

Urteil vom 15. März 2021, I R 1/18

Teilweise inhaltsgleich mit BFH-Urteil vom 15.03.2021 I R 61/17 - Abkommensrechtliches Schachtelprivileg für Ausschüttungen einer Luxemburger SICAV

[ECLI:DE:BFH:2021:U.150321.IR1.18.0](#)

BFH I. Senat

DBA LUX 1958 Art 13 Abs 1, DBA LUX 1958 Art 20 Abs 2 S 3, DBA LUX 1958 Art 2 Abs 2, KStG § 1 Abs 1 Nr 1, KStG § 1 Abs 1 Nr 4, KStG § 1 Abs 1 Nr 5, KStG § 8 Abs 1 S 1, KStG § 8b Abs 5 S 1, InvStG § 11, EStG § 50d Abs 9 S 1 Nr 1, InvG § 96, InvG §§ 96ff, FGO § 155 S 1, ZPO § 293, KStG VZ 2011

vorgehend Hessisches Finanzgericht , 28. November 2017, Az: 4 K 1186/16

Leitsätze

1. NV: Nach der Rechtslage des Jahres 2011 sind Ausschüttungen einer Luxemburger SICAV an eine inländische KGaA, der mindestens 25 % der stimmberechtigten Anteile an der SICAV gehören, wegen des sog. abkommensrechtlichen Schachtelprivilegs des DBA-Luxemburg 1958 von der Besteuerung im Inland ausgenommen (ebenso Senatsurteil vom 15.03.2021 - I R 61/17).
2. NV: Das FG hat den Inhalt des ausländischen Rechts (hier: zur Möglichkeit einer Kapitalrückzahlung durch eine SICAV) festzustellen.

Tenor

Die Revision der Klägerin wegen gesonderter Feststellung des verbleibenden Verlustabzugs zur Körperschaftsteuer zum 31.12.2011 wird als unbegründet zurückgewiesen.

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Hessischen Finanzgerichts vom 29.11.2017 - 4 K 1186/16 im Übrigen aufgehoben.

Die Sache wird insoweit an das Hessische Finanzgericht zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

Diesem wird die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens übertragen.

Tatbestand

I.

- 1 Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) ist eine Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA), deren Kommanditaktien zu 75 % von F und zu 25 % von A gehalten werden. Persönlich haftende Gesellschafterin der Klägerin ist eine GbR (GbR), an der F zu 75 % und A zu 25 % beteiligt sind.
- 2 Die Klägerin erwarb am 15.12.2011 zum Kaufpreis von ... € (einschließlich Spesen) insgesamt ... Anteile (53,91 %) an einer SICAV-FIS (SICAV), einem am 24.10.2011 gegründeten Spezial-Investmentfonds mit variablem Aktienkapital in der Rechtsform der S.A. nach luxemburgischem Recht, den sie mit Sondereinlage der GbR in Höhe von ... € und im Übrigen mit einem Kontokorrentkredit der ...-Bank finanzierte. Die Klägerin veräußerte die Anteile an der SICAV am 28.12.2011 und erzielte dabei nach Abzug von Spesen einen Veräußerungserlös in Höhe von ... €. Der insoweit von der Klägerin ermittelte Veräußerungsverlust in Höhe von ... € ergab sich aus folgenden Umständen:

- 3 Im ersten Geschäftsjahr, dem Rumpfgeschäftsjahr 2011/2012, bestand die Vermögensanlage und die Geschäftstätigkeit der SICAV im Wesentlichen in dem Erwerb und der Veräußerung von festverzinslichen Wertpapieren und im Halten von Bankguthaben. Hieraus erzielte sie nach Abzug aller Aufwendungen einen Verlust in Höhe von ... €. In der Ertrags- und Aufwandsrechnung für den Berichtszeitraum 2011/2012 weist die SICAV nur Zinsen aus Bankguthaben in Höhe von ... € als positiven Ertrag sowie einen positiven Aufwandsausgleich in Höhe von ... € aus. In der Vermögensentwicklung weist die SICAV ferner u.a. realisierte Gewinne in Höhe von ... € sowie realisierte Verluste in Höhe von ... € aus. Zum 30.09.2012 hatte die SICAV ein im Wesentlichen aus Bankguthaben bestehendes Aktivvermögen in Höhe von ... € und ein Nettovermögen in Höhe von ... €.
- 4 Die SICAV nahm im Geschäftsjahr 2011/2012 insgesamt drei als Zwischenausschüttungen bezeichnete Zahlungen an ihre jeweiligen Anleger vor. Die Zwischenausschüttungen erfolgten am 05.12.2011 in Höhe von ... € je Anteilsschein, am 22.12.2011 in Höhe von ... € je Anteilsschein und am 24.09.2012 in Höhe von ... € je Anteilsschein.
- 5 Die SICAV erwirtschaftete weder im Zeitraum von ihrer Gründung bis zur Zwischenausschüttung am 05.12.2011 noch im Zeitraum nach dieser Zahlung bis zur Zwischenausschüttung am 22.12.2011 einen Nettovermögenszuwachs aus eigenen Mitteln. Vielmehr wurden erzielte Wertsteigerungen (insbesondere hinsichtlich der Stückzinsen) durch gegenläufige Aufwendungen kompensiert. Gleichwohl gab die SICAV in ihren im Inland erfolgten Bekanntmachungen der Angaben gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 des Investmentsteuergesetzes in der im Streitjahr (2011) geltenden Fassung (InvStG 2004) jeweils an, dass der "Betrag der Ausschüttung" jeweils dem "Betrag der ausgeschütteten Erträge" entspreche. Ferner gab sie ausschüttungsgleiche Erträge hinsichtlich der Zahlung am 22.12.2011 in Höhe von ... € je Anteilsschein an.
- 6 Nach den Feststellungen des Bundeszentralamts für Steuern (BZSt) beruhten die hinsichtlich der Zwischenausschüttung bekanntgemachten "ausgeschütteten Erträge" und "ausschüttungsgleichen Erträge" darauf, dass die SICAV jeweils einige Tage vor der jeweiligen Zwischenausschüttung festverzinsliche Wertpapiere erworben und zunächst jeweils vor der Zwischenausschüttung die Zinsscheine isoliert (d.h. ohne die Wertpapiere) an die ...-Bank veräußert hatte, so dass die betroffenen Wertpapiere ab der Abtrennung der Zinsscheine unter einer neuen Wertpapier-Kennnummer ohne Zinsscheine gehandelt wurden und werden (sog. Bondstripping). Die aus der Veräußerung der Zinsscheine erzielte Liquidität verwendete die SICAV für die Zwischenausschüttungen. Wenige Tage nach der jeweiligen Zwischenausschüttung veräußerte die SICAV auch die --nunmehr ohne Zinsscheine gehandelten-- Wertpapiere zu dem auf Grund der Abtrennung der Zinsscheine abgezinsten Wert des Wertpapiers.
- 7 Jeweils am Tag der Anschaffung der festverzinslichen Wertpapiere ging die SICAV sog. Euro-BUXL-Futures ein, die nach den Feststellungen des BZSt nicht mit den von der SICAV angeschafften festverzinslichen Wertpapieren hätten erfüllt werden können, aber gleichwohl wirtschaftlich weitgehend gegenläufige Ertrags- und Verlustchancen beinhalteten. Die Future-Positionen wurden teils am jeweiligen Tag der Veräußerung der Zinsscheine und im Übrigen am jeweiligen Tag der Veräußerung der (nunmehr ohne Zinsscheine gehandelten) Wertpapiere geschlossen. Zwischen dem jeweiligen Tag der Veräußerung der Wertpapiere und der Anschaffung der nächsten Wertpapiere hielt die SICAV ihr Vermögen jeweils überwiegend als Bankguthaben.
- 8 Die SICAV unterlag in Luxemburg nur der sog. Fondssteuer in Höhe von 0,01 % pro Jahr. Bemessungsgrundlage hierfür bildete der Nettovermögenswert am Ende eines Quartals. Auf die Ausschüttungen an die Anteilseigner wurde nach luxemburgischem Steuerrecht keine (Quellen-)Steuer erhoben.
- 9 Die Klägerin war nur im Zeitpunkt der Zwischenausschüttung vom 22.12.2011 an der SICAV beteiligt. Ihr flossen aus dieser Zwischenausschüttung insgesamt ... € zu. In ihrem Jahresabschluss zum 31.12.2011 wies sie die Zwischenausschüttung als "Erträge aus Beteiligungen" aus. In Summe wies die Klägerin in ihrem Jahresabschluss hinsichtlich der SICAV somit einen Verlust in Höhe von ... € aus (= ... € "Erträge aus Beteiligungen" ./... € Veräußerungsverlust), der in Höhe von ... € auf den von der Klägerin selbst entrichteten Spesen beruhte. Zur Finanzierung der Anschaffung der Anteile an der SICAV fielen zudem Zinsaufwendungen in Höhe von ... € an. Unter Berücksichtigung der weiteren (nicht streitigen) Geschäftsvorfälle erzielte die Klägerin einen Jahresfehlbetrag in Höhe von ... €. Dieser Jahresfehlbetrag setzt sich zusammen aus dem Jahresfehlbetrag (ohne Verlustanteil der persönlich haftenden Gesellschafterin) in Höhe von ... € und dem von der GbR entsprechend dem Verhältnis ihrer Hafteinlage zum eingezahlten Kommanditkapital zu übernehmenden Verlustanteil in Höhe von ... €. Der von der GbR übernommene Verlustanteil wird in der Gewinn- und Verlustrechnung der Klägerin als Ertrag ausgewiesen.
- 10 Diese Beträge legte die Klägerin ihren Körperschaftsteuer- und Gewerbesteuererklärungen für das Streitjahr zugrunde. Sie gab ferner an, dass die "Erträge aus Beteiligungen" in Höhe von ... € nach Art. 20 Abs. 2 Satz 3 des

Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Großherzogtum Luxemburg zur Vermeidung der Doppelbesteuerungen und über gegenseitige Amts- und Rechtshilfe auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen sowie der Gewerbesteuern und der Grundsteuern vom 23.08.1958 (BGBl II 1959, 1270, BStBl I 1959, 1023) i.d.F. des Ergänzungsprotokolls vom 15.06.1973 (BGBl II 1978, 111, BStBl I 1978, 73) --DBA-Luxemburg 1958-- steuerfrei seien.

- 11** Das BZSt teilte dem Beklagten und Revisionsbeklagten (Finanzamt --FA--) über die zuständige Oberfinanzdirektion mit, die SICAV unterliege dem Investmentsteuergesetz und der Erlös aus der Veräußerung der Zinsscheine sei als ausgeschütteter Kapitalertrag zu berücksichtigen. Es sei keine Verrechnung mit den erworbenen Stückzinsen und mit den Veräußerungsgewinnen aus den festverzinslichen Wertpapieren geboten. Das FA behandelte die von der Klägerin als steuerfrei erklärten "Erträge aus Beteiligungen" als steuerpflichtig. Die Ausschüttung der SICAV erfülle nicht die Voraussetzungen des Art. 20 Abs. 2 Satz 3 DBA-Luxemburg 1958.
- 12** Einspruch und Klage blieben erfolglos. Das Hessische Finanzgericht (FG) führte in seinem in Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG) 2018, 622 abgedruckten Urteil vom 29.11.2017 - 4 K 1186/16 aus, zwar komme durchaus in Betracht, dass eine Schachtelbeteiligung i.S. von Art. 20 Abs. 2 Satz 3 DBA-Luxemburg 1958 bestanden habe, die Steuerfreistellung scheitere aber jedenfalls daran, dass die Klägerin von der SICAV keine nach Art. 20 Abs. 2 Satz 3 DBA-Luxemburg 1958 freizustellende Dividende, sondern eine Kapitalrückzahlung erhalten habe.
- 13** Dagegen wehrt sich die Klägerin mit ihrer Revision, die sie auf die Verletzung von Bundesrecht stützt.
- 14** Die Klägerin beantragt, das angefochtene Urteil aufzuheben und den Körperschaftsteuerbescheid 2011, den Bescheid über die gesonderte Feststellung des verbleibenden Verlustvortrags zur Körperschaftsteuer zum 31.12.2011 sowie den Gewerbesteuermessbescheid für 2011, jeweils vom 08.09.2015 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 25.05.2016, dahingehend zu ändern, dass die von der Klägerin bezogene Dividende in Höhe von ... € als steuerfrei behandelt wird.
- 15** Das FA beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

II.

- 16** Die Revision ist hinsichtlich des Bescheids zur gesonderten Feststellung des verbleibenden Verlustabzugs zur Körperschaftsteuer zum 31.12.2011 unbegründet und daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung --FGO--), da es sich insoweit um einen nicht mit Erfolg anfechtbaren Folgebescheid handelt (dazu 1.). Im Übrigen ist die Revision begründet und führt zur Aufhebung des FG-Urteils und zur Zurückverweisung der Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das FG (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO). Soweit die Körperschaftsteuer 2011 betroffen ist, fehlt es bereits an einem noch durchzuführenden Feststellungsverfahren (dazu 2.). Ansonsten reichen die Feststellungen des FG nicht aus, um abschließend darüber entscheiden zu können, ob die von der Klägerin bezogene Dividende in Höhe von ... € nach Art. 20 Abs. 2 Satz 3 DBA-Luxemburg 1958 steuerfrei ist (dazu 3.).
- 17** 1. Dem Bescheid zur gesonderten Feststellung des verbleibenden Verlustabzugs zur Körperschaftsteuer zum 31.12.2011 kommt aufgrund der Regelungen des § 10d Abs. 4 Satz 4 des Einkommensteuergesetzes in der im Streitjahr geltenden Fassung (EStG) i.V.m. § 8 Abs. 1 des Körperschaftsteuergesetzes in der im Streitjahr geltenden Fassung (KStG) die Wirkung eines Folgebescheids zu. Die vorgenannten Vorschriften ordnen die entsprechende Anwendung des § 351 Abs. 2 der Abgabenordnung (AO) an, wonach Entscheidungen in einem Grundlagenbescheid nur durch Anfechtung dieses Bescheids, nicht auch durch Anfechtung des Folgebescheids angegriffen werden können. Einsprüche und Klagen gegen die Feststellungsbescheide, die auf Einwendungen gegen die Grundlagenbescheide gestützt werden, sind daher unbegründet (vgl. Senatsurteil vom 27.06.2018 - I R 13/16, BFHE 262, 340, BStBl II 2019, 632). Die genannten Vorschriften sind im Streitfall auch anwendbar, da die Körperschaftsteuererklärung nach dem 13.12.2010 beim FA eingereicht worden ist (vgl. § 52 Abs. 25 Satz 5 EStG i.d.F. des Jahressteuergesetzes 2010 --JStG 2010-- vom 08.12.2010, BGBl I 2010, 1768, BStBl I 2010, 1394).
- 18** 2. Hinsichtlich der Körperschaftsteuer 2011 ist nicht abschließend geklärt, ob die Ergebnisanteile des persönlich haftenden Gesellschafters einer KGaA Gegenstand eines Verfahrens zur gesonderten und einheitlichen Gewinnfeststellung sind. Die Klärung dieser Frage kann aber nur im Rahmen eines vorzuschaltenden

Feststellungsverfahrens erfolgen (vgl. Senatsbeschluss vom 29.06.2016 - I B 32/16, BFH/NV 2016, 1679; Senatsurteil vom 15.03.2017 - I R 41/16, BFHE 258, 246). Schon aus diesem Grund kann das FG-Urteil insoweit keinen Bestand haben. Die Sache ist nicht spruchreif, da über die Rechtmäßigkeit des streitbefangenen Körperschaftsteuerbescheids 2011 erst nach Erlass eines Feststellungsbescheids entschieden werden kann. Das FG hat das Verfahren insoweit im zweiten Rechtsgang gemäß § 74 FGO auszusetzen und damit dem FA Gelegenheit zu geben, die fehlende Feststellung nachzuholen (vgl. Senatsurteil vom 30.09.2020 - I R 12/17, BFHE 270, 450).

