

Fall, dass das Finanzamt die Steuerakten bereits ausgesondert und vernichtet hat,⁴² empfiehlt es sich, die von dem Antrag betroffenen Altbescheide mit vorzulegen. Sind auch diese Unterlagen nicht mehr vorhanden, dann trifft die Antragsteller zwar die objektive Beweislast für die frühere Nichtberücksichtigung der Begünstigung; insoweit streitet aber der Anscheinsbeweis für sie, denn in etwaigen Klageverfahren ist wohl davon auszugehen, dass die Finanzämter Lebenspartnern vor ihrer Gleichstellung mit Ehegatten keine der Ehe vorbehaltenen Begünstigungen gewährt haben. Soweit allerdings Aufwendungen nachzuweisen sind, gelten die allgemeinen Beweislastregeln. Ob und inwieweit man in Fällen fehlgeschlagener Anträge mit einem Erlass aus sachlichen und persönlichen Billigkeitsgründen Erfolg haben könnte, muss sich erst noch erweisen. Die offenkundige Wiedergutmachungsabsicht des Gesetzgebers könnte hier durchaus Richtschnur sein.

III. Fazit

Die Vorschrift des Art. 97 § 9 Abs. 5 EGAO zur nachträglichen Berücksichtigung ehebezogener Rechtsfolgen nach Umwandlung der Lebenspartnerschaft in eine Ehe ist das Ergebnis eines zähen Ringens der Betroffenen mit dem Gesetzgeber, den erst das BVerfG zu der verfassungsrechtlich gebotenen Gleichbe-

handlung anhalten musste. Vor diesem Hintergrund wirkt die sehr weitgehende, recht großzügige Maßnahme so, als wolle der Gesetzgeber seine jahrelange Untätigkeit überkompensieren. Für eine Vorschrift, die „im Interesse der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit“ geschaffen wurde, werfen die bis in den Veranlagungszeitraum 2001 zurückwirkenden Regelungen eine Reihe neuer Fragen auf, die sowohl die Rechtsanwendung, als auch die praktische Durchsetzbarkeit der Ansprüche betreffen.

Prof. Dr. iur. Hans-Joachim W. Kanzler

Rechtsanwalt und Steuerberater, Vors.RiBFH a.D.

Of Counsel der Kanzlei Kanzler Kern Kaiser, Bad Kreuznach

Leibniz-Universität Hannover

Schwerpunkt: Unternehmensbesteuerung



42 S.o. Fn. 34.

RA, StB Jörn Matuszewski / RA, FASr Dr. Jens Kleinert, beide Düsseldorf*

Die steuerliche Behandlung von Ausschüttungen aus couponstrippenden lux. SICAVs

Zugleich Anmerkung zu FG Düsseldorf v. 17.12.2018 (EFG 2019, 505) und Abgrenzung zu FG Kassel v. 29.11.2017 (EFG 2018, 622)

Die Verfasser leiten her, dass die Generierung eines vermeintlich künstlichen Ertrages mittels sog. Couponstrippings weder als Gestaltungsmissbrauch noch als sog. Steuerstundungsmodell qualifiziert werden kann.

1. Einleitung

Mit (Zwischen-) Urteil vom 17.12.2018¹ hat das FG Düsseldorf einer Klage stattgegeben, der ein Tatbestand/Ausgangssachverhalt zugrunde lag, welcher demjenigen sehr ähnelte, über den das FG Kassel² am 29.11.2017 diametral anders entschieden und die Klage abgewiesen hatte. Zunächst sollen die Ausgangsstrukturen (unter Ziff. 2.) und deren steuerliche Wirkungsweise kurz dargestellt werden. Daran schließt sich nach skizzenhafter Darstellung der Begründungen, mit den die Finanzverwaltung versuchte, diese Strukturen im Rahmen des finanzamtlichen Verfahrens anzugreifen (unter Ziff. 3.), eine Darstellung der wesentlichen Aspekte (unter 4.) an, welche einer Versagung der steuerlichen Anerkennung der Investitionsstruktur entgegenstehen und aus denen sich schließlich auch ergibt, wie wenig überzeugend die Entscheidung des FG Kassel ist.

2. Abstrakte Beschreibung der Ausgangsstrukturen und von deren Wirkungsweise

a) Ausgangsstruktur – Jahre vor 2012

Ein in Deutschland ansässiger Corporate-Investor, also insbesondere z.B. eine dt. GmbH oder AG oder eine eigens für das (erstmalige)³ Investment am Ende des Kalenderjahres gegrün-

* Dem geschätzten Freund und Kollegen Werner G. Driesen in Dankbarkeit und Zuneigung gewidmet.

1 FG Düsseldorf v. 17.12.2018 – 2 K 3874/15 F, EFG 2019, 505 – Rev. I R 8/19.

2 FG Kassel v. 29.11.2017 – 4 K 1186/16, EFG 2018, 622 – Rev. I R 1/18.

3 Die KGaA's wurden zumeist erst gegen Ende des Kalenderjahres gegründet, so dass, möchte jemand denn einen – nicht vorliegenden (s.u.) – § 15b EStG-Fall und/oder § 42 AO-Fall erblicken, er einen solchen allein anhand der Steuerdeklaration mitgeteilten Zahlverhältnisse – 100 Investment über zumeist max. 2 Monate Dauer, daraus 45 Ertrag und spiegelbildlich 45 Verluste –, der § 5 InvStG 2004-Meldung sowie des Hinweises auf das DBA-Schachtelprivileg mit bloßem Auge erkennen kann und

dete KGaA (nachfolgend der „Investor“), investiert 100⁴ in ein in Luxemburg ansässiges Spezialinvestmentvermögen in Satzungsform (S.A. – Société Anonyme) in der Rechtsform einer sog. SICAV-FIS (Société d'Investissement à Capital Variable-Fonds d'Investissement Spécialisé, nachfolgend die „SICAV“), also in ein Fondshübel mit variablem – und nicht etwa mit fixem (dann hieße es SICAF-FIS, Société d'Investissement à Capital Fixe-Fonds d'Investissement Spécialisé) – Kapital. Der Investor hat dementsprechend Anschaffungskosten für die Investmentanteile an der lux. SICAV i.H.v. 100. Die Beteiligungsquote des Investors an der SICAV beträgt mindestens 25,0%.⁵ Die SICAV investiert die besagten 100, oder, sofern der Investor einen Ausgabeaufschlag zum Erwerb der SICAV-Anteile leisten musste, den verbleibenden Betrag oder – sofern die SICAV ihrerseits Fremdkapital aufnimmt – einen höheren Betrag in langlaufende (z.B. mit einer Laufzeit von 30 Jahren), von der Bundesrepublik Deutschland emittierte festverzinsliche Bundesanleihen. Im Auftrag der SICAV trennt die Depotbank die den Bundesanleihen innewohnenden Zinsforderungen/Zinscoupons von dem Stammrecht (sog. Couponstripping). Im Anschluss veräußert die SICAV diese Zinscoupons z.B. zu einem erzielbaren Marktpreis von 45 an fremde Dritte. Da die Anschaffungskosten der SICAV für die Bundesanleihen i.H.v. 100 nach Lesart insbesondere auch des BMF und des Gesetzgebers bis zur entsprechenden Einfügung des § 3 Abs. 1a InvStG 2004 im Dezember 2013⁶ alleine auf das Stammrecht, nicht aber (auch nicht partiell) auf die Zinscoupons entfallen, erzielt die SICAV durch den Verkauf der Zinscoupons einen (Rein-)Ertrag i.H.v. 45, den es zur (Zwischen-)Ausschüttung an die Anteilseigner verwendet, welche diesen Ertrag als Dividenden-ertrag, der unter das Schachtelprivileg des Art. 20 Abs. 2 S. 3 DBA BRD/Lux a.F. fiel, steuerfrei vereinnahmten. Bis zum Geschäftsjahresende der SICAV⁷ gab der Investor entweder die zu AK 100 erworbenen Geschäftsanteile an der SICAV an diese zurück oder verkaufte diese an einen Dritten und erzielte dadurch einen [(zwischen-)ausschüttungsbedingt] um die 45 geminderten Rücknahme- bzw. Verkaufspreis von 55 oder nahm z.B., alternativ zur Anteilsrückgabe bzw. zum Anteilsverkauf, eine ausschüttungsbedingte Teilwertabschreibung i.H.v. 45 vor. Mit anderen Worten: Die steuerfreien (Dividenden-)Erträge auf der Ertragebene der Investoren i.H.v. 45 stellten – spiegelbildlich – zugleich deren steuerliche Verluste i.H.v. 45 auf der Vermögensebene dar. Im Saldo sollen also – wegen der Steuerfreiheit der (Dividenden-)Erträge – neben der Erzielung von (echten) Erträgen aus dem Couponstripping = Investment in entsprechende Änderungen der Zinsstrukturkurve⁸ – steuerliche Verluste aus dem Investment in die SICAV i.H.v. 45 erzielt werden, die zur Verrechnung mit anderen Erträgen des Investors aus anderen Einkunftsquellen genutzt werden sollen. Mit anderen Worten: Das steuerliche Kalkül der Struktur geht für den Investor nur auf, wenn auch § 15b EStG (evtl. i.V.m. § 8 Abs. 7 InvStG 2004) keine Anwendung findet. Gleiches gilt u.a. für § 42 AO, § 3c EStG und alle sonstigen Vorschriften, die neben der Nichtanwendbarkeit des DBA-Schachtelprivilegs einer Entstehung steuerlich ausgleichsfähiger Verluste und/oder dessen Verrechnung/Nutzung mit aus anderen Einkunftsquellen stammenden Erträgen entgegenstehen könnten.

Bei Investoren, die einen größeren Betrag in die SICAV investieren konnten bzw. wollten, zumeist einem mindestens zweistelligen Millionenbetrag, wurde häufig für den bzw. die zusammengehörige Investoren (sog. Club-Deal) eine „eigene“ SI-

CAV aufgesetzt/gegründet, während kleinere Investoren zumeist in eine bereits existierende SICAV investierten, also an einer solchen SICAV mind. 25 % der stimmberechtigten Fondsanteile derivativ erwarben.

b) Ausgangsstruktur – Jahre ab 2012

Die Investoren, bei denen es sich um eine KGaA handelte, verwandten diese Rechtsform (beginnend ab 2010) zumeist insbesondere auch deshalb, um die Steuerfreiheit der Dividenden auch für deren mit einer hohen Vermögenseinlage i.S.d. § 15 Abs. 1 Nr. 3 EStG/§ 281 Abs. 2 AktG in eine solche KGaA investierten Komplementäre zu erreichen⁹ und – wegen der Anwendbarkeit der Wurzeltheorie¹⁰ auf deren Einkünfte aus der KGaA – auch die Verluste der KGaA aus dem Investment in die lux-SICAV auf diese Komplementäre transparent „durchzuleiten“ – worauf der Gesetzgeber durch die ab dem 1.1.2012 geltende Neuregelung (treaty override) des § 50d Abs. 11 EStG reagierte.

c) Vorstehende Strukturen mit oder ohne steuerlichen Ertragsausgleich

Einige der SICAVs rechneten einen steuerlichen Ertragsausgleich i.S.d. § 9 InvStG 2004, andere nicht.

d) Das (vorläufige) Ende der vorstehend aufgezeigten Couponstripping-Strukturen

Durch Einführung der Regelung des § 3 Abs. 1a InvStG 2004 mit Wirkung auf Couponstrippingvorgänge nach dem 28.11.2013 wollten BMF und Gesetzgeber u.a. die steuerliche Wirkung des sog. Couponstripping auf der Ebene von Investmentvermögen beenden, so dass die vorstehende Struktur jedenfalls unverändert nicht mehr aufgesetzt werden konnten.

muss (Kontrollargument: Sonst hätte ja auch das BMF diese Normen bei gleicher bzw. gar geringerer Sachverhaltsmitteilung nicht erblicken können (s. dazu die Nachw. in Fn. 12 und 13).

