
Datum: 23.01.2017
Gericht: Finanzgericht Münster
Spruchkörper: 9. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 9 K 3180/14 K,F
ECLI: ECLI:DE:FGMS:2017:0123.9K3180.14K.F.00

Sachgebiet: Finanz- und Abgaberecht

Tenor:

Unter Änderung des Körperschaftsteuerbescheides 2005 und des Bescheides über die Feststellung des verbleibenden Verlustvortrags zur Körperschaftsteuer auf den 31.12.2005, jeweils vom 28.11.2012 und in Gestalt der Teil-Einspruchsentscheidung vom 02.09.2014 wird die Körperschaftsteuer 2005 und der verbleibende Verlustvortrag zur Körperschaftsteuer auf den 31.12.2005 nach Maßgabe der Entscheidungsgründe festgesetzt bzw. festgestellt. Die Berechnung der festgesetzten Körperschaftsteuer 2005 bzw. des festgestellten verbleibenden Verlustvortrags zur Körperschaftsteuer auf den 31.12.2005 wird dem Beklagten übertragen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens werden dem Kläger zu 80 % und dem Beklagten zu 20 % auferlegt.

Die Revision wird zugelassen.

Die im Urteil enthaltenen Beträge wurden zwecks Neutralisierung verändert. 1

Sie stehen aber proportional korrekt zueinander. 2

T a t b e s t a n d: 3

4

Streitig ist die steuerliche Behandlung von Teilwertaufholungen des Klägers (einer Pensionskasse in der Rechtsform eines VVaG) betreffend dessen Anteile an Aktienfonds im Jahr 2005 gem. § 8 des Investmentsteuergesetzes (InvStG) i.V.m. § 8b Abs. 8 des Körperschaftsteuergesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 15.10.2002 (KStG 2002) und nachfolgenden für die Jahre 2004/2005 geltenden Änderungen (KStG 2004/2005) bei steuermindernden sowie steuerneutralen Teilwertabschreibungen in den Vorjahren.

Der Kläger war als Pensionskasse bis Ende 1998 gem. § 5 Abs. 1 Nr. 3 KStG von der Körperschaftsteuer befreit und wurde zum 01.01.1999 wegen der Aufnahme des Rückdeckungsgeschäfts steuerpflichtig. 5

Der Kläger ist/war alleinige Anteilseignerin der folgender Spezialinvestmentfonds i.S. des § 15 InvStG: 6

--- A-Fonds (später umbenannt in B), 7

--- C Fonds (später umbenannt in D), 8

--- E Fonds (kein Aktienfonds, zum 30.04.2005 steuerlich zum Buchwert verschmolzen auf den A-Fonds; die Darstellung der Verschmelzungsrichtung im Prüfungsbericht der F Wirtschaftsprüfungsgesellschaft betreffend den Jahresabschluss zum 31.12.2005 und Lagebericht des Klägers – F-Prüfungsbericht – ist insoweit unstreitig unzutreffend), 9

--- G Fonds (zum 30.04.2005 steuerlich zum Buchwert verschmolzen auf den C Fonds) 10

--- H (zum 30.04.2005 steuerlich zum Buchwert verschmolzen auf den C Fonds). 11

Aufgrund der vorgenannten Verschmelzungen wurde der Kapitalanlagebestand der Pensionskasse für den ehemaligen I-Konzern im B zusammengeführt, während die entsprechenden Kapitalanlagen des ehemaligen J-Konzerns dem D zugeordnet wurden. Der B und der D wurden dabei in Segmente aufgegliedert und über Benchmark-Vorgaben pro Segment gesteuert. 12

Bei den vorgenannten Verschmelzungen handelte es sich unstreitig jeweils um Übertragungen aller Vermögensgegenstände der Sondervermögen i.S. des § 40 des Investmentgesetzes (InvG); allerdings wurden keine neuen Anteile ausgegeben, weil sämtliche Fonds ohnehin im alleinigen Eigentum des Klägers standen. 13

In dem F-Prüfungsbericht wird unter der Erläuterung der Posten des Jahresabschlusses zum 31.12.2005 zu den Investmentanteilen auszugsweise Folgendes ausgeführt: 14

„Investmentanteile 15

€ 16

Vortrag zum 1. Januar 2005 ... 17

Zugänge ... 18

Verschmelzung ... 19

Abgänge ... 20

Zuschreibungen	<u>5.469.688</u>	21
Stand am 31. Dezember 2005	<u>...</u>	22
Wegen des weiteren Inhalts der Erläuterungen wird auf S. 41-43 des F-Prüfungsberichts Bezug genommen.		23

Der Kläger erklärte in seiner geänderten Körperschaftsteuererklärung 2005 (die ursprüngliche Erklärung wurde im September 2007 eingereicht) inländische Gewinne i.S. des § 8b Abs. 2 KStG i.H.v. 5.719.688 €, zog davon nicht abziehbare Ausgaben gem. § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG 2004/2005 i.H.v. 5 % (= 285.984 €) ab und minderte den Steuerbilanzgewinn sonach um 5.433.704 €. Dazu fügte er der Erklärung folgende Erläuterung bei:

„In der Handelsbilanz wurden folgende Abschreibungen auf Fondsanteile rückgängig gemacht (in Euro):“

	A	C	insgesamt	
Jahre	(jetzt B)	(jetzt D)		
2002	
2003	...	-,--	...	
2004	<u>...</u>	<u>...</u>	...	
	<u>4.156.588</u>	<u>1.563.100</u>	<u>5.719.688</u>	26

Die steuerlichen Abschreibungen auf die Fonds A und C betragen für die Jahre 2002 und 2003 insgesamt ... €; dieser Betrag wurde bei der Einkommensermittlung gem. § 8b Abs. 3 KStG wieder hinzugerechnet (vgl. Tz. 23 und Anlage 6/6 im Bericht über die steuerliche Außenprüfung 1999-2003 der Pensionskasse vom 14.04.2007.“

Der Beklagte veranlagte den Kläger unter dem Vorbehalt der Nachprüfung mit Bescheiden vom 08.09.2008 bzw. 10.12.2008 zunächst entsprechend den ursprünglichen bzw. den geänderten Steuererklärungen (Körperschaftsteuer 2005: 0 €; geänderter verbleibender Verlustabzug zur Körperschaftsteuer auf den 31.12.2005: ... €).

Wegen des Inhalts der Erklärungen zur gesonderten Feststellung von Besteuerungsgrundlagen der Investmentgesellschaften und der entsprechenden Feststellungsbescheide wird auf die Steuerakten verwiesen.

Im November 2011 begann das Finanzamt für Groß- und Konzernbetriebsprüfung K (KonzBp) bei dem Kläger mit einer Betriebsprüfung für die Jahre 2005 bis 2009. Der Prüfer wies unter Tz. 2.7.1 des Betriebsprüfungsberichts (Bp-Bericht) darauf hin, dass den Wertzuschreibungen auf den Buchwert der Anteile an Investmentfonds i.H.v. 5.719.688 € in den Jahren 2002 bis 2004 erhebliche Abschreibungen auf den niedrigeren Teilwert vorangegangen seien. Die Abschreibungen der Jahre 2002 und 2003 seien entsprechend der damaligen Gesetzeslage bei der Ermittlung des Einkommens wieder hinzugerechnet worden. Die Abschreibungen des Jahres 2004 in Höhe von 6.183.299 € in der Steuerbilanz hätten

aufgrund der erfolgten Gesetzesänderung (§ 8b Abs. 8 Satz 1 KStG) hingegen den Gewinn mindern dürfen. Der Prüfer vertrat die Auffassung, aus dem Urteil des Bundesfinanzhofs (BFH) vom 19.08.2009 (BStBl II 2010, 760, mit Anmerkung von Steinhilber, jurisPR-SteuerR 4/2010 Anm. 5) sei abzuleiten, dass die Wertaufstockungen zunächst die letzten Teilwertabschreibungen rückgängig machten (entsprechend einem „Last in – First out“ der Verrechnungsreihenfolge). Dementsprechend müssten im Streitfall die Wertaufstockungen des Jahres 2005 zunächst mit den steuerwirksam gewordenen Teilwertabschreibungen des Jahres 2004 verrechnet werden und damit seien Wertaufstockungen i.H.v. 5.719.688 € ihrerseits – abweichend von der Steuererklärung und der bisherigen Veranlagung – ebenfalls steuerwirksam (gewinnerhöhend) zu erfassen. Gleichzeitig sei damit in eingeschränktem Umfang ein höherer Verlustabzug möglich. § 176 der Abgabenordnung (AO) stehe einer Änderung des Körperschaftsteuerbescheides nicht entgegen, weil vor dem vorgenannten Urteil keine Rechtsprechung zu diesem Thema vorhanden gewesen sei und auch keine allgemeine Verwaltungsvorschrift der Bundesregierung oder einer obersten Landesbehörde. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Bp-Bericht vom 07.09.2012 Bezug genommen.