- 19** 3. Hinsichtlich des Gewerbesteuermessbetrags 2011 kann der Senat auf Grundlage der Feststellungen des FG nicht abschließend darüber entscheiden, ob die Ausschüttungen der SICAV als Schachteldividenden nach Art. 20 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Satz 3 DBA-Luxemburg 1958 von der Besteuerung in der Bundesrepublik Deutschland (Deutschland) auszunehmen waren.
- 20** a) Nach § 2 Abs. 2 Satz 1 des Gewerbesteuergesetzes in der im Streitjahr geltenden Fassung (GewStG) gilt als Gewerbebetrieb stets und in vollem Umfang die Tätigkeit der Kapitalgesellschaften, insbesondere auch der KGaA. Die von der SICAV erhaltenen Leistungen gehören insoweit zum gewerbesteuerpflichtigen Gewerbeertrag der Klägerin, bei dem es sich gemäß § 7 Satz 1 GewStG um den nach den Vorschriften des Einkommensteuergesetzes oder des Körperschaftsteuergesetzes zu ermittelnden Gewinn aus dem Gewerbebetrieb handelt, vermehrt und vermindert um die in den §§ 8 und 9 GewStG bezeichneten Beträge.
- 21** b) Die von der SICAV erhaltenen Zahlungen bleiben nicht nach dem (innerstaatlichen) Schachtelprivileg des § 8b Abs. 1 Satz 1 KStG bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz. Denn es handelt sich dabei um auf Investmentanteile ausgeschüttete Erträge bzw. Zwischengewinne i.S. des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG, auf die nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 InvStG 2004 § 8b Abs. 1 KStG grundsätzlich nicht anwendbar ist. Der Begriff der Investmentanteile i.S. des § 2 Abs. 1 InvStG 2004 erstreckt sich gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 2 InvStG 2004 auch auf ausländische Investmentanteile i.S. des § 2 Abs. 9 des vormaligen Investmentgesetzes in der für das Streitjahr geltenden Fassung (InvG). Nach der Begriffsbestimmung des § 2 Abs. 9 InvG sind ausländische Investmentanteile Anteile an ausländischen Investmentvermögen, die von einem Unternehmen mit Sitz im Ausland ausgegeben werden (ausländische Investmentgesellschaft), und bei denen der Anleger verlangen kann, dass ihm gegen Rückgabe des Anteils sein Anteil an dem ausländischen Investmentvermögen ausgezahlt wird, oder bei denen der Anleger kein Recht zur Rückgabe der Anteile hat, aber die ausländische Investmentgesellschaft in ihrem Sitzstaat einer Aufsicht über Vermögen zur gemeinschaftlichen Kapitalanlage unterstellt ist. Nach den von den Beteiligten nicht angegriffenen Feststellungen der Vorinstanz sind diese Voraussetzungen im Fall der SICAV erfüllt.
- 22** Die Ausnahmeregelung des § 2 Abs. 2 Satz 1 InvStG 2004, wonach § 8b KStG auf ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge i.S. des § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 sowie Satz 2 EStG anzuwenden ist, greift vorliegend nicht ein, weil diese Tatbestände nur inländische Erträge erfassen. Ebenso wenig greift der Ausnahmetatbestand des § 2 Abs. 2 Satz 2 InvStG 2004 i.V.m. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 sowie Satz 2 EStG ein, der zwar auch ausländische Erträge erfasst, aber lediglich hier nicht verfahrensgegenständliche Kapitaleinkünfte nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 oder Satz 2 sowie Abs. 3 EStG betrifft.
- 23** c) Das FG ist zunächst ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, dass die Anwendung des DBA-Luxemburg 1958 auf die Ausschüttungen der SICAV nicht gemäß Nr. 1 des Schlussprotokolls zum Abkommen (Schlussprotokoll) ausgeschlossen ist. Danach gilt das Abkommen "nicht für Holdinggesellschaften im Sinne der besonderen luxemburgischen Gesetze (zur Zeit Gesetze vom 31. Juli 1929 und 27. Dezember 1937)" und auch nicht für Einkünfte, die eine Person mit Wohnsitz in Deutschland von diesen Holdinggesellschaften bezieht, und für Anteile an diesen Gesellschaften, die dieser Person gehören.
- 24** aa) Bei der SICAV handelt es sich nach den den Senat gemäß § 118 Abs. 2 FGO bindenden Feststellungen der Vorinstanz zum Luxemburger Recht zunächst nicht um eine Holdinggesellschaft in diesem Sinne (ebenso im Ergebnis Senatsurteil vom 15.03.2021 - I R 61/17, BFHE 272, 399).
- 25** bb) Das FG hat hierzu die Auffassung vertreten, dass der Typ der Holdinggesellschaft basierend auf dem Luxemburger Gesetz vom 31.07.1929 zum 01.01.2007 abgeschafft worden sei. Dem lässt sich noch hinzufügen, dass nach Steichen in Wassermeyer, Anh. Luxemburg Rz 130 (Stand: Oktober 2008) die nach dem 01.08.2006 gegründeten Gesellschaften nicht mehr in den Genuss des "Holding-1929-Regimes" gekommen sind (s.a. Senatsurteil vom 15.03.2021 - I R 61/17, BFHE 272, 399).
- 26** cc) Die dagegen vorgebrachten Einwände des FA haben keinen Erfolg (s.a. Senatsurteil vom 15.03.2021 - I R 61/17, BFHE 272, 399).

