anwendung des Schachtelprivilegs setze nicht voraus, dass Luxemburg von seinem Besteuerungsrecht Gebrauch gemacht habe. Es sei daher unerheblich, ob die Erträge auf der Ebene der SICAV besteuert worden seien. 52

Es liege keine Herabsetzung von Nennkapital vor. Die SICAV habe nicht über Nennkapital verfügt, welches hätte herabgesetzt werden können. Gemäß Art. 5 Abs. 1 der Satzung habe ihr Kapital aus Aktien ohne Nennwert bestanden und dem gesamten Nettovermögen der Gesellschaft entsprochen. Eine SICAV unterscheide sich insofern von der Investmentgesellschaft mit fixem Kapital, der Société d'Investissement à Capital Fixe (SICAF). Im Gegensatz zur SICAV sei bei der SICAF gezeichnetes Kapital vorhanden; bei dieser Gesellschaftsform werde die Höhe eines Aktienkapitals in der Satzung festgelegt und könne nur mit Zustimmung der Aktionäre angepasst werden. 53

Der vom FG Hessen im Urteil vom 29.11.2017 (4 K 1186/16, EFG 2018, 894) als Argument für eine Kapitalrückzahlung angeführte Art 29 Abs. 1 des Gesetzes vom 17.12.2010 über Organismen für gemeinsame Anlagen sei vorliegend nicht anwendbar. Die im Streitfall maßgebliche SICAV unterliege gemäß Art. 35 ihrer Satzung nicht dem Gesetz vom 17.12.2010, sondern dem Gesetz vom 13.02.2007 über Spezialinvestmentvermögen. Nach Art. 29 Abs. 1 des Gesetzes vom 13.02.2007 würden Änderungen des Gesellschaftskapitals von Rechts wegen und ohne Erfordernis einer Veröffentlichung oder Eintragung im Handels- 54

und Gesellschaftsregister erfolgen. Es fehle somit an dem für das Vorliegen von Nennkapital erforderlichen Merkmal, dass für die Veränderung dieses Teils des Eigenkapitals besondere Formvorschriften gelten müssten.

Das variable Gesellschaftskapital dürfe nicht mit dem festen Grundkapital einer Aktiengesellschaft verwechselt werden. Eine SICAV verfüge nur über eine Art von Eigenkapital, nämlich das variable Gesellschaftskapital, welches stets identisch sei mit dem Nettovermögen der Gesellschaft. 55

Für die Annahme einer Dividende spreche außerdem § 27 Abs. 8 Satz 9 KStG. Mangels Feststellung einer Einlagenrückgewähr sei die Ausschüttung nach der vorgenannten Vorschrift eine Einnahme i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG. Die SICAV habe nicht den für einen Direktzugriff auf ein etwaiges Nennkapital erforderlichen Antrag beim Bundeszentralamt für Steuern auf gesonderte Feststellung der Einlagenrückgewähr gestellt. 56

Es handele sich bei der Ausschüttung auch nicht um eine Leistung aus dem steuerlichen Einlagekonto. Die Ausschüttung sei im ersten Wirtschaftsjahr der SICAV erfolgt. Unterjährige Einlagen könnten nicht für unterjährige Ausschüttungen verwendet werden. 57

Eine andere rechtliche Beurteilung ergebe sich nicht aus dem Umstand, dass die SICAV ausländisches Investmentvermögen sei. Auch wenn bei einem Investmentvermögen die Besteuerung ausschließlich auf der Ebene des Anlegers erfolge, würden Investmentvermögen nicht transparent besteuert. Der Anleger erziele Einkünfte aus seiner Beteiligung an dem Investmentfonds. Die Ebene des Investmentvermögens und die des Anlegers seien voneinander zu trennen. § 2 Abs. 1 InvStG a.F. qualifiziere Einkünfte aus Investmentanteilen ausdrücklich als Dividendeneinkünfte i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG oder als Betriebseinnahmen. Die Einkünfte seien unabhängig von der hinter dem Investmentvermögen stehenden Quelle einzuordnen. 58

Das Transparenzprinzip gelte bei der Besteuerung des Anlegers eines Investmentfonds nur bei einer entsprechenden gesetzlichen Anordnung. Eine solche gesetzliche Regelung fehle im Streitfall. 59

Entgegen der Ansicht des Beklagten sei die Anwendung von Steuerbefreiungsvorschriften auf Ausschüttungen eines Investmentfonds nicht ausgeschlossen. § 2 Abs. 1 Satz 1 InvStG a.F. schreibe nur für § 3 Nr. 40 EStG und § 8b Abs. 1 KStG zusätzliche Voraussetzungen vor. Für die Anwendung des Schachtelprivilegs existiere keine entsprechende Vorschrift. 60

Die Regelung des § 7 Abs. 7 AStG in der ab dem Jahr 2003 geltenden Fassung bestätige ebenfalls, dass Ausschüttungen aus Investmentvermögen schachtelprivilegierte Dividendenausschüttungen sein könnten. Die Norm regele das Konkurrenzverhältnis von Hinzurechnungsbesteuerung und Investmentsteuerrecht. Der grundsätzliche Vorrang der Investmentbesteuerung habe nach alter Rechtslage teilweise dazu geführt, dass bei Steuerbefreiungen aufgrund eines DBA-Schachtelprivilegs Einkünfte gänzlich steuerfrei geblieben seien. Im Jahr 2003 habe der Gesetzgeber deshalb die Vorschrift um einen Halbsatz ergänzt; seitdem sei die Hinzurechnungsbesteuerung durchzuführen, wenn passive Einkünfte nach dem InvStG aufgrund eines DBA von der Steuer freigestellt worden seien. Dieser Neuregelung hätte es nicht bedurft, wenn nur Ausschüttungen aus Investmentvermögen, die aus Dividendenerträgen gespeist worden seien, schachtelprivilegierte Dividendenausschüttungen sein könnten. Denn solche Ausschüttungen gehörten gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 8 AStG zu den aktiven Einkünften und würden somit nicht der 61

Hinzurechnungsbesteuerung unterliegen.

§ 50d Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 EStG stehe der Steuerfreistellung der Ausschüttung nicht entgegen. Die Vorschrift gelte bei einer Niedrigbesteuerung im Quellenstaat aufgrund eines Qualifikationskonflikts. Dazu müsse die Abkommensanwendung durch den Quellenstaat aus deutscher Sicht unzutreffend sein, was hier nicht der Fall sei. Auch der Beklagte gehe davon aus, dass Luxemburg die Ausschüttung nach den DBA-Regelungen als Dividende zu behandeln und ermäßigt zu besteuern habe. Deutschland und Luxemburg würden die Ausschüttung mithin gleich behandeln. 62

Das Schachtelprivileg gelte auch für die Klägerin als persönlich haftende Gesellschafterin der KGaA. Die Ausschüttung der SICAV an die KGaA entfalle ertragsteuerlich anteilig auf die Klägerin. Für Zwecke des Ertragssteuerrechts stehe sie einem dinglich am Vermögen berechtigten Gesellschafter gleich. 63

Auf Ebene der KGaA sei zu Recht eine Teilwertabschreibung vorgenommen worden, die ihren Gewinnanteil entsprechend mindere. Infolge der Ausschüttung des Veräußerungserlöses sei der Wert der SICAV dauerhaft gesunken. 64

Die Gewinnminderung aufgrund der Teilwertabschreibung sei nicht nach § 3c Abs. 2 EStG nur beschränkt zu berücksichtigen. Gemäß § 8 Abs. 3 Satz 2 InvStG a.F. sei diese Abzugsbeschränkung nur auf den Teil der Wertminderung in den Anteilen an einem Investmentvermögen anzuwenden, der auf einen besitzzeitanteiligen negativen Aktiengewinn des Anlegers entfalle; vorliegend habe der Aktiengewinn 0 Euro betragen. 65

Auch § 3c Abs. 1 EStG stehe der Anerkennung der Teilwertabschreibung nicht entgegen. Es fehle an dem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit der steuerfreien Ausschüttung. Die Steuerfreiheit beziehe sich nicht auf die Schachtelbeteiligung selbst, sondern auf die aus ihr fließenden Gewinnanteile. Die Wertminderung betreffe nur die Beteiligung selbst und sei nicht von dem Abzugsverbot erfasst. 66

Sollte eine Teilwertabschreibung versagt werden, sei der Verlust aus der Einbringung des anteiligen Kommanditanteils in die GmbH entsprechend zu erhöhen. Das Teileinkünfteverfahren sei auf den Einbringungsverlust nicht anzuwenden, weil der Anteil als persönlich haftender Gesellschafter der KGaA betroffen sei. 67

Die Gestaltung sei nicht missbräuchlich i.S.d. § 42 AO. Der Beklagte habe keine Unangemessenheit der Gestaltung nachgewiesen. Eine solche Unangemessenheit sei nur gegeben, wenn die Gestaltung dem Willen des Gesetzgebers widerspreche. Systembrüche und Abstimmungsmängel des Steuerrechts, die der Gesetzgeber hingenommen habe oder die unbewusst entstanden seien, dürfe der Steuerpflichtige nutzen. Der von der Klägerin genutzte Steuervorteil, der sich aus der unterschiedlichen Behandlung von Ausschüttungen und Wertveränderungen der Anteile ergebe, sei systemimmanent. Denn dieser Vorteil beruhe darauf, dass sich die im DBA Luxemburg a.F. geregelte Steuerfreiheit nicht auf die Schachtelbeteiligung selbst, sondern nur auf die aus ihr fließenden Gewinnanteile beziehe. 68

Sie habe das Urteil des BFH vom 19.05.2010 (I R 62/09, BFH/NV 2010, 1919), wonach ein abkommensrechtliches Schachtelprivileg auch dann gelte, wenn Dividendenempfänger eine KGaA sei, deren persönlich haftende Gesellschafterin eine Personengesellschaft sei, für sich genutzt. Das diesbezügliche Nichtanwendungsgesetz, namentlich § 50d Abs. 11 EStG, sei erst ab dem Jahr 2012 und damit zeitlich später in Kraft getreten. Wolle der Gesetzgeber entsprechende Gestaltungen verhindern, müsse er schneller reagieren. 69

Des Weiteren habe die KGaA über die Haltedauer ihrer Beteiligung bis Januar 2016 einen Überschuss i.H.v. Euro erzielt.	70
Eine Verlustverrechnung sei nicht nach § 15b EStG ausgeschlossen. Die Regelung sei nach § 8 Abs. 7 InvStG a.F. nicht anwendbar. Außerdem lägen die Voraussetzungen nicht vor. Es habe kein vorgefertigtes Konzept vorgelegen. Darüber hinaus handele es sich nicht um ein Steuerstundungsmodell, sondern um ein Steuersparmodell.	71
Ursprünglich hat die Klägerin die Reduzierung ihrer laufenden steuerpflichtigen Einkünfte auf Euro sowie die Feststellung steuerfreier Einkünfte, die dem Progressionsvorbehalt unterliegen, i.H.v. Euro beantragt.	72
In der mündlichen Verhandlung hat sie ihr Klagebegehren auf die Herabsetzung ihrer steuerpflichtigen Einkünfte beschränkt. Hierzu hat sie ausgeführt, dass die Feststellung steuerfreier Einkünfte mit Progressionsvorbehalt in einem Feststellungsbescheid nach § 180 Abs. 5 Nr. 1 AO zu erfolgen habe. Ein solcher Bescheid werde von ihr nicht begehrt und dürfe vom Gericht ohne ihren Antrag auch nicht erlassen werden.	73
Die Klägerin beantragt,	74
den Bescheid über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen für 2011 vom 17.08.2015 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 03.12.2015 dahingehend zu ändern, dass für sie (die Klägerin) unter Änderung des Bescheids vom 27.02.2013 nach der Beteiligungsquote zu verteilende laufende steuerpflichtige Einkünfte aus Gewerbebetrieb, von Euro festgestellt werden,	75
hilfsweise, den Verlust als Einbringungsverlust im Rahmen der Gewinnfeststellung in Höhe von Euro festzustellen,	76
hilfsweise die Revision zuzulassen,	77
die Zuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren als notwendig zu erklären.	78
Der Beklagte beantragt,	79
die Klage abzuweisen,	80
hilfsweise die Revision zuzulassen.	81
Der Beklagte ist der Ansicht, dass der geänderte Feststellungsbescheid vom 17.08.2015 rechtmäßig sei. Die Klägerin habe durch Bondstripping und Ausnutzung des Schachtelprivilegs im DBA Luxemburg a.F. künstliche Verluste erzeugt. Er verweist auf das BMF-Schreiben vom 02.12.2013 IV C 1-S 1980-1/12/10005:004, BStBl I 2013, 1506.	82
Die Klägerin habe im Streitjahr aufgrund der Ausschüttung Einkünfte i.H.v. 0 Euro erzielt. Bei der Ertragsermittlung auf Ebene der SICAV seien die Anschaffungskosten der Anleihen zu Unrecht ausschließlich dem Anleihemantel zugeordnet worden. Stattdessen müssten die Anschaffungskosten auf Zinsscheine und Anleihemäntel aufgeteilt und entsprechend bei der Ermittlung des Veräußerungsgewinns anteilig abgezogen werden.	83
Die Ermittlung der Erträge des Investmentfonds erfolge nach den Grundsätzen für Überschusseinkünfte und somit nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b, Abs. 4 EStG. Satz 3 der Vorschrift sei nicht anwendbar, weil die Zinsscheine nicht abgetreten, sondern veräußert	84

worden seien. Zudem sei auch im Fall des Satzes 3 ein Veräußerungsgewinn zu ermitteln. Dies zeige die historische Entwicklung des § 20 Abs. 2 EStG.