Der Beklagte folgte den Feststellungen der Betriebsprüfung wegen der vorgenannten und weiterer Änderungen und erließ gem. § 164 Abs. 2 AO am 28.11.2012 einen geänderten Körperschaftsteuerbescheid 2005, in dem er die Körperschaftsteuer mit ... € festsetzte (Gesamtbetrag der Einkünfte ...€; Begrenzung des Verlustvortrags i.H.v. ... € nach Maßgabe des § 10d des Einkommensteuergesetzes (EStG) auf ... €, Freibetrag nach §§ 24, 25 KStG ...€, zu versteuerndes Einkommen ... €), und einen geänderten Bescheid über die gesonderte Feststellung des verbleibenden Verlustvortrags zur Körperschaftsteuer auf den 31.12.2005, in dem er den verbleibenden Verlustvortrag zur Körperschaftsteuer auf den 31.12.2005 mit ... € feststellte. 31

Der Kläger legte gegen die vorgenannten Bescheide Einspruch ein wegen streitiger Fragen im Zusammenhang mit ausländischer Quellensteuer (§ 34c Abs. 1 Satz 4 EStG) und wegen der steuerlichen Behandlung der Wertaufholung bei den Investmentfondsanteilen. Mit Schreiben vom 18.07.2014 erklärte er sich mit einer Teileinspruchsentscheidung zur Frage der steuerlichen Behandlung der Wertaufholung einverstanden. Durch Teileinspruchsentscheidung vom 02.09.2014 wies der Beklagte den Einspruch betreffend die steuerliche Behandlung von Wertaufholungen gem. § 8b Abs. 8 KStG bei steuermindernden sowie steuerneutralen Teilwertabschreibungen in den Vorjahren als unbegründet zurück. 32

Der Kläger hat dagegen Klage erhoben. 33

Während des Klageverfahrens hat der Kläger die Entwicklung der steuerlichen Buchwerte betreffend die hier in Rede stehenden fünf Fonds im Detail dargestellt. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Anlagen 1 und 2 zum Schriftsatz des Klägers vom 29.11.2016 Bezug genommen. Zwischen den Beteiligten sind unstreitig: die zutreffende Bemessung der im Streitjahr 2005 angesetzten Wertaufholung (auch unter Berücksichtigung der Anknüpfung an die Handelsbilanz gem. § 8b Abs. 8 Satz 4 KStG 2004/2005), die zutreffende Darstellung der Höhe der vorgenommenen Teilwertabschreibungen und deren Steuerwirksamkeit bzw. Steuerunwirksamkeit in den vorgenannten Anlagen 1 und 2 sowie dass die Wertaufholung/Teilwertabschreibung beim E-Fonds nicht dem Anwendungsbereich des § 8b KStG unterfallen, weil es sich nicht um einen Aktienfonds handelte. Streitig verblieben ist zwar, ob die in den Anlagen 1 und 2 bezeichnete Höhe der historischen Anschaffungskosten zutreffend ist, jedoch ist unstreitig, dass dies keinen Einfluss auf den vorliegenden Rechtsstreit hat, weil jedenfalls die vom Kläger im Streitjahr 2005 in Ansatz gebrachte Wertaufholung der Höhe nach zutreffend ist (vgl. Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 34

11.01.2017).

Danach ergeben sich in den Jahren 2002 bis 2005 folgende
Teilwertabschreibungen/Wertaufholungen betreffend die Fonds B und D sowie der auf diese
Fonds verschmolzenen Fonds, soweit es sich um Teilwertabschreibungen/Wertaufholungen
handelt, die dem Anwendungsbereich des § 8b Abs. 1 bis 8 KStG unterfallen:

B 36

2002 Teilwertabschreibung A steuerwirksam ./ 291.333 € nicht 37

2003 Teilwertabschreibung A steuerwirksam ./ 2.487.529 € nicht 38

2004 Teilwertabschreibung A ./ 3.131.158 € steuerwirksam 39

2005 Wertaufholung B Steuerwirksamkeit + 4.156.588 € 40

streitig 41

D 42

2002 Teilwertabschreibung C steuerwirksam ./ 3.127.408 € nicht 43

2002 Teilwertabschreibung G steuerwirksam ./ 835.787 € nicht 44

2002 Teilwertabschreibung H steuerwirksam ./ 1.704.522 € nicht 45

2003 Teilwertabschreibung G steuerwirksam ./ 649.851 € nicht 46

2003 Teilwertabschreibung H steuerwirksam ./ 1.292.695 € nicht 47

2004 Teilwertabschreibung C ./ 1.499.496 € steuerwirksam 48

2004 Teilwertabschreibung G ./ 752.244 € steuerwirksam 49

2004 Teilwertabschreibung H ./ 1.277.005 € steuerwirksam 50

2005 Wertaufholung D Steuerwirksamkeit + 1.563.100 € 51

streitig 52

Der Kläger trägt vor, die Wertaufholungen im Jahr 2005 seien zwar grundsätzlich
steuerpflichtig, weil § 8b KStG nach Maßgabe des § 8 InvStG auch für Investmentanteile
gelte, § 8b Abs. 1 bis 7 KStG 2004/2005 – und damit auch die Steuerbefreiung des § 8b Abs.
2 Satz 5 KStG 2004/2005 – finde jedoch für Personenversicherer und gleichgestellte 53

Unternehmen ab dem Veranlagungszeitraum 2004 aufgrund der gesetzlichen Neuregelung in § 8b Abs. 8 Satz 1 KStG 2004/2005 keine Anwendung mehr. Nach § 8b Abs. 8 Satz 2 KStG 2004/2005 gelte Satz 1 der Norm aber nicht für Gewinne im Sinne des Abs. 2, soweit eine Teilwertabschreibung in früheren Jahren nach Abs. 3 bei der Ermittlung des Einkommens unberücksichtigt geblieben sei und diese Minderung nicht durch den Ansatz eines höheren Wertes ausgeglichen worden sei. Im Streitfall bedeute dies, dass die Wertaufholungen steuerfrei bleiben müssten, weil in den Jahren 2002 und 2003 hohe Teilwertabschreibungen vorgenommen worden seien, die sich steuerlich nicht ausgewirkt hätten. Entgegen der Auffassung des Beklagten lasse sich aus dem BFH-Urteil vom 19.08.2009 I R 2/09 (BStBl II 2010, 760) nicht ableiten, dass die Wert-aufholungen zuerst die letzten, steuerwirksamen Teilwertabschreibungen des Jahres 2004 ausglich und deshalb ihrerseits nunmehr den steuerlichen Gewinn erhöhten. Vielmehr stütze die vorgenannte BFH-Entscheidung seine, des Klägers, Rechtsauffassung. Die Steuerfreiheit der Wertaufholungen führe auch nicht dazu, dass nunmehr pauschal 5 % als nicht abziehbare Betriebsausgaben gemäß § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG 2004/2005 anzusetzen seien. Im Einzelnen trägt der Kläger dazu – teilweise unter Wiederholung seines Vorbringens im Einspruchsverfahren – Folgendes vor:

Bei der Auslegung des § 8b Abs. 8 KStG 2004/2005 ergebe der Kontext und der Regelungshintergrund der Norm, dass vorrangig und in allererster Linie die nicht steuerwirksamen Teilwertabschreibungen der Jahre 2002 und 2003 durch Zuschreibungen ausgeglichen werden müssten. 54

Die Regelungen des § 8b Abs. 1 bis 3 KStG 2002 hätten ursprünglich für Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen gravierende Auswirkungen gehabt, weil der Gesetzgeber den Zusammenhang mit § 21 KStG 2002 nicht hinreichend beachtet gehabt habe. Die Abzugsfähigkeit der Direktgutschriften oder Zuweisungen zur Rückstellung für Beitragsrückerstattungen an Versicherungsnehmer nach § 21 KStG 2002 habe i.V.m. § 8b KStG dazu geführt, dass es einerseits zu einer „doppelten“ Steuerfreistellung der Erträge gekommen sei und andererseits seien bei Verlusten positive steuerliche Ergebnisse erzeugt worden, obwohl sich handelsrechtlich überhaupt kein Jahresüberschuss ergeben habe. Hierauf habe der Gesetzgeber reagiert und ab 2004 die nicht sachgemäße Regelung in den Jahren 2001 bis 2003 wieder zurückgenommen. Darüber hinaus habe der Gesetzgeber in § 34 Abs. 7 KStG 2004/2005 ein spezielles Optionsrecht geschaffen, um das korrigierte Recht auf Antrag in Höhe von 80 % bereits für die Jahre 2001 bis 2003 anwenden zu können. Weil dieses sog. Blockwahlrecht außerdem mit weiteren Nachteilen verbunden gewesen sei und sich die Auswirkungen nur schwer einschätzen ließen, habe er, der Kläger, von diesem Blockwahlrecht jedoch keinen Gebrauch gemacht. Allerdings lasse die Einfügung des § 8b Abs. 8 KStG 2004/2005 und die Gewährung des Blockwahlrechts eindeutig die Zielrichtung des Gesetzgebers erkennen, den Fehler aus den Jahren 2001 und 2003 zu korrigieren. Genau diese Intention liege aber auch der Regelung in § 8b Abs. 8 Satz 2 KStG 2004/2005 zugrunde. 55

Zu Unrecht leite der Beklagte aus dem Urteil des Bundesfinanzhofs I R 2/09 ab, 56

dass hinsichtlich der Wertaufholung eine generelle „Mechanik“ des „Last in – First out – Prinzips“ festgeschrieben werde. Zwar spreche der BFH in den Rz. 13 bis 15 dieses Prinzip an. Beurteilt worden sei dort allerdings ein Wechsel in das Halbeinkünfteverfahren. Tragend seien jedoch die Ausführungen letzten Satz der Rz. 15 und in der Rz. 16, wonach die Erträge aus den Wertaufholungen vorrangig von der Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens profitieren und steuerfrei bleiben sollten. Der BFH lehne ausdrücklich eine Bedingungsabhängigkeit oder eine Zeitkomponente als Teil des Gesetzeswortlauts des § 8b 57

Abs. 2 Satz 4 KStG 2004/2005 ab. Es gehe schlicht und ergreifend um die wörtliche Auslegung des Begriffes „soweit“ mit der Folge, dass im Kontext des § 8b Abs. 2 KStG verhindert werden solle, dass eine doppelte Begünstigung stattfindet, nämlich zunächst eine steuerwirksame Teilwertabschreibung und dann ein steuerbefreiter Zuschreibungs- oder Veräußerungsgewinn. Umgekehrt gelte dann also, dass in der Ausnahmebestimmung des Satzes 4 die Zuschreibung steuerpflichtig bleibe, weil in der Vergangenheit steuerwirksam abgeschrieben worden sei. Der 1. Senat des BFH beschreibe dies mit dem Begriff des Gesamtwertspeichers und wolle damit sagen, dass die Steuerpflicht dann und nur dann eintrete, wenn in der Vergangenheit bereits ein steuerwirksamer Vorgang stattgefunden habe und der vorrangige „Wertspeicher“ des steuerirrelevanten Vorgangs nicht greife.