- 27** Soweit vorgetragen worden ist, durch die Verwendung des Terminus "zur Zeit" in Nr. 1 des Schlussprotokolls hätten die Vertragsstaaten zum Ausdruck gebracht, dass die Ausschlussklausel nicht auf Holdinggesellschaften im Sinne der Luxemburger Gesetze vom 31.07.1929 und 27.12.1937 beschränkt sei und vielmehr auch solche luxemburgischen Gesellschaften erfasst würden, die fortentwickeltem Luxemburger Recht unterlägen, das vergleichbar den Gesetzen vom 31.07.1929 und 27.12.1937 eine besondere steuerliche Privilegierung regelt, ist dem nicht zu folgen (vgl. Senatsurteil vom 15.03.2021 - I R 61/17, BFHE 272, 399): Die Ausschlussklausel der Nr. 1 des Schlussprotokolls zielt nicht allgemein auf in Luxemburg steuerbefreite, in Konzernfunktionen agierende Unternehmen, sondern speziell auf Unternehmen des Typus Holdinggesellschaft nach den Luxemburger Gesetzen ab. Mit Abschaffung des speziellen gesetzlichen Besteuerungsregimes für Holdinggesellschaften in Luxemburg ist daher die Grundlage für die Ausschlussklausel entfallen. Eine über den Abkommenswortlaut hinausgehende, teleologisch oder gleichheitsrechtlich motivierte Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Ausschlussklausel auf andere in Luxemburg steuerbegünstigte Betätigungsformen --wie die der SICAV-- ist nicht möglich (vgl. zur Bedeutung des Abkommenswortlauts als Auslegungsgrenze z.B. Senatsurteil vom 30.05.2018 - I R 62/16, BFHE 262, 54; Lehner in Vogel/Lehner, DBA, 6. Aufl., Grundlagen Rz 106a; Drüen in Tipke/Kruse, § 2 AO Rz 41).
- 28** Die SICAV werden auch nicht deshalb zu Holdinggesellschaften im Sinne der Luxemburger Gesetze, weil die Luxemburger Behörden es offenbar geduldet haben, dass die steuerbegünstigten Holdinggesellschaften neben den Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem Erwerb, der Verwaltung und der Veräußerung von Beteiligungen auch im Wertpapierbereich tätig gewesen sind. Es ist insoweit nicht erkennbar und auch nicht vorgetragen, dass nach der Luxemburger Praxis selbst solche Unternehmen unter das Besteuerungsregime der Holdinggesellschaften gefallen sind, die --wie die SICAV-- keine Beteiligungen an anderen Unternehmen gehalten haben, sondern ausschließlich im Wertpapierbereich tätig gewesen sind.
- 29** Schließlich wird das vom FG gefundene Ergebnis durch den dem Senat im Verfahren I R 61/17, BFHE 272, 399 bekannt gewordenen Schriftwechsel zwischen dem Bundesministerium der Finanzen (BMF) und dem Luxemburger Finanzministerium aus dem Jahr 1993 bestätigt. Dort begründet das Luxemburger Finanzministerium mit Schreiben an das BMF vom 16.07.1993, aus welchen Gründen die Investmentgesellschaften "sicav" und "sica" keine Holdinggesellschaften im Sinne der Nr. 1 des Schlussprotokolls seien und diesen strukturell auch nicht gleichgesetzt werden könnten. Das BMF hat sich dem damaligen Bundesamt für Finanzen gegenüber in einem Schreiben vom 29.07.1993 dieser Auffassung angeschlossen. Dass es auch Staaten gegeben haben mag, die den Luxemburger SICAV auf der Grundlage ihrer Abkommen mit Luxemburg keinen Abkommenschutz eingeräumt haben, vermag die Auslegung der Nr. 1 des Schlussprotokolls zum DBA-Luxemburg 1958 nicht zu beeinflussen.
- 30** d) Die Ausschüttungen der SICAV unterfallen auch der Verteilungsvorschrift des Art. 13 Abs. 1 DBA-Luxemburg 1958 (Senatsurteil vom 15.03.2021 - I R 61/17, BFHE 272, 399). Diesem zufolge steht dem Wohnsitzstaat --im Streitfall Deutschland-- das Besteuerungsrecht für Dividenden zu, die eine Person mit Wohnsitz in einem der Vertragsstaaten aus dem anderen Staat bezieht. Dem anderen Vertragsstaat verbleibt aber nach Maßgabe von Art. 13 Abs. 2 bis 4 DBA-Luxemburg 1958 das Recht zum Steuerabzug an der Quelle.
- 31** Die Anwendbarkeit des Dividendenartikels folgt aus Nr. 12 des Schlussprotokolls. Nach dessen Satz 1 macht u.a. der Besitz von Aktien den Besitzer nicht zum Unternehmer oder Mitunternehmer. Satz 2 der Vorschrift bestimmt, dass Einkünfte aus diesen Wertpapieren und Anteilen "als Dividenden (Artikel 13) behandelt" werden. Bei den Ausschüttungen der SICAV handelt es sich um Einkünfte aus Aktien im Sinne von Nr. 12 Satz 1 des Schlussprotokolls, weil die SICAV eine besondere Form der Luxemburger société anonyme, einer Aktiengesellschaft, ist. In diesem Zusammenhang ist es unerheblich, dass es sich bei den Einkünften nach dem nationalen Recht Deutschlands um Einkünfte handelt, die nach den Vorgaben des Investmentsteuergesetzes 2004 zu ermitteln sind. Aufgrund der ausdrücklichen abkommensrechtlichen Regelung in Nr. 12 Satz 2 des Schlussprotokolls ist insoweit kein Raum für einen Rückgriff auf das nationale Recht.
- 32** e) Grundsätzlich werden nach Art. 20 Abs. 2 Satz 1 DBA-Luxemburg 1958 von der Bemessungsgrundlage für die Steuer des Wohnsitzstaats (hier: Deutschland) die Einkünfte und Vermögensteile ausgenommen, für die nach den vorhergehenden Artikeln der andere Staat (hier: Luxemburg gemäß Art. 13 Abs. 2 DBA-Luxemburg 1958) das Besteuerungsrecht hat. Bei Dividenden gilt dies jedoch gemäß Art. 20 Abs. 2 Satz 3 DBA-Luxemburg 1958 nur für Dividenden, die einer Kapitalgesellschaft von einer Kapitalgesellschaft mit Wohnsitz in dem anderen Staat gezahlt werden, deren stimmberechtigte Anteile zu mindestens 25 % der erstgenannten Gesellschaft gehören. Ob die letztgenannten Voraussetzungen im Streitfall vorliegen, vermag der Senat auf Grundlage der tatrichterlichen Feststellungen indessen nicht zu entscheiden.

- 33** aa) Dass es sich bei der Klägerin um eine Kapitalgesellschaft i.S. des Art. 20 Abs. 2 Satz 3 DBA-Luxemburg 1958 handelt, die im Streitjahr zu mindestens 25 % an der SICAV beteiligt war, steht zwischen den Beteiligten nicht im Streit. Der Senat sieht dazu von eigenen Ausführungen ab.
- 34** bb) Mit dem FG ist die in Luxemburg ansässige und von dort aus geleitete (vgl. Art. 3 Abs. 5 Satz 1 DBA-Luxemburg 1958) SICAV auch eine Kapitalgesellschaft i.S. des Art. 20 Abs. 2 Satz 3 DBA-Luxemburg 1958 (Senatsurteil vom 15.03.2021 - I R 61/17, BFHE 272, 399; FG Düsseldorf, Urteile vom 17.10.2017 - 6 K 1441/14 K,G,F, EFG 2017, 1939, und vom 17.12.2018 - 2 K 3874/15 F, EFG 2019, 505 [Revision anhängig unter I R 8/19]).
- 35** aaa) Mangels eigenständiger Definition oder sonstiger Anknüpfungspunkte für die Begriffsbestimmung im DBA-Luxemburg 1958 ist für den Begriff der Kapitalgesellschaft das Verständnis Deutschlands als des Anwenderstaats maßgeblich. Denn nach Art. 2 Abs. 2 DBA-Luxemburg 1958 wird bei der Anwendung des Abkommens durch einen Vertragsstaat jeder Begriff, der nicht in diesem Abkommen bestimmt ist, die Auslegung erfahren, die sich aus den Gesetzen ergibt, die in dem Vertragsstaat in Kraft sind und sich auf Steuern im Sinne dieses Abkommens beziehen, falls der Zusammenhang keine andere Auslegung erfordert. Für die Klassifikation als Kapitalgesellschaft aus deutscher Sicht hat das FG zutreffend auf den Tatbestand des § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG abgestellt, der als Kapitalgesellschaften insbesondere Europäische Gesellschaften, Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und Gesellschaften mit beschränkter Haftung anführt. Bei ausländischen Gesellschaften ist darauf abzustellen, ob sie dem Typ nach einer unter § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG fallenden Kapitalgesellschaft entsprechen (vgl. Senatsurteile vom 20.08.2008 - I R 34/08, BFHE 222, 521, BStBl II 2009, 263; vom 06.06.2012 - I R 52/11, BFHE 237, 356, BStBl II 2014, 240).
- 36** bbb) Das FG ist davon ausgegangen, dass die SICAV trotz ihrer besonderen Form und des variablen Kapitals auch eine société anonyme, d.h. eine Aktiengesellschaft des luxemburgischen Rechts sei, die sich durch eine eigene Rechtspersönlichkeit, ein getrenntes Vermögen, keine über die Einlagen hinausgehende Haftung der Anleger und durch die Fremdganschaft auszeichne und mithin dem Typus einer Kapitalgesellschaft in Form einer Investmentaktiengesellschaft mit veränderlichem Kapital (§§ 96 ff. InvG, s. jetzt §§ 108 ff. des Kapitalanlagegesetzbuchs --KAGB--) entspreche, die wiederum auf dem Vorbild der Luxemburger SICAV beruhe (ebenso Urteil des FG Düsseldorf in EFG 2019, 505). Als besondere Form der Aktiengesellschaft sei die Investmentaktiengesellschaft --und folglich auch die SICAV-- eine Kapitalgesellschaft i.S. von § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG.
- 37** ccc) Die vom FG festgestellte Vergleichbarkeit der gesellschaftsrechtlichen Strukturen von SICAV und Investmentaktiengesellschaft wird vom FA nicht in Abrede gestellt. Es ist jedoch der Auffassung, dass es sich bei SICAV und Investmentaktiengesellschaften nicht um Aktiengesellschaften i.S. des § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG, sondern um eigenständige Rechtsformen handelt, die unter § 1 Abs. 1 Nr. 4 KStG (sonstige juristische Personen des privaten Rechts) zu subsumieren seien. Dem ist nicht zu folgen (s.a. Senatsurteil vom 15.03.2021 - I R 61/17, BFHE 272, 399).
- 38** (1) Nach den Feststellungen des FG wurde die Möglichkeit zur Gründung einer SICAV u.a. mit dem (Luxemburger) Gesetz "concernant les organismes de placement collectif" (über Organismen für gemeinsame Anlagen --OGAW--) vom 20.12.2002 geschaffen. Gemäß Art. 25 dieses Gesetzes gelten als SICAV Gesellschaften in Form einer Aktiengesellschaft nach luxemburgischem Recht (société anonyme), deren ausschließlicher Zweck darin besteht, die ihr zur Verfügung stehenden Mittel nach dem Grundsatz der Risikostreuung in Wertpapieren und/oder anderen liquiden Finanzanlagen i.S. von Art. 41 Abs. 1 dieses Gesetzes anzulegen und ihren Anteilshabern das Ergebnis der Verwaltung ihrer Vermögenswerte zukommen zu lassen, deren Anteile zum Vertrieb im Wege eines öffentlichen Angebotes oder einer Privatplatzierung bestimmt sind und deren Satzung bestimmt, dass ihr Kapital zu jeder Zeit dem Nettovermögen der Gesellschaft entspricht. Gemäß Art. 26 des Gesetzes vom 20.12.2002 gelten vorbehaltlich anderweitiger Bestimmungen dieses Gesetzes für SICAV die auf Aktiengesellschaften (société anonyme) anwendbaren Bestimmungen, wobei die société anonyme in Art. 23 ff. des luxemburgischen Gesetzes vom 10.08.1915 über die Handelsgesellschaften geregelt ist. Die Besonderheiten der SICAV bestehen danach darin, dass das Kapital zu jeder Zeit dem Nettovermögen der Gesellschaft entspricht und die Anleger, die Mitglieder der Gesellschaft und damit Aktionäre sind, jederzeit das Recht haben, die Anteile zurückzugeben. Dennoch sind sie aber nicht unmittelbar an dem Fondsvermögen beteiligt, sondern besitzen lediglich Aktien an dem Fonds. Die besonderen Bestimmungen, die im Gesetz vom 20.12.2002 hinsichtlich der Investmentgesellschaft mit variablem Kapital eingeführt wurden, dienen den fondsspezifischen Besonderheiten und Anforderungen des Kapitalmarktes bzw. dem Anlegerschutz. So unterliegen OGAW etwa besonders strengen Regeln betreffend Investitionspolitik und Risikostreuung.
- 39** (2) Das FG ist zunächst zutreffend davon ausgegangen, dass die société anonyme luxemburgischen Rechts einer