- 4 Entweder handelt es sich bei den 100 um vorhandenes Kapital des Investors oder aber der Investor hat die 100 ganz oder teilweise fremdfinanziert, z.B. durch Darlehensaufnahme bei einem Kreditinstitut und Stellung der SICAV-Anteile als Sicherheit zugunsten des Kreditinstituts.
- 5 Da das DBA-Schachtelprivileg des seinerzeit noch geltenden DBA BRD/Lux a.F. v. 23.8.1958, BGBl. II 1959, 1269 ff., dort Art. 20 Abs. 2 S. 3 DBA BRD/Lux a.F., eine Beteiligungsquote von mind. 25 % erforderte.
- 6 Siehe die entsprechende Neuregelung in § 3 Abs. 1a InvStG 2004, welche gem. § 22 Abs. 3 InvStG 2004 erstmals auf Couponstrippingvorgänge nach dem 28.11.2013 Anwendung fand. Eine dem § 3 Abs. 1a InvStG 2004 inhaltsgleiche Regelung findet sich inzwischen auch in § 20 Abs. 2 S. 4 u. 5 sowie Abs. 4 S. 8 EStG.
- 7 Vgl. § 7 Abs. 2 AStG.
- 8 Zum ökonomischen Hintergrund des Couponstripping und den damit sowohl für den Emittenten als auch den Erwerber verbundenen signifikanten Vorteilen – verglichen mit der Emission nicht stripbarer Anleihen oder dem Erwerb bereits gestrippter Anleihen – wird an dieser Stelle auf eine „google“-Suche z.B. mit den kumulativen Suchbegriffen „Couponstripping“ und „Ökonomie“ verwiesen.
- 9 Siehe dazu BFH v. 19.5.2010 – I R 62/09, DStR 2010, 1712 = FR 2010, 809 m. Anm. Wassermeyer.
- 10 Siehe dazu EStH 15.8 (4) m.w.N. zur BFH-Rechtsprechung sowie Wacker, in Schmidt, EStG, 37. Aufl. 2018, § 15 Rz. 891 m.w.N.

3. Bundesweit koordiniertes Vorbringen der Finanzverwaltung gegen diese Strukturen

Da – und darin dürfte der Stein des Anstoßes seitens der Finanzverwaltung liegen – weder § 8 Abs. 2 InvStG 2004 i.V.m. § 8b KStG auf die ausschüttungsbedingte Wertminderung Anwendung findet noch § 2a EStG auf die im EU-Mitgliedstaat Luxemburg ansässige SICAV einschlägig ist, hat der Investor aus dem Investment in die lux. SICAV einen DBA-steuerbefreiten Ertrag i.H.v. 45 erzielt, der spiegelbildlich bei ihm zu einem steuerwirksamen Verlust i.H.v. 45 führt, also im Saldo steuerlich ein ausgleichsfähiger Verlust i.H.v. 45 bei ihm verbleibt.

Es ist nicht verwunderlich, dass die hier in Rede stehende Steuerstruktur – steuerfreie Dividenden erträge, die spiegelbildlich zu ausgleichsfähigen Verlusten beim Anleger führen – bei der Finanzverwaltung auf massiven Widerstand stieß. Soweit bekannt, wurden bundesweit entweder die entsprechenden Fälle erst gar nicht erklärungsgemäß veranlagt oder – wenn ausnahmsweise doch erklärungsgemäß veranlagt wurde – spätestens im Rahmen der Betriebsprüfung und dem dieser folgenden Änderungsbescheid wieder „zurückgedreht“.

Auch auf Bundesebene erkannte das BMF sehr zeitnah den Effekt, der mit solchen Steuerstrukturen erreichbar sein könnte. So kursierte bereits am 2.12.2012 der Entwurf eines BMF-Schreibens¹¹ und erging dann ein Jahr später am 2.12.2013 ein finales BMF-Schreiben¹² zu der Thematik.

Das Arsenal des Vorbringens bzw. der Argumentationsstränge seitens der Finanzverwaltung war groß, es richtet sich entweder gegen das Vorliegen eines steuerbefreiten Dividenden ertrages und/oder gegen das Vorliegen von ausgleichsfähigen Verlusten. Viele der Punkte, die vorgebracht wurden, dürften sicherlich nicht rechtlich ernst gemeint gewesen sein. Jedenfalls wurde insbesondere Folgendes ins Feld geführt:

- Die SICAV S.A., also ein Investmentvermögen in Satzungsform, sei keine Kapitalgesellschaft i.S.d. DBA;
- Die SICAV sei, weil in Luxemburg steuerbefreit, nicht abkommensberechtigt;
- Die SICAV habe – mangels durch das Couponstripping erzielter sog. „echter“ Erträge – keine „echten“ Dividenden ausgeschüttet;
- Auf Ebene der SICAV seien die Anschaffungskosten für die Bundesanleihen doch – auch vor Inkrafttreten des § 3 Abs. 1a InvStG a.F. – auf Zinsen und Stämme zu verteilen gewesen;
- § 3c EStG finde Anwendung;
- Der Treaty Override des § 50d Abs. 9 EStG finde Anwendung;
- Aufgrund des § 4 Abs. 1 InvStG 2004 sei der gewünschte Erfolg zu versagen;
- Das DBA-Schachtelprivileg finde keine Anwendung, da Luxemburg die Dividendenausschüttung an im Ausland ansässige Empfänger gar nicht der lux. Quellenbesteuerung unterwerfe;
- Sowie, die Struktur sei modellhaft i.S.d. § 15b EStG (i.V.m. § 8 Abs. 7 InvStG 2004); und schließlich,

- die Gestaltung sei rechtsmissbräuchlich i.S.d. § 42 AO, insbesondere wenn wegen der Kostenstruktur eine Vorsteuerrendite für den Investor nicht erreichbar gewesen sei.

Gegenstand dieses Beitrages sollen nicht alle der o.g. Themenfelder sein. Insoweit kann stattdessen auf das Urteil des FG Düsseldorf¹³ verwiesen werden, welches durch schulbuchmäßige Rechtsanwendung eine Anwendung des BMF-Schreibens in allen Punkten ablehnte; auch das klagabweisende Urteil FG Kassel hat in vielen der o.g. Punkte dem dortigen Kläger Recht gegeben.¹⁴ Dieser Beitrag fokussiert sich vielmehr auf drei Aspekte: 1., ob es sich bei der Ausschüttung der SICAV um Dividenden erträge und nicht um eine steuerverneutrale Kapitalrückzahlung handelt, worin das FG Düsseldorf und das FG Kassel unterschiedlicher Meinung sind, 2., ob es sich bei der Gestaltung um ein Steuerstundungsmodell handelt, wozu das FG Kassel klar neigt und was das FG Düsseldorf eher für abwegig zu halten scheint, und – hier sind die Gerichte ebenfalls unterschiedlicher Auffassung –, ob es sich bei der Struktur um eine solche handelt, die dem Missbrauchsverdict des § 42 AO unterfällt.

4. Das Urteil des FG Düsseldorf – Abgrenzung zu FG Kassel vom 29.11.2017

a) Keine die Anschaffungskosten mindernde Substanzauskehr aus dem steuerlichen Einlagekonto der SICAV

Während der 4. Senat des FG Kassel eine die SICAV-Anteilsanschaffungskosten mindernde Substanzauskehr feststellte und demgemäß Dividenden(erträge) als nicht gegeben ansah, erkannte demgegenüber der 2. Senat des FG Düsseldorf – in sehr überzeugender Darstellung – das Vorliegen von Dividenden(erträgen) und lehnte mithin eine Substanzauskehr ab.

11 Nachfolgend der „BMF-Entwurf“ genannt. Der BMF-Entwurf ist sehr interessant, er geht – so jedenfalls die Darstellungsweise des Sachverhalts in dem BMF-Entwurf – auf eine Eingabe eines über die steuerliche Struktur erzürnten Bürgers v. 9.10.2012 zurück und enthält eine Beispielberechnung der seinerzeitigen Anbieter.

12 BMF-Schreiben v. 2.12.2013 – IV C 1 – S 1980-1/12/10005 :004 – DOK 2013/1101789, BStBl. I 2013, 1506 = FR 2014, 85, nachfolgend das „BMF-Schreiben“ genannt. Interessant ist, dass – bei ansonsten absolut wortwörtlich gleichem Inhalt – in dem BMF-Entwurf nur folgende Quintessenz stand: „Geltend gemachte Verluste aus einem derartigen Modell werden nicht anerkannt. Es liegt ein Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten im Sinne des § 42 AO vor“, während das finale BMF-Schreiben ein Jahr später zum einen ausführt, es lägen mangels „echter“ Erträge auf Ebene der SICAV keine Dividenden(erträge) beim Investor vor und zudem daran anschließend ergänzend ausführt: „Hilfsweise bitte ich folgende Rechtsauffassung zu vertreten: Sofern eine modellhafte Gestaltung nachgewiesen werden kann, findet die Verlustverrechnungsbeschränkung des § 15b EStG nach § 8 Abs. 7 InvStG sinngemäße Anwendung. Im Übrigen ist bei dem oben dargestellten Gestaltungsmodell vom Vorliegen eines Missbrauchs rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten im Sinne des § 42 AO auszugehen. Für einen Gestaltungsmissbrauch spricht insbesondere, dass bei einer Betrachtung der Gesamtinvestition kein steuerlicher Überschuss erzielt werden kann, wenn die Steuerersparnis außen vor gelassen wird (vgl. BFH-Urteil vom 27. Juli 1999, BStBl. II 769).“

13 FG Düsseldorf v. v. 17.12.2018 – 2 K 3874/15 F, EFG 2019, 505 – Rev. I R 8/19.

14 FG Kassel v. 29.11.2017 – 4 K 1186/16, EFG 2018, 622 – Rev. I R 1/18.

Zu diesem Ergebnis – dem Vorliegen von Dividenden – gelangt man dabei unabhängig davon, ob man die lux. SICAV als Investmentvermögen i.S.d. InvStG ansieht oder nicht – wozu das FG Kassel zudem auch noch neigt.¹⁵ Handelt es sich bei der SICAV um ein Investmentvermögen, ergibt sich das Vorliegen von Dividenerträgen – ohne dass dabei den §§ 27, 28 KStG Relevanz zukäme – der Sache nach aus § 2 Abs. 1 S. 1 InvStG 2004, wonach Einkünfte aus Investmentvermögen bereits nach innerstaatlichem Recht zu solchen i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG beim Investmentanleger führen. Eine investmentsteuerliche sog. Substanzausschüttung¹⁶ – dem investmentsteuerlichen Pendant zur Einlagenrückgewähr i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 EStG i.V.m. §§ 27 ff. KStG – könnte höchstens dann vorliegen, wenn kein anderer positiver „Ertragstopf“ für eine Ausschüttung der SICAV hätte herangezogen werden können.¹⁷ Dass auf Ebene eines Fonds vor Einfügung des § 3 Abs. 1a InvStG 2004 durch den Verkauf des Zinsstrips¹⁸ (Rein-)Erträge in entsprechender Höhe anfielen, kann – außer man misst dem Gesetzeswortlaut bei der Gesetzesanwendung keinerlei ernsthafte Bedeutung mehr zu – bei Anwendung von § 3 Abs. 1 InvStG 2004 i.V.m. § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 EStG i.V.m. § 20 Abs. 4 S. 1 EStG¹⁹ wohl nicht ernsthaft in Abrede gestellt werden.²⁰

Negiert man hingegen das Vorliegen eines Investmentvermögens i.S.d. InvStG 2004, so ergibt sich das Nichtvorliegen einer Kapitalrückzahlung bereits aus dem Wortlaut des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG, ohne dass es dazu eigentlich noch einer Betrachtung des luxemburgischen Rechts oder der §§ 27, 27 KStG auch nur im Ansatz bedürfte. Nimmt man unter Hinweis auf Art. 2 Abs. 2 DBA BRD/LUX a.F. Rückgriff auf die nationale Dividendendefinition des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG, so stößt man auf folgenden Gesetzeswortlaut:

„... Zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören Gewinnanteile (Dividenden), Ausbeuten und sonstige Bezüge aus Aktien, Genussrechten, mit denen das Recht am Gewinn und Liquidationserlös einer Kapitalgesellschaft verbunden ist, aus Anteilen an Gesellschaften mit beschränkter Haftung, an Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften sowie an bergbautreibenden Vereinigungen, die die Rechte einer juristischen Person haben. Zu den sonstigen Bezügen gehören auch verdeckte Gewinnausschüttungen. Die Bezüge gehören nicht zu den Einnahmen, soweit sie aus Ausschüttungen einer Körperschaft stammen, für die Beträge aus dem steuerlichen Einlagekonto im Sinne des § 27 des Körperschaftsteuergesetzes als verwendet gelten.“

Wenn Einkünfte, die aus dem steuerlichen Einlagekonto stammen, nicht der Sache nach Dividenden i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 EStG – also Gewinnanteile – wären, dann bedürfte es nicht des § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 EStG, der solche Bezüge aus dem steuerlichen Einlagekonto wieder von den Dividendeneinkünften ausnimmt („... Die Bezüge gehören nicht zu den Einnahmen ...“) bereits erst gar nicht. Diese Regelung belegt deutlich, wie zutreffend und überzeugend die entsprechende ständige Rechtsprechung des BFH ist, dass es für das tatbestandliche Vorliegen von Dividenden i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 EStG schlicht irrelevant ist, ob die Bezüge zu Lasten des Gewinns oder zu Lasten der Vermögenssubstanz der auszahlenden Gesellschaft geleistet werden.²¹ Die einzige Einschränkung, wonach auch Bezüge zu Lasten der Vermögenssubstanz der ausschüttenden Gesellschaft Dividenden sind, wäre – gäbe es § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 EStG und die vorstehend zitierte BFH-Rechtsprechung²² nicht – allenfalls aus dem Wort „Gewinn“- (Antei-

le)n herauszulesen. Diese Einschränkung kann vorliegend aber bereits nicht greifen, da nach den Grundsätzen der investmentsteuerlichen Gewinnermittlung vor Einführung des § 3 Abs. 1a InvStG 2004 im Jahre 2013²³ eben auf Ebene der SICAV aus dem Verkauf der Zinsstrips ein entsprechender Reinertrag – und damit zugleich Gewinn bzw. Gewinnanteil i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 EStG – generiert bzw. ausgeschüttet wurde. Wie das FG Düsseldorf²⁴ daher zutreffend ausführt, wären nur bei einem über Betriebsvermögen verfügenden Bilanzierer – aber nicht bei einem Investmentvermögen, das seinen Ertrag nach § 3 Abs. 1 InvStG a.F. i.V.m. § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 EStG ermittelt – die Anschaffungskosten zwischen Forderungsstamm und Zinsen aufzuteilen gewesen oder, wenn es sich um einen Fall der sog. Substanzaufspaltung handeln würde, was aber gerade nicht der Fall ist, da Zinsen Rechtsfrüchte sind und eben keine von der Forderung abspaltbare Substanz darstellen. Der mehrfache Hinweis der beklagten Finanzämter, des BMF, des BZSt, des FG Kassel etc., dass bei „wirtschaftlicher Betrachtungsweise“ die SICAV aus dem Zinscouponverkauf keinen Ertrag im Sinne einer Vermögensmehrung erzielt – sondern nur Vermögen umgeschichtet – habe, mag ökonomisch durchaus richtig sein, rechtlich ist er aber jedenfalls ohne Gehalt. Dringend angezeigt und dem Gehorsam vor dem Gesetzesbefehl geschuldet ist für jeden Rechtsanwender, sei er Richter, sei er in der Finanzverwaltung tätig, sei er Rechtsanwalt, Steuerberater oder welcher Profession er auch immer angehören mag, die Rechtsgrundlage anzugeben, mittels Anwendung derer man sich gesetzlich ermächtigt glaubt, die bei der SICAV zu einem Gewinn- bzw. Ertrag führende Gewinnermittlung zu korrigieren und damit eben einen solchen Ertrag zu verneinen. Das

15 Anders als das beklagte FA sowie das für die Fondsprüfung gem. § 5 Abs. 1 Nr. 4 FVG zuständige BZSt, s. FG Kassel v. 29.11.2017 – 4 K 1186/16, EFG 2018, 622 – Rev. I R 1/18 Rz. 84.

16 Später auch gesetzlich kodifiziert in § 3a InvStG 2004, § 3a InvStG eingefügt durch Art. 1 des AIFM-Steuer-Anpassungsgesetzes vom 18.12.2013 (BGBl. I 2013, 4318), erstmals bei Ausschüttungen anzuwenden, die nach dem 23.8.2014 abfließen – s. Anwendungsvorschrift § 22 Abs. 4 InvStG 2004.

17 So explizit auch BMF v. 18.8.2009 – IV C 1 - S 1980-1/08/10019 – DOK 2009/0539738, BStBl. I 2009, 931 Tz. 16 zum InvStG.

18 Steuerbar nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 lit. b) S. 1 EStG.

19 Siehe dazu die schulbuchmäßig gelungene Subsumtion der einschlägigen Normen durch das FG Düsseldorf, FG Düsseldorf v. 17.12.2018 – 2 K 3874/15 F, EFG 2019, 505 – Rev. I R 8/19, Rz. 138-153 m.w.N.

20 Zur Berechnung der Erträge auf Fondsebene nach § 3 InvStG 2004 s. die Ausführungen von Neumann in der Anmerkung zum FG Kassel in FR 2018, 889 (891) m.w.N. Allgemein zum Thema des Couponstripings Becker-Pemrich, FR 2017, 7 ff.; Cornelius/Loleit, NWB-EV-11/2015, 389 ff.; Haisch/Bindl, CF law 2010, 319 ff.; Helios, RdF 2014, 83 f.; s. auch FG Düsseldorf v. 17.8.2017 – 14 K 3722/13 E, EFG 2018, 46 f. – Rev. VIII R 13/17, sowie FG Köln v. 30.1.2018 – 1 K 2992/13, EFG 2018, 1672 – Rev. VIII R 13/18, die einen aus dem Couponstripping und Zinsverkauf generierten (Rein-)Ertrag auf Fondsebene annehmen; a.A., soweit ersichtlich, nur der Romig, NWB 2015, 2223 ff.

21 Siehe BFH v. 20.10.2010 – I R 117/08, FR 2011, 682 = DStRE 2011, 412 ff. = BFH/NV 2011, 669; v. 13.7.2016 – VIII R 47/13, FR 2017, 192 m. Anm. Kanzler = DStR 2016, 2396; v. 13.7.2016 – VIII R 73/13, FR 2017, 191 = DStRE 2016, 1416; FG Düsseldorf v. 17.10.2017 – 6 K 1141/14 K, IStR 2018, 159.

22 Siehe die Angaben in Fn. 22.

23 Oder, bezweifelt man das Vorliegen eines Investmentvermögens, dann bis zur – noch späteren – Einführung die §§ 20 Abs. 2 S. 4 u. 5 sowie Abs. 4 S. 8 EStG.

24 FG Düsseldorf v. 17.12.2018 – 2 K 3874/15 F, EFG 2019, 505 – Rev. I R 8/19.

wiederholte Bemühen einer „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ oder vergleichbarer Floskeln ersetzt dabei die erforderliche Rechtsgrundlage gerade nicht, geschweige denn die erforderliche exakte Subsumtion des Sachverhalts unter eine (notwendige) Rechtsgrundlage.²⁵

Dass eine Einlagenrückgewähr i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 EStG i.V.m. § 27 KStG nicht vorliegen kann, dürfte evident sein, da eine unterjährige Einlagenrückgewähr ausscheidet.²⁶ Eine Herabsetzung von Nennkapital i.S.d. § 28 KStG scheidet, anders als das FG Kassel annimmt, schon allein deshalb aus, weil nach dem insoweit maßgeblichen luxemburgischen Recht²⁷ eine luxemburgische SICAV – anders als eine luxemburgische SICAF – bereits über gar kein für die vorliegende Beurteilung maßgebliches Nennkapital verfügt.²⁸ Ansonsten würde übrigens, wie das FG Düsseldorf zutreffend ausführt, bei einer Kapitalgesellschaft mit variablem Kapital bei jeglicher Zahlung an die Anteilseigner – egal woraus diese Zahlung gespeist ist – eine Nennkapitalrückzahlung i.S.d. § 28 KStG vorliegen (müssen) und dem Direktzugriff auf das steuerliche Einlagekonto wäre – was Gesetzgeber, BMF und BFH²⁹ ja gerade nicht wollen – Tür und Tor geöffnet.

b) Kein § 15b EStG (i.V.m. § 8 Abs. 7 InvStG 2004)

Im Rahmen des JStG 2010 wurde die Vorschrift des § 8 Abs. 7 InvStG eingefügt. Danach ist auf Verluste aus der Veräußerung oder der Rückgabe von Investmentanteilen § 15b EStG sinngemäß anzuwenden. Nach § 15b Abs. 1 EStG dürfen Verluste im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen nicht mit gewerblichen oder sonstigen Einkünften ausgeglichen werden. Solche Verluste mindern nur die Einkünfte aus demselben Steuerstundungsmodell in späteren Wirtschaftsjahren. Nach der Legaldefinition des § 15b Abs. 2 S. 1 EStG liegt ein solches Steuerstundungsmodell vor, wenn aufgrund einer modellhaften Gestaltung steuerliche Vorteile in Form negativer Einkünfte erzielt werden sollen. Dies ist gem. § 15b Abs. 2 S. 2 EStG der Fall, wenn dem Steuerpflichtigen aufgrund eines vorgefertigten Konzepts die Möglichkeit geboten werden soll, zumindest in der Anfangsphase der Investition Verluste mit übrigen Einkünften zu verrechnen. Gemäß § 15b Abs. 3 EStG ist § 15b Abs. 1 EStG nur anzuwenden, wenn innerhalb der Anfangsphase das Verhältnis der Summe der prognostizierten Verluste zur Höhe des gezeichneten und nach dem Konzept auch aufzubringenden Kapitals oder – bei Einzelinvestoren – des eingesetzten Eigenkapitals 10 % übersteigt.

Es handelt sich bei § 8 Abs. 7 InvStG 2004 nicht lediglich um einen sog. Rechtsfolge-, sondern um einen sog. Rechtsgrundverweis, da ansonsten – was gesetzgeberisch zum einen bereits nicht gewollt und zum anderen auch unsinnig wäre – jegliche Verluste aus Investmentanteilen per se nicht mehr ausgleichsfähig wären.³⁰ Das heißt, die Tatbestandsvoraussetzungen des § 15b EStG sind gesondert zu prüfen. Vorliegend werden in der Anfangsphase von der SICAV als Fonds – wie § 15b Abs. 2 u. 3 EStG dies voraussetzen – durch das Couponstripping nicht Verluste, sondern – diametral entgegengesetzt – ertragsermittlungstechnisch gem. § 3 InvStG 2004 (Rein-)Erträge erzielt, welche dann allerdings von der SICAV steuerfrei ausgeschüttet werden. Ein solcher Steuervorteil – Steuerbefreiungen aufgrund von DBA – ist jedoch sogar nach Auffassung des BMF³¹ nicht tatbestandlich i.S.d. § 15b EStG(!). Auch erzielt der Anleger –

würde man auf diesen und nicht auf die SICAV abstellen – in der Anfangsphase der Investition nicht einmal einen Verlust. Der Verlust entsteht vielmehr erst am Ende des Investments durch die letzte, das Investment betreffende Handlung, nämlich durch die Veräußerung bzw. Rückgabe der SICAV-Anteile. Das bedeutet: Da kein anfänglicher Verlust eintritt, scheidet eine irgendwie geartete „Steuerstundung“ von vorne herein aus. Allein aus vorstehenden Gründen kann § 8 Abs. 7 InvStG 2004 i.V.m. § 15b EStG vorliegend daher bereits nicht anwendbar sein.