Überzeugend sei diese Logik des „Wertspeichers“ und nicht das LIFO-Verfahren. Der Gesetzgeber habe dieses in § 8b Abs. 8 Satz 2 KStG 2004/2005 gerade nicht festgeschrieben (anders beispielsweise in § 20 Abs. 4 Satz 7 EStG). Sinn und Zweck des § 8b Abs. 8 Satz 2 KStG 2004/2005 sei es, dass die zwischen 2001 und 2003 nicht steuerwirksamen Abschreibungen bei späteren Zuschreibungen vorrangig verrechenbar sein sollten, und zwar unabhängig davon, ob anderweitige Abschreibungen nach 2003 stattgefunden hätten. Sinn des Gesetzes sei es, die Fehlerhaftigkeit der Gesetzesanordnung in 2001 bis 2003 jedenfalls insoweit durch die prioritäre Verrechenbarkeit mit späteren Zuschreibungen zu korrigieren. Erst wenn der „Wertspeicher“ der nicht wirksam gewordenen Abschreibung aus dem Zeitraum 2001 bis 2003 durch spätere Zuschreibungen insgesamt verbraucht sei, komme eine ergebniserhöhende Zuschreibung als Gegenposition zu anderen zuvor erfolgten ergebniswirksamen Abschreibungen in Frage. Nach der Logik des Gesetzes gehe es darum, im Rahmen des § 8b KStG zu vermeiden, dass „doppelte“ Freistellungen oder „doppelte“ Versteuerungen entstünden, fokussiert auf einen allein sachlich und vorrangig („soweit“) zu betrachtenden „Wertspeicher“. Zufällige zeitliche Abfolgen spielten weder nach der wörtlichen noch systematischen noch teleologischen Auslegung eine Rolle.

58

Nach der Rechtsprechung des BFH und des BVerfG hätten die Teilwertabschreibungen des Jahres 2002 steuerlich berücksichtigt werden müssen. Nun verschärfe der Beklagte diese unzutreffende Sachbehandlung, indem nicht etwa die nachträgliche Zuschreibung zur Verrechnung mit der steuerunwirksamen Teilwertabschreibung zugelassen werde, sondern es werde geradezu in Kauf genommen, dass sich die steuerlich unwirksamen Teilwertabschreibungen aus den Jahren 2002 und 2003 zu keinem Zeitpunkt mehr korrigieren ließen, wenn mangels weiterer Zuschreibungen oder Veräußerungsgewinne die Teilwertabschreibungen aus 2002 und 2003 auf Dauer ohne Steuerwirksamkeit blieben.

59

Für die vorgenannte Anwendung des § 8b Abs. 8 Satz 2 KStG 2004/2005 müssten die beiden Masterfonds als ein einheitlicher Vermögensgegenstand, zumindest als Bewertungseinheit betrachtet werden. Der Gesamtplan, sämtliche Fonds in einen Masterfonds zu integrieren, sei bereit im Jahr 2002/2003 gefasst und sukzessive umgesetzt worden. Die Verwaltung der Fonds sei einheitlich vorgenommen worden.

60

Die somit aus seiner, des Klägers, Sicht steuerfreie Wertaufholung führe auch nicht zu einem Ansatz nicht abziehbarer Betriebsausgaben gem. § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG 2004/2005 i.H.v. 5 %. Zwar treffe es zu, dass § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG 2004/2005 auf § 8b Abs. 2 Satz 3 KStG 2004/2005 Bezug nehme, der seinerseits Zuschreibungen gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 3 EStG betreffe. Bereits generell mache die pauschale Berücksichtigung von nicht abziehbaren Betriebsausgaben keinen Sinn. Allerdings habe das BVerfG (Entscheidung vom 12.10.2010 1 BvL 12/07, BVerfGE 127, 224 ff.) judiziert, dass generell die gesetzliche Regelung verfassungsgemäß sei. Das FG Münster habe hieraus für den Fall der

61

Wertaufholung gefolgert, dass eine nochmalige verfassungsrechtliche Überprüfung nicht angezeigt sei (Urteil vom 13.01.2016 13 K 1973/13, EFG 2016, 509, Rev. I R 11/16). Die Literatur sehe in jedem Fall überwiegend eine Korrektur über die Billigkeitsregelung des § 163 AO als notwendig an und das Hessische FG (4 K 2179/13 vom 24.03.2015, EFG 2015, 1299, Rev. I R 34/15) halte eine verfassungsgemäße einschränkende Auslegung des § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG 2004/2005 für geboten, soweit stille Reserven aus einer Zeit vor dem 22.12.2003 stammten (was hier erfüllt sei). Sei damit schon für den Regelfall die Anwendung der 5%-Regel mehr als fraglich, so gelte dies umso mehr im Streitfall. Denn ohne die gesetzgeberische Fehlleistung betreffend die Jahre 2001 bis 2003 und die verfassungswidrige rückwirkende Anwendung des § 40a des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften n.F. (KAGG n.F.) wären sowohl die Teilwertabschreibungen wie die Wertaufholungen von vornherein steuerpflichtig gewesen und die Frage des 5%-igen pauschalen Betriebsausgabenverbots hätte sich überhaupt nicht gestellt. Da im Jahr 2002 materiell-rechtlich eine vollständige Berücksichtigung der Teilwertabschreibung geboten gewesen sei, müsse die Korrektur in Folgejahren steuerneutral möglich sein, ohne dass eine Abzugsposition i.H.v. 5 % eingreife. Zumindest eine Billigkeitsregelung erscheine zwingend, da die Voraussetzungen für eine Ermessensreduzierung auf Null vorlägen. Unbeschadet des Vorstehenden sei der Kläger im Übrigen der Auffassung, dass es sich materiell nicht um eine außerbilanzielle Korrektur handle, sondern Abschreibungen und Zuschreibungen sich innerhalb der Bilanz abspielten mit der Folge, dass eine außerbilanzielle Einkommenskorrektur im Rahmen des § 8b KStG für diesen Sachverhalt von Anfang an ausscheide.

Der Kläger beantragt,

62

den Körperschaftsteuerbescheid 2005 und den Bescheid über die Feststellung des verbleibenden Verlustvortrags zur Körperschaftsteuer auf den 31.12.2005, jeweils vom 28.11.2012 und in Gestalt der Teil-Einspruchsentscheidung vom 02.09.2014, dahingehend zu ändern, dass die Zuschreibungen auf Anteile an Investmentfonds in Höhe von 5.719.688 € als steuerfrei behandelt werden,

63

hilfsweise, die Revision zuzulassen.

64

Der Beklagte beantragt,

65

die Klage abzuweisen,

66

hilfsweise, die Revision zuzulassen.

67

Zur Begründung trägt der Beklagte – teilweise unter Verweis auf die Einspruchsentscheidung – Folgendes vor:

68

Der Kläger mache zwar zu Recht geltend, dass der Gesetzgeber bei der Einführung des § 8b KStG die Besonderheiten für die Lebens- und Krankenversicherer nicht bedacht habe und mit der Einführung des § 8b Abs. 8 KStG 2004/2005 (vgl. BT-Drs. 15/1684, S. 9) die Beteiligungserträge und Veräußerungsgewinne aus Beteiligungen vollständig in die Steuerpflicht habe einbeziehen wollen. Auch habe der Gesetzgeber für die Vorjahre mit dem Blockwahlrecht ein Korrekturinstrument angeboten, welches der Kläger jedoch gerade nicht genutzt habe. Bezüglich § 8b Abs. 8 Satz 2 KStG 2004/2005 lasse sich hingegen weder nach dem Wortlaut der Norm noch nach der Gesetzesbegründung entnehmen, dass es Sinn dieser Regelung sei, die Fehler der Gesetzesanordnung in 2001 bis 2003 durch die prioritäre Verrechenbarkeit mit späteren Zuschreibungen zu korrigieren. Das eigentliche Regelungsziel

69

des § 8b Abs. 8 KStG 2004/2005 sei es vielmehr gerade nicht, Veräußerungsgewinne bei der Besteuerung außer Ansatz zu lassen, sondern diese (ab 2004 wieder) zu versteuern. Die Rechtsauffassung des Klägers ziele im Ergebnis darauf ab, die gesetzlich vorgesehene Korrekturmöglichkeit gem. § 34 Abs. 7 KStG 2004/2005 noch um eine weitere – so vom Gesetzgeber nicht beschlossene – Variante zu erweitern und zu versuchen, die negativen Folgen der Nichtausübung des Blockwahlrechts auf anderem Wege zu verhindern.

Entsprechend der BFH-Rechtsprechung zu § 8b Abs. 2 Satz 2 KStG 2002, § 8b Abs. 2 Satz 4 KStG 2004/2005 müsse auch in § 8b Abs. 8 Satz 2 KStG 2004/2005 der Begriff „soweit“ im Sinne einer Verrechnungsreihenfolge „Last in – First out“ verstanden werden. 70

Die Vorsitzende hat als Berichterstatteerin den Rechtsstreit am 21.09.2016 erörtert. Auf das entsprechende Protokoll und das nachfolgende Hinweisschreiben wird Bezug genommen. Der Senat hat den Rechtsstreit am 11.01.2017 mündlich verhandelt; auf die Sitzungsniederschrift wird verwiesen. 71

Entscheidungsgründe 72

Die Klage ist teilweise begründet. Die angefochtenen Bescheide verletzen den Kläger in seinen Rechten (§ 100 Abs. 1 Satz 1 FGO), soweit der Beklagte nicht zwischen den Fonds B und D differenziert und (*) deshalb einen Teil der auf den D entfallenden Wertaufholung i.H.v. 1.025.430 € zu Unrecht nicht gem. § 8b Abs. 8 Satz 2 i.V.m. Abs. 2, 3 KStG 2004/2005 zu (im Ergebnis) 95 % steuerfrei belassen hat (unter gegenläufiger Anpassung der Gewerbesteuerrückstellung). 73

A. Im vorliegenden Verfahren ist nicht über den Teil des Einspruchs des Klägers zu entscheiden, hinsichtlich dessen nach der Bestimmung des Beklagten keine Bestandskraft eintreten sollte (§ 367 Abs. 2a AO), d.h. bezüglich der Ermittlung und des Umfangs der anrechenbaren ausländischen Quellensteuern. 74

Zwischen den Beteiligten ist zu Recht nicht streitig, dass der Beklagte gemäß § 367 Abs. 2a AO eine Teil-Einspruchsentscheidung erlassen durfte. 75

Vorliegend bedarf es auch keines Zuwartens, bis der Beklagte über die in der Teil-Einspruchsentscheidung noch nicht abgehandelte Streitfrage (Ermittlung und Umfang der anrechenbaren ausländischen Quellensteuer) entschieden hat. Zwar liegt das diesen Punkt betreffende BFH-Urteil zwischenzeitlich vor (BFH-Urteil vom 06.04.2016 I R 61/14, BFH/NV 2016, 1351). Doch haben die Beteiligten im Erörterungstermin dazu ausdrücklich erklärt, dass aus ihrer Sicht zunächst über die Frage der Wertaufholung entschieden werden soll. 76