85
Sofern positive Einkünfte erzielt worden sein sollten, sei die Ausschüttung eine steuerpflichtige Betriebseinnahme. Die ausgeschütteten Erträge würden Einkünfte aus öffentlichen Anleihen enthalten, für die der Bundesrepublik Deutschland das Besteuerungsrecht zustehe.

86
Die Ausschüttung sei nicht aufgrund des Schachtelprivilegs freizustellen. Der Beklagte beruft sich auf das Urteil des FG Hessen vom 29.11.2017 (4 K 1186/16, EFG 2018, 622, Revision anhängig unter I R 1/18). Die Klägerin könne nicht mit Erfolg auf die Urteile des FG Düsseldorf vom 17.10.2017 (6 K 1141/14 K,G,F, EFG 2017, 1939) und des FG Sachsen-Anhalt vom 22.03.2017 (3 K 383/16, EFG 2017, 1943) verweisen. Diese beiden Entscheidungen würden anders gelagerte Sachverhalte betreffen; dort habe die SICAV von ihr erwirtschaftete Erträge ausgeschüttet, so dass echte Dividenden vorgelegen hätten.

87
Die Voraussetzungen des Schachtelprivilegs seien nicht erfüllt:

88
Das DBA Luxemburg a.F. sei nicht anwendbar, weil es sich aus investmentsteuerlicher Sicht um einen reinen Inlandssachverhalt handele. Für Zwecke des § 4 InvStG a.F. handele es sich nicht um aus dem Ausland stammende Einkünfte. Die einzelnen Einkünfte, die das Investmentvermögen auf Fondseingangsseite erziele, müssten einer eigenständigen DBA-Prüfung mit dem Quellenstaat unterliegen. Für die DBA-Prüfung sei die Zwischenschaltung der SICAV unbeachtlich. Die Frage der Herkunft der Einkünfte sei aus nationaler Sicht wie bei der Direktanlage zu beurteilen. Die Einkünfte stammten hier aus einer deutschen Bundesanleihe und damit aus dem Inland.

89
Die SICAV sei keine Kapitalgesellschaft im abkommensrechtlichen Sinne. Mangels Definition im Abkommenstext müsse der Begriff abkommensautonom ausgelegt werden. Ein Rückgriff auf nationales Recht und damit auf den Rechtstypenvergleich sei gesperrt. Bei dieser Auslegung sei von der Funktion des Begriffs „Kapitalgesellschaft“ auszugehen. Eine Doppelbesteuerung solle nur bei abkommensberechtigten Rechtsträgern, also „Personen“, vermieden werden. Für den Bereich des Schachtelprivilegs werde diese Abkommensberechtigung dahingehend konkretisiert, dass nur Kapitalgesellschaften erfasst würden.

90
Die Anwendung des Schachtelprivilegs setze daher voraus, dass die SICAV eine Person i.S.d. Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 DBA Luxemburg a.F. sei, was indes zu verneinen sei. In Betracht komme insofern allein das Vorliegen einer „juristischen Person“. Dieser Begriff sei wiederum steuerrechtlich auszulegen. Dies ergebe sich daraus, dass bestimmte Personenvereinigungen den juristischen Personen gleichgestellt würden, wenn sie wie eine juristische Person besteuert würden. Prägend für die Besteuerung einer juristischen Person sei das Trennungsprinzip. Diese Voraussetzung erfülle die transparent besteuerte SICAV nicht.

91
Es fehle zudem an einer Dividende i.S.d. Art. 20 Abs. 2 DBA Luxemburg a.F.

92
Auch für den Dividendenbegriff sei mangels Definition eine abkommensautonome Auslegung vorzunehmen und somit nicht auf nationales Recht zurückzugreifen. Dabei sei der Sinn und Zweck des Schachtelprivilegs zu beachten, der in der Privilegierung bestimmter, echter Dividenden bestehe. Eine wirtschaftliche Doppelbesteuerung des Gewinns, den eine ausschüttende Tochtergesellschaft erzielt habe, solle verhindert werden. Das

- Schachtelprivileg erfasse daher nur einen Teilausschnitt der Dividenden i.S.d. DBA. Die begünstigte Ausschüttung müsse ein Teil des Unternehmensgewinns und damit eine „echte Dividende“ sein, was vorliegend nicht der Fall sei. Die SICAV leite lediglich Erträge an ihre Anleger durch, die nicht zu einer Vermögenssteigerung bei ihr geführt hätten.
- Es fehle auch an einer Doppelbesteuerung. Die SICAV sei keine Tochtergesellschaft und werde nicht besteuert. Stattdessen würde eine Nichtbesteuerung bzw. eine Niedrigbesteuerung bestimmter Einkünfte erst ermöglicht. 93
- Nationale Regelungen, die das Vorliegen von Dividenden fingierten, stünden seiner Auffassung nicht entgegen. Nach der Rechtsprechung des BFH seien gesetzliche Fiktionen des deutschen Steuerrechts auf ein DBA nicht übertragbar. 94
- Folglich stehe § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b EStG, der bei der Veräußerung von Zinsscheinen Kapitaleinkünfte fingiere, nicht entgegen. Zudem handele es sich bei diesem Vorgang nach nationalem Recht nicht um Dividenden, sondern um vorgezogene Zinserträge. 95
- Auch die Fiktion des § 2 Abs. 1 Satz 1 InvStG a.F. sei nicht auf das DBA Luxemburg a.F. übertragbar. Zudem lägen auch nach dieser Regelung keine Dividenden, sondern Betriebseinnahmen der KGaA vor, weil sich die Anteile dieser Investmentgesellschaft im Betriebsvermögen der KGaA befunden hätten. Gleichwohl sprächen diese Fiktionen ebenfalls gegen das Vorliegen einer Dividende; einer Fiktion würde es bei originären Dividenden nicht bedürfen. Des Weiteren würden die fiktiven Dividenden im Inland nur dann steuerfrei gestellt, wenn in den Erträgen tatsächlich entsprechende Einkünfte enthalten seien. Dies ergebe sich aus § 2 Abs. 1 Satz 1, 2. HS i.V.m. Abs. 2 InvStG a.F. 96
- Die Klägerin könne sich nicht mit Erfolg auf die Regelung des § 7 Abs. 7 AStG berufen. Die Anfügung eines Halbsatzes im Jahr 2003 habe eine Besteuerungslücke im seinerzeit gültigen Gesetz über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile und über die Besteuerung der Erträge aus ausländischen Investmentanteilen – AusInvestmG – schließen sollen, welches – im Gegensatz zu § 4 Abs. 1 InvStG a.F. – noch keine strenge Umsetzung des Transparenzprinzips enthalten habe. 97
- Außerdem stehe § 4 InvStG a.F. einer Einordnung der Ausschüttung als Dividende i.S.d. Art. 20 Abs. 2 Satz 3 DBA Luxemburg a.F. entgegen. Nach dieser Regelung sei die Ausschüttung eines Investmentfonds abkommensrechtlich der Einkunftsart zuzuordnen, der die vom Investmentvermögen erzielten Erträge hätten zugeordnet werden müssen, wenn der Anleger diese im Rahmen der Direktanlage bezogen hätte. Insofern lägen hier Zinseinnahmen vor, für die Deutschland das Besteuerungsrecht zustehe. 98
- Der Beklagte ist der Ansicht, dass eine Kapitalrückzahlung gegeben sei. Er beruft sich hierzu auf das Urteil des FG Hessen vom 29.11.2017 (4 K 1186/16, EFG 2018, 894) und auf § 28 KStG. 99
- Sollte eine Steuerfreistellung durch das DBA Luxemburg a.F. zu bejahen sein, so sei diese auf nationaler Ebene gemäß § 50d Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 Alt. 2 EStG zu versagen. Bei einer Steuerfreiheit könnte Luxemburg die Dividende gemäß Art. 13 Abs. 2 bis 4 DBA Luxemburg a.F. nur mit dem ermäßigten Quellensteuersatz besteuern. Daher müsse in Deutschland ein Wechsel von der Freistellungs- zu der Anrechnungsmethode erfolgen. Die „Dividende“ sei mangels Ertragsbesteuerung der SICAV wirtschaftlich nicht mit ausländischer Körperschaftsteuer vorbelastet gewesen. 100

Der Beklagte ist ferner der Auffassung, dass eine etwaige Steuerfreiheit der Ausschüttung nur auf Ebene der KGaA, nicht aber auf Ebene der Klägerin gelte. Die KGaA sei als juristische Person ein selbständiges Einkünfteerzielungssubjekt. Es gelte das Trennungsprinzip. Der persönlich haftende Gesellschafter sei kein Mitunternehmer der KGaA. Ihm werde weder ein Teil des zu versteuernden Gewinns der KGaA zugewiesen noch würden ihm Einkünfte der KGaA zugerechnet. Er beziehe seine Einkünfte aus einer anderen Einkunftsquelle als die KGaA. Für die Besteuerung des persönlich haftenden Gesellschafters sei es unbeachtlich, aus welchen Einnahmepositionen der KGaA sein Gewinnanteil herrühre.

Die Gewinnminderung aufgrund der Teilwertabschreibung sei gemäß § 3c Abs. 2 EStG nur zu 60 % zu berücksichtigen. Es gelte das Teileinkünfteverfahren, weil an der Klägerin eine natürliche Person beteiligt sei. 102

In Betracht komme auch der vollständige Nichtabzug der zwingend vorzunehmenden Teilwertabschreibung nach § 3c Abs. 1 EStG. Es bestehe ein unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang mit den steuerfreien Einnahmen, der durch den engen zeitlichen Rahmen verstärkt werde. Die Ausschüttung und die Wertminderung seien spiegelbildlicher Ausdruck ein und desselben Sachverhalts, namentlich des Bondstrippings mit anschließender Ausschüttung. 103

Das Teileinkünfteverfahren sei auch auf den Verlust aus der Einbringung des anteiligen Kommanditanteils des K in die GmbH anzuwenden. Die investmentsteuerlichen Besonderheiten seien insofern zu berücksichtigen. 104

Darüber hinaus komme für den aus der Einbringung resultierenden Verlust auch die Anwendung des § 15b EStG in Betracht. Durch die Steuerfreiheit der Erträge entstünden bei gleichzeitiger steuerwirksamer Berücksichtigung der Wertminderung der Fondsanteile in erheblichem Umfang steuerlich nutzbare Verluste. Es handele sich um eine modellhafte Gestaltung, bei der lediglich Namen ausgetauscht und kleinere Anpassungen an den Einzelfall vorgenommen worden seien. Die Kanzlei, die den K beraten habe, habe ein bekanntes und vielfach betriebenes Modell zur Verfügung gestellt. Das Modell, das auf die Erzielung von Verlusten durch Beteiligung an einer SICAV und Durchführung von Anleihenstripping ausgerichtet gewesen sei, sei mehrfach durchgeführt und in Beraterkreisen beworben worden. 105

Des Weiteren liege ein Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten i.S.d. § 42 AO vor. K sei im Ergebnis so zu stellen, als hätte er selbst das Bondsstripping durchgeführt und die Zinsscheine veräußert. 106

Der Vorgang Ende des Jahres 2011 sei in der Summe und im zeitlichen Zusammenhang eine allein steuerlich motivierte Gestaltung. Dies gelte umso mehr für die Einbringung des wertgeminderten Kommanditanteils in die GmbH. 107

Auch wenn der Gesetzgeber mit der Einführung des § 50d Abs. 11 EStG erst ab dem Jahr 2012 ein Nichtanwendungsgesetz zum BFH-Urteil vom 19.05.2010 (I R 62/09, BFH/NV 2010, 1919) geschaffen habe, könne daraus nicht geschlossen werden, dass für die Zeit vor der Gesetzesänderung Gestaltungen, die auf die steuerfreie Vereinnahmung von Dividenden durch natürliche Personen angelegt seien, anzuerkennen seien. Die Vorgänge am Ende des Jahres 2011 seien ausschließlich darauf ausgerichtet gewesen, steuerliche Vorteile für den K zu generieren. Es sei künstlich ein Verlust geschaffen worden, der mit anderen Einkünften des K verrechnet werden sollte. 108

Der von der Klägerseite angeführte Überschuss i.H.v. Euro sei lediglich auf Ebene der KGaA erzielt worden. Es sei insofern lediglich eine „leere Hülle“ ohne aktive Tätigkeit beibehalten worden, um der Annahme eines Gestaltungsmissbrauchs entgegenzuwirken. Dies unterstreiche die Missbräuchlichkeit der Gestaltung.