Selbst wenn man, der Argumentation von *Bacmeister/Reislhuber*³² folgend, unter Betonung des Wortlauts des § 8 Abs. 7 InvStG, wonach § 15b EStG (lediglich) „sinngemäß“ anzuwenden ist, und unter Hervorhebung des Wortlauts von § 15b Abs. 2 S. 2 EStG, wonach „zumindest“ – aber nicht zwingend „nur“ bzw. „auch“ – in der Anfangsphase der Investition Verluste beabsichtigt sein müssen, einen weitergehenden Anwendungsbereich von § 8 Abs. 7 InvStG 2004 i.V.m. § 15b EStG befürwortet, können diese Vorschriften vorliegend nicht zu einer Beschränkung des Verlustausgleichs führen. Denn auch nach *Bacmeister/Reislhuber*³³ handelt es sich bei § 8 Abs. 7 InvStG 2004 (lediglich) um einen Rechtsgrundverweis; dies ergibt sich im Übrigen auch bereits aus den einschlägigen Gesetzesmaterialien zu § 8 Abs. 7 InvStG.³⁴

Bei – wie hier, insbesondere im Falle einer KGaA als Investor und deren Komplementär – mehrstöckigen Strukturen sind die Voraussetzungen auf jeder Stufe zu prüfen.³⁵

In Bezug auf die SICAV kann ebenfalls § 8 Abs. 7 InvStG 2004 i.V.m. § 15b EStG keine Anwendung finden. Ist eine Struktur individuell für den einzelnen Anleger konzipiert und aufgesetzt worden, tritt der Anleger mithin nicht nur passiv einer bereits vorgefertigten Struktur bei, so ist mit dem BFH keine i.S.d. § 15b Abs. 2 EStG tatbestandliche, modellhafte Struktur gegeben.³⁶ Demnach liegt eine modellhafte Gestaltung i.S.d. § 15b

25 Wenn ein Rechtsanwender glaubt, bei der schlichten Ertragsermittlung etwa mittels der §§ 39-42 AO, die ja alle Ausdrucksweise der wirtschaftlichen Betrachtungsweise des Steuerrechts sind, einen Ertrag negieren zu müssen bzw. zu können, dann muss er dartun, insbesondere wenn er z.B. konkret § 42 AO bemühen möchte, warum die bloße – zu einem Ertrag führende – Ertragsermittlung selbst und für sich allein rechtsmissbräuchlich sein sollte. Eine dahingehende Argumentation dürfte konkret äußerst abwegig sein.

26 BFH v. 30.1.2013 – I R 35/11, BStBl. II 2013, 560.

27 Vgl. BFH v. 14.10.1992 – I R 1/91, BStBl. II 1993, 189 = FR 1993, 51.

28 Siehe dazu auch *Bünning/Lorberg*, RdF 2018, 223/228; *Neumann*, FR 2018, 889.

29 Siehe dazu BFH v. 21.10.2014 – I R 31/13, BStBl. II 2016, 411 = FR 2015, 288.

30 So auch *Kretzschmann*, FR 2011, 62, 65; *Jansen/Lübbbehüsen*, FR 2011, 512 ff.; partiell a.A. *Bacmeister/Reislhuber*, RdF 2011, 199 ff.

31 BMF v. 17.7.2007 – S 2241-b/07/0001, BStBl. I 2007, 542 Tz. 12 „Bleiben Einkünfte im Inland aufgrund von Doppelbesteuerungsabkommen außer Ansatz, ist dies für sich gesehen kein Steuervorteil i. S. d. § 15b EStG“.

32 *Bacmeister/Reislhuber*, RdF 2011, 199 ff.

33 *Bacmeister/Reislhuber*, RdF 2011, 199 ff.

34 Siehe Bericht des Finanzausschusses v. 28.10.2010, BT-Drucks. 17/3549, 37 „...Ein solches Investmentvermögen kann ebenfalls als Steuerstundungsmodell zu werten sein, wenn die in § 15b EStG genannten Voraussetzungen erfüllt sind. ...“.

35 BMF v. 17.7.2007 – S 2241-b/07/0001, BStBl. I 2007, 542 Rz. 21.

36 BFH v. 26.4.2018 – IV R 33/15, DB 2018, 2089; v. 18.12.2013 – I R 25/12, BFH/NV 2014, 904; v. 17.1.2017 – VIII R 7/13, BStBl. II 2017, 700.

ESTG vor, wenn eine von einem Anbieter/Initiator abstrakt entwickelte Investitionskonzeption für Interessierte am Markt zur Verfügung steht, auf die der Investor/Anleger „nur“ noch zugreifen muss, *nicht hingegen, wenn der Investor/Anleger eine von ihm selbst oder dem in seinem Auftrag – nicht aber im Auftrag eines Anbieters/Initiators – tätigen Berater entwickelte oder modifizierte und individuell angepasste Investition umsetzt.*³⁷ Ferner ist nach der Rechtsprechung insbesondere dann eine individuell konzipierte Struktur zu vermuten, wenn es sich – wie vorliegend – um große Investitionsbeträge handelt.³⁸

Weiterhin setzt eine modellhafte Gestaltung i.S.d. § 15b Abs. 2 EStG voraus, dass das Entstehen negativer Einkünfte dem Modell immanent ist und nicht von einer Mitwirkung des Investors abhängt. Die Rechtsfolgen aus der Beteiligung an dem Modell sollen sich nach § 15b EStG ohne Handlungen bzw. Entscheidungen des Investors automatisch auf der Grundlage des Konzepts selbst realisieren.³⁹ Die vorliegende Struktur unterscheidet sich somit wesentlich von den Voraussetzungen des § 15b EStG: Das Entstehen eines Verlustes hängt auf Ebene des Investors von dem jeweiligen Zeitpunkt der Rückgabe oder Veräußerung der SICAV-Investmentanteile sowie vom Ausschüttungsverhalten der SICAV ab: Gibt der Investor die SICAV-Anteile nicht vor Ablauf des Geschäftsjahres der SICAV zurück oder veräußert er diese, gelten die Erträge der SICAV aus der Veräußerung des Couponstrips gem. § 2 Abs. 1 S. 2 InvStG 2004 noch nicht als beim Investor zugeflossen; § 8 Abs. 5 S. 3 InvStG 2004 fände hier Anwendung. Gibt der Investor vor Ausschüttung der SICAV die Fondsanteile zurück oder veräußert diese, sollte der Reinvermögenswert der SICAV (sog. NAV – Net Asset Value) noch den Anschaffungskosten entsprechen; es sollte ebenfalls beim Investor kein Verlust entstehen.

Der dauerhafte Fortfall von steuerlichen Verlusten aus der Veräußerung oder Rückgabe von Investmentfondsanteilen wäre u.E. auch verfassungsrechtlich zumindest zweifelhaft, denn die Ausschöpfung eines bestehenden Verlustabzuges dient letztlich der Vermeidung einer im Ergebnis überhöhten Gesamtbesteuerung und damit dem Ziel der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. So hat z.B. der BFH⁴⁰ vor einigen Jahren die Mindestbesteuerung i.S.d. § 10d Abs. 2 S. 1 EStG bei endgültigem Ausschluss der Verlustverrechnung in späteren Veranlagungszeiträumen für verfassungsrechtlich zweifelhaft befunden, dieselbe Auffassung vertrat jüngst das FG Düsseldorf.⁴¹ Ebenfalls hat auch das BVerfG bereits die Verfassungswidrigkeit des völligen Ausschlusses der Möglichkeit einer Verrechnung von Verlusten im Zusammenhang mit Einkünften i.S.d. § 22 Nr. 3 EStG (aus sonstigen Leistungen) festgestellt.⁴²

Zudem ist zu beachten, dass § 8 Abs. 7 InvStG 2004 eingeführt worden ist, um dem sog. Aktiengewinnmodell auf Fondsebene entgegenzutreten. In der Gesetzesbegründung⁴³ heißt es hierzu:

„Aufgrund der derzeitigen Gesetzeslage kann sich durch Kopplung von gegenläufigen Finanzgeschäften ein steuerlicher abzugsfähiger Verlust ergeben, wenn aus einem Finanzgeschäft ein nach § 8b KStG steuerfreier Ertrag und aus dem anderen Finanzgeschäft (z. B. Optionsgeschäft) ein nicht unter § 8b KStG fallender steuerwirksamer Verlust erzielt wird.“

Hieraus wird in der Literatur – u.E. zu Recht – der Schluss gezogen, dass die Anwendung der Vorschrift auf – hier nicht vorliegende – Kopplungsgeschäfte begrenzt ist.⁴⁴

Schließlich scheidet die Versagung des Verlustausgleichs beim Investor über eine in § 8 Abs. 7 InvStG 2004 angeordnete „sinngemäße“ Anwendung des § 15b EStG aber auch – egal ob deren Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen oder aber auch nicht – bereits rechtsfolgenrechtlich: Als Rechtsfolge ordnet § 15b EStG in Abs. 1 nur an, dass (laufende) Verluste aus einem Stundungsmodell nur mit Gewinnen aus demselben Steuerstundungsmodell als derselben Einkunftsquelle verrechnet werden dürfen. Weiter als eine Verlustausgleichsbeschränkung reicht der Gesetzesbefehl des § 15b Abs. 1 EStG aber nicht. Deinvestiert der Fondsinvestor aber – anders als bei Mitunternehmern, die im Falle des „normalen“ § 15b EStG in demselben Fonds investiert bleiben und daher bis zum Zeitpunkt des Deinvestments künftige (laufende) Erträge aus der Mitunternehmenschaft mit Anfangsverlusten aus dieser/derselben Mitunternehmenschaft verrechnen können, aus dem Investmentvermögen, dann wirkt bereits in und ab diesem Zeitpunkt – eben weil § 8 Abs. 7 InvStG 2004 insbesondere den Fall der Rückgabe und der Veräußerung regelt – § 8 Abs. 7 InvStG 2004 i.V.m. § 15b EStG als absoluter Wegfall der entsprechenden Verluste. Eine spätere Verlustverrechnung aus der Quelle Investmentvermögen scheidet nach Rückgabe bzw. Veräußerung der Anteile an dem Investmentvermögen und damit der Einkunftsquelle denklogisch definitiv aus. Diese Rechtsfolge – den sofortigen definitiven Ausschluss jeglicher weiterer Verlustverrechnung – gibt § 15b EStG als Verlustausgleichsbeschränkungsnorm und damit auch dessen durch § 8 Abs. 7 InvStG 2004 angeordnete, wie auch immer gesetzgeberisch intendierte „sinngemäße“ Anwendung aber gerade nicht her.⁴⁵

c) Kein Gestaltungsmissbrauch i.S.d. § 42 AO

Treten, wie bei dieser Struktur zweifelsohne der Fall, frappierende und keineswegs nur zufällige Steuervorteile bei den involvierten Personen auf, liegt erfahrungsgemäß seitens der Finanzverwaltung die Vermutung nahe, es handle sich um einen Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts.

37 BFH v. 17.1.2017 – VIII R 7/13, BStBl. II 2017, 700.

38 Vgl. BFH v. 8.4.2009 – I B 223/08, IStR 2009, 503 sowie insbesondere FG BW v. 19.11.2008 – 13 V 3428/08, IStR 2008, 71 sowie FG Sachsen v. 5.5.2010 – 8 K 1853/09 – rkr., DStR 2012, 2053, zu Strukturen zum sog. negativen Progressionsvorbehalt; FG Kassel v. 29.10.2010 – 11 V 252/10, IStR 2011, 116; vgl. auch FG Sachsen v. 19.12.2007 – 2 K 954/07, DStRE 2008, 795 zu § 2b EStG, der Vorgängervorschrift des § 15b EStG; vgl. dazu auch BFH v. 2.8.2007 – IX B 92/07, DStR 2007, 2150; s. auch BMF v. 17.7.2007 – S 2241-b/07/0001, BStBl. I 2007, 542 zu § 15b EStG Rz. 10 a.E.