B. Die Klage ist nur teilweise begründet. Entgegen der Ansicht des Klägers ist § 8b Abs. 8 Satz 2 KStG 2004/2005 dahingehend auszulegen, dass Teilwertaufholungen betreffend Anteile an Kapitalgesellschaften zunächst mit der zeitlich zuletzt vorgenommenen Teilwertabschreibung zu verrechnen sind (Verrechnungsreihenfolge "Last in - First out", vgl. dazu unter I.). Entsprechendes gilt über § 8 InvStG auch für Teilwertaufholungen in Bezug auf die im Streitfall in Rede stehenden Anteile des Klägers an Spezialinvestmentfonds, wobei Wertaufholungen in Bezug auf mehrere Investmentfonds jeweils gesondert zu beurteilen sind (vgl. dazu unter II.). Dementsprechend hat die Klage nur Erfolg, soweit der Beklagte nicht zwischen den Fonds B und D differenziert und deshalb einen Teil der auf den B entfallenden Wertaufholung i.H.v. 1.025.430 € zu Unrecht nicht gem. § 8b Abs. 8 Satz 2 i.V.m. Abs. 2, 3 KStG 2004/2005 (im Ergebnis) zu 95 % steuerfrei belassen hat (vgl. dazu unter III., IV.). Gegenläufig ist allerdings die entsprechende Anpassung der Gewerbesteuerrückstellung zu 77

berücksichtigen.

- I. Für die Frage, ob die Steuerbefreiung des § 8b Abs. 2 KStG 2002 für Veräußerungsgewinne von Anteilen an Kapitalgesellschaften und für Erträge wegen Teilwertzuschreibungen auf derartige Anteile (§ 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 3, Nr. 1 Satz 4 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1, § 8b Abs. 8 Satz 4 KStG 2004/2005) bei Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen bzw. bei diesen gem. § 8b Abs. 8 Satz 5 KStG 2004/2005 gleichgestellten Pensionsfonds abweichend von § 8b Abs. 8 Satz 1 KStG 2004/2005 ausnahmsweise gemäß § 8b Abs. 8 Satz 2 KStG 2004/2005 doch gilt, sind die in früheren Jahren zeitlich zuletzt vorgenommenen und nicht durch eine Wertzuschreibung ausgeglichen Teilwertabschreibungen zuerst zu berücksichtigen (Verrechnungsreihenfolge "Last in - First out"). 78
1. Nach § 8b Abs. 2 Satz 1 KStG 2002 bleiben bei der Ermittlung des Einkommens Gewinne aus der Veräußerung eines Anteils an einer Körperschaft oder Personenvereinigung, deren Leistungen beim Empfänger zu Einnahmen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2, 9 und 10 Buchstabe a EStG gehören, außer Ansatz. Zu derartigen Körperschaften gehören u.a. Kapitalgesellschaften. Satz 1 der vorgenannten Norm gilt entsprechend für Gewinne aus dem Ansatz des in § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 3 EStG bezeichneten Wertes (§ 8b Abs. 2 Satz 3 KStG 2004/2005), d.h. für Gewinne aus einer sog. (Teil-) Wertaufholung nach vorangegangenen Teilwertabschreibungen. § 8b Abs. 2 Sätze 1 und 3 KStG 2004/2005 gelten jedoch nicht, soweit der Anteil in den früheren Jahren steuerwirksam auf den niedrigeren Teilwert abgeschrieben und die Gewinnminderung nicht durch den Ansatz eines höheren Werts ausgeglichen worden sind (§ 8b Abs. 2 Satz 4 KStG 2004/2005). Von dem jeweiligen Gewinn im Sinne des § 8b Abs. 2 Satz 1, 3 und 6 KStG 2002 gelten 5 % als Ausgaben, die nicht als Betriebsausgaben abgezogen werden dürfen (§ 8b Abs. 3 Satz 1 KStG 2004/2005). Gewinnminderungen, die im Zusammenhang mit dem in § 8b Abs. 2 KStG 2002 genannten Anteil entstehen (wie z.B. Gewinnminderungen aufgrund von Teilwertabschreibungen), sind bei der Ermittlung des Einkommens nicht zu berücksichtigen (§ 8b Abs. 3 Satz 3 KStG 2004/2005). 79
2. Nach § 8b Abs. 8 Satz 1 KStG 2004/2005 ist § 8b Abs. 1 bis 7 KStG 2004/2005 aber nicht anzuwenden auf Anteile, die bei Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen den Kapitalanlagen zuzurechnen sind. § 8b Abs. 8 Satz 1 KStG 2004/2005 gilt nicht für Gewinne im Sinne des Abs. 2, soweit eine Teilwertabschreibung in früheren Jahren nach Abs. 3 bei der Ermittlung des Einkommens unberücksichtigt geblieben ist und diese Minderung nicht durch den Ansatz eines höheren Wertes ausgeglichen worden ist (§ 8b Abs. 8 Satz 2 KStG 2004/2005). Für die Ermittlung des Einkommens sind die Anteile mit den nach handelsrechtlichen Vorschriften ausgewiesenen Werten anzusetzen, die bei der Ermittlung der nach § 21 KStG abziehbaren Beträge zu Grunde gelegt wurden (§ 8b Abs. 8 Satz 4 KStG 2004/2005). Entsprechendes gilt für Pensionsfonds (§ 8b Abs. 8 Satz 5 KStG 2004/2005). 80
- a) § 8b Abs. 8 KStG 2004/2005 gilt vom Wirtschaftsjahr 2004 bzw. vom abweichenden Wirtschaftsjahr 2004/2005 an (§ 34 Abs. 7 Satz 8 Nr. 1 KStG 2004/2005). Allerdings bestand ein Wahlrecht, die gesetzliche Neuregelung auf Antrag und unter Inkaufnahme gewisser Einschränkungen geschlossen für die Wirtschaftsjahre 2001 bis 2003 (bzw. für die abweichenden Wirtschaftsjahre 2002/2002 bis 2003/2004) anzuwenden (§ 34 Abs. 7 Satz 8 Nr. 2 KStG 2004/2005). 81
- Der Kläger fällt als Pensionskasse unstreitig in den Anwendungsbereich des § 8b Abs. 8 KStG 2004/2005. Das vorgenannte sog. Blockwahlrecht (§ 34 Abs. 7 Satz 8 Nr. 2 KStG 2004/2005) hat er nicht ausgeübt. Dementsprechend sind für seine Besteuerung im Streitjahr 82

2005 die Regelungen des § 8b Abs. 8 KStG 2004/2005 zu beachten.

b) Für die Frage, ob eine Teilwertabschreibung in Vorjahren steuerwirksam geworden ist oder nicht, kommt es für Zwecke des § 8b Abs. 2, 8 KStG 2004/2005 nicht darauf an, ob § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG 2004/2005 zu Recht oder zu Unrecht angewandt worden ist (vgl. Senatsurteil vom 17.03.2009 9 K 1105/08, EFG 2009, 1051; s.a. bereits FG Düsseldorf vom 27.11.2007 6 K 3380/00, EFG 2008, 980 zu § 8b Abs. 2 KStG i.d.F. vor dem Steuersenkungsgesetz vom 23.10.2000 – StSenkG –, BGBl I 2000, 1433). 83

c) Grundsätzlich steuerpflichtige Wertaufholungen nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 3 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1, § 8b Abs. 8 Satz 1 KStG 2004/2005, denen in früheren Jahren sowohl steuerwirksame als auch steuerunwirksame Abschreibungen von Anteilen auf den niedrigeren Teilwert vorangegangen sind, sind nach Maßgabe des § 8b Abs. 8 Satz 2 KStG 2004/2005 zunächst mit der letzten Teilwertabschreibung und danach mit den jeweils vorhergehenden Teilwertabschreibungen zu verrechnen, d.h. nach der Verrechnungsreihenfolge „Last in – First out“. Dies hat für Versicherungsunternehmen i.S. des § 8b Abs. 8 KStG 2004/2005 zur Folge, dass Wertaufholungen bei Anteilen i.S. des § 8b KStG im Streitjahr 2005 trotz steuerunwirksamer Teilwertabschreibungen in den Jahren 2002/2003 steuerpflichtig bleiben, soweit zunächst eine Verrechnung mit steuerwirksamen Teilwertabschreibungen des Jahres 2004 zu erfolgen hat. Entgegen der Ansicht des Klägers hat somit keine vorrangige Verrechnung mit dem Gesamtvolumen früherer steuerunwirksamer Teilwertabschreibungen zu erfolgen. 84