Sollte die Steuerfreiheit der Ausschüttung bejaht werden, werde vorsorglich auf § 7 Abs. 7 AStG hingewiesen. In einem gesonderten Feststellungsverfahren nach § 18 AStG sei eine entsprechende Prüfung vorzunehmen. 110

Mit Verschmelzungsvertrag vom 05.07.2017 wurde die KGaA auf die Klägerin verschmolzen. 111

Der Senat hat die Beteiligten auf die Möglichkeit des Erlasses eines Zwischenurteils hingewiesen. Einen Widerspruch haben die Beteiligten nicht erhoben. 112

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der wechselseitigen Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf den Inhalt der hinzugezogenen Verwaltungsvorgänge Bezug genommen. 113

Entscheidungsgründe: 114

A. 115

Das Gericht entscheidet vorab durch Zwischenurteil über die Frage, inwiefern die festgestellten laufenden Einkünfte der Klägerin im Jahr 2011 – vorbehaltlich der Berücksichtigung des § 15b EStG, der Vorschriften des AStG und der Anwendung des Teileinkünfteverfahrens auf den Einbringungsverlust – abzuändern sind. 116

Nach [§ 99 Abs. 2 FGO](#) kann das Gericht über eine entscheidungserhebliche Sach- oder Rechtsfrage durch Zwischenurteil vorab entscheiden, wenn dies sachdienlich ist und nicht der Kläger oder der Beklagte widerspricht. Diese Voraussetzungen sind vorliegend gegeben. 117

I. 118

Im Streitfall liegen entscheidungserhebliche Vorfragen vor. Entscheidungserheblich sind solche Vorfragen, ohne deren Beantwortung ein Urteil über die geltend gemachte Rechtsbeeinträchtigung nicht möglich ist. Ein Zwischenurteil kommt nur zu solchen Vorfragen in Betracht, über die mit Sicherheit auch in einem Endurteil zu entscheiden wäre (BFH-Urteil vom 04.02.1999 IV R 54/97, BStBl II 2000, 139). Nach dem Zweck der Vorschrift, das gerichtliche Verfahren zu beschleunigen, setzt die Entscheidungserheblichkeit nicht voraus, dass es sich hierbei um die einzige entscheidungserhebliche Rechtsfrage handelt; denn ist nur eine einzige Frage entscheidungserheblich, muss das FG gleich durch Endurteil entscheiden (BFH-Urteil vom 19.03.2009 V R 50/07, BStBl II 2010, 78). 119

Die Fragen, ob die Ausschüttung der SICAV steuerfrei ist, ob auf Ebene der KGaA eine Teilwertabschreibung anzuerkennen und in welcher Höhe ein Einbringungsverlust entstanden ist, sind für die streitige Ermittlung der steuerpflichtigen Einkünfte der Klägerin entscheidungserhebliche Vorfragen. Im Endurteil wird über die Höhe der laufenden steuerpflichtigen Einkünfte der Klägerin zu entscheiden sein. Hierzu werden noch weitere Rechtsfragen zu beantworten sein, die im Zwischenurteil offen bleiben. Dies betrifft die Fragen, ob die negativen Einkünfte ausgleichsfähig sind oder als Verluste im Zusammenhang mit einem Steuerstundungsmodell gemäß § 15b Abs. 1 EStG mit Einkünften, die die Klägerin in den folgenden Jahren aus derselben Einkunftsquelle erzielt hat, verrechenbar sind sowie ob im Feststellungsbescheid der Klägerin Feststellungen über die Geltung des 120

Teileinkünfteverfahrens zu treffen sind.

Die Frage der Steuerfreiheit der Ausschüttung der SICAV ist für das Endurteil entscheidungserheblich, obwohl beide Beteiligten – mit unterschiedlicher Begründung – von steuerpflichtigen Einkünften der Klägerin aufgrund der Ausschüttung i.H.v. 0 Euro ausgehen. Während die Klägerin von der Steuerfreiheit der Einnahmen ausgeht, meint der Beklagte, dass der Veräußerungsgewinn wegen des Abzugs von Anschaffungskosten 0 Euro betrage. 121

Die Entscheidung über die Steuerfreiheit hat Auswirkungen auf die im Endurteil vorzunehmende Feststellung steuerfreier Einkünfte, die dem Progressionsvorbehalt unterliegen (Art. 20 Abs. 2 Sätze 2 und 3 DBA Luxemburg a.F.). Die Feststellung über die Höhe der dem Progressionsvorbehalt unterliegenden steuerfreien Einkünfte ist zwar nicht im Gewinnfeststellungsbescheid i.S.d. § 180 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a) AO, sondern in einem eigenständigen Bescheid nach § 180 Abs. 5 Nr. 1 AO zu treffen (vgl. hierzu BFH-Urteil vom 21.02.2017 VIII R 46/13, BStBl II 2017, 745). Da der Beklagte insofern einen verbundenen Bescheid erlassen hat, kann das Gericht aber bei einer Änderung des Umfangs der Steuerfreistellung auch Feststellungen zu der Höhe der dem Progressionsvorbehalt unterliegenden Einkünfte treffen (vgl. hierzu BFH-Urteil vom 25.11.2015 I R 50/14, BStBl II 2017, 247). Im Erstbescheid vom 27.02.2013 wurden die beiden vorgenannten Feststellungen miteinander verbunden. Diese Verbindung ist auch in dem Änderungsbescheid vom 17.08.2015 bestehen geblieben. Mit der Feststellung steuerpflichtiger Einkünfte hat der Beklagte den Bescheid nach § 180 Abs. 5 Nr. 1 AO vom 27.02.2013 konkludent aufgehoben. 122

II. 123

Eine Entscheidung der dargestellten Rechtsfragen durch Zwischenurteil ist sachdienlich. 124

Sachdienlich ist ein Zwischenurteil nicht nur, wenn zu erwarten ist, dass die Beteiligten nach der verbindlichen Klärung der Rechtsfrage den Rechtsstreit rasch beilegen werden, sondern u.a. auch dann, wenn ein Kläger Gelegenheit erhält, die entschiedene Rechtsfrage ohne weitere zeitliche Verzögerung durch das Bundeverfassungsgericht klären zu lassen (BFH-Urteil vom 01.03.2001 IV R 90/99, BFH/NV 2001, 904). Hiervon ausgehend ist ein Zwischenurteil auch dann sachdienlich, wenn einem Beteiligten die Möglichkeit eingeräumt wird, entscheidungserhebliche Vorfragen durch ein Revisionsverfahren beim BFH klären zu lassen. 125

Weiterhin ergibt sich die Sachdienlichkeit vorliegend aus den verfahrensrechtlichen und prozessualen Besonderheiten, die sich aus dem Verhältnis des Gewinnfeststellungsbescheids und des Verlustfeststellungsbescheids ergeben. Der Senat ist aus verfahrensrechtlichen und prozessualen Gründen derzeit daran gehindert, unmittelbar auch über die Frage der Ausgleichsfähigkeit oder bloße Verrechenbarkeit der negativen Einnahmen gemäß § 15b Abs. 1 EStG zu entscheiden. Diese Frage ist mit Bindungswirkung für das vorliegende Klageverfahren in einem gesonderten Feststellungsverfahren nach § 15b Abs. 4 EStG zu klären. 126

Der Gewinnfeststellungsbescheid nach [§ 180 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a AO](#) und der Verlustfeststellungsbescheid nach [§ 15b Abs. 4 EStG](#) sind – vergleichbar dem Gewinnfeststellungsbescheid und dem Feststellungsbescheid nach § 15a EStG – zwei eigenständige Verwaltungsakte mit selbständigem Regelungsgehalt (BFH-Urteil vom 19.01.2017 IV R 50/14, BStBl II 2017, 456). Aus diesem vom BFH gezogenen Vergleich der Feststellungsbescheide nach § 15b EStG mit denen nach § 15a EStG ergibt sich, dass der 127

Gewinnfeststellungsbescheid und der Verlustfeststellungsbescheid nach § 15b EStG zueinander in Wechselwirkung stehen. Der Gewinnfeststellungsbescheid ist Grundlagenbescheid für den Verlustfeststellungsbescheid betreffend die Höhe des Verlustes. Der Verlustfeststellungsbescheid wiederum ist ein Grundlagenbescheid für den Gewinnfeststellungsbescheid. Denn ein solches wechselseitiges Verhältnis hat die Rechtsprechung auch für den Gewinnfeststellungsbescheid und den Verlustfeststellungsbescheid nach § 15a EStG angenommen (vgl. BFH-Urteil vom 22.06.2006 IV R 31-32/05, BStBI II 2007, 687).

Da bislang kein Verlustfeststellungsbescheid nach § 15b EStG ergangen ist, müsste der Senat das Klageverfahren gemäß § 74 FGO aussetzen und dem Beklagten Gelegenheit geben, die fehlende Feststellung des verrechenbaren Verlustes gemäß [§ 15b Abs. 4 EStG](#) nachzuholen (vgl. zur Vorgeiflichkeit des Feststellungsverfahrens nach § 15a Abs. 4 EStG zum Gewinnfeststellungsverfahren: BFH-Urteil vom 20.08.2015 IV R 41/12, BFH/NV 2016, 227; und zur Vorgeiflichkeit des Feststellungsverfahrens nach § 15b Abs. 4 EStG zur Einkommensteuerfestsetzung: [BFH-Urteile vom 11.11.2015 VIII R 74/13](#), [BStBI II 2016, 388](#) und vom 28.06.2017 VIII R 46/14, BFH/NV 2018, 199).

Für den Erlass des Verlustfeststellungsbescheides durch den Beklagten ist eine vorherige Änderung des Gewinnfeststellungsbescheides durch das Gericht nicht erforderlich. In dem streitgegenständlichen Änderungsbescheid vom 17.08.2015 sind negative Einkünfte der Klägerin festgestellt worden. Ausgehend von diesen negativen Einkünften kann der Beklagte über den Erlass eines Verlustfeststellungsbescheides nach § 15b EStG entscheiden. Soweit die Einkünfte der Klägerin in dem Endurteil geändert werden, wäre der Verlustfeststellungsbescheides gemäß § 175 Abs. 1 Nr. 1 AO abzuändern.

Die Beteiligten haben ein berechtigtes Interesse an einer rechtsverbindlichen Klärung der Fragen der Steuerfreiheit der Ausschüttung, der Anerkennung der Teilwertabschreibung sowie der Höhe Einbringungsverlusts. Die Klärung dieser Vorfragen ist für die Prüfung, ob § 15b EStG anwendbar ist und seine Voraussetzungen erfüllt sind, von Bedeutung. Es ist daher geboten, vor Aussetzung des Verfahrens durch Zwischenurteil über diese Rechtsfragen zu entscheiden. Ein Beschluss über die Verfahrensaussetzung würde diesbezüglich keine Rechtskraft entfalten; das Klageverfahren würde durch die Aussetzung zum Stillstand kommen (vgl. hierzu FG Düsseldorf, Zwischenurteil vom 17.08.2017 14 K 3722/13 E, EFG 2018, 46).

III. 131

Die Beteiligten haben auf den entsprechenden Hinweis des Gerichts erklärt, keinen Widerspruch gegen den Erlass eines Zwischenurteils zu erheben. 132

B. 133

Bei der Ermittlung der Einkünfte der Klägerin sind die im Tenor ausgesprochenen Feststellungen – vorbehaltlich der Regelungen des § 15b EStG, des AStG und des Teileinkünfteverfahrens – zu berücksichtigen. Dabei sind sowohl der Gewinnanteil der Klägerin aus ihrer Beteiligung an der KGaA (I.) als auch der Verlust aus der anteiligen Einbringung des Kommanditanteils des K (II.) zu korrigieren. Die von der Klägerin gewählte Gestaltung ist nicht rechtsmissbräuchlich i.S.d. § 42 AO (III.). 134

I. 135

136

Die Klägerin hat im Streitjahr aus ihrer Beteiligung als persönlich haftende Gesellschafterin der KGaA Einkünfte erzielt, die verfahrensrechtlich auf Ebene der Klägerin festzustellen sind (1.). Dieser Gewinnanteil der Klägerin ist einerseits um den Betrag der Ausschüttung der SICAV an die KGaA zu reduzieren (2.) und andererseits um die Gewinnminderung aufgrund der Teilwertabschreibung zu erhöhen (3.), soweit die vorgenannten Beträge auf die Klägerin entfallen.