deutschen AG entspricht (vgl. BMF-Schreiben vom 24.12.1999, BStBl I 1999, 1076, dort Tabelle 1). Die AG ist --ebenso wie die société anonyme-- eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, deren Gesellschafter mit Einlagen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital beteiligt sind. Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet den Gläubigern gegenüber jeweils nur das Gesellschaftsvermögen und ist die Gesellschaft jeweils mit der Übernahme aller Aktien (Zeichnung) durch die Gründer errichtet bzw. entsteht sie mit der Eintragung in das Handelsregister. Danach ist eine société anonyme im Rahmen des Typenvergleichs grundsätzlich als Kapitalgesellschaft anzusehen (ebenso Urteil des FG Düsseldorf in EFG 2017, 1939; s.a. BMF-Schreiben vom 02.12.2013, BStBl I 2013, 1506).

- 40** (3) Das FG ist auch zutreffend davon ausgegangen, dass die SICAV der deutschen Investmentaktiengesellschaft mit veränderlichem Kapital nach §§ 96 ff. InvG entspricht und dass sie gegenüber der société anonyme keine derartigen Besonderheiten aufweist, die es rechtfertigen würden, sie trotz ihrer Grundstruktur nicht mehr als Aktiengesellschaft einzuordnen.
- 41** (a) § 96 Abs. 1 Satz 1 InvG bestimmt, dass Investmentaktiengesellschaften "nur in der Rechtsform der Aktiengesellschaft" betrieben werden dürfen. § 99 Abs. 1 InvG ordnet an, dass die Investmentaktiengesellschaften --mit Ausnahme der dort aufgeführten Einzelbestimmungen-- den Vorschriften des Aktiengesetzes unterliegen, soweit sich aus den Vorschriften des dritten Kapitels des Investmentgesetzes nichts anderes ergibt. Dies zeigt, dass der Gesetzgeber die Investmentaktiengesellschaft als spezielle Form der Aktiengesellschaft, nicht aber als Rechtsform sui generis versteht (ebenso Mühler, Die Investmentaktiengesellschaft mit veränderlichem Kapital, 2014, S. 61: "besondere Form der AG"; vgl. auch Neumann, Betriebs-Berater 2013, 669, 670, und Fischer/Steck in Berger/Steck/Lübbehüsen, InvG/InvStG, § 96 InvG Rz 1: "vollwertige Aktiengesellschaft"). Ein triftiger Grund dafür, dieses Verständnis nicht auch auf den Tatbestand des § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG zu übertragen, ist nicht erkennbar (im Ergebnis ebenso Schäfer in Moritz/Jesch, InvStG, 1. Aufl., § 11 Rz 38; Englisch in Berger/Steck/Lübbehüsen, a.a.O., § 11 InvStG Rz 21; Blümich/Rengers, § 1 KStG Rz 146 "Luxemburg"; Blümich/Mann, § 11 InvStG 2004 Rz 8; Klein in Herrmann/Heuer/Raupach, § 1 KStG Rz 30a). Insoweit ist zu berücksichtigen, dass das Gesetz mit den in § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 KStG angeführten Steuerpflichtigen innerhalb der Gruppe der juristischen Personen (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 KStG) die Gesellschaften (Kapitalgesellschaften, Genossenschaften und Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit) erfasst, während § 1 Abs. 1 Nr. 4 KStG im Wesentlichen auf die rechtsfähigen Vereine und rechtsfähigen Stiftungen abzielt (vgl. Levedag in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, § 1 Rz 50; Drüen in Frotscher/Drüen, KStG/GewStG/UmwStG, § 1 KStG Rz 38). Dies spricht dafür, auch alle Sonderformen der in § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 KStG erfassten Gesellschaftstypen unter diese Bestimmungen und nicht unter den Tatbestand des § 1 Abs. 1 Nr. 4 KStG zu subsumieren. Soweit die Revision im Bereich der Anwendung der abkommensrechtlichen Schachtelprivilegien eine einschränkende Auslegung des § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG befürwortet, fehlt es dafür an einem hinreichenden Differenzierungsgrund.
- 42** (b) Dem FA ist einzuräumen, dass für die Investmentaktiengesellschaft durchaus gewichtige Abweichungen von den allgemeinen Regeln des Aktiengesetzes gelten: So verfügt die Investmentaktiengesellschaft über kein festes Grundkapital (§ 1 Abs. 2 des Aktiengesetzes --AktG--), sondern über ein "Gesellschaftskapital", dessen Wert dem Wert des Gesellschaftsvermögens entspricht (§ 96 Abs. 1 Satz 4, Abs. 1a, § 104 InvG; dazu z.B. Mühler, a.a.O., S. 157 ff.; Fock/Hartig in Wachter [Hrsg.], Festschrift für Sebastian Spiegelberger zum 70. Geburtstag, Vertragsgestaltung im Zivil- und Steuerrecht, 2009, S. 653, 658 f.); dies hat zur Konsequenz, dass abweichend von § 8 AktG ausschließlich nennbetragslose Stückaktien ausgegeben werden können (§ 96 Abs. 1 Satz 3 InvG); den Aktionären steht in den Grenzen des § 105 Abs. 2 InvG das Recht zu, dass ihnen gegen Rückgabe von Aktien ihr Anteil am Gesellschaftskapital ausgezahlt wird; das aktienrechtliche Prinzip der Satzungsstrenge (§ 23 Abs. 5 AktG) gilt gemäß § 99 Abs. 1 InvG nicht für die Investmentaktiengesellschaft. Diese Besonderheiten führen indessen nicht dazu, dass die Investmentaktiengesellschaft für die Zwecke des § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG nicht als besondere Form der Aktiengesellschaft anzusehen ist.
- 43** (c) Soweit bezweifelt worden ist, dass es sich bei den Anlageaktionären einer Investmentaktiengesellschaft, die --anders als die Unternehmensaktionäre (§ 96 Abs. 1b InvG)-- nicht an der Hauptversammlung teilnehmen dürfen und die grundsätzlich kein Stimmrecht haben (§ 96 Abs. 1c InvG), überhaupt um Gesellschaftsmitglieder handelt oder ob insoweit nicht vielmehr Austauschverhältnisse vorliegen (vgl. Fock/Hartig, a.a.O., S. 659 f.), kommt dem für die Beurteilung des Streitfalls keine Relevanz zu. Denn es besteht auf der Grundlage der Feststellungen des FG kein Anhalt dafür, dass die Rechtsstellung der Klägerin in Bezug auf die SICAV mit der eines Anlageaktionärs bei der Investmentaktiengesellschaft i.S. von § 96 Abs. 1c InvG vergleichbar gewesen ist.
- 44** cc) Die Klägerin hielt zum Zeitpunkt der Ausschüttungen mindestens 25 % --konkret 53,91 %-- der stimmberechtigten Aktien der SICAV.