Die Frage der Verrechnungsreihenfolge von Wertaufholungen mit vorhergehenden Teilwertabschreibungen stellt sich nicht nur im Rahmen des § 8b Abs. 8 Satz 2 KStG 2004/2005 (Grundsatz: Veräußerungs- und Wertaufholungsgewinne sind steuerpflichtig; Ausnahme: Verrechnung derartiger Gewinne mit früheren steuerunwirksamen Teilwertabschreibungen), sondern ebenso bei Anwendung des § 8b Abs. 2 Satz 4 KStG 2004/2005 (Grundsatz: Veräußerungs- und Wertaufholungsgewinne sind steuerfrei; Ausnahme: Verrechnung mit früheren steuerwirksamen Teilwertabschreibungen), wenngleich mit unterschiedlichem Vorzeichen. Das zu § 8b Abs. 2 Satz 4 KStG 2004/2005 ergangene BFH-Urteil vom 19.08.2009 I R 2/09 (BStBl II 2010, 760) ist im Sinne einer "Last in - First out"-Verrechnungsreihenfolge zu verstehen (Hoffmann, GmbHR, 2010, 51; Günkel, StJB 2010/2011, 263, 275 f.; Herlinghaus in Rödder/Herlinghaus/Neumann, § 8b Rz. 263; Dötsch in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer, § 8b Rz. 158; anscheinend ebenso Buciek, FR 2010, 237: wohl kein „allgemeines Günstigkeitsprinzip“) und der erkennende Senat hält die dortigen Entscheidungsgründe für zutreffend und übertragbar auf die Regelung in § 8b Abs. 8 Satz 2 KStG 2004/2005. 85

aa) Der Wortlaut des § 8b Abs. 8 Satz 2 KStG 2004/2005 ist ebensowenig wie derjenige des § 8b Abs. 2 Satz 4 KStG 2004/2005 in dem Sinne eindeutig, dass die Wertaufholung stets vorrangig mit Teilwertabschreibungen zu verrechnen wäre, die den Regelungen des jeweils früheren Systems unterlagen (das hieße im Verhältnis zu § 8b Abs. 8 Satz 1 KStG 2004/2005 mit den früheren steuerunwirksamen Teilwertabschreibungen nach Maßgabe des § 8b Abs. 3 KStG 2002 und im Verhältnis zu § 8b Abs. 2 Satz 1 KStG 2002, § 8b Abs. 2 Satz 3 KStG 2004/2005 mit den früheren steuerwirksamen Teilwertabschreibungen im Geltungsbereich des sog. Anrechnungsverfahrens; vgl. zu § 8b Abs. 2 Satz 4 KStG 2004/2005 BFH-Urteil vom 19.08.2009 I R 2/09, BStBl II 2010, 760, und krit. Heuermann, StBp 2010, 26). Vielmehr ist für die Auslegung der Norm maßgebend auf den Gesetzeszweck und die Gesetzssystematik abzustellen. 86

bb) Die Verrechnungsreihenfolge "Last in - First out" ist sachgerecht und korrespondiert mit dem Zweck des Gesetzes, die in § 8b Abs. 8 KStG 2004/2005 bezeichneten Versicherungsunternehmen und Pensionskassen nicht den allgemeinen Grundsätzen des § 8b Abs. 1-7 KStG 2004/2005 zu unterwerfen. Dem entspricht es, die Wertaufholungen zunächst mit Teilwertabschreibungen innerhalb des neuen Systems des § 8b Abs. 8 KStG zu verrechnen, d.h. die Verrechnungsreihenfolge an einer Zeilenreihenfolge zu orientieren und dabei die zuletzt eingetretene Wertminderung als zuerst ausgeglichen anzusehen.

aaa) Buchwertabschreibungen, die zuerst vorgenommen worden sind, beziehen sich regelmäßig auf höhere (Ausgangs-)Werte als solche Abschreibungen, zu denen es erst später kommt. Es ist also folgerichtig, anschließende Wertminderungen, die sich als solche ununterscheidbar nur auf den betreffenden Anteil beziehen und sich nicht mit einer konkreten vorangegangenen Abschreibung identifizieren lassen, zunächst mit jenen späteren Abschreibungen zu "verrechnen", weil erst dann wieder der jeweilige "Zwischen"-Buchwert erreicht worden ist (BFH-Urteil vom 19.08.2009 I R 2/09, BStBl II 2010, 760). Bis dahin sind die vor dem Systemwechsel vorgenommenen steuerunwirksamen Abschreibungen wertmäßig noch nicht rückgängig gemacht und dementsprechend noch keine Buchgewinne erzielt worden, die nunmehr (ausnahmsweise) als nicht steuerpflichtig zu behandeln wären. In Einklang damit darf es für das steuerliche Ergebnis keinen Unterschied machen, ob der Anteilswert nach dem Systemwechsel konstant bleibt, also zum Buchwert/Teilwert vor dem Systemwechsel veräußert wird (Folge: kein steuerlicher Gewinn) oder ob nach dem Systemwechsel zunächst eine steuerwirksame Wertminderung eintritt, die anschließend durch eine Wertsteigerung und Veräußerung zum nunmehr wieder höheren Wert wieder ausgeglichen wird. Beide Sachverhalte sind gleichzubehandeln (ebenso – wenngleich dort zu § 8b Abs. 2 Satz 4 KStG 2004/2005 – BFH-Urteil vom 19.08.2009 I R 2/09, BStBl II 2010, 760; van Lishaut in Rödder/Herlinghaus/van Lishaut, UmwStG, 2. Aufl., § 4 Rz. 45). Dies wird durch die Verrechnungsreihenfolge „Last in – First out“ erreicht. Denn die Verrechnung des nach dem neuen System grundsätzlich steuerwirksamen Veräußerungsgewinns zunächst mit der früheren steuerwirksamen Teilwertabschreibung (innerhalb des neuen Systems), schließt die Anwendung des § 8b Abs. 8 Satz 2 KStG 2004/2005 aus, so dass im Veräußerungsjahr der Veräußerungsgewinn zu versteuern ist und sich unter Berücksichtigung der nach dem neuen System steuerwirksam gewordenen früheren Teilwertabschreibung in einem Vorjahr per Saldo innerhalb des neuen Systems kein steuerlicher Gewinn/Verlust ergibt. Die vom Kläger vertretene Auslegung würde zwar ebenfalls dazu führen, dass bei konstanten Werten innerhalb des neuen Systems kein steuerrelevanter Gewinn oder Verlust anfiel. Im Falle einer nach der Systemumstellung erfolgten Teilwertabschreibung mit späterer Veräußerung zum zwischenzeitlich wieder erreichten Wert vor dieser Teilwertabschreibung wäre nach der vom Kläger vertretenen Gesetzesinterpretation jedoch diese Teilwertabschreibung steuerwirksam, während der nachfolgende Veräußerungsgewinn gleichwohl steuerfrei bliebe, sofern bereits vor dem Systemwechsel steuerunwirksame Teilwertabschreibungen erfolgt wären; d.h. per Saldo ergäbe sich in dieser Konstellation innerhalb des neuen Systems ein steuerwirksamer Verlust. Im Ergebnis würde sich somit nach der Rechtsansicht des Klägers ein Versicherer, der während des frühen Systems steuerunwirksame Teilwertabschreibungen vorgenommen hat, im Fall von Wertschwankungen während des neuen Systems günstiger stehen als bei konstanten Werten innerhalb des neuen Systems. Eine derartige Ungleichbehandlung wäre aber – wie bereits angesprochen – nicht sachgerecht. Die vorgenannten Erwägungen betreffen zwar Veräußerungsgewinne, welche die Investition des Versicherers in die entsprechenden Anteile beenden, doch kann für Wertaufholungsgewinne nichts anderes gelten, auch wenn diese lediglich einen „Zwischenstand“ bezüglich der jeweiligen Investition wiedergeben (vgl. Buciek, FR 2010, 237).

88

89

bbb) Entgegen der Ansicht des Klägers vermag allein der Umstand, dass die frühere Geltung des § 8b Abs. 1 bis 7 KStG 2002 für Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen bzw. Pensionskassen nicht mit den Regelungen zu den Rückstellungen für Beitragsrückerstattungen (§ 21 KStG 2002) abgestimmt war und dieser Mangel durch die Einführung des § 8b Abs. 8 KStG 2004/2005 mit Wirkung ab dem Veranlagungszeitraum 2004 korrigiert wurde (vgl. dazu Bundestags-Drucksache 15/1684, S. 9), im Rahmen des § 8b Abs. 8 Satz 2 KStG 2004/2005 keine Abweichung von der Verrechnungsreihenfolge nach dem „Last in – First out“-Prinzip zu rechtfertigen.

Der Gesetzgeber hat es für die Jahre vor Einfügung des § 8b Abs. 8 KStG 2004/2005 grundsätzlich bei der vorhergehenden Rechtslage, d.h. bei der Anwendung des § 8b Abs. 1 bis 7 KStG 2002 belassen. Im Hinblick auf die früheren systemwidrigen Effekte wurde den Versicherungsunternehmen jedoch das bereits angesprochene Blockwahlrecht gem. § 34 Abs. 7 Satz 8 Nr. 2 KStG 2004/2005 eingeräumt. Entgegen der Ansicht des Klägers bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass darüber hinaus auch § 8b Abs. 8 Satz 2 KStG 2004/2005 speziell einer Korrektur der unbefriedigenden Anwendung des § 8b Abs. 1 bis 7 KStG 2002 auf Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen bzw. Pensionskassen in den Jahren 2001 bis 2003 dienen und damit weitergehende Ziele verfolgen sollte als die entsprechende Bestimmung in § 8b Abs. 2 Satz 4 KStG 2004/2005 (dort mit umgekehrtem Vorzeichen). Erst Recht können zur Auslegung des § 8b Abs. 8 Satz 2 KStG 2004/2005 nicht die vom Kläger angeführten speziellen Sonderfragen bei Anteilen an Investmentfonds (d.h. die verfassungswidrige Übergangsregelung im KAGG n.F., vgl. dazu nachfolgend unter II.2.b) herangezogen werden. 90

ccc) Im Übrigen würde die vom Kläger vertretene Anwendung des § 8b Abs. 8 Satz 2 KStG 2004/2005 die Frage aufwerfen, ob die dadurch bewirkte Nichtgeltung des § 8b Abs. 8 Satz 1 KStG 2004/2005 mit der Folge der Anwendung des § 8b Abs. 1 bis 7 KStG 2004/2005 nicht nur zu einer Anwendung der Steuerbefreiung für Wertaufholungsgewinne gemäß § 8b Abs. 2 Satz 3 KStG 2004/2005, sondern auch zur Anwendung der Ausnahme von dieser Steuerbefreiung nach § 8b Abs. 2 Satz 4 KStG 2004/2005 führen würde und welcher Bedeutung die steuerwirksamen Teilwertabschreibungen des Klägers im Jahr 2004 insoweit beizumessen wären. 91

II. Im Streitjahr 2005 galt § 8b KStG 2004/2005 und damit u.a. § 8b Abs. 8 Satz 2 KStG 2004/2005 gemäß § 8 InvStG auch für Anleger, die wie vorliegend der Kläger Anteile an Investmentfonds (hier zum 31.12.2005 am B und D) hielten. 92

1. Anteile an Investmentfonds werden von § 8b KStG nicht unmittelbar erfasst. 93

Anteilsscheine an Wertpapier-Sondervermögen sind keine Anteile an einer Körperschaft oder Personenvereinigung, da das Wertpapier-Sondervermögen zivilrechtlich eine in der Vertragsform gegründete nichtrechtsfähige Vermögensmasse bildet; den Erträgen liegt damit kein Gesellschaftsverhältnis zugrunde. Das Wertpapier-Sondervermögen gilt nach § 38 Abs. 1 Satz 1 KAGG bzw. § 11 Abs. 1 S. 1 InvStG als Zweckvermögen i.S. des § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG; es ist daher steuerrechtlich als Vermögensmasse anzusehen, an der die Anteilsscheininhaber beteiligt sind, wobei die Anteilsscheine an dem Wertpapier-Sondervermögen aber zivilrechtlich keine Anteile an einer Vermögensmasse vermitteln, sondern lediglich Miteigentum bzw. Mitgläubigerschaft an den Finanzinstrumenten des Sondervermögens vermitteln (vgl. zum KAGG BFH-Urteil vom 25.06.2014 I R 33/09, BStBl II 2016, 699). Da § 8b Abs. 2, 3 KStG sich auf Anteile an einer Körperschaft oder Personenvereinigung beziehen, deren Leistungen beim Empfänger zu den Einnahmen i.S. des § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2, 9 und 10 Buchst. a EStG gehören, ist diese Norm auf Anteilsscheine 94

nicht unmittelbar anwendbar (BFH in BStBl II 2016, 699; Vorlagebeschluss des erkennenden Senats vom 22.02.2008 9 K 5096/07, EFG 2008, 983).