39 Brandtner/Geiser, DStR 2009, 1732 (1733).

40 BFH v. 26.8.2010 – I B 49/10, FR 2011, 75; ähnlich FG München v. 31.7.2008 – 8 V 1588/08, rkr., DStRE 2009, 100 für den Fall, dass die Verlustausgleichsbeschränkung des § 10a GewStG i.d.F. 2004 beim Gesellschafterwechsel zu einer definitiven Kappung des Verlustausgleichs führt.

41 FG Düsseldorf v. 18.9.2018 – 6 K 454/16 K, EFG 2018, 2058 ff – Rev. I R 36/18.

42 BVerfG v. 30.9.1998 – 2 BvR 1818/91, BVerfGE 99, 88 = FR 1998, 1028 m. Anm. Luttermann.

43 BT-Drucks. 17/2823 S. 10; zur allgemeinen Kritik an § 8 Abs. 7 InvStG vgl. Kempf in Patzner/Ludger, InvStG, 1. Aufl. 2012, § 8 Rz. 18 ff.

44 Birker, BB 2011, 1495.

45 I.d.S. auch Helios, RdF 2014, 83 (84) sowie Jansen/Lübbehüsen, FR 2011, 512 ff.

aa) Kein Missbrauch – keine unzulässige Vermischung von Vermögens- und Ertragsphäre

Die Vorschrift des § 42 AO definiert den Gestaltungsmissbrauch in Abs. 2 S. 1 der Norm legal wie folgt:

„Ein Missbrauch liegt vor, wenn eine unangemessene **rechtliche Gestaltung** gewählt wird, die beim Steuerpflichtigen oder einem Dritten im Vergleich zu einer angemessenen Gestaltung zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil führt. Dies gilt nicht, wenn der Steuerpflichtige für die gewählte Gestaltung außersteuerliche Gründe nachweist, die nach dem Gesamtbild der Verhältnisse beachtlich sind.“

(1) Ausschüttungsbedingte Wertminderung kein Missbrauch

Einen hier in Rede stehenden, ausschüttungsbedingten Steuervorteil hat der BFH⁴⁶ bereits in seiner Rechtsprechung erkannt, aber als vom gesetzlichen System so vorgesehenen Steuervorteil eingeordnet, der nur vom Gesetzgeber abgeschafft werden kann:

„Wenn der BdF die Gewährung des Schachtelprivilegs im Fall der Ausschüttung von in der DMEB ausgewiesenen Rücklagen für unzulässig hält, weil dadurch – wie im vorliegenden Falle – eine zweifache steuerliche Vergünstigung zum Zuge komme, so vermag der Senat ihm nicht zu folgen. Richtig ist, daß im vorliegenden Falle eine Erhöhung des steuerlichen Gewinns durch den ausgeschütteten Betrag unterbleibt und der Ausschüttungsvorgang durch die Teilwertabschreibung gewinnmindernd wirkt. Dieses Ergebnis ist aber nicht eine notwendige Folge des Schachtelprivilegs. Würde man die Anwendung des § 9 KStG in allen Fällen versagen, wo „gekauft“ oder in der DMEB ausgewiesene Rücklagen ausgeschüttet werden, so müßte dies auch dann gelten, wenn eine Teilwertabschreibung nicht möglich ist, weil der Wert der Beteiligung den Buchwert nicht unterschreitet, z.B. wenn die Beteiligung durch nach dem Erwerb gelegte Reserven angereichert ist. In solchen Fällen würde aber eine Versagung des Schachtelprivilegs nicht durch eine „doppelte Vergünstigung“ gerechtfertigt und darum gesetzwidrig sein. [...] Im Ergebnis muß daher die Steuerpflichtige mit ihrem Rechtsmittel obsiegen. Soweit diese Auslegung vom Ergebnis her nicht voll befriedigt, bleibt dem Gesetzgeber eine entsprechende Regelung vorbehalten.“

In seinem Urteil vom 2.2.1972 hat der BFH⁴⁷ dies nochmals bekräftigt:

„Der Senat hat in dem Urteil I 189/65 vom 17. September 1969 (Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs Bd. 97 S. 251 – BFH 97, 251 –, BStBl II 1970, 107) entschieden, dass auch die Ausschüttung „gekaufter“ oder in der DMEB ausgewiesener Rücklagen eine Ausschüttung von Gewinnanteilen darstellt, die unter den weiteren Voraussetzungen des § 9 KStG bei der empfangenden Kapitalgesellschaft steuerfrei bleiben. Wenn durch diese Ausschüttung der Wert der Beteiligung unter den Buchwert sinkt, darf, wie der Senat in diesem Urteil weiter entschieden hat, der niedrigere Teilwert angesetzt werden. Daran hält der Senat nach nochmaliger Prüfung der Rechtsfrage fest. Die möglichen Einwendungen gegen seine Auffassung, wie sie auch in der Begründung der vorliegenden Revision des FA enthalten sind, hat der Senat bereits bei seiner Entscheidung I 189/

65 (a.a.O.) berücksichtigt. Er kann daher davon absehen, die Gründe für seine Entscheidung erneut darzulegen.“

Ursache für das steuerliche Ergebnis „Steuerfreiheit der Ausschüttung bei gleichzeitiger Steuerwirksamkeit des ausschüttungsbedingten Wertverlustes“ ist die steuerliche Systementscheidung, dass sich die durch das DBA angeordnete Steuerfreiheit nicht auf die Schachtelbeteiligung selbst, sondern nur auf die aus ihr fließenden Gewinnanteile bezieht:

„Schließlich können auch die Erträge (Früchte) des Wirtschaftsgutes als steuerfrei erklärt werden, während die Einbeziehung des Wirtschaftsgutes selbst in den steuerlichen Vermögensvergleich unberührt gelassen wird. In diesem Falle dürfen die mit den steuerfreien Erträgen (Früchten) des Wirtschaftsgutes in Zusammenhang stehenden Ausgaben auf Grund des § 13 KStG nicht abgezogen werden.

Zu dieser letzten Gruppe gehört die Befreiung der Einnahmen aus Schachtelbeteiligungen. § 9 Abs. 1 KStG beschränkt sich darauf, die Schachteldividenden beim Empfänger steuerfrei zu lassen. Die Befreiung des § 9 Abs. 1 KStG ist also auf die Schachtelbeteiligung beschränkt. Wertveränderungen der Schachtelbeteiligung haben Einfluss auf den Gewinn, sobald sie in der Steuerbilanz in Erscheinung treten. Ebenso wird bei einer Veräußerung der Schachtelbeteiligung der Gewinn erhöht, wenn der Erlös höher ist als der Buchwert.“⁴⁸

Die Steuerfreistellung nach dem DBA erstreckt sich vorliegend demnach nicht auf Gewinne aus einer Veräußerung der Anteile an der SICAV-SIF. Der Gewinn (bzw. umgekehrt auch ein etwaiger Verlust) aus einer Veräußerung der Anteile ist daher für den Anleger steuerpflichtig. Dies gilt selbst dann, wenn der Veräußerungsgewinn auch auf thesaurierten Gewinnen beruht. Grund hierfür ist die Unterscheidung zwischen der Ertragsphäre und der Beteiligungssphäre des Gesellschafters. Während sich das Schachtelprivileg auf die Ertragsphäre bezieht, ist ein Veräußerungsgewinn oder -verlust der Beteiligungssphäre zuzuordnen.⁴⁹

„Die gewählte Gestaltung begegnet schließlich auch keinem Missbrauchsvorwurf vor dem Hintergrund des gesetzlichen Ineinandergreifens des abkommensrechtlichen Schachtelprivilegs gemäß Art. XV Abs. 1 Buchst. b Nr. 1 Doppelbuchst. als Sätze 1 und 3 des Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und einiger anderer Steuern vom 22. Juli 1954 in der Fassung des Protokolls vom 17. September 1965 (BGBl II 1966, 745, BStBl I 1966, 865) einerseits und des Abzugsverbots in § 3c EStG andererseits. Dieses Ineinandergreifen bestimmt sich nach der ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senats dadurch, dass Zinsen für Schulden, die zum Erwerb der Beteiligung an einer amerikanischen Körperschaft aufgenommen werden, als Betriebsausgaben abzugsfähig sind, soweit ihnen keine steuerbefreiten Erträge aus dieser Beteiligung gegenüberstehen (vgl. Senats-

46 BFH v. 17.9.1969 – I 189/65, BStBl. II 1970, 107.

47 BFH v. 2.2.1972 – I R 54/70, BStBl. II 1972, 397.

48 BFH v. 25.10.1966 – I 26/64, BStBl. III 1967, 92.

49 BFH v. 17.9.1969 – I 189/65, BStBl. II 1970, 107; v. 2.2.1972 – I R 54/70, BStBl. II 1972, 397.

urteile vom 29. Mai 1996 I R 15/94, I R 167/94 und I R 21/95, BFHE 180, 410, 415 und 422, BStBl II 1997, 57, 60 und 63, jeweils m.w.N.). Die R hat dieses Regelungsverständnis, das zwischenzeitlich auch seitens der Finanzverwaltung zugrunde gelegt wird (vgl. Bundesministerium der Finanzen – BMF Schreiben vom 20. Januar 1997, BStBl I 1997, 99), dahin gehend zu ihrem Vorteil ausgenutzt, dass sie das Ausschüttungsverhalten hier nach ausgerichtet, also zunächst den vollen Betriebsausgabenabzug beansprucht und erst anschließend den Liquidationsgewinn versteuert hat. Dieses Verhalten ist ihr aber nicht als missbräuchlich anzulasten. Es liegt in der Natur dieses Verständnisses, dass das Ausschüttungsverhalten steuerlich günstig gestaltet und mit den sich daraus ergebenden Steuervorteilen und Steuernachteilen abgestimmt werden kann. Das ist systemgerecht und konnte allenfalls durch gesetzgeberische Maßnahmen unterbunden werden. An solchen Maßnahmen fehlt es.⁵⁰

Exakt der steuerliche Vorteil, der vorliegend beim Anleger gegeben ist, wird daher vom BFH, dort insbesondere vom I. Senat, als gesetzlich vorgesehen angesehen und damit ein Missbrauch i.S.d. § 42 AO verneint. Da sich das Steuergesetz seither auch in den hier maßgeblichen Punkten nicht geändert hat, kann daher bei rechtlicher Bewertung auch definitiv kein Gestaltungsmissbrauch i.S.d. § 42 AO vorliegen.

Der Gesetzgeber hat ja übrigens – um die Sache abzurunden – selbst in mehreren Vorschriften, allen voran in § 6 Abs. 6 S. 2 AStG,⁵¹ kodifiziert, dass Wertminderungen dann nicht in Abzug gebracht werden können, wenn sie ausschüttungsbedingt sind. Ginge der Gesetzgeber davon aus, dass eine solche Wertminderung unter § 42 AO fiele, dann läge ja gar keine steuerlich wirksame Wertminderung vor – und es bedürfte der Vorschrift des § 6 Abs. 6 S. 2 AStG gar nicht.