- 45** dd) Die von der Klägerin empfangenen Zahlungen sind schließlich Ausschüttungen der SICAV und nicht solche eines Zweckvermögens i.S. von § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG (vgl. auch Senatsurteil vom 15.03.2021 - I R 61/17, BFHE 272, 399).
- 46** aaa) "Andere Zweckvermögen des privaten Rechts" i.S. des § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG sind --trotz fehlender zivilrechtlicher Rechtspersönlichkeit-- eigenständige Steuersubjekte und als solche nach Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 DBA-Luxemburg 1958 abkommensberechtigte "Personen". Ein Zweckvermögen ist ein wirtschaftlich selbständiges, einem bestimmten Zweck zu dienen bestimmtes Sondervermögen, das aus dem Vermögen des Widmenden ausgeschieden ist und aus dem eigene Einkünfte fließen (Senatsurteil vom 05.11.1992 - I R 39/92, BFHE 170, 62, BStBl II 1993, 388). Die wirtschaftliche Selbständigkeit des Zweckvermögens ist nur gegeben, wenn kein sonstiges Steuersubjekt --weder der Widmende noch ein anderer formaler Eigentümer-- über das Vermögen und die daraus gezogenen Erträge wie ein Eigentümer verfügen kann, sondern eine Zweckbindung besteht, die nicht einseitig aufgehoben werden kann (vgl. Senatsbeschluss vom 18.12.2019 - I R 33/17, BFHE 269, 225; Senatsurteil vom 29.01.2003 - I R 106/00, BFHE 201, 287; Urteil des Bundesfinanzhofs --BFH-- vom 19.12.1952 - III 216/51 S, BFHE 57, 135, BStBl III 1953, 54; Drüen in Frotscher/Drüen, a.a.O., § 1 KStG Rz 46; Blümich/Rengers, § 1 KStG Rz 107).
- 47** bbb) Die zum Gesellschaftsvermögen der SICAV gehörenden Wirtschaftsgüter (Wertpapiere) sind nicht im vorstehend beschriebenen Sinne vom Vermögen der SICAV separiert. Diese war Eigentümerin der Wirtschaftsgüter, ohne dass das wirtschaftliche Eigentum daran i.S. von § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO einem anderen zustand.
- 48** (1) Die zivilrechtliche Struktur der Kapital-Investmentgesellschaften --wie SICAV oder Investmentaktiengesellschaft-- unterscheidet sich von der eines Investmentfonds in Vertragsform, bei der die Wirtschaftsgüter des Sondervermögens im Eigentum einer Kapitalanlagegesellschaft stehen (vgl. § 2 Abs. 2, § 30 Abs. 1 InvG). Die Kapitalanlagegesellschaft im Falle des Investmentfonds in Vertragsform ist lediglich formal Eigentümerin der Wirtschaftsgüter des Sondervermögens, hat dieses jedoch getrennt von dem eigenen Vermögen zu halten (§ 30 Abs. 1 Satz 2 InvG) und übt die Eigentümerbefugnisse treuhänderisch für die Anleger aus (Vollrechtstreuhand, vgl. Schmitz in Berger/Steck/Lübbehüsen, a.a.O., § 30 InvG Rz 9). Im Falle der Kapital-Investmentgesellschaften gibt es hingegen kein rechtlich unterscheidbares Investmentvermögen; dieses geht im Gesellschaftsvermögen auf (vgl. Köndgen in Berger/Steck/Lübbehüsen, a.a.O., § 1 InvG Rz 6; Mächler, a.a.O., S. 254, jeweils zur Investmentaktiengesellschaft). Auch für die SICAV ist nicht erkennbar, dass zwischen der Gesellschaft und den Aktionären eine gesellschaftsrechtliche oder schuldrechtliche Vereinbarung besteht, der zufolge die Gesellschaft die zur Kapitalanlage bestimmten Wirtschaftsgüter nicht auf eigene Rechnung, sondern auf Rechnung der Aktionäre erwirbt und verwaltet. Dass die Gesellschaft bei ihren Aktivitäten an die satzungsmäßigen und gesetzlichen Anlegerschutz-Vorgaben gebunden ist, führt nicht zu einem Handeln auf fremde Rechnung und zur Verlagerung des wirtschaftlichen Eigentums am Gesellschaftsvermögen auf die Aktionäre.
- 49** (2) Für Investmentaktiengesellschaften wurde das Vorstehende auf investmentsteuerrechtlicher Ebene durch die Regelungen des § 11 Abs. 1 InvStG 2004 nachvollzogen. Nach § 11 Abs. 1 Satz 1 InvStG 2004 gilt das inländische Sondervermögen als Zweckvermögen i.S. des § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG (sog. Zweckvermögensfiktion). Sondervermögen sind nach der Definition des § 2 Abs. 2 InvG inländische Investmentvermögen, die nach den dort benannten Maßgaben von einer Kapitalanlagegesellschaft für Rechnung der Anleger verwaltet werden. Für Investmentaktiengesellschaften ordnet § 11 Abs. 1 Satz 3 InvStG 2004 hingegen lediglich die Geltung der Steuerfreiheit (§ 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG 2004), nicht aber auch die Anwendung der Zweckvermögensfiktion an (vgl. Beschluss des Hessischen FG vom 07.08.2012 - 4 V 3084/11, juris; Englisch in Berger/Steck/Lübbehüsen, a.a.O., § 11 InvStG Rz 6). Für eine ausländische Gesellschaft wie die SICAV, auf die § 11 Abs. 1 Satz 1 InvStG 2004 ohnehin nicht anwendbar gewesen ist, kann nichts anderes gelten.
- 50** Soweit nach dem Gesetz zur Reform der Investmentbesteuerung (Investmentsteuerreformgesetz --InvStRefG--) vom 19.07.2016 (BGBl I 2016, 1730, BStBl I 2016, 731) nunmehr auch die Kapital-Investmentgesellschaften begrifflich zu den "Investmentfonds" i.S. des Investmentsteuergesetzes zählen (§ 1 Abs. 2 Satz 1 InvStG i.d.F. des InvStRefG --InvStG 2018-- i.V.m. § 1 Abs. 1 KAGB, s.a. BTDrucks 18/8045, S. 72) und als Zweckvermögen i.S. von § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG (inländische Fonds) bzw. als Vermögensmasse i.S. von § 2 Nr. 1 KStG (ausländische Fonds) fingiert werden (§ 6 Abs. 1 InvStG 2018), gilt dies gemäß Art. 11 Abs. 3 Satz 1 InvStRefG erst mit Wirkung ab 01.01.2018 und berührt daher die rechtliche Beurteilung des Streitfalls nicht.
- 51** ee) Die streitbefangenen Ausschüttungen können auch Dividenden i.S. des Art. 20 Abs. 2 Satz 3 DBA-Luxemburg 1958 darstellen (s.a. Senatsurteil vom 15.03.2021 - I R 61/17, BFHE 272, 399; Urteile des FG Düsseldorf in EFG 2017, 1939, und in EFG 2019, 505). Die vom FG vertretene Rechtsauffassung, es läge insoweit lediglich eine

Kapitalrückzahlung vor (dagegen Urteil des FG Düsseldorf in EFG 2019, 505; Neumann, Finanz-Rundschau --FR-- 2018, 889, 890 ff.; Matuszewski/Kleinert, FR 2019, 461, 465; Kammeter, Internationale Steuer-Rundschau 2019, 256, 257; Korff/Erdem, Internationales Steuerrecht --IStR-- 2019, 478, 480), hält einer revisionsgerichtlichen Überprüfung nicht stand.