2. Die Anwendung des 8b KStG auf der Ebene des Anlegers für Anteile an Investmentfonds wird jedoch seit dem Veranlagungszeitraum 2004 durch § 8 InvStG vorgeschrieben. Damit ist die vom Kläger im Streitjahr 2005 vorgenommene Wertaufholung betreffend seine Anteile an den Investmentfonds B und D nach Maßgabe des § 8b Abs. 8 Satz 2 KStG 2004/2005 zu beurteilen. In den Vorjahren 2001 bis 2003 galt § 8b KStG 2002 zwar für Anteile an Investmentfonds teilweise nur eingeschränkt und aus diesem Grund sind die vom Kläger in diesen Jahren vorgenommenen Teilwertabschreibungen auf die ursprünglich vor den Verschmelzungen bestehenden fünf Spezialfonds möglicherweise teilweise zu Unrecht als steuerunwirksam behandelt worden (Neutralisierung der bilanziellen Teilwertabschreibungen durch außerbilanzielle Hinzurechnungen gem. § 8b Abs. 3 KStG). Letzteres bedarf im vorliegenden Streitfall jedoch keiner abschließenden Entscheidung. 95

a) Ab dem Veranlagungszeitraum 2004 regelt § 8 InvStG die Anwendung des § 8b KStG auf der Anlegerebene. Der nach § 8b KStG freizustellende bzw. außerbilanziell hinzuzurechnende Betrag bestimmt sich auf Anlegerebene im Zeitpunkt der Veräußerung oder Rückgabe sowie im Rahmen einer Bewertung von Investmentanteilen. Hierfür ist nach dem BMF-Schreiben vom 25.07.2016 Rz. 34 (BStBl I 2016, 763) jeweils der nach § 8 InvStG anzusetzende positive oder negative Anleger-Aktiengewinn zu ermitteln, und zwar ausgehend vom Fonds-Aktiengewinn. Dies ist auch zwischen den Beteiligten unstrittig. 96

Ebenfalls in Übereinstimmung mit den Beteiligten geht der erkennende Senat davon aus, dass die Frage der Wertaufholung und deren steuerliche Beurteilung nicht Gegenstand der gesonderten Feststellung nach § 15 Abs. 1, § 5 InvStG sind. 97

b) Für Zwecke der Anwendung des § 8b Abs. 8 Satz 2 KStG 2004/2005 i.V.m. § 8 InvStG auf die vom Kläger vorgenommenen Wertaufholungen zum 31.12.2005 ist zwar relevant, in welcher Höhe Teilwertabschreibungen in früheren Jahren nach § 8b Abs. 3 KStG 2002 bei der Ermittlung des Einkommens unberücksichtigt geblieben sind. Unentschieden bleiben kann hingegen die Frage, ob im Streitfall die in den Jahren 2002 und 2003 vom Kläger vorgenommenen Teilwertabschreibungen teilweise zu Unrecht nach § 40a Abs. 1 KAGG i.V.m. § 8b Abs. 3 KStG außerbilanziell neutralisiert worden sind. Vielmehr genügt im vorliegenden Streitfall die Feststellung, dass in den Jahren 2002 und 2003 Teilwertabschreibungen im Hinblick auf eine zu Recht oder zu Unrecht erfolgte Anwendung des § 8b Abs. 3 KStG 2002 nicht steuerwirksam geworden sind. 98

aa) In den Jahren 2001 und 2002 galt § 8b Abs. 3 KStG 2002 für Anteile an Investmentfonds auch nicht mittelbar über § 40a Abs. 1 KAGG in der ursprünglich in den Jahren 2001 und 2002 geltenden Fassung des StSenKG (KAGG a.F.). Denn § 40a Abs. 1 KAGG a.F. verwies lediglich auf § 8b Abs. 2 KStG und weder das sog. Transparenzprinzip noch der sachliche Zusammenhang zwischen § 8b Abs. 2 und Abs. 3 KStG rechtfertigte es, von einer Anwendung auch des § 8b Abs. 3 KStG auszugehen (BFH-Urteil vom 25.06.2014 I R 33/09, BStBl II 2016, 699). Zwar führte § 40a Abs. 1 Satz 2 KAGG in der Fassung des Gesetzes zur Umsetzung der Protokollerklärung der Bundesregierung zur Vermittlungsempfehlung zum Steuervergünstigungsabbaugesetz vom 22.12.2003 (BGBl I S. 2840, sog. Korb II-Gesetz) – KAGG n.F. – durch den Verweis auf § 8b Abs. 3 KStG zu einem Abzugsverbot für alle Gewinnminderungen, die im Zusammenhang mit Anteilsscheinen an einem Wertpapier-Sondervermögen stehen, d.h. u.a. zu einem Abzugsverbot für Teilwertabschreibungen (BFH in BStBl II 2016, 699). Allerdings beinhaltete die in § 43 Abs. 18 KAGG n.F. vorgesehene Rückwirkung der gesetzlichen Neuregelung hinsichtlich der Veranlagungszeiträume 2001 und 99

2002 einen Verstoß gegen die verfassungsrechtlichen Grundsätze des Vertrauensschutzes und war deshalb insoweit nichtig (BVerfG-Beschluss vom 17.12.2013 1 BvL 5/08, BVerfGE 135, 1, i.V.m. BFH in BStBl II 2016, 699; s.a. BMF-Schreiben vom 25.07.2016, BStBl I 2016, 763, Rz. 14). Im Ergebnis dürften deshalb die Teilwertabschreibungen des Klägers auf seine Anteile an den Investmentfonds A, C, G und H im Jahr 2002 zu Unrecht außerbilanziell korrigiert worden sein.

bb) Im Veranlagungszeitraum 2003 ist § 40a Abs. 1 KAGG n.F. anzuwenden (§ 43 Abs. 18 KAGG n.F.). Bei einer Rückgabe, Veräußerung oder Teilwertabschreibung sind auf Gewinne und Verluste auf Fondsebene bei einer Körperschaft als Anleger nunmehr § 8b Abs. 2 und 3 KStG anzuwenden. Dies soll nach dem BMF-Schreiben in BStBl I 2016, 763, Rz. 25 gleichermaßen bei einem vom Kalenderjahr abweichenden Geschäftsjahr auf Fonds- oder Anlegerebene gelten. 100

cc) Auch wenn die vom Kläger in den Vorjahren 2002/2003 vorgenommenen Teilwertabschreibungen somit zumindest teilweise zu Unrecht außerbilanziell wieder hinzugerechnet worden sind, ist für Zwecke des § 8 InvStG i.V.m. § 8b Abs. 8 Satz 2 KStG 2004/2005 ausschließlich auf die tatsächliche Anwendung des § 8b Abs. 3 KStG 2002 bei der Besteuerung abzustellen. Die Maßgeblichkeit der tatsächlichen Besteuerung gilt nicht nur im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 8b Abs. 8 Satz 2 KStG 2004/2005 (vgl. dazu bereits unter B.I.2.b), sondern gleichermaßen bei einer Anwendung dieser Norm über § 8 InvStG. Entgegen der Ansicht des Klägers rechtfertigt die vom Gesetzgeber verfassungswidrig angeordnete Rückwirkung des § 40a Abs. 1 Satz 2 KAGG n.F. es nicht, wegen dieses Fehlers des Gesetzgebers nunmehr § 8b Abs. 8 Satz 2 KStG 2004/2005 speziell bei dessen Anwendung im Bereich des InvStG anders auszulegen als bei seiner unmittelbaren Anwendung. Der Grundsatz, dass bestandskräftig gewordene Bescheide (hier die Körperschaftsteuerbescheide 2002 und 2003) nicht allein deshalb zu ändern sind, weil sich im Nachhinein eine dort zugrunde gelegte Norm als verfassungswidrig erweist (vgl. § 79 Abs. 2 Satz 1 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes – BVerfGG –), muss auch zur Folge haben, dass an eben diese unveränderte Steuerfestsetzung ohne weitere Einschränkungen anzuknüpfen ist, soweit es – wie hier – in einem anderen Zusammenhang auf diese ankommt. 101

III. Ausgehend von den vorgenannten Grundsätzen hat die Klage Erfolg, soweit der Beklagte nicht zwischen den Fonds B und D differenziert und deshalb einen Teil der auf den B entfallenden, bilanziell gewinnerhöhenden Wertaufholung i.H.v. 1.025.430 € zu Unrecht nicht gem. § 8 InvStG i.V.m. § 8b Abs. 8 Satz 2, Abs. 2 Satz 3 KStG 2004/2005 außerbilanziell neutralisiert hat. Im Übrigen hat der Beklagte es hingegen zutreffend bei den bilanziell gewinnerhöhenden Wertaufholungen betreffend den B und D belassen (§ 8 InvStG i.V.m. § 8b Abs. 8 Satz 1 KStG 2004/2005) und insoweit außerbilanzielle Korrekturen gem. § 8b Abs. 8 Satz 2, Abs. 2 Satz 3 KStG 2004/2005 abgelehnt. 102