Auch auf den etwaigen Einwand hin, die obigen Urteile des BFH betrafen nur Fälle, bei denen sog. „echte Erträge“ in Form „echter Dividenden“ vorgelegen hätten, nicht aber – wie vorliegend – Fälle, in denen solche Erträge aus dem Bondstripping quasi künstlich generiert worden seien, so ist dem in der gebotenen Kürze wie folgt zu entgegnen: Wenn das Steuergesetz, wie vorstehend unter aa) aufgezeigt, den Anfall von Reinerträgen beim Bondstripping und Zinsverkauf in Höhe des Verkaufspreises für den Zinsstrip anordnet, dann kann die gezielte Herbeiführung dieser Rechtsfolge – eines entsprechenden Ertrages auf Ebene der SICAV – niemals rechtsmissbräuchlich sein, weil eben gesetzlich vorgesehen. Dann kann aber auch die Koppelung dessen mit der ebenfalls gesetzlich vorgesehenen ausschüttungsbedingten Wertminderung niemals missbräuchlich sein.⁵²

bb) Etwaig fehlende Vorsteuerpositivität beim Bilanzierer kein Missbrauch

(1) Hintergrund – sog. Stückzinsurteile des VIII. BFH-Senats aus 1999

Was die Argumentation seitens der Finanzverwaltung unter Verweis auf die beiden taggleichen sog. Stückzinsurteile des BFH aus dem Jahre 1999⁵³ in diesem Kontext anbelangt, es handele sich bei den Strukturen deswegen um rechtsmissbräuchliche Strukturen, weil es gar nicht beabsichtigt oder sogar – wegen etwaiger Strukturierungs- und/oder Anschaffungs-

nebenkosten – gar nicht möglich gewesen sei, aus dem Investment nach Kosten einen realen Ertrag zu generieren, also vorsteuerpositiv zu sein, so verfängt auch dieser Einwand aus mehreren Gründen nicht:

Zwar hat der BFH⁵⁴ in den beiden taggleichen Stückzinsurteilen aus dem Jahre 1999 bei einem Privatanleger aufgrund fehlender Vorsteuerrendite (bei Zusammenbetrachtung von Ertrags- und Vermögensebene) einen Gestaltungsmissbrauch angenommen. Ein Gestaltungsmissbrauch – so der BFH – sei „bei einem Wertpapiergeschäft jedenfalls dann anzunehmen, wenn für den Steuerpflichtigen bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses feststehe, dass das Geschäft bei Einbeziehung der Vermögensebene zu einem Verlust führt und dass es sich deshalb ausschließlich im Falle seiner steuerlichen Anerkennung vorteilhaft für ihn auswirken würde“.

Der VIII. BFH-Senat führte insoweit aus:

„... Ein Missbrauch in diesem Sinne kann auch vorliegen, wenn eine unangemessene Gestaltung für die Verwirklichung des Tatbestandes einer begünstigenden Gesetzesvorschrift gewählt wird. ... Das Wertpapiergeschäft kann deshalb einzig und allein durch die Steuerersparnis motiviert gewesen sein, die sich dann ergeben würde, wenn im Streitjahr negative Einnahmen berücksichtigt würden, während sich im Folgejahr die Zinserträge wegen des Freibetrags gemäß § 20 Abs. 4 EStG nicht steuererhöhend auswirken würden. ... Die erstrebte Steuerersparnis hat also den „wirtschaftlichen Verlust“ aus dem Wertpapiergeschäft in Höhe von 325,32 DM weit überwogen.

c) Die gewählte Gestaltung war auch unangemessen. Eine Rechtsgestaltung ist unangemessen, wenn verständige Parteien in Anbetracht des wirtschaftlichen Sachverhalts und der wirtschaftlichen Zielsetzung nicht in der gewählten Weise verfahren wären (ständige Rechtsprechung, vgl. z.B. BFH, BFHE 167, 215, BStBl. II 1992, 541, 542, m.w.N.). Auch wenn insbesondere umständliche, komplizierte, schwerfällige oder gekünstelte Rechtsgestaltungen als unangemessen bezeichnet werden können (vgl. dazu BFH-Beschluss v. 10.11.1993 – I S 9/93, BFH/NV 1994, 685, 686), schließt dies nicht aus, dass auch ein seiner Art nach alltägliches und übliches Geschäft unangemessen sein kann. Dies ist bei einem Wertpapiergeschäft jedenfalls dann anzunehmen, wenn für den Steuerpflichtigen bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses feststeht, daß das Geschäft bei Einbeziehung der Vermögensebene zu einem Verlust führt und es sich deshalb ausschließlich im Falle seiner steuerlichen Anerkennung vorteilhaft für ihn auswirken würde. Ein solches Rechtsgeschäft ist unangemessen, weil eine verständige Partei es in Anbetracht des wirt-

50 BFH v. 20.3.2002 – I R 63/99, BStBl II 2003, 50 = FR 2002, 1077 m. Anm. Fischer.

51 „Dies gilt nur, soweit der Steuerpflichtige nachweist, dass die Wertminderung betrieblich veranlasst ist und nicht auf eine gesellschaftsrechtliche Maßnahme, insbesondere eine Gewinnausschüttung, zurückzuführen ist.“

52 Im Übrigen: Es gibt unzählige Konstellationen, in denen die steuerliche Gewinnermittlung zu Ergebnissen gelangt, die mit der ökonomischen Lebenswirklichkeit nicht viel bis gar nichts zu tun haben, man denke z.B. an die Abweichungen der StB von der HB.

53 BMF v. 2.12.2013 – IV C 1 - S 1980-1/12/10005:004 – DOK 2013/1101789, BStBl. I 2013, 1506 = FR 2014, 85.

54 BFH v. 27.7.1999 – VIII R 36/98, BStBl. 1999, 769 = FR 1999, 1323 m. Anm. Fischer; v. 27.7.1999 – VIII R 79/98, BFH/NV 2000, 188.

schaftlichen Sachverhalts überhaupt nicht abgeschlossen hätte. ...“

(2) Keine Anwendbarkeit der Stückzinsurteile auf Bilanzierer – Vorrang der Ergebniskorrektur vor Annullierung des Investments

Die vorstehenden Ausführungen des BFH sind auf die vorliegende Konstellation allenfalls eingeschränkt übertragbar. Bei einem Investor in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft sind – anders als beim Privatanleger – sämtliche Erträge steuerbar, § 8 Abs. 2 KStG i.V.m. § 15 EStG; eine Kapitalgesellschaft verfügt zudem über keine außerbetriebliche Sphäre, so dass die Gewinnerzielungsabsicht (per se) vorliegt.⁵⁵ Aus welchen Gründen sich eine Kapitalgesellschaft entschließt, eine Investition zu tätigen sowie damit einhergehend Ertragspotentiale bzw. Geschäftsrisiken einzugehen, ist daher steuerlich grundsätzlich unbeachtlich.⁵⁶ Die einzige Ausnahme hiervon stellt das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung i.S.d. § 8 Abs. 3 S. 2 KStG (vGA) dar. Nach neuerer BFH-Rechtsprechung muss eine vGA jedoch beim Gesellschafter zu einem korrespondierenden Vermögensvorteil, mithin zu sonstigen Bezügen i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG, führen können.⁵⁷ Vorliegend wird insbesondere ein Komplementär einer KGaA nicht durch einen Vermögensvorteil bereichert, um den die KGaA als unmittelbarer SICAV-Investor – wäre das Investment der KGaA in die SICAV ex ante denn nicht vorsteuerpositiv – entreichert wäre. Der BFH⁵⁸ hat in diesem Kontext explizit ausgeführt, die Inkaufnahme einer höheren Belastung mit ausländischer Körperschaftsteuer durch eine ausländische (dort: irische) Kapitalanlagegesellschaft ziehe auch dann keine verdeckte Gewinnausschüttung nach sich, wenn hierdurch bei den inländischen Anteilseignern die Hinzurechnung gem. § 7 ff. AStG vermieden werde. Zwischen der festgesetzten irischen Körperschaftsteuer einerseits und dem Wegfall der Hinzurechnungsbesteuerung beim inländischen Anteilseigner bzw. der bei diesem geminderten Einkommen- oder Körperschaftsteuer bestehe weder eine betragsliche noch eine zeitliche Konnexität. Damit scheidet das Vorliegen einer vGA und demgemäß eine Versagung des Betriebsausgabenabzugs auf Ebene der KGaA nach § 8 Abs. 3 S. 2 KStG auch vorliegend aus. Da eine vGA aber ebenfalls tatbestandlich eine Vermögensminderung oder verhinderte Vermögensmehrung darstellt und es zudem nicht darauf ankommt, aus welchen Gründen eine Kapitalgesellschaft eine Investition tätigt,⁵⁹ sollten die Grundsätze der o.g. Stückzinsurteile des BFH,⁶⁰ die gerade auch auf die fehlende Möglichkeit der Gewinnerzielung (bzw. im Terminus der vGA: Vermögensmehrungsabsicht) abstellen, vorliegend bereits dem Grunde nach nicht einschlägig sein bzw. von dem Rechtsinstitut der vGA spezialgesetzlich verdrängt werden.⁶¹ Denn ansonsten wäre jedes nicht vorsteuerpositive Geschäft – und damit jede einer vGA zugrunde liegende Transaktion – dem Grunde nach bereits ein tatbestandlicher Gestaltungsmissbrauch i.S.d. § 42 AO, und dies sogar, obwohl die Voraussetzungen der vGA – wegen fehlender Eignung, beim Gesellschafter zu Bezügen i.S.d. 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG führen zu können – nicht vorliegen.

Dieselbe Wertung wie bei der vGA ergibt sich übrigens auch, wenn man vor dem Hintergrund, dass der Komplementär einer KGaA aus der KGaA keine Dividendeneinkünfte, sondern ge-

werbliche Einkünfte i.S.d. § 15 Abs. 1 Nr. 3 EStG erzielt, anstelle der vGA auf den Begriff der Entnahme i.S.d. § 4 Abs. 1 S. 2 EStG in Abgrenzung zu Betriebsausgaben i.S.d. § 4 Abs. 4 EStG abstellt. Entnahmen sind nach der Legaldefinition in § 4 Abs. 1 S. 2 EStG alle Wirtschaftsgüter (Barentnahmen, Waren, Erzeugnisse, Nutzungen), die der Steuerpflichtige dem Betrieb für sich, für seinen Haushalt oder für andere betriebsfremde Zwecke im Laufe des Wirtschaftsjahres entnommen hat. Demgegenüber sind Betriebsausgaben Aufwendungen, die durch den Betrieb veranlasst sind, § 4 Abs. 4 EStG. Eine etwaig fehlende Vorsteuerrendite aus dem Investment der KGaA in die SICAV stellt u.E. nicht, insbesondere nicht in Höhe des Betrages einer etwaig fehlenden Vorsteuerrendite (realer Verlust) – korrespondierend eine Entnahme des Komplementärs aus der KGaA dar. Wenn der Komplementär aus dem Investment der KGaA in die SICAV einen Vorteil zieht, dann nicht in Höhe dieses (vermeintlichen Entnahme-)Betrages, sondern in Höhe eines etwaigen Steuervorteils. Ein Steuervorteil sollte aber schlechterdings kein entnahmefähiges Wirtschaftsgut sein können. Dieselbe „Unwucht“ wie im Verhältnis zur vGA hätte man also auch im Verhältnis zur Entnahme. Ein Verhalten – nicht vorsteuerpositives Geschäft – würde tatbestandlich einen § 42 AO erfüllen, aber zu einer Entnahme würde es nicht reichen.

Es geht vorliegend keineswegs um das generelle Verhältnis des Tatbestandes des § 42 AO zu § 8 Abs. 3 S. 2 KStG, wobei es sich bei letztgenannter Norm ja ohnehin nicht um eine spezialgesetzliche Missbrauchsverhinderungsnorm i.S.d. § 42 Abs. 1 S. 2 AO handelt.⁶² Das braucht an dieser Stelle nicht geklärt zu werden. Sondern es geht vielmehr darum, welche *Rechtsfolge* die richtige und die mögliche ist, wenn der Hauptvorwurf, den man einem Körperschaftsteuersubjekt – insbesondere vorliegend der KGaA als Investor – eventuell machen könnte, derjenige wäre, es habe keine signifikante Wahrscheinlichkeit bestanden, dass aus dem Investment in die SICAV – im Beispielfall 100 (s.) – über eine kurze Investitionsdauer (z.B. 1 oder wenige Monate) wegen der damit verbundenen Investitionskosten – z.B. eines Agios von 3 – auch mehr als die investierten 100

55 BFH v. 4.12.1996 – I R 54/95, FR 1997, 311 = DStR 1997, 492 = DB 1997, 707; v. 22.8.2007 – I R 32/06, BStBl. II 2007, 961 = FR 2007, 1160 m. Anm. Orth; v. 5.3.2008 – I R 45/07, BFH/NV 2008, 1534, grundlegend Birk, BB 2009, 860 ff.

56 BFH v. 17.11.2004 – I R 56/03, BFHE 2008, 519 = FR 2005, 589 m. Anm. Pezzer = DStR 2005, 594 Rz. 10; v. 31.3.2004 – I R 83/03, BFHE 206, 58 = FR 2004, 1229 = DStR 2004, 1519 Rz. 17 zu risikobehafteten Wertpapiergeschäften.