- 52** aaa) Wie oben ausgeführt, sind die Ausschüttungen der SICAV Einkünfte aus Aktien gemäß Nr. 12 Satz 1 des Schussprotokolls und daher nach dessen Satz 2 als Dividenden i.S. des Art. 13 DBA-Luxemburg 1958 zu behandeln. Die Sachzusammenhänge und die systematischen Verknüpfungen zwischen der Verteilungsvorschrift des Art. 13 DBA-Luxemburg 1958 und der Methodennorm des Art. 20 Abs. 2 Satz 3 DBA-Luxemburg 1958, deren Adressat der Wohnsitzstaat ist, sprechen dafür, dass die Regelung in Nr. 12 Satz 2 des Schlussprotokolls im Grundsatz hier wie dort gleichermaßen einschlägig ist (vgl. Senatsurteil vom 04.06.2008 - I R 62/06, BFHE 222, 255, BStBl II 2008, 793).
- 53** bbb) Allerdings umfasst der Anwendungsbereich des Art. 20 Abs. 2 Satz 3 DBA-Luxemburg 1958 nur "echte" (aus Kapitalbeteiligungen von mindestens 25 % herrührende) Dividenden, nicht aber Dividenden fiktiver Art (Senatsurteil in BFHE 222, 255, BStBl II 2008, 793 zu Einkünften aus typisch stiller Beteiligung). Die Ausschüttungen der SICAV sind "echte" Dividenden in diesem Sinne, denn sie beruhen auf einer realen gesellschaftsrechtlichen Beteiligung der Klägerin am Kapital der SICAV.
- 54** ccc) Soweit die Vorinstanz die Auffassung vertreten hat, die streitbefangenen Ausschüttungen seien nach luxemburgischem Recht als Kapitalrückzahlungen zu werten, ist dem nicht zu folgen. Revisionsrechtlich handelt es sich bei der Ermittlung ausländischen Rechts um Feststellungen, die der Tatsacheninstanz vorbehalten sind (z.B. Senatsurteil vom 27.03.2019 - I R 33/16, BFH/NV 2020, 201). Es gehört gemäß § 155 Satz 1 FGO i.V.m. § 293 der Zivilprozessordnung zu den Aufgaben des FG als Tatsacheninstanz, das maßgebliche ausländische Recht von Amts wegen zu ermitteln (Senatsurteil vom 15.03.1995 - I R 14/94, BFHE 177, 263, BStBl II 1995, 502). An einer solchen sachgerechten Ermittlung des Inhalts des ausländischen Rechts fehlt es im Streitfall bereits deshalb, weil das FG seine Auffassung nur auf den Inhalt einer einzelnen Vorschrift des luxemburgischen Rechts gewonnen hat und dem keine amtliche Übersetzung des in französischer Sprache abgefassten Gesetzestextes zugrunde lag. Es ist zudem fraglich, ob nach luxemburgischem Recht eine Rückzahlung von Nennkapital bei einer SICAV überhaupt vorstellbar ist (vgl. Urteil des FG Düsseldorf in EFG 2019, 505, m.w.N.). Zum Inhalt des entsprechenden luxemburgischen Rechts fehlen aber die notwendigen umfassenderen Feststellungen des FG, zu deren Gewinnung ggf. auch die Hinzuziehung eines Sachverständigen erwogen werden könnte.
- 55** f) Der Anwendbarkeit des Art. 20 Abs. 2 Satz 3 DBA-Luxemburg 1958 stünde nicht entgegen, dass Luxemburg von dem ihm in Bezug auf die Ausschüttungen der SICAV gemäß Art. 13 Abs. 2 DBA-Luxemburg 1958 zustehenden Quellenbesteuerungsrecht keinen Gebrauch gemacht hat (s.a. Senatsurteil vom 15.03.2021 - I R 61/17, BFHE 272, 399). Da eine Rückfallklausel nicht vereinbart ist, hebt das DBA-Luxemburg 1958 bei Anwendung der Freistellungsmethode vorbehaltlos auf eine virtuelle Doppelbesteuerung ab (vgl. auch Senatsurteile vom 24.08.2011 - I R 46/10, BFHE 234, 339, BStBl II 2014, 764 --zum DBA-Großbritannien 1964/1970--; vom 10.06.2015 - I R 79/13, BFHE 250, 110, BStBl II 2016, 326 --zum DBA-Schweiz 1971--). Die Annahme des FA, das Verbot der virtuellen Doppelbesteuerung sei nur einschlägig, wenn die Einkünfte auf der Grundlage des nationalen Rechts des Quellenstaats steuerbar sind, dieser die Steuern aber im konkreten Fall tatsächlich nicht erhebt (so die Konstellation des Senatsbeschlusses vom 10.01.2012 - I R 66/09, BFHE 236, 304), ist unzutreffend. Aus welchem Grund die Einkünfte im Quellenstaat nicht besteuert werden, spielt für die Freistellungsverpflichtung des Wohnsitzstaats keine Rolle; diese greift auch dann, wenn der Quellenstaat den Sachverhalt keiner Steuerpflicht unterwirft (z.B. Urteil des Reichsfinanzhofs vom 29.02.1940 - III 206/39, RFHE 48, 191, RStBl 1940, 532; Senatsurteil vom 13.09.1972 - I R 130/70, BFHE 107, 158, BStBl II 1973, 57; Lehner in Vogel/Lehner, a.a.O., Grundlagen Rz 69; Wassermeyer in Wassermeyer, MA Vor Art. 1 Rz 4). Soweit das FA meint, die Freistellungsverpflichtung entfalle auch jenseits im Abkommen vereinbarter Rückfallklauseln aus dem übergeordneten Gesichtspunkt der Vermeidung einer doppelten Nichtbesteuerung, kann solches dem DBA-Luxemburg 1958 nicht entnommen werden. Verständigen sich zwei Vertragsstaaten auf die Freistellungsmethode, dann geschieht das stets und vorbehaltlich besonderer, im Abkommen vereinbarter Rückfallklauseln vor dem Hintergrund einer "Kann-Besteuerung" in dem anderen Vertragsstaat (Senatsbeschluss in BFHE 236, 304).
- 56** g) Im Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Großherzogtum Luxemburg zur Vermeidung der Doppelbesteuerung und Verhinderung der Steuerhinterziehung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen vom 23.04.2012 (BGBl II 2012, 1403, BStBl I 2015, 8) --DBA-Luxemburg 2012-- ist eine Rückfallklausel vereinbart worden, der zufolge nur jene Einkünfte von der Bemessungsgrundlage der deutschen

Steuer auszunehmen sind, die nach dem Abkommen in Luxemburg "tatsächlich besteuert" werden (Art. 22 Abs. 1 Buchst. a Satz 1 DBA-Luxemburg 2012). Das DBA-Luxemburg 2012 gilt jedoch insoweit erst ab dem 01.01.2014 und ist auf den Streitfall nicht anwendbar (s.a. Senatsurteil vom 15.03.2021 - I R 61/17, BFHE 272, 399).