1. 137

Verfahrensrechtlich ist auf der Ebene der Klägerin über die Höhe ihrer Einkünfte aus der Beteiligung an der KGaA zu entscheiden. 138

Dabei kann dahingestellt bleiben, ob für eine KGaA ein eigenes Feststellungsverfahren durchzuführen ist, oder ob ihre Einkünfte unmittelbar auf der Ebene ihrer Gesellschafter zu ermitteln sind (vgl. zum Meinungsstand BFH-Urteile vom 07.12.2011 I R 5/11, BFH/NV 2012, 556; vom 15.03.2017 I R 41/16, BFH/NV 2017, 1548 m.w.N.; Beschluss vom 29.06.2016 I B 32/16, BFH/NV 2016, 1679). Denn der Senat ist gemäß § 182 Abs. 1 AO an den bestandskräftigen negativen Feststellungsbescheid für die KGaA vom 03.12.2015 gebunden. Die Bindungswirkung dieses Bescheides erstreckt sich auch auf die Verneinung der Voraussetzungen einer einheitlichen und gesonderten Gewinnfeststellung im Verhältnis zwischen der persönlich haftenden Gesellschafterin und der KGaA, selbst wenn die Rechtslage unrichtig beurteilt worden sein sollte (vgl. BFH-Urteil vom 21.06.1989 X R 14/88, BStBl II 1989, 881). 139

Die Klägerin erzielte im Streitjahr als persönlich haftende Gesellschafterin der KGaA Einkünfte aus Gewerbebetrieb i.S.d. § 15 Abs. 1 Nr. 3 EStG. Nach dieser Vorschrift sind Einkünfte aus Gewerbebetrieb die Gewinnanteile der persönlich haftenden Gesellschafter einer KGaA, soweit sie nicht auf Anteile am Grundkapital entfallen, und die Vergütungen (sog. Sondervergütungen), die der persönlich haftende Gesellschafter von der Gesellschaft für seine Tätigkeit im Dienst der Gesellschaft oder für die Hingabe von Darlehen oder für die Überlassung von Wirtschaftsgütern bezogen hat. Der Gewinnanteil der Klägerin beläuft sich auf 99,8 % des Gewinns der KGaA. 140

Zu dem Gewinn der KGaA gehört – vorbehaltlich einer Steuerbefreiung – auch die Ausschüttung, die ihr seitens der SICAV zugeflossen ist. Denn zum Einkommen der KGaA gehören gemäß § 8 Abs. 2 KStG i.V.m. § 15 EStG auch die Gewinnanteile auf Anteile an einer (auch ausländischen) Kapitalgesellschaft (BFH-Urteil vom 06.06.2012 I R 52/11, BStBl II 2014, 240). Der Gewinn der KGaA wurde vom Beklagten aufgrund einer Teilwertabschreibung ihrer Beteiligung an der SICAV reduziert. 141

2. 142

Die festgestellten steuerpflichtigen Einkünfte der Klägerin sind um Euro zu reduzieren. Aus dem festzustellenden Gewinn einer Personengesellschaft sind die in der Bundesrepublik Deutschland steuerfreien Einkünfte auszuscheiden (vgl. BFH-Urteil vom 18.12.2002 I R 92/01, BFH/NV 2003, 964). Soweit der Gewinnanteil der Klägerin auf die Ausschüttung der SICAV an die KGaA entfällt, liegen nach Art. 13 Abs. 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 2 Sätze 1 und 3 DBA Luxemburg a.F. steuerfreie Einkünfte vor. 143

a) 144

145

Die Steuerfreiheit der Ausschüttung ist nicht auf die Ebene der KGaA begrenzt, sondern gilt auch für die Klägerin.

Eine Steuerbefreiung auf Ebene der KGaA gilt auch für den Gewinnanteil des persönlich haftenden Gesellschafters einer KGaA. Anderenfalls würde sich die abkommensrechtlich vorgesehene Steuerfreistellung weder bei der KGaA noch bei dem persönlich haftenden Gesellschafter auswirken und bliebe damit in unzulässiger Weise unberücksichtigt. 146

§ 9 Abs. 1 Nr. 1 KStG i.V.m. § 15 Abs. 1 Nr. 3 EStG ist nicht als Treaty Override, wonach das Abkommensrecht hinter dem nationalen Steuerrecht zurücktreten könne, konzipiert. Ein Schachtelprivileg gilt auch dann, wenn die zu gewährende Freistellung aufgrund der innerstaatlichen Zurechnung (auch) einer Person zugutekomme, der die Freistellung an sich nicht zusteht (vgl. zum DBA-Frankreich BFH-Urteil vom 19.05.2010 I R 62/09, BFH/NV 2010, 1919; vgl. Hageböke in: Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 1. Aufl. 2015, § 9 KStG Rn. 84). 147

Der Beklagte kann nicht mit Erfolg einwenden, dass die Steuerfreistellung nicht für den persönlich haftenden Gesellschafter einer KGaA gelte, weil er seine Einkünfte aus einer von derjenigen der KGaA unabhängigen Einkunftsquelle beziehe und § 15 Abs. 1 Nr. 3 EStG die Einkünfte lediglich in gewerbliche Einkünfte umqualifiziere. Der Senat folgt insofern der höchstrichterlichen Rechtsprechung, die diese vom Beklagten dargestellte Auffassung ausdrücklich ablehnt. Ein persönlich haftender Gesellschafter einer KGaA ist wie ein Mitunternehmer zu behandeln und ihm sind Einkünfte wie einem Einzelunternehmer oder Mitunternehmer unmittelbar zuzurechnen (grundlegend BFH-Urteil vom 21.06.1989 X R 14/88, BStBl II 1989, 881; bestätigt u.a. in BFH-Beschluss vom 04.12.2012 I R 42/11, BFH/NV 2013, 589; Urteil vom 15.03.2017 I R 41/16 BFH/NV 2017, 1548). Die Einkommensbesteuerung des persönlich haftenden Gesellschafters wird, sofern dieser nicht auch Kommanditaktionär ist, "an der Wurzel" von der Körperschaftsbesteuerung der KGaA abgespalten und uneingeschränkt gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 3 EStG dem gewerblichen Bereich zugewiesen. 148

b) 149

Der Gewinnanteil der Klägerin, der auf der Ausschüttung der SICAV an die KGaA beruht, beläuft sich auf Euro. Für die Ermittlung dieses Gewinnanteils ist zunächst der entsprechende Gewinn der KGaA zu ermitteln, denn dieser wird der Klägerin gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1 KStG und § 15 Abs. 1 Nr. 3 EStG zugewiesen. Dieser Gewinn der KGaA ist ein Ertrag aus Anteilen, der nach den Vorschriften des InvStG a.F., die den Vorschriften des EStG und des KStG vorgehen, zu ermitteln ist. 150

aa) 151

Das InvStG a.F. ist im Streitfall gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 InvStG a.F., wonach das Gesetz auf ausländische Investmentvermögen i.S.d. § 2 Abs. 8-10 Investmentgesetz in der im Streitjahr geltenden Fassung – InvG – anzuwenden ist, anwendbar. 152

Die SICAV ist ein solches ausländisches Investmentvermögen. Gemäß § 2 Abs. 8 Satz 1 i.V.m. § 1 Satz 2 InvG sind ausländische Investmentvermögen Vermögen zur gemeinschaftlichen Kapitalanlage, die nach dem Grundsatz der Risikomischung in Vermögensgegenstände i.S.d. § 2 Abs. 4 InvG angelegt sind und dem Recht eines anderen Staates unterliegen. Zu diesen Vermögen gehören luxemburgische SIVACs (vgl. Berger in Berger/Steck/Lübbehüsen, InvG/, 2010 § 1 InvStG Rn. 36). Die hier maßgebliche SICAV 153

unterliegt dem Recht Luxemburgs und erfüllt mithin die vorgenannten Voraussetzungen.

Einer Anwendung des InvStG a.F. steht nicht entgegen, dass im Streitjahr an der SICAV nur die KGaA und somit nur ein Anleger i.S.d. § 1 Abs. 2 Satz 2 InvStG a.F. vorhanden war. Zwar fordert § 1 Satz 2 InvStG a.F. ein Vermögen zur „gemeinschaftlichen“ Kapitalanlage, was grundsätzlich eine Mehrheit von Anlegern bedeutet. Maßgeblich ist aber, dass die Vermögensmasse mehr als einen Anleger haben kann. Vom InvStG a.F. werden auch Vermögensmassen erfasst, die zwar rein faktisch nur einen Anleger haben, aber rechtlich bzw. nach ihrer Satzung mehrere Anleger zulassen (vgl. Elser/Güttele-Kunz, BB 2010, 414 m.w.N.). An der SICAV hätten sich weitere Anleger beteiligen können. 154

Auch der Grundsatz der Risikomischung wurde von der SICAV eingehalten. Risikomischung ist die Anlage in eine Vielzahl von Vermögensgegenständen zum Kapitalwert sichernden Ausgleich von Verlustrisiken und Gewinnchancen (Berger in Berger/Steck/Lübbehäusen, InvG/InvStG, 2010 § 1 InvStG Rn. 61 ff.). Erforderlich sind insofern mehr als drei Vermögensgegenstände mit unterschiedlichen Anlagerisiken (Wenzel in Blümich, EStG, EStG/KStG/GewStG, § 1 InvStG 2004 Rn. 37). Entscheidend ist dabei die Absicht zur Risikomischung, die sich regelmäßig aus der Satzung ergibt (Berger in Berger/Steck/Lübbehäusen, InvG/InvStG, § 1 InvStG Rn. 55). Aus der Satzung der SICAV ergibt sich eine entsprechende Absicht. In Art. 4 der Gesellschaftsgründungsurkunde ist als (ausschließlicher) Geschäftszweck 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, angegeben. 155

bb) 156

Der an die KGaA ausgezahlte Betrag gehört als ausgeschütteter Ertrag zu ihren Betriebseinnahmen i.S.d. § 8 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 KStG. 157

Gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 InvStG a.F. gehören die auf Investmentanteile ausgeschütteten sowie die ausschüttungsgleichen Erträge und der Zwischengewinn zu den Einkünften aus Kapitalvermögen i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG, wenn sie nicht Betriebseinnahmen des Anlegers sind. Ausgeschüttete Erträge sind gemäß § 1 Abs. 3 Satz 2 InvStG a.F. die von einem Investmentvermögen zur Ausschüttung verwendeten Kapitalerträge, Erträge aus der Vermietung und Verpachtung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten, sonstige Erträge und Gewinne aus Veräußerungsgeschäften. Substanzauskehrungen sind nicht Bestandteil der ausgeschütteten Erträge (Berger in Berger/Steck/Lübbehäusen, InvG/InvStG, § 1 InvStG Rn. 55). 158

Die Betriebseinnahmen der KGaA entsprechen demnach dem auf sie entfallenden Anteil des Gewinns der SICAV aus der Veräußerung der Zinsscheine. 159

cc) 160

Der Gewinn der SICAV aus der Veräußerung der Zinsscheine beträgt Euro; er entfällt zu 99,8 % = Euro auf die Klägerin. 161

Bei der Ermittlung des Veräußerungsgewinns der SICAV sind von dem Veräußerungserlös i.H.v. Euro keine Anschaffungskosten abzuziehen. 162

163

Für die Ermittlung des ausgeschütteten Ertrags ist gemäß § 3 Abs. 1 InvStG a.F. die Regelung des § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG sinngemäß anzuwenden. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um einen inländischen oder ausländischen Investmentfonds handelt und ob die Investmentanteile im Privatvermögen oder im Betriebsvermögen gehalten werden (Wenzel in Blümich, § 3 InvStG 2004 Rn. 7). Demzufolge sind die Erträge des Investmentvermögens anhand einer Überschussrechnung zu ermitteln. Dabei gilt das Zufluss-Abfluss-Prinzip des § 11 EStG mit den in [§ 3 Abs. 2 InvStG a.F.](#) näher beschriebenen Einschränkungen (vgl. BFH-Urteil vom 30.01.2018 VIII R 20/14, BStBl II 2018, 487).