57 BFH v. 7.8.2002 – I R 2/02, BStBl. II 2004, 131 = FR 2003, 132; v. 3.5.2006 – I R 124/04, FR 2006, 889 m. Anm. Hans = BFH/NV 2006, 1729.

58 BFH v. 3.5.2006 – I R 124/04, FR 2006, 889 m. Anm. Hans = BFH/NV 2006, 1729 Rz. 31.

59 BFH v. 17.11.2004 – I R 56/03, BFHE 2008, 519 = FR 2005, 589 m. Anm. Pezzer = DStR 2005, 594 Rz. 10; v. 31.3.2004 – I R 83/03, BFHE 206, 58 = FR 2004, 1229 = DStR 2004, 1519 Rz. 17 zu risikobehafteten Wertpapiergeschäften.

60 BFH v. 27.7.1999 – VIII R 36/98, FR 1999, 1323 m. Anm. Fischer = BStBl. 1999, 769; v. 27.7.1999 – VIII R 79/98, BFH/NV 2000, 188.

61 Nach F. Wassermeyer ist die vGA lex specialis zur Liebhaberei, DB 2011, 1828 (1831); s. auch FG München v. 22.2.2011 – 6 K 1451/08, EFG 2011, 437, sowie FG Hamburg v. 11.2.2011 – 5 V 2/11, StBW 2011, 387.

62 Vgl. zum Verhältnis vGA zu Missbrauch Gosch in Gosch, KStG, 3. Aufl. 2015, § 8 Rz. 192–194 m.w.N.; Rengers in Blümich, KStG, 145. EL 2018, § 8 KStG M „Missbrauch“; Schällmoser in Herrmann/Heuer/Raupach, 290. Lfg. 2019, § 8 KStG Anm. 36.

als Ergebnis herauskommen. Oder, anders gewendet: Rechnet man dem Investor – wie bei einer vGA als Rechtsfolge für die eingetretene Vermögensminderung bzw. verhinderte Vermögensmehrung vorgesehen – die z.B. 3 Einheiten, wegen derer man annehmen möchte, es habe keine Chance auf eine Vorsteuerpositivität des Investment bestanden und es sei daher bereits zum Zeitpunkt des Investments eine Vermögensminderung von 3 eingetreten – (außerbilanziell) hinzu, wie es die Rechtsfolge des § 8 Abs. 3 S. 2 KStG ist, oder aber negiert man unter genau eben diesem Aspekt – der vermeintlich fehlenden Vorsteuerpositivität – das Geschäft als solches, legt also einen „Ersatzsachverhalt“ der Besteuerung zugrunde, wie der VIII. Senat⁶³ dies in seinen Stückzinsurteilen unter Anwendung von § 42 AO getan hat. Letzteres geht u.E. vorliegend definitiv nicht, denn: Die Rechtsfolge eines Gestaltungsmissbrauchs ist gemäß § 42 Abs. 1 S. 3 AO: Der Steueranspruch entsteht so, wie er bei einer *den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung* entsteht. Die prototypische Rechtsfolge, die § 8 Abs. 3 S. 2 KStG (oder auch § 1 Abs. 1 AStG) anordnen, ist diejenige, dass eine den wirtschaftlichen Vorgängen angemessene Zuordnung von Erträgen zu dem in Rede stehenden Steuersubjekt hergestellt wird. Wenn man nun zugleich – unter Anwendung von § 42 AO – denselben Umstand, die fehlende Vorsteuerpositivität, als „rechtliche unangemessene Gestaltung“⁶⁴ subsumieren möchte, dann kann das bereits denklogisch nicht funktionieren, weil ein- und derselbe Umstand – die fehlende Vorsteuerpositivität – entweder nur rechtlich oder aber wirtschaftlich unangemessen sein kann, andernfalls die Tatbestandsmerkmale „rechtlich“ auf der einen und „wirtschaftlich“ auf der andere Seite Synonyme sein müssten. Zudem: § 8 Abs. 3 S. 2 KStG (sowie § 1 AStG) sollen als Rechtsfolge ein wirtschaftlich angemessenes Ergebnis herstellen. Würde man nun als Rechtsfolge des – vermeintlich – anwendbaren § 42 Abs. 1 S. 3 AO „als einer *den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen Gestaltung*“ das Geschäft negieren, also einen Ersatzsachverhalt der Besteuerung zugrunde legen, dann hieße das, dass bei einer (nur) – das Geschäft bestehen lassenden – erfolgreichen Gewinnkorrektur nach § 8 Abs. 3 S. 2 KStG (bzw. § 1 AStG) i.S.d. § 42 Abs. 1 S. 3 AO der Steueranspruch *nicht* so entsteht, wie er bei einer *den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen Gestaltung* entstände. D.h. zwei gesetzliche Vorschriften – § 42 AO auf der einen und § 8 Abs. 3 S. 2 KStG auf der anderen Seite – würden bei ein und demselben Sachverhalt – fehlende Vorsteuerpositivität – zu unterschiedlichen Rechtsfolgen führen. Ein Fall der Perplexität.

Festzuhalten bleibt, dass eine etwaig fehlende Vorsteuerpositivität nicht – egal ob § 8 Abs. 3 S. 2 KStG tatbestandlich vorliegt oder nicht⁶⁵ – über die Anwendung des § 42 AO zur Besteuerung eines Ersatzsachverhaltes führen können sollte.

(3) Abgrenzung des I. BFH-Senats von den Stückzinsurteilen und Kritik daran

In seinem Urteil vom 12.7.2012⁶⁶ hat der I. BFH-Senat die Anwendbarkeit der o.g. zu Privatpersonen ergangenen und auf § 42 AO gestützten Stückzinsurteile des VIII. BFH-Senats aus dem Jahre 1999 auch auf Kapitalgesellschaften erörtert. Er hat in Abgrenzung dazu ausgeführt:

„... Ebenso handelt es sich bei dem Erwerb der Besserungsanwartschaft durch Y nicht um ein Geschäft, das zwangsläufig

zu einem wirtschaftlichen Gesamtverlust führen musste und nur durch die Inanspruchnahme steuerlicher Effekte rentierlich werden konnte (vgl. hierzu BFH-Urteil vom 27. Juli 1999 VIII R 36/98, BFHE 189, 408, BStBl II 1999, 769); vielmehr bestand für den Erwerber bei Abschluss des Geschäfts die Aussicht, dass die Klägerin wieder solvent werden und sodann die Forderung wieder aufleben und von der Klägerin bedient werden würde. Diese Möglichkeit zu nutzen, ist wirtschaftlich vernünftig, weshalb auch unter diesem Gesichtspunkt nicht von einem Gestaltungsmissbrauch ausgegangen werden kann.“

Wer sich mit dem historischen Verlauf der Zinsstrukturkurve und ihren Änderungen – und das vorliegende Investment stellt ein solches dar, dass auf sinkende Zinsen setzt – genauer beschäftigt, der weiß, zu welch immensen Gewinnen – auch nach Abzug hoher Kosten – entsprechende Zinssenkungen bei einem in besonders zinssensitive Zerobonds investierten Investor führen können, was auch dadurch belegt wird, dass zahlreiche entsprechende Investments de facto sowohl ex ante als auch ex post – nach Abzug der Transaktionskosten – vorsteuerpositiv waren. Hier zu behaupten, es hätte bereits ex ante festgestanden, dass der Investor aus dem SICAV-Investment keine Vorsteuerrendite erzielen könnte, entbehrt jeder realen Grundlage.

Zudem sind – ohne dass es darauf ankäme – die Stückzinsurteile aus 1999 u.E. nicht vom Wortlaut des § 42 AO gedeckt und liegen bei Lichte betrachtet auch nicht auf der eigentlichen Rechtsprechungslinie des BFH zu § 42 AO.

§ 42 Abs. 2 S. 1 AO verlangt eine „unangemessene rechtliche Gestaltung“. Ein Investor, der wie die Kläger in den Stückzinsfällen, ein Investment tätigt, welches ex ante definitiv zu einem Verlust führt, der unternimmt zwar faktisch etwas – er erwirbt zinstragende Wertpapiere – aber rechtlich gestaltet er nichts unangemessen. Denn ein schlichtes Kaufgeschäft über Wertpapiere ist wohl kaum rechtlich unangemessen. Dass letztere Wertung richtig ist, erkannt man auch unmittelbar, wenn man sich die Aussagen vor Augen hält, wonach im Rahmen des § 42 AO lediglich geprüft werden darf, ob das wirtschaftlich Gewollte mit einer rechtliche komplizierten, eben unangemessenen (Rechts-)Gestaltung erreicht werden sollte, nicht aber eine Prüfung der Sinnhaftigkeit oder Angemessenheit des wirtschaftlich Gewollten selbst.⁶⁷ Nichts anderes hat aber der VIII. Senat im

63 BFH v. 27.7.1999 – VIII R 36/98, BStBl. II 1999, 769 = FR 1999, 1323 m. Anm. Fischer; v. 27.7.1999 – VIII R 79/98, BFH/NV 2000, 188 „Ein solches Rechtsgeschäft ist unangemessen, weil eine verständige Partei es in Anbetracht des wirtschaftlichen Sachverhalts überhaupt nicht abgeschlossen hätte.“

64 Was man ja müsste, wollte man § 42 AO anwenden, weil nur dann läge er tatbestandlich vor.

65 In diesem Sinne auch BFH v. 20.3.2002 – I R 63/99, FR 2002, 1077 m. Anm. Fischer = DStR 2002, 1348 ff. m. Anm. Gosch zu der vergleichbaren Konstellation, dass §§ 7 ff. AStG tatbestandlich wegen fehlender Niedrigbesteuerung nicht vorlagen, aber dennoch Sperrwirkung für eine Anwendung des § 42 AO auf die vermeintliche US-Domizilgesellschaft entfalten sowie auch die in Fn. 70 zitierten Urteile.

66 BFH v. 12.7.2012 – I R 23/11, FR 2013, 127 = DStR 2012, 2058 Rz. 33.

67 Siehe dazu explizit BFH v. 30.11.1989 – IV R 97/86, BFH/NV 1991, 432 Rz. 19 „... Dagegen darf das wirtschaftliche Verhalten der Beteiligten nicht auf seine Angemessenheit überprüft werden.“ sowie BFH v. 16.1.1992 – V R 1/91, BStBl. II 1992, 541 = UR 1992, 209 m. Anm. Weiß, Rz. 14 „... Das wirtschaftliche Verhalten der Beteiligten darf nicht auf seine Angemessenheit beurteilt werden. § 42 S. 1 AO 1977 betrifft ausdrücklich nur den Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts.“

Rahmen der Stückzinsurteile getan, wenn er – was jedenfalls nicht vom Wortlaut des § 42 Abs. 2 S. 1 AO in der derzeit geltenden Fassung (mehr) gedeckt ist – ausführt, „... ein solches Rechtsgeschäft ist unangemessen, weil eine verständige Partei es in Anbetracht des wirtschaftlichen Sachverhalts überhaupt nicht abgeschlossen hätte“. Denn damit würde das wirtschaftlich Gewollte auf seine Angemessenheit überprüft, nicht aber die rechtliche Gestaltung – der Kauf der Stückzinspapiere zum Jahresende –, mit der das wirtschaftlich Gewollte erreicht werden soll.