1. Die Wertaufholungen betreffend die Anteile an den Investmentfonds B und D sind jeweils gesondert zu beurteilen. 103

Die Anteile (bzw. die Beteiligungen) an den Spezial-Investmentfonds B und D vermitteln Miteigentum bzw. Mitgläubigerschaft an den Finanzinstrumenten von zwei eigenständigen Wertpapier-Sondervermögen. Die Anteile an den Fonds B und D können deshalb entgegen der Ansicht des Klägers nicht zu einer Bewertungseinheit zusammengefasst werden. Sowohl für die Handelsbilanz als auch für die Steuerbilanz gilt gemäß § 252 Abs. 1 Nr. 3 des Handelsgesetzbuchs (HGB) i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG, § 5 Abs. 1 Satz 1, § 6 Abs. 1 EStG im Regelfall der Grundsatz der Einzelbewertung. Danach ist jedes Wirtschaftsgut für sich zu 104

bewerten; die einschlägigen Bewertungsregeln sind auf jedes einzelne Wirtschaftsgut und nicht auf eine Gesamtheit verschiedener, zusammengefasster Wirtschaftsgüter anzuwenden. Auf die Ausnahmeregelungen in § 5 Abs. 1a EStG 2002 i.d.F. des Gesetzes zur Eindämmung missbräuchlicher Steuergestaltungen vom 28.04.2006 (BGBl I 2006, 1095) und des § 254 HGB i.d.F. des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes vom 25.05.2009 (BGBl I 2009, 1102) zur Bildung und Berücksichtigung von bilanziellen Bewertungseinheiten kann der Kläger sich bereits deshalb nicht stützen, weil diese nicht rückwirkend auf die Zeiträume vor ihrem Inkrafttreten anzuwenden sind. Vor dem Inkrafttreten der vorgenannten Vorschriften kam die Bildung und steuerliche Anerkennung von bilanziellen Bewertungseinheiten nur in Betracht, wenn die strikte Beachtung des Einzelbewertungsgrundsatzes in Verbindung mit dem Imparitätsprinzip dazu führen würde, dass ein den tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnissen des Unternehmens widersprechendes Bild entstünde (vgl. BFH-Urteil vom 02.12.2015 I R 83/13, BStBl II 2016, 831). Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall nicht vor; die getrennte Bilanzierung der Anteile (bzw. der Beteiligungen) an den Fonds B und D stellt die wirtschaftliche Situation des Klägers zutreffend dar.

Im Übrigen würde sich die von dem Kläger beantragte Zusammenfassung zu einer Bewertungseinheit ohnehin nur dann zu seinen Gunsten auswirken, falls die vom Kläger vertretene und vom erkennenden Senat abgelehnte Auffassung zur Auslegung des § 8b Abs. 8 Satz 2 KStG 2004/2005 gefolgt würde. 105

2. Ab dem Veranlagungszeitraum 2004 regelt – wie dargelegt – § 8 InvStG die Anwendung des § 8b KStG auf der Anlegerebene. Insoweit ist im Streitfall die Höhe der gebotenen Wertaufholung(en) i.S. des § 8 InvStG i.V.m. § 8b Abs. 8 Sätze 1, 2 KStG 2004/2005 betreffend die Anteile des Klägers an dem Fonds B und D zum 31.12.2005 unter Berücksichtigung des § 8b Abs. 8 Satz 4 KStG 2004/2005 ausweislich des Protokolls der mündlichen Verhandlung mit 4.156.588 € (B) und 1.563.100 € (D) zwischen den Beteiligten unstrittig. Ebenso unstrittig ist die Höhe der für die Anwendung des § 8 InvStG i.V.m. § 8b KStG maßgebenden Teilwertabschreibungen; strittig ist lediglich die Frage der Verrechnungsreihenfolge und des etwaigen Bestehens einer Bewertungseinheit zwischen dem B und dem D. Mangels erkennbarer Anhaltspunkte für eine etwaige Unrichtigkeit der vorgenannten Beträge legt der erkennende Senat diese für seine Beurteilung zugrunde. 106

3. Für die Wertaufholung betreffend die Anteile an dem Fonds B (zuvor geführt unter der Bezeichnung A) i.H.v. 4.156.588 € zum 31.12.2005 folgt aus der Anwendung des § 8b Abs. 8 Sätze 1, 2 KStG 2004/2005 i.V.m. § 8 InvStG unter Berücksichtigung der Verrechnungsreihenfolge „Last in –First out“ bei vorhergehenden Teilwertabschreibungen (vgl. dazu bereits unter B.I.2.c), dass die Wertaufholung vorrangig mit der steuerwirksam gewordenen Teilwertabschreibung des Jahres 2004 i.H.v. 3.131.158 € zu verrechnen ist und nur in Höhe des verbleibenden Wertes von 1.025.430 € eine Verrechnung mit der steuerunwirksamen Teilwertabschreibung des Jahres 2003 erfolgt. Dementsprechend fällt nur der letztgenannte Betrag in den Anwendungsbereich des § 8b Abs. 8 Satz 2 KStG 2004/2005, der seinerseits die Anwendung der Ausnahmeregelung des § 8b Abs. 8 Satz 1 KStG 2004/2005 ausschließt, so dass es insoweit bei der Grundregel des § 8b Abs. 2 Satz 3 KStG i.V.m. § 8 InvStG verbleibt, wonach Gewinne aus Wertaufholungen i.S. des § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 EStG betreffend Anteile an Aktienfonds bzw. an Mischfonds im Zusammenhang mit den von diesen gehaltenen Anteilen i.S. des § 8b KStG bei der Ermittlung des Einkommens (bzw. des steuerlichen Gewinns) außer Ansatz zu lassen sind. Für den restlichen Teilbetrag der Wertaufholung betreffend den B i.H.v. 3.131.158 € gilt hingegen § 8b Abs. 8 Satz 1 KStG 2004/2005, der die Anwendung des § 8b Abs. 1 bis 7 KStG 2004/2005 ausschließt, d.h. die bilanzielle Gewinnerhöhung aufgrund der Wertaufholung ist insoweit – 107

entgegen der Auffassung des Klägers – nicht durch einen außerbilanziellen Korrekturposten zu neutralisieren. Der Verschmelzung des Fonds E auf den übernehmenden Fonds A/B kommt für die vorgenannte Beurteilung keine Bedeutung zu, weil es sich bei dem übertragenden Fonds nicht um einen Aktienfonds handelte.

4. Für die Wertaufholung betreffend die Anteile an dem Fonds D (zuvor geführt unter der Bezeichnung C) i.H.v. 1.563.100 € folgt aus der Anwendung der § 8b Abs. 8 Sätze 1, 2 KStG 2004/2005 i.V.m. § 8 InvStG unter Berücksichtigung der Verrechnungsreihenfolge „Last in –First out“ bei vorhergehenden Teilwertabschreibungen (vgl. dazu bereits unter B.I.2.c), dass die Wertaufholung im Streitjahr 2005 vorrangig mit der steuerwirksam gewordenen Teilwertabschreibung des Jahres 2004 auf die Anteile an dem Fonds D unter der damaligen Bezeichnung C (i.H.v. 1.499.496 €) und mit den steuerwirksam gewordenen Teilwertabschreibungen auf die Anteile der auf den D verschmolzenen Fonds G (i.H.v. 752.244 €) und H (i.H.v. 1.277.005 €) zu verrechnen ist. 108

Zwischen den Beteiligten ist unstreitig, dass die Fonds G und H alle Vermögensgegenstände ihres (Spezial-)Sondervermögens nach § 40 InvG i.V.m. § 91 Abs. 2, § 95 Abs. 7 InvG auf den Fonds D (unter der damaligen Bezeichnung C) übertragen haben. Mangels Anhaltspunkten für eine unzutreffende Beurteilung durch die Beteiligten folgt dem der erkennende Senat. Insbesondere war eine Ausgabe neuer Anteile nicht zwingend geboten, weil der Kläger ohnehin sämtliche Anteile an allen drei vorgenannten Fonds hielt. Aufgrund der vorgenannten Verschmelzungen nach § 40 InvG gelten insoweit steuerrechtlich die Sonderregelungen in § 14 InvStG. Danach erfolgt der Übergang zu den fortgeführten Anschaffungskosten (§ 14 Abs. 2, 3 InvStG). Die erworbenen Anteile an dem übernehmenden Sondervermögen treten an die Stelle der Anteile an dem übertragenden Sondervermögen (§ 14 Abs. 4 Satz 2 InvStG; vgl. Bauer in Berger/Steck/Lübbehüsen, InvG/InvStG, § 14 InvStG Rz. 54). Sind später die Voraussetzungen für eine Wertaufholung gegeben und waren die ursprünglichen Anteile auf einen Teilwert unterhalb der Anschaffungskosten abgeschrieben, so ist nach dem BMF-Schreiben vom 02.06.2005 Rz. 238 (BStBl I 2005, 728; ebenso Engelshove/Hamacher, Versicherungswirtschaft 2007, 193; Ebner DStZ 2007, 68; Bauer in Berger/Steck/Lübbehüsen, InvG/InvStG, § 14 InvStG Rz. 55; Dörschmidt in Haase, Investmentsteuergesetz, § 14 InvStG, Rz. 101) „auch bei den neuen Anteilen“ eine Zuschreibung bis zur Höhe der historischen Anschaffungskosten der alten Anteile (= Anteile an dem übertragenden Fonds) unter den Voraussetzungen einer Wertaufholung vorzunehmen. Ausgehend vom Wortlaut des vorgenannten BMF-Schreibens in Tz. 238 scheint dieses zwar von einer gesonderten buchmäßigen Fortführung der aufgrund der „Verschmelzung“ erworbenen neuen Anteile auszugehen. Zulässig ist jedoch gleichermaßen die Bildung neuer durchschnittlicher Anschaffungskosten, wenn die Anteile nicht buchhalterisch und in der Verwahrung getrennt werden (Dörschmidt, in Haase, Investmentsteuergesetz, § 14 InvStG, Rz. 122 ff., 126 ff.; im Ergebnis wohl ebenso Bauer in Berger/Steck/Lübbehüsen, InvG/InvStG, § 14 InvStG, Rz. 61 ff.; Kuhn in Bödecker/Ernst/Hartmann, InvStG, 14 Rz. 54 ff.) oder wenn von vornherein keine neuen Anteile ausgegeben werden. Im letztgenannten, hier vorliegenden Fall müssen die fortbestehenden Anteile dann aber so behandelt werden, als wenn sie nunmehr an die Stelle der „alten“ und der (fiktiven) „neuen“ Anteile treten. D.h. für die Frage der Wertaufholung sind auch die Werte der verschmolzenen Fonds einzubeziehen. Die historischen Anschaffungskosten (als Wertaufholungsgrenze) sind ebenso zu addieren wie – vom Kläger vorgenommen – die Buchwerte, und dementsprechend ist der Wertaufholungsbetrag nicht mehr auf die einzelnen verschmolzenen Fonds zu verteilen. Die vorgenannte Beurteilung ist auch zwischen den Beteiligten nicht streitig. Streitig und – wie bereits dargelegt – abzulehnen ist lediglich die weitergehende Auffassung des Klägers, wonach auch die beiden 109

verbliebenen Masterfonds B und D zusammengefasst (im Rahmen einer Bewertungseinheit) zu betrachten seien (vgl. schon unter B.III.1.).