Die isolierte Veräußerung der Zinsscheine gehört zu den Einkünften aus § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b) Satz 1 EStG. Hiernach gehört zu den Einkünften aus Kapitalvermögen auch der Gewinn aus der Veräußerung von Zinsscheinen und Zinsforderungen durch den Inhaber der Schuldverschreibung, wenn die dazugehörigen Schuldverschreibungen nicht mitveräußert werden. Dies ist bei der Veräußerung von Stripped-Bonds der Fall (vgl. von Beckerath in Kirchhof, EStG 17. Aufl. 2018, § 20 EStG Rn. 127; Buge in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 20 EStG Rn. 459). 164

Die Klägerseite kann nicht mit Erfolg einwenden, dass Satz 3 des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG einschlägig sei und deshalb Anschaffungskosten bei der Ermittlung der Einkünfte generell nicht abzuziehen seien. Nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 3 EStG gilt der Satz 2 der Vorschrift auch bei der Abtretung von Zinsansprüchen aus Schuldbuchforderungen, die in ein öffentliches Schuldbuch eingetragen sind. Nach Satz 2 wiederum gilt Satz 1 sinngemäß für Einnahmen aus der Abtretung von Zinsansprüchen, wenn die dazugehörigen Anteilsrechte oder Schuldverschreibungen nicht in einzelnen Wertpapieren verbrieft sind. 165

Es fehlt vorliegend an einer Abtretung von Zinsansprüchen. Isolierte Zinsscheine werden nicht gemäß §§ 398 ff. BGB abgetreten, sondern als bewegliche Wirtschaftsgüter gemäß §§ 929 ff. BGB übertragen (vgl. hierzu Buge in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 20 EStG Rn. 460 „Zinsscheine und Zinsforderungen“). 166

Die Ermittlung des Veräußerungsgewinns richtet sich nach § 3 Abs. 1 InvStG a.F. i.V.m. § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG i.V.m. § 20 Abs. 4 Satz 1 EStG. Demnach ist der Gewinn der Unterschiedsbetrag zwischen den Einnahmen aus der Veräußerung und den Veräußerungs- und Anschaffungskosten. 167

Die insofern maßgeblichen Anschaffungskosten der Zinsscheine belaufen sich auf 0 Euro. Entgegen der Auffassung des Beklagten sind die ursprünglichen Anschaffungskosten der Bundesanleihen nicht auf das Stammrecht und die Zinsscheine aufzuteilen. 168

Der Senat verkennt dabei nicht, dass im betrieblichen Bereich nach einem Bondstripping grundsätzlich eine Aufteilung der Anschaffungskosten vorzunehmen ist. Bei einem bilanzierenden Steuerpflichtigen sind die nach einem Bondstripping entstandenen Zinsscheine zu aktivieren; für die Bewertung sind die ursprünglichen Anschaffungskosten auf das Stammrecht und die Zinsscheine aufzuteilen (IDW Rechnungslegungshinweis: Bilanzielle Behandlung des „Bondstripping“ (IDW RH BFA 1.001), WPg 1998, 1009, aktualisiert in WPg Supplement Nr. 1/2012, 56; Göttgens, WPg 1998, 567; Haisch/Bindl, Corporate Finance Law 2010, 319 m.w.N.; Hoffmann/Lüdenbach, NWB Kommentar Bilanzierung, 8. Aufl. 2017, § 246 Rn. 304; Hoffmann in Littmann, Bitz, Pust, EStG, §§ 4, 5 Rn. 1329). Im betrieblichen Bereich ist eine Aufteilung der Anschaffungskosten erforderlich, weil durch das Bondstripping mit dem Zinsschein ein neues Wirtschaftsgut entsteht, das in der Bilanz zu aktivieren ist. 169

Vorliegend ist der Veräußerungsgewinn des SICAV aber nicht nach den Vorschriften für die Ermittlung von Gewinneinkünften (§ 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG) zu ermitteln, sondern – wie ausgeführt – nach den Vorschriften für Überschusseinkünfte. Bei den Überschusseinkünften waren die Anschaffungskosten im Streitjahr indes nicht aufzuteilen (so auch Haisch/Bindl, Corporate Finance Law 2010, 319 m.w.N.; Becker-Pennrich, FR 2017, 7; a.A. Ronig, NWB 2015, 2223).

Eine Aufteilung der Anschaffungskosten war nicht aufgrund einer Substanzaufspaltung der Bundesanleihen vorzunehmen. Im Bereich der Überschusseinkünfte sind Anschaffungskosten für einen ursprünglich vom Steuerpflichtigen angeschafften Vermögensgegenstand aufzuteilen, wenn er durch mehrere andere Vermögensgegenstände ersetzt wird und sich die auf den ursprünglich angeschafften Vermögensgegenstand entfallenden Anschaffungskosten anteilig in mehreren Ersatzvermögensgegenständen fortsetzen. Eine solche Aufteilung wird bei der Ausgabe von Bezugsrechten, die wirtschaftlich zu einer Abspaltung der in den Stammaktien verkörperten Substanz und deshalb zu einer Abspaltung eines Teils der ursprünglichen Anschaffungskosten führt, bejaht (BFH-Urteil vom 22.05.2003 IX R 9/00, BStBl II 2003, 712). 171

Zu einer solchen Substanzaufspaltung ist es durch das Bondstripping nicht gekommen. Zwar ist durch das Bondstripping ein neues Wirtschaftsgut, namentlich der isoliert handelbare Zinsschein, entstanden. Gleichwohl ist keine Substanz von der Bundesanleihe abgetrennt worden. Die Zinsen sind Früchte der Anleihe, nicht Teil ihrer Substanz. Dabei kommt es nicht darauf an, ob diese Früchte im Zeitpunkt der Trennung fällig und somit „reif“ waren. Dementsprechend realisiert der Veräußerer des Zinsscheins gemäß § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b) Satz 1 EStG bei der Veräußerung des Zinsscheins vorgezogene Zinserträge (Buge in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 20 Rn. 458; Becker-Pennrich, FR 2017, 7). 172

Auch der Gesetzgeber ging offensichtlich davon aus, dass im Jahr 2011 im Bereich der Überschusseinkünfte die Anschaffungskosten nicht aufzuteilen waren. Ab dem Veranlagungszeitraum 2014 wurde durch das Gesetz zur Anpassung des InvStG a.F. und anderer Gesetze an das AIFM-Umsetzungsgesetz (AIFM-StAnpG) vom 18.12.2013 (BGBl I 2013, 4318) als Sonderregelung für das Bondstripping § 3 Abs. 1a InvStG a.F. eingeführt. Seitdem werden im Fall des Bondstripings eine Veräußerung der Schuldverschreibung und gleichzeitig eine Anschaffung der nach der Abtrennung selbständigen Wirtschaftsgüter (Zinsschein und Anleihemantel) fingiert. Im Ergebnis führt die Regelung dazu, dass die Anschaffungskosten der Schuldverschreibung nicht vollständig dem Stammrecht, sondern auch den Zinsscheinen zugeordnet werden (vgl. Wenzel in Blümich, § 3 InvStG 2004 Rn. 9). 173

Bei der Schaffung dieser Norm ging der Gesetzgeber ersichtlich davon aus, dass vor der Einführung des § 3 Abs. 1a InvStG a.F. eine Aufteilung der Anschaffungskosten nicht vorzunehmen war. So ist in den Gesetzgebungsmaterialien ausgeführt, dass bislang keine Aufteilung der Anschaffungskosten erfolge und dass die Gestaltungsmodelle unter Nutzung des Bondstripings durch die Neuregelung vermieden werden sollen (BT-Drs. 18/68, S. 47; BR/Drs. 740/13, S. 46). Dieser Begründung ist kein dahingehender gesetzgeberischer Wille zu entnehmen, durch § 3 Abs. 1a InvStG a.F. lediglich eine Klarstellung der Rechtslage zu bewirken. Wäre der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass eine Aufteilung der Anschaffungskosten nach der bis dahin geltenden Gesetzeslage ohnehin hätte erfolgen müssen, hätte es dieser Neuregelung nicht bedurft (so i.E. auch Becker-Pennrich, FR 2017, 7; Elser/Stadler, DStR 2012, 2561). 174

c) 175

Die Ausschüttung der SICAV an die KGaA ist nach Art. 13 Abs. 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 2 Sätze 1, 3 DBA Luxemburg a.F. steuerfrei.	176
aa)	177
Der Anwendbarkeit des DBA steht § 4 Abs. 1 Satz 1 InvStG a.F. nicht entgegen.	178
Nach dieser Vorschrift sind die auf Investmentanteile ausgeschütteten sowie die ausschüttungsgleichen Erträge bei der Veranlagung der Einkommensteuer oder Körperschaftsteuer insoweit außer Betracht zu lassen, als sie aus einem ausländischen Staat stammende Einkünfte enthalten, für die die Bundesrepublik Deutschland auf Grund eines DBA auf die Ausübung des Besteuerungsrechts verzichtet hat.	179
Diese Norm enthält keine einseitige Suspendierung des betreffenden Doppelbesteuerungsabkommens („Treaty Override“). Ein dahingehender Wille des Gesetzgebers ist nicht hinreichend klar zum Ausdruck gebracht worden. Vielmehr handelt es sich lediglich um eine Steuerbefreiung unter Rückgriff auf andere Doppelbesteuerungsabkommen (so auch FG Düsseldorf, Urteil vom 17.10.2017 6 K 1141/14 K,G,F, EFG 2017, 1939; FG Hessen, Urteil vom 29.11.2017 4 K 1186/16, EFG 2018, 622).	180
Zudem folgt aus § 7 Abs. 7 AStG in der im Streitjahr geltenden Fassung, dass der Gesetzgeber selbst davon ausging, dass ein DBA trotz der Anwendbarkeit des Investmentsteuerrechts Ausschüttungen von der inländischen Besteuerung ausnehmen kann (vgl. FG Düsseldorf, Urteil vom 17.10.2017 6 K 1141/14 K,G,F, EFG 2017, 1939). Nach dieser Vorschrift war § 7 Abs. 1 bis 6a AStG nicht anzuwenden, wenn auf die Einkünfte, für die die ausländische Gesellschaft Zwischengesellschaft ist, die Vorschriften des InvStG in der jeweils geltenden Fassung anzuwenden sind, es sei denn, Ausschüttungen oder ausschüttungsgleiche Erträge wären nach einem DBA von der inländischen Bemessungsgrundlage auszunehmen. In der entsprechenden Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 15/1518, Seite 16) ist ausgeführt, dass das DBA-Schachtelprivileg überwiegend dann gewährt werde, wenn es sich bei dem inländischen Anleger um eine Gesellschaft handle, der mindestens 10 % der Anteile an dem ausländischen Investmentvermögen (in der Form einer Kapitalgesellschaft) unmittelbar gehörten. Damit hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass er von einer Anwendbarkeit des Schachtelprivilegs zwischen Anleger und Investmentvermögen ausgeht.	181
bb)	182
Die Voraussetzungen des Art. 20 Abs. 2 DBA Luxemburg a.F. sind erfüllt. Das Besteuerungsrecht für die streitbefangene Dividende steht Luxemburg zu, so dass sie in Deutschland von der Besteuerung ausgenommen ist.	183
Nach Art. 20 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Satz 3 DBA Luxemburg a.F. sind Dividenden, die einer Kapitalgesellschaft von einer Kapitalgesellschaft mit Wohnsitz in dem anderen Staat gezahlt werden, deren stimmberechtigte Anteile zu mindestens 25 % der erstgenannten Gesellschaft gehören, von der Bemessungsgrundlage für die Steuer des Wohnsitzstaates des Anteilseigners auszunehmen. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.	184
(1) Die KGaA ist eine im Inland ansässige Kapitalgesellschaft i.S.d. Art. 20 Abs. 2 Satz 3 DBA Luxemburg a.F.	185

Der Begriff der Kapitalgesellschaft wird im DBA Luxemburg a.F. nicht definiert. In Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 DBA Luxemburg a.F. ist lediglich die Bedeutung des Begriffs der „Person“ erläutert. Dazu gehören sowohl natürliche als auch juristische Personen; Personenvereinigungen und Vermögensmassen, die als solche der Besteuerung wie eine juristische Person unterliegen, gelten als juristische Person.

Für die Auslegung des Begriffs der Kapitalgesellschaft ist auf das deutsche Recht zurückzugreifen. Dies ergibt sich aus Art. 2 Abs. 2 DBA Luxemburg a.F., wonach bei der Anwendung des Abkommens durch einen der Vertragsstaaten jeder Begriff, der in dem Abkommen selbst nicht bestimmt worden ist, die Auslegung erfährt, die sich aus den Gesetzen ergibt, die in dem Vertragsstaat in Kraft sind und sich auf Steuern i.S.d. Abkommens beziehen, falls der Zusammenhang keine andere Auslegung erfordert. 187

Bei der KGaA handelt es sich nach Maßgabe des insoweit ausschlaggebenden deutschen Rechts um eine in Deutschland ansässige Kapitalgesellschaft. 188

Die nationalen Besonderheiten bei der Besteuerung der KGaA stehen dem nicht entgegen. Es handelt sich um eine Einkommenszuordnung zwischen der KGaA und ihrem persönlich haftenden Gesellschafter, die die Subjekteigenschaft und abkommensrechtliche Behandlung der KGaA unberührt lässt. Das DBA Luxemburg a.F. enthält keine Einschränkungen nach der Gesellschafterstruktur. Für die abkommensrechtliche Behandlung der KGaA als Kapitalgesellschaft ist es unbeachtlich, dass das Einkommen der KGaA teilweise unmittelbar dem persönlich haftenden Gesellschafter zugeordnet wird (vgl. zum DBA-Frankreich: BFH-Urteil vom 19.05.2010 I R 62/09, BFH/NV 2010, 1919). 189

Für die Gewährung des abkommensrechtlichen Schachtelprivilegs ist es unbeachtlich, in welcher Weise die Gesellschaft in ihrem Sitzstaat besteuert wird. Es ist daher auch unschädlich, wenn der Nutzungsberechtigte der Dividenden eine Gesellschaft ist, die nach dem Recht des Sitzstaates steuerlich transparent behandelt wird und bei deren Gesellschaftern es sich ausschließlich um natürliche Personen handelt (vgl. zum DBA USA: BFH-Urteil vom 20.08.2008 I R 39/07 BStBl II 2009, 234). 190