Hier mit der – höchst zweifelhaften (s.o.) – Begründung des VIII. BFH-Senats zu argumentieren, ein solches Geschäft – Investition in die SICAV – sei unangemessen, „weil eine verständige Person es in Anbetracht des wirtschaftlichen Sachverhalts überhaupt nicht abgeschlossen hätte“, hieße im Übrigen, dessen Aussage bzw. sogar Leitsatz im Urteil vom 12.6.2018⁶⁸ zu ignorieren, die da lautet:

„Es steht grundsätzlich im Belieben des Steuerpflichtigen, ob, wann und mit welchem Ertrag er Wertpapiere erwirbt und wieder veräußert (vgl. BFH v. 25.8.2009 – BFH IX R 55/07, BFH/NV 2010, BFH/NV 2010, 387, BeckRS 2009, Rn. 13). Dadurch macht der Steuerpflichtige lediglich von gesetzlich vorgesehenen Gestaltungsmöglichkeiten Gebrauch, missbraucht diese aber nicht. Die vom FA angeführte alternative Handlungsmöglichkeit, die Wertpapiere nicht zu veräußern, sondern im Depot zu belassen, damit sie „dann“ (irgendwann) „schlicht“ ausgebucht würden, ignoriert das wirtschaftliche Ziel des Klägers, sich sofort von den Wertpapieren zu trennen, und kann daher nicht als „angemessene Gestaltung“ nach § 42 Abs. 2 Satz 1 AO zum Vergleich herangezogen werden. Ungeachtet hier nicht zu klärender Fragen über die zivil- und steuerrechtliche Einordnung und die tatsächlichen Bedingungen einer Ausbuchung darf die Dispositionsfreiheit des Klägers nicht durch steuerliche Sanktionen derart eingeschränkt werden, dass er sich auf unbestimmte Zeit nicht von (lästig gewordenen) Aktien trennen kann.“

Dass die vorstehenden Ausführungen des VIII. Senats aus 2018 ohnehin zumindest nicht in vollständiger Kongruenz mit den Stückzinsurteilen aus 1999 mehr stehen dürften, sollte augenscheinlich sein.

Aber letztlich sollte ohnehin offenbleiben können, ob die fehlende Vorsteuerrendite allein bei einem Körperschaftsteuersubjekt i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 1-3 KStG (i.V.m. § 8 Abs. 2 KStG) tatbestandlich einen Fall des § 42 AO bilden könnte. Denn, wie das FG Düsseldorf unter Hinweis auf die neuere BFH-Rechtsprechung,⁶⁹ insbesondere des IV.-BFH-Senats aus 2018, absolut zutreffend ausführt, darf die durch andere spezialgesetzliche Missbrauchsverhinderungsvorschriften vorgenommene Wertung des Gesetzgebers nicht durch eine supplementäre Anwendung des § 42 AO unterlaufen werden. Bundesweit vorgegeben über das BMF-Schreiben v. 2.12.2013 sowie im Verfahren vor dem FG Düsseldorf vom beklagten Finanzamt konkret vortragen unterfällt die Gestaltung (vermeintlich) § 15b EStG (ggf. i.V.m. § 8 Abs. 7 InvStG 2004). Damit sollte eine Anwendung des § 42 AO gesperrt sein.

cc) Ökonomische Gründe für das Couponstripping und die Zwischenausschüttung

Nun könnte der Rechtsunkundige ja geneigt sein, trotz der vorstehend aufgezeigten ständigen höchstrichterlichen BHF-Rechtsprechung und davon unbeirrt wie folgt zu denken: Praktiziert ein Steuerpflichtiger das Couponstripping in Person und investiert er 100 in Bundesanleihen, strippt die Zinsen (45) von dem Vermögensstamm (verbleibende 55) (Couponstripping), dann entstehen jedenfalls in seiner Person – mangels luxemburgischer SICAV und mangels Anwendbarkeit des DBA sowie des InvStG – keine 45 steuerfreien Erträge und – spiegelbildlich – 45 steuerlicher Verlust. Also sei die Zwischenschaltung der SICAV zwischen Anleger und Einkunftsquelle (Bundesanleihe) rechtsmissbräuchlich. Oder, der zwar Rechtskundige, aber Wirtschaftsunkundige könnte geneigt sein, wie folgt zu argumentieren: Wenn und da die SICAV ja – geplant – in unmittelbarer zeitlicher Nähe zum Investment des Anlegers in die SICAV die Bundesanleihen erworben und sofort die Zinscoupons schon vom Forderungsstamm (sog. Mäntel) abgestrippt sowie eben durch den Verkauf der Zinscoupons (45) umgehend wieder durch eine Ausschüttung an den Anleger zurückgeflossen seien, wäre die rechtlich (und/oder gar wirtschaftlich) angemessene Gestaltung diejenige gewesen, dass der Anleger anfänglich bereits nur 55 in die SICAV investiert hätte und die SICAV dann für besagte 55 in bereits von den Zinsansprüchen entkernte Bundesanleihen (sog. Zerobonds) investiert hätte. Dadurch, so die Denkweise, hätte man sich dann das komplizierte Hin- und zeitnahe Rückzahlen der 45 gleich von vornherein sparen können, was unkomplizierter gewesen wäre. Dann hätte – so das Kalkül – mangels Bondstripping auf Ebene der SICAV und korrespondierendem Ertrag (45) keine steuerbefreite Dividendenausschüttung (45) stattfinden können, wodurch auch – quasi als Kehrseite der Medaille – gleichzeitig ein steuerlicher Verlust (45) vermieden worden wäre.

Beide vorstehenden Erwägungen wären – würden sie tatsächlich im Rahmen des § 42 AO angestellt – ökonomisch verfehlt:

Vorzuschicken ist, dass die Anleger als vernunftbegabte Menschen – Steuerersparnisgründe hin oder her – wie bei jeder anderen Transaktion ebenfalls auch im Rahmen des Investments in langlaufende Bundesanleihen i.d.R. höchsten Wert darauf legen, die im Rahmen der Umsetzung der Anlagestrategie entstehenden Kosten zu minimieren, eben um die Wahrscheinlichkeit und die Höhe der angestrebten Gewinne zu maximieren. Aus diesem Grunde wurde, soweit aus dem Markt bekannt, bei allen Transaktionen/Bundesanleihekäufen ein- und desselben Investors häufig in solche Bundesanleihen⁷⁰ investiert, die bei einer besonders langen Laufzeit im Verhältnis zu anderen Anleihen ein besonders hohes Emissionsvolumen und zugleich einen relativ hohen Zinscoupon hatte. Die Kombination der langen Laufzeit mit dem relativ hohen Zinscoupon

68 BFH v. 12.6.2018 – VIII R 32/16, FR 2019, 487 = NJW 2018, 3271 Rz. 23.

69 BFH v. 26.4.2018 – IV R 33/15, FR 2018, 1145 m. Anm. Riedel = DStR 2018, 149; so auch BFH v. 18.12.2013 – I R 25/12, BFH/NV 2014, 904 Rz. 17 ff.

70 So z.B. bei Transaktionen im Jahre 2015 in eine im Volumen von € 16 Mrd., Laufzeit bis zum 4.7.2040 und ISIN DE0001135366 sowie Zinscoupon i.H.v. 4,75 %.

machte die „gestrippte“ Anleihe besonders „zinsintensiv“, d.h. der Kurs des Stammrechts der Anleihe nach Abtrennung des Zinscoupons reagierte besonders stark auf die Zinsänderungen. Das besonders hohe Emissionsvolumen einer bestimmten Bundesanleihe hatte wiederum eine besonders hohe Liquidität (Handelsvolumen) zur Folge, die zu einer engen Geld-Brief-Spanne (also zu einem geringen Unterschied zwischen den Verkauf- und den Kaufpreisen) führt. Das Bestreben, die Transaktionskosten zu minimieren, ist zugleich auch ein Grund dafür, dass die Anleger – vorliegend die luxemburgischen SICAVs – die ungestrippten Anleihen erwerben und dann selbst die Zinscoupons von dem Anleihestammrecht abtrennten: Wenn und da nur bei einem sehr geringen Prozentsatz⁷¹ der Anleihen aus der Gesamtemission die Zinscoupons abgetrennt wurden, war das Marktvolumen für die ungestrippten Bundesanleihen z.B. neunmal größer als das Marktvolumen für die gestrippten Bundesanleihen (nur die Stammrechte = sog. Zerobonds). Das höhere Gesamtvolumen bedeutet wiederum – wie immer – eine höhere Liquidität (= Handelsvolumen), die zu einer engeren Geld-Brief-Spanne führte. Dabei ist unter dem Kostengesichtspunkt besonders zu beachten, dass die Abtrennung (Stripping) der Zinscoupons von den Stammrechten lediglich eine Umbuchung im Depot des Erwerbers, vorliegend der SICAVs, darstellt und überhaupt keine Kosten auslöst. Von daher wäre es für einen Investor, der wie die SICAVs in eine Änderung bzw. konkret das Sinken der sog. Zinsstrukturkurve investiert, ökonomischer Unsinn, dies mittels Erwerbs von bereits von den Zinscoupons entkernten Stammrechten (Zerobonds) zu tun. Daher liegt kein Missbrauch i.S.d. § 42 Abs. 2 S. 1 AO hinsichtlich dieser Vorgehensweise vor, da in jedem Fall beachtliche außersteuerliche, weil gewichtige ökonomische Gründe i.S.d. § 42 Abs. 2 S. 2 AO gegeben sind.

dd) Resumée zu Missbrauchsverhinderungsnormen

Was bleibt, ist folgende Feststellung: Der Anleger hat – aus steuerlichem Kalkül – die SICAV zwischengeschaltet. Mehr ist ihm nicht vorzuwerfen. Dass die Rechtsfolge davon ist, dass steuerfreie Erträge und korrespondierend ausgleichsfähige Verluste aus einer durch die Erträge aus dem Bondstripping gespeisten Zwischenausschüttung der SICAV entstehen, ist ein Problem der Rechtslage und deren etwaiger Lücken, stellt aber noch lange keinen Missbrauch steuerlicher Gestaltungsmöglichkeiten durch die Steuerpflichtigen dar. Wenn der Steuerpflichtige eine solche Lücke ausnutzt, dann hat das mit Miss-

brauch aber nichts zu tun. Er hat lediglich seine ihm vom BVerfG⁷² ständig zugesprochenen Rechte ausgenutzt, die Steuerlast optimieren zu dürfen.

5. Fazit und Ausblick

Es bleibt abzuwarten, wie der I. Senat des BFH in den beiden, bei ihm anhängigen Revisionsverfahren entscheidet. Die Sachverhalte, die dem Urteil FG Kassel bzw. dem Urteil des FG Düsseldorf jeweils zugrunde lagen, weichen partiell voneinander ab, so dass nicht in beiden Verfahren derselbe Ausgang gewiss ist. Bleibt der I. Senat seiner Linie treu, dürfte eine profilkalisch motivierte Stattgabe der Revision gegen das Urteil des FG Düsseldorf jedenfalls ausscheiden. Es bleibt spannend. Pantarei – alles ist im Fluss.

Jörn Matuszewski

Rechtsanwalt, Steuerberater

Partner der Kanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaft mbB, Düsseldorf.

Schwerpunkte: Tax Litigation, Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht, Ertragsteuerrecht, Errichtung von Stiftungen

Dr. Jens Kleinert

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht

Partner der Kanzlei Osborne Clarke Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaft mbB, Köln

Schwerpunkte: Vorweggenommene Erbfolge, Schenkungsteuerrecht, Ertragsteuerrecht, Stiftungssteuerrecht, Investmentsteuerrecht, Steuerrechtliche Compliance

71 So waren dies z.B. bei der in Fn. 71 spezifizierten Bundesanleihe in 2015 nur 7,98 %; s. dazu insbesondere <https://www.bundesbank.de/de/service/bundeswertpapiere/stripping> sowie die dort angegebenen Nachweise zum Stripvolumen etc.

72 Z.B. BVerfG v. 14.4.1959 – 1 BvL 23, 34/57, BVerfGE 9, 237; s. auch Großer Senat des BFH v. 29.11.1982 – GrS 1/81, BStBl. II 1983, 272 = FR 1983, 275.

Prof. Dr. Theodor Siegel, Kleinmachnow/Berlin

Eine systematische, prinzipienorientierte Einkommensteuer – eine Utopie? – Nachtrag zur Realteilung

Perspektiven im Gedenken an Peter Bareis

Der Verfasser hatte im Gedächtnisheft für Peter Bareis (FR Heft 8/2019) unter V. die Realteilung behandelt. Aufgrund eines tech-

nischen Versehens sind die dortigen Bilanzen nicht vollständig mit abgedruckt worden, was nun korrigiert wird. Wir bitten um