Aufgrund der vorrangigen Verrechnung der Wertaufholung zum 31.12.2015 betreffend die Anteile des D mit den steuerwirksam gewordenen Teilwertabschreibungen des Jahres 2004 auf die Anteile an den Fonds C, G und H verbleibt kein (Teil-)Betrag, welcher der Regelung des § 8 InvStG i.V.m. § 8b Abs. 8 Satz 2 KStG 2004/2005 unterliefe. Vielmehr findet auf die Wertaufholung zum 31.12.2015 betreffend den D die Steuerbefreiung des § 8b Abs. 2 Satz 3 KStG 2004/2005 gemäß § 8b Abs. 8 Satz 1 KStG 2004/2005 in vollem Umfang keine Anwendung. 110

IV. Soweit nach den vorstehenden Ausführungen unter III. die hier in Rede stehenden Wertaufholungen in Höhe eines Teilbetrags von 1.025.530 € gemäß § 8 InvStG i.V.m. § 8b Abs. 8 S. 2, § 8b Abs. 2 Satz 3 KStG 2004/2005 den steuerlichen Gewinn nicht erhöhen dürfen, sind allerdings gegenläufig gemäß § 8 InvStG i.V.m. § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG 2004/2005 nicht abziehbare Betriebsausgaben in Höhe von 5 % von 1.025.530 € zu berücksichtigen. 111

1. Nach dem Wortlaut des § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG 2004/2005 bezieht sich der dort normierte Ansatz nicht abziehbarer Betriebsausgaben ausdrücklich auch auf Gewinne i.S. des § 8b Abs. 2 Satz 3 KStG 2004/2005 und damit auch auf Gewinne aus Teilwertaufholungen i.S. des § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 EStG. Letztere weisen zwar im Vergleich zu Veräußerungsgewinnen die Besonderheit auf, dass es aufgrund von Wertschwankungen während der Investitionsdauer mehrfach zu Teilwertabschreibungen und nachfolgenden Wertaufholungen kommen kann und damit zu einer mehrfachen Anwendung des § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG. Der Wortlaut des Gesetzes ist jedoch insoweit eindeutig und lässt keine abweichende Beurteilung zu. 112

2. § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG 2004/2005 ist mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG) auch insoweit vereinbar wie er sich auf Gewinne aus Teilwertaufholungen bezieht. 113

Nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 12.10.2010 1 BvL 12/07 (BVerfGE 127, 224) ist § 8b Abs. 3 Satz 1 und Abs. 5 Satz 1 KStG in der Fassung des Korb II-Gesetzes mit Art. 3 Abs. 1 GG als dem aus Sicht des BVerfG allein in Frage kommenden verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab vereinbar. Offen gelassen hat das BVerfG, ob mögliche „Kaskadeneffekte“ in mehrfach gestaffelten Beteiligungsstrukturen im Extremfall eine abweichende verfassungsrechtliche Bewertung verlangen könnten. Fraglich ist angesichts dessen bereits, ob der erkennende Senat überhaupt in eine erneute verfassungsrechtliche Überprüfung des § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG 2004/2005 in Bezug auf dessen Anwendung bei Gewinnen aus Teilwertaufholungen eintreten dürfte (vgl. eine derartige Prüfungsmöglichkeit zumindest für den Regelfall verneinend FG Münster, Urteil vom 13.01.2016 13 K 1973/13 K, EFG 2016, 509, Rev. I R 11/16). Unabhängig davon folgt der erkennende Senat der Beurteilung des BVerfG dahingehend, dass unter dem Gesichtspunkt des Art. 3 Abs. 1 GG die Pauschalierung des Betriebsausgabenverbots durch § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG allenfalls in Extremfällen verfassungsrechtlich bedenklich erschiene, d.h. etwa im Zusammenhang mit den vom BVerfG angesprochenen „Kaskadeneffekten“ oder falls Wiederholungseffekte bei häufigen Wertschwankungen eintreten, die in Einzelfällen eventuell zu einer unverhältnismäßig hohen Typisierung von nicht von nicht abziehbaren Betriebsausgaben führen könnten (vgl. Herlinghaus in Rödder/Herlinghaus/Neumann, § 8b Rz. 85; Watermeyer in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 8b Rz. 7). Ob in derartigen Sonderfällen eine erneute verfassungsrechtliche Prüfung des § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG 114

2004/2005, eine geltungserhaltende verfassungskonforme Auslegung der Norm oder eine Billigkeitsmaßnahme gem. § 163 AO geboten wäre, bedarf vorliegend jedoch keiner Entscheidung. Denn im Streitfall ist eine mehrfache Belastung mit dem pauschalen 5%-igen Betriebsausgabenabzugsverbot nicht ersichtlich. Im Übrigen bezieht sich das vorliegende Verfahren ohnehin lediglich auf die Steuerfestsetzung und nicht auf Billigkeitsmaßnahmen i.S. des § 163 AO.

3. Im Streitfall kann des Weiteren offen bleiben, ob trotz der vorstehend zitierten Entscheidung des BVerfG noch eine einschränkende verfassungskonforme Auslegung des § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG 2004/2005 unter dem Gesichtspunkt einer (etwaigen) verfassungswidrigen Rückwirkung dahingehend geboten sein könnte, dass in die Bemessungsgrundlage für das pauschale Betriebsausgabenabzugsverbot nur Wertsteigerungen einbezogen werden dürfen, die nach/seit dem 22.12.2003 eingetreten sind (bejahend Hessisches Finanzgericht, Urteil vom 24.03.2015 4 K 2179/13, EFG 2015, 1299, Rev. I R 34/15). Denn im Streitfall geht es um Wertaufholungen des Streitjahres 2005, d.h. um Wertsteigerungen des Jahres 2005 und nicht um die Realisierung von stillen Reserven aus der Zeit vor dem 22.12.2003. 115

V. Die Berechnung der festgesetzten Körperschaftsteuer 2005 und des festgestellten verbleibenden Verlustvortrags zur Körperschaftsteuer auf den 31.12.2005 wird dem Beklagten übertragen (§ 100 Abs. 2 Satz 2 FGO). Gegenläufig zu dem Saldo der vorgenannten Gewinnänderungen (Gewinnminderung um 1.025.430 €, Gewinnerhöhung um 5 % des vorgenannten Betrages, d.h. um 51.271 €) ist die Gewerbesteuerrückstellung entsprechend anzupassen, denn die vorgenannten Ausführungen zur Höhe des steuerlichen Gewinns gelten materiell-rechtlich auch für die Gewerbesteuer (§ 7 Satz 1 des Gewerbesteuergesetzes – GewStG –). Die zutreffende Höhe der anzurechnenden ausländischen Quellensteuer ist – wie bereits unter A. dargelegt – nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits. 116

VI. Die Kostenentscheidung folgt aus § 136 Abs. 1 FGO. 117

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 151 Abs. 3, § 155 FGO i. V. m. § 708 Nr. 10, § 711 der Zivilprozessordnung. 118

VII. Die Revision wird gemäß § 115 Abs. 2 Nr. 1, 2 FGO wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache und zur Rechtsfortbildung zugelassen. Die Auslegung des § 8b Abs. 8 Satz 2 KStG 2004/2005 i.V.m. § 8 InvStG und unter Berücksichtigung vorhergehender Fondsverschmelzungen ist höchstrichterlich bislang noch nicht geklärt. 119

VIII. Der Tenor der Entscheidung wurde gegenüber dem bei der Geschäftsstelle des 9. Senats zunächst hinterlegten Tenor dahingehend korrigiert, dass bei der Kostenentscheidung an die Stelle der Worte „werden der Klägerin“ die Worte „werden dem Kläger“ treten. 120

Am 03.04.2017 erging folgender Berichtigungsbeschluss: (*) 121
122

Das Urteil vom 23.01.2017 wird dahingehend berichtigt, dass auf S. 14 im ersten Absatz der Entscheidungsgründe die Worte "einen Teil der auf den D entfallenden Wertaufholung" durch die Worte "einen Teil der auf den B entfallenden Wertaufholung" ersetzt werden. 123

124

Gründe:

Nach § 107 Abs. 1 der Finanzgerichtsordnung (FGO) sind Schreibfehler, Rechenfehler und andere offenbare Unrichtigkeiten im Urteil jederzeit vom Gericht zu berichtigen. 125

Die im Tenor dargestellte Berichtigung beruht auf einem Schreibfehler bzw. stellt eine andere offenbare Unrichtigkeit dar. Die Teilstattgabe betraf den B und nicht den D. Die unzutreffende Bezeichnung im ersten Absatz der Entscheidungsgründe beruht erkennbar auf einem bloßen Versehen. Denn auf Seite 15 (1. Absatz), Seite 23 (3. Absatz), Seite 25 (2. Absatz) des Urteils wird die Teilstattgabe ausdrücklich auf den B bezogen, während auf den Seiten 26 f. eine Klagestattgabe betreffend den D abgelehnt wird. Darüber hinaus betrifft das für die Berechnung der Teilstattgabe herangezogene Zahlenwerk eindeutig den B (vgl. Auflistung der Teilwertabschreibungen/Wertaufholungen auf S. 8 des Urteils i.V.m. S. 25, 2. Absatz der Entscheidung). 126