(2) Die SICAV ist ebenfalls eine Kapitalgesellschaft i.S.d. Art. 20 Abs. 2 Satz 3 DBA Luxemburg a.F. (so auch FG Düsseldorf, Urteil vom 17.10.2017 6 K 1141/14 K,G,F, EFG 2017, 1939; FG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 22.03.2017 3 K 383/16, EFG 2017, 1943; FG Hessen, Urteil vom 29.11.2017 4 K 1186/16, EFG 2018, 622 und ohne nähere Begründung FG Münster, Urteil vom 14.01.2010 5 K 2852/05 E, EFG 2010, 691). 191

Wie unter (1) ausgeführt ist für die Bestimmung des Begriffs der Kapitalgesellschaft auf das deutsche Recht zurückzugreifen. Es ist ein Typenvergleich nach deutschem Recht durchzuführen (vgl. zum DBA-Frankreich BFH-Urteil vom 06.06.2012 I R 52/11, BStBl II 2014, 240; zu den Kriterien für einen Typenvergleich siehe BFH-Urteil vom 20.08.2008 I R 34/08, BStBl II 2009, 263). Bei dem Vergleich ist darauf abzustellen, ob die ausländische Personenvereinigung wie eine juristische Person körperschaftlich strukturiert ist und ob die Beteiligung an ihr (abstrakt gesehen) das Vermögensrecht mitumfasst, an Gewinnausschüttungen und an der Auskehrung des Liquidationsvermögens beteiligt zu werden. Erforderlich ist eine Gesamtwürdigung der Einzelumstände. 192

Bei dem Typenvergleich kommt es darauf an, ob die betreffende Gesellschaft im Rahmen des Steuerrechts des anderen Vertragsstaats – hier also Luxemburg – als eigenständiges Steuersubjekt verstanden wird (vgl. zum DBA Frankreich BFH-Urteil vom 06.06.2012 I R 52/11, BStBl II 2014, 240; so auch zum DBA Luxemburg a.F. FG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 193

22.03.2017 3 K 383/16, EFG 2017, 1943 und FG Düsseldorf, Urteil vom 17.10.2017 6 K 1141/14 K,G,F, EFG 2017, 1939). Auf die Besteuerung der Gesellschaft in dem anderen Vertragsstaat kommt es hingegen nicht an (FG Düsseldorf, Urteil vom 17.10.2017 6 K 1141/14 K,G,F, EFG 2017, 1939; FG Hessen, Urteil vom 29.11.2017 4 K 1186/16, EFG 2018, 622).

Der Typenvergleich ergibt vorliegend, dass die in der Rechtsform einer société anonyme geführte SICAV mit einer deutschen AG bzw. mit einer Investment-AG vergleichbar ist (so auch FG Hessen, Urteil vom 29.11.2017 4 K 1186/16, EFG 2018, 622; FG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 22.03.2017 3 K 383/16, EFG 2017, 1939). Sie ist eine juristische Person und Kapitalgesellschaft. Als société anonyme stellt die SICAV in Luxemburg dem Grunde nach ein eigenes Ertragsteuersubjekt dar. Der Umstand, dass die SICAV von der luxemburgischen Körperschaftsteuer befreit ist, ist dabei unbeachtlich. Es handelt sich um eine persönliche Steuerbefreiung, die ihre Eigenschaft als Steuersubjekt unberührt lässt (vgl. FG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 22.03.2017 3 K 383/16, EFG 2017, 1943). 194

Der Beklagte kann nicht mit Erfolg einwenden, dass die SICAV keine „Person“ i.S.d. Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 DBA Luxemburg a.F. und daher auch keine Kapitalgesellschaft sei. Wie ausgeführt handelt es sich bei der SICAV um eine juristische Person. Für die Qualifizierung einer juristischen Person als „Person“ ist die Art ihrer Besteuerung im DBA Luxemburg a.F. nicht vorgegeben. Der vom Beklagten angeführte Art. 2 Abs. 1 Nr. 1, 2. HS DBA Luxemburg a.F. ist eine an eine Personenvereinigung und Vermögensmasse gestellte Anforderung, die nicht für juristische Personen gilt (so auch FG Düsseldorf, Urteil vom 17.10.2017 6 K 1141/14 K,G,F, EFG 2017, 1939). 195

(3) Der Mittelpunkt der geschäftlichen Oberleitung der SICAV und damit ihr Wohnsitz i.S.d. Art. 3 Abs. 5 Satz 1 i.V.m. Abs. 6 Satz 1 DBA Luxemburg a.F. befand sich in Luxemburg. 196

(4) Die Ausschüttung der SICAV an die KGaA ist eine Dividende i.S.d. Art. 20 Abs. 2 Satz 3 DBA Luxemburg a.F. 197

Mangels Definition im DBA ist auch für den Dividendenbegriff gemäß Art. 2 Abs. 2 DBA Luxemburg a.F. auf das deutsche Recht und damit auf § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG zurückzugreifen (so auch FG Düsseldorf, Urteil vom 17.10.2017, 6 K 1141/14 K,G,F, EFG 2017, 1939; FG Hessen, Urteil vom 29.11.2017 4 K 1186/16, EFG 2018, 622). 198

Insbesondere enthält Ziffer 12 des Schlussprotokolls keine entsprechende Definition. Darin wird zu den Artikeln 5, 7 und 13 ausgeführt, dass der Besitz von Aktien, Kuxen, Anteilsscheinen und ähnlichen Wertpapieren, von Anleihen an Genossenschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung sowie von Anteilsscheinen einer Kapitalanlagegesellschaft den Besitzer nicht zum Unternehmer oder Mitunternehmer mache; Einkünfte aus diesen Wertpapieren und Anteilen würden als Dividenden i.S.d. Art. 13 DBA Luxemburg a.F. behandelt. Hierbei handelt es sich lediglich um eine Regelung, die verhindert, dass der Quellenstaat für Dividenden das (weitergehende) Besteuerungsrecht für Betriebsstätten in Anspruch nimmt (FG Hessen, Urteil vom 29.11.2017 4 K 1186/16, EFG 2018, 622). Es handelt sich nicht um eine abschließende Begriffserläuterung (FG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 22.03.2017 3 K 383/16, EFG 2017, 1943). 199

§ 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG definiert Dividenden als Gewinnanteile aus Aktien, Genussrechten, mit denen das Recht am Gewinn und Liquidationserlös verbunden ist, aus Anteilen an GmbHs, an Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften sowie an bergbautreibenden Vereinigungen, die die Rechte einer juristischen Person haben. Nach der Rechtsprechung 200

des BFH ([Urteil vom 06.06.2012 I R 6, 8/11, I R 6/11, I R 8/11, BStBl II 2013, 111](#)), der der Senat folgt, sind Gewinnanteile und sonstige Bezüge aus Aktien alle Zuwendungen in Geld oder Geldeswert, die dem Gesellschafter – entweder von der Kapitalgesellschaft selbst oder von einem Dritten – aufgrund seines Gesellschaftsverhältnisses zufließen, soweit die Vorteilszuwendungen nicht als Kapitalrückzahlung zu werten sind. Unerheblich ist, ob die Bezüge zu Lasten des Gewinns oder zu Lasten der Vermögenssubstanz der Gesellschaft geleistet werden; auch kommt es nicht darauf an, in welche zivilrechtliche Form die Vorteilsgewährung gekleidet ist (BFH-Urteil vom 13.07.2016 VIII R 47/13, BFH/NV 2016, 1831). Zuwendungen sind durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst, wenn nur Gesellschafter diese erhalten können. Das Stammrecht, aus dem sich der Ertrag ableitet, muss die Beteiligung am Gesellschaftskapital sein, so dass der Ertrag eine Eigenkapitalverzinsung verkörpert (FG Düsseldorf, Urteil vom 17.10.2017, 6 K 1141/14 K,G,F, EFG 2017, 1939).

Diese Voraussetzungen liegen vor. Die KGaA hat die Ausschüttung wegen ihrer unmittelbaren Beteiligung an der SICAV und somit aufgrund des Gesellschafterverhältnisses erhalten. 201

Die Vorteilszuwendung ist – entgegen der Entscheidung des FG Hessen (Urteil vom 29.11.2017, 4 K 1186/16, EFG 2018, 622-630, Revision anhängig unter I R 1/18) – nicht als Kapitalrückzahlung zu werten. 202

Nach deutschem Steuerrecht sind Zahlungen, die eine Kapitalgesellschaft an ihre Gesellschafter aufgrund einer handelsrechtlich wirksamen Kapitalherabsetzung leistet, in Höhe des Betrags der Herabsetzung des Nennkapitals rechtlich und wirtschaftlich kein Ertrag, sondern Rückzahlung des Kapitals. Diese Rechtsauffassung findet ihre Begründung darin, dass es sich bei der Rückzahlung von Einlagen auf das Nennkapital um Beträge handelt, die der Inhaber beim Erwerb der Aktien aufwenden musste. Auf Ebene der Kapitalgesellschaft ist bei einer Herabsetzung des Nennkapitals § 28 KStG einschlägig; die Rückzahlung des Nennkapitals kann beim Anteilseigner unter Umständen als Gewinnausschüttung i.S.d. [§ 20 Abs. 1 Nr. 2 EStG](#) zu erfassen sein. 203

Eine steuerneutrale Kapitalrückzahlung setzt grundsätzlich voraus, dass die handelsrechtlichen Anforderungen an eine Kapitalherabsetzung oder Liquidation eingehalten werden (Intemann in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 20 EStG Rn. 72 m.w.N.). Ob bei einer ausländischen Kapitalgesellschaft eine Herabsetzung und Rückzahlung des Grundkapitals vorliegt, bestimmt sich nach dem Gesellschaftsrecht der ausländischen Kapitalgesellschaft (vgl. [BFH-Urteil vom 14.10.1992 I R 1/91, BStBl II 1993, 189](#)). 204

Nach dem insofern maßgeblichen luxemburgischen Recht liegt keine Rückzahlung von Nennkapital vor. Eine SICAV verfügt nicht über Nennkapital, welches hätte herabgesetzt und zurückgezahlt werden können (so auch Bünning/Lorberg, RdF 2018, 223, 228; Neumann, FR 2018, 889). 205

Nennkapital ist nach deutschem Verständnis das gesellschaftsrechtlich gebundene Eigenkapital der Gesellschaft, das Stammkapital einer GmbH, das Grundkapital einer AG und einer KGaA (vgl. Levedag in Schmidt, EStG, 37. Aufl. 2018, § 20 Rn. 69). Regelmäßig wird das Nennkapital durch Satzung oder Gesellschaftsvertrag eindeutig festgelegt und seine Änderung ist besonderen (Form-)Vorschriften unterworfen (BFH-Urteil vom 11.02.2015 I R 3/14, BStBl II 2015, 816). Weder die für die SICAV maßgeblichen luxemburgischen Vorschriften noch ihre Gründungssatzung enthalten Regelungen über ein Nennkapital. 206

Das Gesetz vom 13.02.2007 über Spezialinvestmentvermögen, welches nach Artikel 35 der Gründungssatzung auf die SICAV anzuwenden sein soll, bestimmt in seinem Art. 21 Abs. 1, dass das Nettovermögen des Investmentvermögens nicht unter 1.250.000 Euro liegen darf. Es handelt sich dabei um eine Regelung über das Mindestvermögen der SICAV, die auch nach der streitbefangenen Ausschüttung erfüllt war.

Gemäß Art. 25 des Gesetzes vom 13.02.2007 entspricht das Gesellschaftskapital einer SICAV jederzeit dem Nettovermögen der Gesellschaft. Änderungen des Gesellschaftskapitals erfolgen 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 unterliegen Rückzahlungen an Anleger in Folge einer Herabsetzung des Gesellschaftskapitals – vorbehaltlich abweichender Regelungen in der Satzung – nur der Beschränkung, dass die Vorgaben des Mindestkapitals eingehalten werden (Art. 29 Abs. 2 i.V.m. Art. 31 Abs. 1 des Gesetzes vom 13.02.2007). 208

Aus diesem Regelungskonzept ergibt sich, dass das Gesetz vom 13.02.2007 über Spezialinvestmentvermögen zwar von der Möglichkeit einer Herabsetzung des Gesellschaftskapitals ausgeht. Der Senat versteht diese Regelungen aber dahingehend, dass damit keine Herabsetzung des Nennkapitals gemeint ist. Denn über ein solches verfügt eine SICAV nicht. Vielmehr wird ihr variables Kapital mit jeder Ausschüttung zwangsläufig herabgesetzt, weil das Gesellschaftskapital jederzeit dem Nettovermögen der Gesellschaft entspricht. Nähme man bei jeder Ausschüttung einer SICAV eine Herabsetzung von Nennkapital an, so läge stets eine Kapitalrückzahlung vor und eine Dividendenzahlung wäre gänzlich ausgeschlossen. 209

Der Senat kann es dahingestellt lassen, ob der Klägerseite darin zuzustimmen ist, dass im Streitfall das Gesetz vom 13.02.2007 tatsächlich anzuwenden ist oder ob das Gesetz vom 17.12.2010 über Organismen für gemeinsame Anlagen, das das Gesetz vom 13.02.2007 geändert hat, anzuwenden ist. Für eine Anwendung des Gesetzes vom 17.12.2010 spricht, dass nach Art. 35 Abs. 1 der Satzung der SICAV das Gesetz vom 13.02.2007 „in jeweils gültiger Fassung“ einschlägig ist, was für eine Geltung des Gesetzes vom 17.12.2010 sprechen könnte. Dies kann offen bleiben, weil der Senat auch dem Gesetz vom 17.12.2010 keine Regelung über ein Nennkapital der SICAV zu entnehmen vermag. 210

In dem Gesetz vom 17.12.2010 wurde an dem variablen Kapital der SICAV (vgl. Art. 25 des Gesetzes vom 17.12.2010) und den Regelungen über das Mindestkapital von 1.250.000 Euro festgehalten (Art. 27 Abs. 1 des Gesetzes vom 17.12.2010). 211

Soweit in Art. 29 Abs. 1 des Gesetzes vom 17.12.2010 die Regelung über Änderungen des Gesellschaftskapitals dahingehend geändert wurde, 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, erblickt der Senat darin ebenfalls keine Regelung über die Herabsetzung von Nennkapital. Andernfalls läge – wie bereits ausgeführt – bei jeder Änderung des Nettovermögens einer SICAV eine Kapitalherabsetzung vor. 212

Eine solche Kapitalherabsetzung der SICAV könnte allenfalls dann angenommen werden, wenn die SICAV Einzahlungen des Anlegers ohne jegliche Erwerbstätigkeit zurückzahlen würde. Dies ist aber vorliegend nicht der Fall. Entgegen der Ansicht des Beklagten liegt auf Ebene der SICAV nicht eine bloße Vermögensumschichtung ohne jegliche Erwerbstätigkeit 213

vor. Vor der Ausschüttung hat die SICAV die von der KGaA erbrachte Einlage eingesetzt, um (vorgezogene) Zinseinkünfte zu erzielen. Sie hat die abgetrennten Zinsscheine veräußert und dadurch Einkünfte erzielt, die für die Ausschüttung genutzt wurden. Dieser Vorgang wird über § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b) Satz 1 EStG als einkommensteuerbarer Veräußerungsvorgang und damit als erwerbswirtschaftliche Tätigkeit eingeordnet.

Zwar ist dem Beklagten darin zuzustimmen, dass bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise lediglich eine Vermögensumschichtung vorliegt, weil die SICAV durch den Vorgang nicht ihr Vermögen gesteigert hat. Entgegen dem vom Beklagten angeführten BMF-Schreiben vom 02.12.2013 (IV C 1-S1980-1/12/10005:004, 2013/1101789, BStBl I 2013, 1506) bedarf es aber für die Annahme einer Dividende nicht zwingend einer Vermögensmehrung. Denn eine Dividende kann auch bei einer Vermögensumverteilung angenommen werden (vgl. BFH-Urteil vom 13.07.2016 VIII R 47/13 BFH/NV 2016, 1831). Es ist unerheblich, ob Bezüge zu Lasten des Gewinns oder zu Lasten der Vermögenssubstanz der Gesellschaft geleistet werden und in welcher Form die Vorteilszuwendung ausgestaltet ist (BFH-Urteil vom 20.10.2010 I R 117/08, BFH/NV 2011, 669). Die Ausschüttung aus der Vermögenssubstanz steht dem Vorliegen einer Gewinnausschüttung mithin nicht ohne Weiteres entgegen. Anderenfalls lägen bei einer SICAV nie Gewinnausschüttungen vor. 214

Der Einordnung der Ausschüttung als Dividende steht auch nicht § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG entgegen, wonach die Bezüge nicht zu den Einnahmen gehören, soweit sie aus Ausschüttungen einer Körperschaft stammen, für die Beträge aus dem steuerlichen Einlagekonto im Sinne des § 27 KStG als verwendet gelten. 215

Dabei kann dahingestellt bleiben, ob vorliegend eine solche Einlagenverwendung bereits ausscheidet, weil die formalen Anforderungen, die insbesondere in § 27 Abs. 5 und 8 KStG bestimmt werden, nicht erfüllt sind (vgl. hierzu FG Hessen, Urteil vom 29.11.2017 4 K 1186/16, EFG 2018, 622). 216

Jedenfalls liegen die materiellen Voraussetzungen einer Einlagenrückgewähr nicht vor. Nach der Systematik des § 27 KStG können unterjährige Einlagen nicht für eine Einlagenrückgewähr herangezogen werden, weil grundsätzlich auf den Bestand des Einlagekontos zum Ende des vorangegangenen Jahres zurückzugreifen und ein Direktzugriff auf das Einlagekonto ausgeschlossen ist (vgl. hierzu BFH-Urteil vom 30.01.2013 I R 35/11, BStBl II 2013, 560). Sowohl die Gründung der SICAV als auch die Ausschüttung erfolgten im Jahr 2011. Zum 31.12.2010 bestand noch kein Einlagenkonto. Eine Verwendung eines steuerlichen Einlagekontos i.S.d. [§ 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 EStG](#) war daher nicht möglich. 217

Weiterhin steht der Annahme einer Dividende i.S.d. Art. 20 DBA Luxemburg a.F. nicht entgegen, dass in den veröffentlichten Besteuerungsgrundlagen der SICAV keine Dividendeneinnahmen bekannt gemacht wurden. Die formelle Bekanntmachung von Besteuerungsgrundlagen der Investmentgesellschaft auf Grundlage von § 5 Abs. 1 Satz 1 InvStG a.F. entfaltet für die Besteuerung der Anteilseigner keine Bindungswirkung; sowohl der Anteilseigner als auch das veranlagende Finanzamt haben die Möglichkeit, die Richtigkeit anderer Beträge nachzuweisen (FG Düsseldorf, Zwischenurteil vom 17.08.2017 14 K 3722/13 E, EFG 2018, 46). 218

Schließlich ist das DBA Luxemburg a.F. entgegen der Auffassung des Beklagten nicht dahingehend teleologisch zu reduzieren, dass nur „echte“ Dividenden vom Schachtelprivileg erfasst werden. Das vom Beklagten zitierte BFH-Urteil vom 04.06.2008 (I R 62/06, BStBl II 2008, 793), das Einkünfte aus einer typisch stillen Beteiligung betraf, kann nicht ohne Weiteres auf sämtliche fiktiven Dividenden übertragen werden. Zudem liegt nach den 219

vorstehenden Ausführungen aufgrund des vorangegangenen Veräußerungsvorgangs eine „echte“ Dividende vor.

(5) Die KGaA war im Zeitpunkt der streitbefangenen Ausschüttung die einzige Anlegerin der SICAV, so dass auch die erforderliche Mindestbeteiligung von 25 % gegeben ist. 220

(6) Der Steuerfreistellung der Ausschüttung steht nicht entgegen, dass Luxemburg von seinem ihm nach Art. 13 Abs. 2 DBA Luxemburg a.F. zustehenden Besteuerungsrecht keinen Gebrauch gemacht hat. Ausschüttungen der Spezialinvestmentvermögen werden gemäß Art. 66 Abs. 2 des Gesetzes vom 13.02.2007 und nach Art. 173 Abs. 2 des luxemburgischen Gesetzes vom 17.12.2010 keiner Quellensteuer unterworfen und werden bei nicht Gebietsansässigen nicht besteuert. 221

Nach dem Regelungskonzept des Abkommens ist es ausreichend, dass dem anderen Staat für die Schachteldividende allgemein ein Besteuerungsrecht zusteht (vgl. zum DBA Frankreich: BFH-Urteil vom 19.05.2010 I R 62/09, BFH/NV 2010, 1919). Das DBA Luxemburg a.F. enthielt für Schachteldividenden – anders als in Art. 7 Abs. 2 und Art. 10 Abs. 3 DBA Luxemburg a.F. – keine Rückfallklausel für den Fall, dass Luxemburg von seinem Besteuerungsrecht keinen Gebrauch macht. Dieser Systematik lässt sich entnehmen, dass ein Rückfall des Besteuerungsrechts bei unterbliebener Besteuerung klar zum Ausdruck gebracht werden muss; eine Besteuerung muss nicht in jedem Fall erfolgen (vgl. FG Düsseldorf, Urteil vom 17.10.2017 6 K 1141/14 K,G,F, EFG 2017, 1939 und FG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 22.03.2017 3 K 383/16, EFG 2017, 1943). 222

(7) Die Steuerfreistellung nach Art. 20 Abs. 2 DBA Luxemburg a.F. ist nicht nach § 8 Abs. 1 KStG i.V.m. § 50d Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 EStG ausgeschlossen. 223

Nach dieser Regelung wird die Freistellung der Einkünfte eines unbeschränkt Steuerpflichtigen nach einem Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung ungeachtet des Abkommens nicht gewährt, wenn der andere Staat die Bestimmungen des Abkommens so anwendet, dass die Einkünfte in diesem Staat von der Besteuerung auszunehmen sind oder nur zu einem durch das Abkommen begrenzten Steuersatz besteuert werden können. 224

Die Voraussetzungen dieser Norm liegen nicht vor. Die Regelung greift ein, wenn Einkünfte nicht oder zu gering besteuert werden, weil die Vertragsstaaten entweder von unterschiedlichen Sachverhalten ausgehen oder das Abkommen unterschiedlich auslegen, z.B. weil sie ein unterschiedliches Verständnis von Abkommensbegriffen haben (BFH-Urteil vom 05.03.2008 I R 54, 55/07, BFH/NV 2008, 1487). Der bewusste Verzicht auf die Durchführung des Besteuerungsrechts wird hingegen von der Regelung nicht erfasst (BFH, a.a.O.; FG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 22.03.2017 3 K 383/16, EFG 2017, 1943; FG Düsseldorf, Urteil vom 17.10.2017 6 K 1141/14 K,G,F, EFG 2017, 1939). So liegt es hier. Luxemburg hat aus politischen Gründen bewusst auf sein Besteuerungsrecht verzichtet. 225

d) 226

Die steuerfreien Einnahmen sind nicht nach § 8b Abs. 5 Satz 1 KStG um 5 Prozent zu kürzen (entgegen FG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 22. 03.2017 3 K 383/16, EFG 2017, 1943). 227

Nach dieser Vorschrift gelten von den Bezügen i.S.d. § 8b Abs. 1 KStG, die bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz bleiben, 5 Prozent als Ausgaben, die nicht als Betriebsausgaben abgezogen werden dürfen. Nach § 8b Abs. 1 Satz 1 KStG wiederum 228

bleiben Bezüge im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2, 9 und 10 Buchst. a EStG bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz.

Im Streitfall ist § 8b Abs. 5 EStG mangels Anwendbarkeit des § 8b Abs. 1 KStG nicht einschlägig. Die Nichtanwendbarkeit des § 8b Abs. 1 KStG ergibt sich aus § 2 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz und Abs. 2 InvStG a.F., wonach § 8b Abs. 1 KStG bei Geltung des InvStG a.F. nur zur Anwendung kommt, soweit ausgeschüttete Erträge solche i.S.d § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 1a sowie Satz 2 EStG oder § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 sowie Satz 2 EStG enthalten. Durch diese Regelung soll erreicht werden, dass körperschaftsteuerpflichtige Anteilsscheininhaber im Hinblick auf die Steuerbefreiung des § 8b Abs. 1 KStG wie Direktanleger behandelt werden. Das Beteiligungsprivileg des § 8b Abs. 1 KStG soll wie bei einem Direktanleger nur insoweit gelten, wie der Investmentfonds dem Anleger die entsprechenden Erträge tatsächlich vermittelt (Wenzel in Blümich, § 2 InvStG 2004 Rn. 5). 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 (BFH-Urteil vom 14.12.2011 I R 92/10, BStBl II 2013, 486). Das ist der Fall, wenn das Investmentvermögen die ausgeschütteten Erträge mit Beträgen finanziert, die es auf der Eingangsseite als Einnahmen aus Beteiligungen an einer AG, GmbH, Genossenschaft oder den nach einem Typenvergleich diesen juristischen Personen entsprechenden Rechtsformen des ausländischen Rechts erzielt (FG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 22.03.2017 3 K 383/16, EFG 2017, 1943).

229

Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht erfüllt. Der von der SICAV ausgeschüttete Betrag wurde mit dem Erlös aus der Veräußerung der Zinsscheine und folglich mit Zinserträgen gespeist.

230

Die Nichtanwendbarkeit des § 8b Abs. 1 KStG im Streitfall führt auch zur Nichtanwendbarkeit des § 8b Abs. 5 Satz 1 KStG. Der Senat verkennt dabei nicht, dass § 8b Abs. 5 Satz 1 KStG nach weit überwiegender Auffassung auch dann zur Anwendung kommt, wenn die Steuerfreistellung der Erträge nicht auf § 8b Abs. 1 KStG, sondern auf einem DBA-Schachtelprivileg beruht (vgl. Desens in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 3c EStG Rn. 8; FG Düsseldorf, Urteil vom 16.09.2014 6 K 2018/12 K, EFG 2015, 155; FG Köln, Urteil vom 31.08.2016 10 K 3550/14, EFG 2016, 1997 (Revision anhängig unter I R 72/16); offengelassen in BFH-Beschluss vom 22.09.2016 I R 29/15, BFH/NV 2017, 324 unter Hinweis auf BFH-Urteil vom 28.08.2012 I R 7/12, BStBl II 2013, 89 zu § 8b Abs. 7 KStG a.F.).

231

Der Übertragung dieses Grundsatzes auf den Streitfall steht die Anwendungsregelung des § 2 InvStG a.F. entgegen. Der Senat versteht § 2 InvStG a.F. dahingehend, dass im Fall der Unanwendbarkeit des § 8b Abs. 1 KStG auch der auf ihn verweisende § 8b Abs. 5 Satz 1 KStG nicht anzuwenden ist. Anderenfalls würden sämtliche steuerfreien Auszahlungen eines Investmentfonds von dem pauschalen Abzugsverbot des § 8b Abs. 5 Satz 1 KStG erfasst.

232

3.

233

Der Steuerbilanzgewinn der KGaA ist aufgrund der Prüfungsfeststellungen zu Unrecht aufgrund einer Teilwertabschreibung i.H.v. Euro gemindert worden. Der auf die Klägerin entfallende Gewinnanteil ist entsprechend um Euro zu erhöhen. Die Voraussetzungen für eine steuerrechtliche Teilwertabschreibung lagen nicht vor.

234

Die Beteiligung der KGaA an der SICAV ist eine Finanzanlage, die handelsrechtlich beschrieben werden durfte. Bei einer dauernden Wertminderung besteht insofern handelsrechtlich ein Abschreibungsgebot (§ 253 Abs. 3 Satz 5 HGB) und im Fall einer nicht

235

dauernden Wertminderung ein Wahlrecht (§ 253 Abs. 3 Satz 6 HGB).

Steuerrechtlich kann – unabhängig von der handelsrechtlichen Bilanzierung – eine Teilwertabschreibung gemäß [§ 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 EStG](#) i.V.m. [§ 5 Abs. 1 Satz 1 2. HS EStG](#) nur bei einer dauerhaften Wertminderung vorgenommen werden, an der es hier fehlt. 236

Der Begriff der "voraussichtlich dauernden Wertminderung" ist weder im HGB noch im Steuerrecht definiert. Er bezeichnet im Grundsatz eine Minderung des Teilwerts (handelsrechtlich: des beizulegenden Werts), die einerseits nicht endgültig sein muss, andererseits aber nicht nur vorübergehend sein darf. Ob eine Wertminderung "voraussichtlich dauernd" ist, muss unter Berücksichtigung der Eigenart des jeweils in Rede stehenden Wirtschaftsguts beurteilt werden (BFH-Urteil vom 08.06.2011 I R 98/10, BStBl II 2012, 716). 237

Der Wert der Beteiligung der KGaA an der SICAV, deren Vermögen am Bewertungsstichtag 31.12.2011 nahezu ausschließlich aus den Anleihenmänteln der festverzinslichen Wertpapieren bestand, ist zwar nach der Ausschüttung der Veräußerungserlöse erheblich gesunken. Diese Wertminderung ist aber nicht dauerhaft. Es ist sicher davon auszugehen, dass die Nominalwerte der Anleihen bei Fälligkeit ausgezahlt werden. Es ist daher sicher auch mit einer Werterholung der Anleihen und damit mit einer Werterholung der Beteiligung der KGaA an der SICAV zu rechnen. 238

Der Senat folgt insofern der höchstrichterlichen Rechtsprechung, wonach der Inhaber eines festverzinslichen Wertpapiers das gesicherte Recht hat, am Ende der Laufzeit den Nominalwert der verbrieften Forderung zu erhalten. Diese Sicherheit hat er an jedem Bilanzstichtag, und zwar unabhängig davon, ob zwischenzeitlich infolge bestimmter Marktgegebenheiten der Kurswert des Papiers unter dessen Nominalwert liegt. Ein Absinken des Kurswerts unter den Nominalwert erweist sich unter diesem zeitlichen Blickwinkel mithin jedenfalls dann, wenn sich darin nicht ein Risiko hinsichtlich der Rückzahlung widerspiegelt, als nur vorübergehend und folglich als nicht dauerhaft (BFH-Urteil vom 08.06.2011 I R 98/10, BStBl II 2012, 716). 239

Eine dauerhafte Wertminderung der Beteiligung ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass die Anleihenmäntel durch das Bondstripping zu unverzinslichen Wertpapieren geworden sind. Auch bei einer Wertminderung, die auf der Unverzinslichkeit einer noch nicht fälligen Forderung beruht, ist eine dauerhafte Wertminderung regelmäßig abzulehnen, weil der Wert in der Folgezeit zwangsläufig sukzessive ansteigt und im Fälligkeitszeitpunkt den Nominalbetrag der Forderung erreicht. Der Forderungsinhaber hat mithin auch in diesem Fall die gesicherte Aussicht, zum Fälligkeitszeitpunkt den Nominalwert der Forderung zu erhalten. Die mit dem Fehlen der Fälligkeit einer unverzinslichen Forderung verbundene Wertminderung erweist sich somit unter dem zeitlichen Blickwinkel jedenfalls dann, wenn sich darin nicht ein Risiko hinsichtlich der Rückzahlung widerspiegelt, als nur vorübergehend (BFH-Urteil vom 24.10.2012 I R 43/11, BStBl II 2013, 162). 240

II. 241

Aus der Versagung einer Teilwertabschreibung auf Ebene der KGaA ergibt sich eine Erhöhung des Verlusts des K aus der Einbringung seines anteiligen Kommanditanteils in die GmbH auf Euro. 242

Der K hat mit steuerlicher Rückwirkung zum 31.12.2011 einen Teil seines Kommanditanteils in die GmbH eingebracht. Es handelt sich dabei um eine Einbringung von Unternehmensteilen in eine Kapitalgesellschaft i.S.d. § 20 Abs. 1 UmwStG. Die Regelung gilt 243

auch bei der Einbringung eines Teils eines Mitunternehmeranteils (Widmann in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 20 A. Rn. R6).

1. 244
Der Verlust aus der Einbringung beträgt – wie ursprünglich von der Klägerin erklärt – Euro. Dabei ist als Veräußerungspreis des K der gemeine Wert seiner Sacheinlage anzusetzen (§ 20 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 UmwStG). Bedenken bezüglich der Berechnung des Verlusts bestehen nicht. Auch die Prüferin hat in ihrem Bericht ausgeführt, dass der Verlust zutreffend ermittelt worden sei. 245
2. 246
Der Einbringungsverlust ist keine nicht abzugsfähige Betriebsausgabe i.S.d. § 3c Abs. 1 EStG. 247
Nach dieser Regelung dürfen Ausgaben, soweit sie mit steuerfreien Einnahmen in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang stehen, nicht als Betriebsausgaben oder Werbungskosten abgezogen werden. Es fehlt bereits an einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen der steuerfreien Ausschüttung und dem Einbringungsverlust. Der Begriff des unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhangs ist strenger als der bloße Veranlassungszusammenhang des § 4 Abs. 4 EStG; ein bloßer wirtschaftlicher Zusammenhang insofern genügt nicht (BFH-Urteil vom 29.05.1996 I R 21/95, BStBl II 1997, 63). Erforderlich ist, dass zwischen der Einnahme und der Ausgabe eine unlösbare wirtschaftliche Verbindung besteht; es muss eine Verknüpfung ohne Dazwischentreten anderer Ursachen gegeben sein. Einnahmen und Ausgaben müssen durch dasselbe Ereignis veranlasst sein (BFH-Urteil vom 20.10.2004 I R 11/03, BStBl II 2005, 581). 248
Daran fehlt es vorliegend, weil der maßgebliche Verlust auf der Einbringung des anteiligen Kommanditanteils und damit auf einer anderen Ursache als die steuerfreie Einnahme beruht. 249
3. 250
Der Senat kann im Zwischenurteil dahinstehen lassen, ob und inwieweit auf den Einbringungsverlust des K gemäß § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. b i.V.m. § 3c Abs. 2 EStG das Teileinkünfteverfahren anzuwenden ist. 251
Das Teileinkünfteverfahren findet nach den vorgenannten Vorschriften Anwendung, soweit bei der Einbringung eines Mitunternehmeranteils der Einbringungsgewinn bzw.–verlust auf die Übertragung von Anteilen entfällt, deren Leistungen beim Empfänger zu Einnahmen i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG gehören (vgl. Intemann in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 3 Nr. 40 EStG Rn. 81). 252
Nach der von der Finanzverwaltung vertretenen sogenannten Bruttomethode ist über die Steuerfreistellung nicht bereits im Feststellungsbescheid, sondern erst im Festsetzungsverfahren hinsichtlich des Folgebescheids bindend zu entscheiden (vgl. hierzu Intemann in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 3 Nr. 40 ESt Rn. 48 m.w.N. und Darstellung des Meinungsstands). 253
Der BFH hat die Bruttomethode mit der Einschränkung gebilligt, dass aus den weiteren Feststellungen des Bescheids für einen verständigen Empfänger zweifelsfrei erkennbar sein muss, dass zur Ermittlung der steuerpflichtigen Einkünfte unter Anwendung der § 3 Nr. 40 und § 3c Abs. 2 EStG ein zusätzlicher Rechenschritt notwendig ist (BFH-Urteil vom 254

18.07.2012 X R 28/10, BStBl II 2013, 444; allerdings offengelassen im BFH-Beschluss vom 23.01.2015 IX S 25/14, BFH/NV 2015, 497). Hiervon ausgehend ist es für Zwecke des Zwischenurteils möglich, zunächst nur über die Höhe der Bruttoeinkünfte der Gesellschaft zu entscheiden und die Frage der Anwendbarkeit des Teileinkünfteverfahrens zunächst unbeantwortet zu lassen.

III.	255
Die Anerkennung der Steuerfreistellung der Einnahmen einerseits und die steuerliche Berücksichtigung des Einbringungsverlusts andererseits sind nicht wegen eines Missbrauchs von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten i.S.d. § 42 AO ausgeschlossen.	256
Nach § 42 Abs. 1 Satz 1 AO kann das Steuergesetz durch Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten nicht umgangen werden. Bei Vorliegen eines solchen Missbrauchs entsteht der Steueranspruch gemäß § 42 Abs. 1 Satz 3 AO so, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung entsteht.	257
§ 42 AO ist wegen des Vorrangs des § 15b EStG vorliegend nicht anwendbar. Hat der Gesetzgeber ein missbrauchsverdächtiges Feld gesichtet und durch eine Spezialvorschrift abgesteckt, legt er für diesen Bereich die Maßstäbe fest. Unabhängig davon, ob im konkreten Einzelfall die Voraussetzungen der speziellen Missbrauchsbestimmung erfüllt sind, darf die Wertung des Gesetzgebers dann nicht durch Anwendung des § 42 AO unterlaufen werden (BFH-Urteil vom 26.04.2018 I V R33/15, BFH/NV 2018, 1024 m.w.N.).	258
Mit § 15b EStG hat der Gesetzgeber zu erkennen gegeben, dass er Steuerstundungsmodelle, bei denen dem Steuerpflichtigen aufgrund eines vorgefertigten Konzepts die Möglichkeit geboten werden soll, zumindest in der Anfangsphase der Investition seine Steuerlast zu senken, dem Grunde nach anerkennt und lediglich dann einer Verlustverrechnungsbeschränkung unterwirft, wenn ein Verlust entsteht und dabei die in § 15b Abs. 3 EStG aufgeführten Grenzen überschritten werden. In dieser Situation ist es der Rechtsprechung verwehrt, entsprechenden Vorteilen durch Anwendung des § 42 AO die steuerliche Anerkennung zu versagen (BFH-Urteil vom 26.04.2018 IV R 33/15, BFH/NV 2018, 1024 m.w.N.).	259
Der Beklagte geht von einer modellhaften Gestaltung zur Schaffung von Verlusten i.S.d. § 15b EStG aus und beabsichtigt den Erlass eines entsprechenden Verlustfeststellungsbescheids. Ein Rückgriff auf § 42 AO scheidet in dieser Situation aus.	260
C.	261
Eine Kostenentscheidung war im Zwischenurteil nicht zu treffen (vgl. BFH-Urteil vom 10.12.2003 IX R 41/01, BFH/NV 2004, 1267).	262
D.	263
Die Revision war im Hinblick auf die anhängigen Revisionsverfahren (I R 61/17 und I R 1/18) gemäß § 115 Abs. 2 Nr. 1 FGO wegen grundsätzlicher Bedeutung zuzulassen.	264