- 57 h) Für die Ausschüttungen der SICAV ist das Schachtelprivileg des Art. 20 Abs. 2 Satz 3 DBA-Luxemburg 1958 im Übrigen auch dann in voller Höhe zu gewähren, wenn persönlich haftende Gesellschafterin der KGaA eine aus natürlichen Personen gebildete Personengesellschaft ist (vgl. Senatsurteil vom 19.05.2010 - I R 62/09, BFHE 230, 18 zum vergleichbar formulierten DBA-Frankreich).
- 58 i) Zu Recht hat das FG schließlich den Tatbestand der (unilateralen) Rückfallklausel des § 50d Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 EStG im Streitfall als nicht erfüllt angesehen. Nach dieser Bestimmung wird in dem Fall, dass die Einkünfte eines unbeschränkt Steuerpflichtigen nach einem Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung von der Bemessungsgrundlage der deutschen Steuer auszunehmen sind, die Freistellung ungeachtet des Abkommens nicht gewährt, wenn der andere Staat die Bestimmungen des Abkommens so anwendet, dass die Einkünfte in diesem Staat von der Besteuerung auszunehmen sind oder nur zu einem durch das Abkommen begrenzten Steuersatz besteuert werden können. Da im Streitfall die Steuerfreiheit der Einkünfte der SICAV in Luxemburg nicht auf einem abkommensrechtlichen Qualifikationskonflikt (dazu näher Senatsurteil vom 11.07.2018 - I R 52/16, BFHE 262, 365, BStBl II 2019, 105), sondern auf einem Verzicht Luxemburgs auf das ihm abkommensrechtlich zugewiesene Besteuerungsrecht beruht, greift § 50d Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 EStG im Streitfall nicht ein (s.a. Senatsurteil vom 15.03.2021 - I R 61/17, BFHE 272, 399).
- 59 j) Der durch das Gesetz zur Änderung des Gemeindefinanzreformgesetzes und von steuerlichen Vorschriften vom 08.05.2012 (BGBl I 2012, 1030) eingeführte § 50d Abs. 11 EStG, der auch auf die hybride Gesellschaftsform der KGaA gerichtet ist, war im Streitjahr noch nicht anwendbar (§ 52 Abs. 59a Satz 12 EStG).
- 60 4. Die Feststellungen des FG reichen nicht aus, um abschließend beurteilen zu können, ob die von der Klägerin bezogenen Ausschüttungen in Deutschland nach Art. 20 Abs. 2 Satz 3 DBA-Luxemburg 1958 steuerfrei zu belassen sind. Das FG-Urteil ist deshalb aufzuheben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das FG zurückzuverweisen. Dabei wird das FG --ohne rechtliche Bindungswirkung-- Folgendes zu beachten haben:
- 61 a) Da nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 InvStG 2004 nur § 8b Abs. 1 KStG und nicht auch dessen Abs. 5 von der Anwendung ausgeschlossen ist, gelangt dieser Abs. 5 nach nationalem Recht zur Anwendung. Grund hierfür ist, dass § 8b Abs. 5 Satz 1 KStG nicht auf nach § 8b Abs. 1 KStG außer Ansatz gebliebene Bezüge anzuwenden ist, sondern auf außer Ansatz gebliebene Bezüge i.S. des § 8b Abs. 1 KStG (Senatsurteil vom 26.04.2017 - I R 84/15, BFHE 258, 310, BStBl II 2018, 492). Damit ist § 8b Abs. 5 KStG nicht in seiner Anwendung ausgeschlossen (ebenso Urteil des FG des Landes Sachsen-Anhalt vom 22.03.2017 - 3 K 383/16, EFG 2017, 1943; Korff/Erdem, IStR 2019, 478, 480; abweichend Urteil des FG Düsseldorf in EFG 2019, 505).
- 62 b) Das FG hat --aufgrund seiner materiellen Einschätzung des Streitfalls konsequent-- keine Feststellungen dazu getroffen, ob die Klägerin nicht nur zivilrechtliche, sondern auch wirtschaftliche Eigentümerin der Anteile an der SICAV war, so dass ihr die entsprechende Ausschüttung im Streitjahr auch wirklich persönlich zuzurechnen wäre. Zwar haben die Beteiligten dies im FG-Verfahren nicht in Zweifel gezogen, allerdings hat das FG im angefochtenen Urteil zutreffend ausgeführt, dass aus verschiedenen Gründen Anlass für eine entsprechende Überprüfung besteht: Die SICAV hat im zeitlichen Umfang ihrer drei Ausschüttungstermine das sog. Zins- oder Bondstripping betrieben und dadurch einen laufenden Ertrag generiert, den sie ausschütten konnte. Dadurch sollte es aus Sicht des FG nicht nur der Klägerin, sondern auch weiteren Anlegern der SICAV ermöglicht werden, hinsichtlich der ausgeschütteten Liquidität das abkommensrechtliche Schachtelprivileg geltend zu machen, obwohl alle Anleger jeweils nur kurze Zeit vor/nach dem Ausschüttungstermin an der SICAV beteiligt waren. Die dabei eintretende negative Vorsteuerrendite wird bei der beschriebenen Gestaltung alleine durch Anwendung des Schachtelprivilegs nach dem DBA in eine positive Nachsteuerrendite "verwandelt". Das FG hat insoweit zutreffend ausgeführt, dass es insoweit im zweiten Rechtsgang ggf. seine Aufgabe sein wird, die von der Klägerin abgeschlossenen Ankaufs-, Verkaufs-, Finanzierungs-, Beratungs- und sonstigen Verträge einschließlich etwaiger Sicherungs- und Stimmbindungsrechte an den SICAV-Anteilen darauf hin zu untersuchen, ob die Klägerin nicht nur zivilrechtliche, sondern auch wirtschaftliche Eigentümerin der SICAV-Anteile war. Das FG wird insoweit ggf. auch der Frage nachzugehen haben, ob die übrigen Beteiligten der Strukturierung (Banken, Verwalter, weitere Anleger usw.) tatsächlich einen beherrschenden Stimmrechtseinfluss der Klägerin akzeptiert oder ihren nach dem Gesellschaftsrecht bestehenden Einfluss in einer die Annahme des wirtschaftlichen Eigentums ausschließenden Weise eingeschränkt haben.
- 63 c) Das FG wird ggf. auch der vom FA im Einspruchsverfahren angesprochenen Frage noch einmal nachzugehen

haben, ob im Streitfall ein sog. Steuerstundungsmodell i.S. des § 15b Abs. 2 EStG vorgelegen haben kann. Abgesehen davon, dass das FA bislang nicht dargelegt hat, warum es sich insgesamt um eine "modellhafte Gestaltung" bzw. bei der Steuerfreiheit der Einkünfte um "Verluste" im Sinne der Vorschrift handeln soll, fehlen bislang Feststellungen zur Ertragsprognose i.S. des § 15b Abs. 3 EStG. Im Übrigen ist mit Blick auf den erst durch Art. 6 Nr. 5 Buchst. c JStG 2010 mit Wirkung zum 14.12.2010 eingefügten § 8 Abs. 7 InvStG fraglich, ob § 15b EStG im Streitfall überhaupt Anwendung findet (dazu Urteil des FG Düsseldorf in EFG 2017, 1939; gegen die Anwendbarkeit Matuszewski/Kleinert, FR 2019, 461, 465; Rau, FR 2019, 511, 514; für die Anwendbarkeit BMF-Schreiben in BStBl I 2013, 1506).

- 64** d) Der vom FA ebenfalls im Rahmen des Einspruchsverfahrens angesprochene § 42 AO ist bezogen auf die Verhältnisse des Streitjahrs nicht zwingend wegen des Vorrangs des § 15b EStG unanwendbar (so aber Matuszewski/Kleinert, FR 2019, 461, 466 ff.; a.A. BMF-Schreiben in BStBl I 2013, 1506). Mit Urteil vom 17.11.2020 - I R 2/18, BFHE 271, 330, hat der Senat zu § 42 AO i.d.F. ab 2008 dahingehend erkannt, dass § 42 Abs. 1 Satz 2 und 3 AO nunmehr eine ausdrückliche Regelung zum Verhältnis einzelsteuergesetzlicher Umgehungsverhinderungsregelungen gegenüber der Missbrauchsklausel der AO enthält und der Wortlaut keinen Zweifel daran lässt, dass solche einzelsteuergesetzlichen Vorschriften die Anwendung des § 42 AO nur dann verdrängen, wenn sie tatbestandlich einschlägig sind. Für eine gesetzestechnisch begründete "automatische" Abschirmwirkung der einzelsteuergesetzlichen Umgehungsverhinderungsvorschrift ist danach kein Raum. Allerdings müssen bei der Prüfung des Vorliegens eines Missbrauchs i.S. des § 42 Abs. 2 AO diejenigen Wertungen des Gesetzgebers, die den von ihm geschaffenen einzelsteuergesetzlichen Umgehungsverhinderungsvorschriften zugrunde liegen, zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen im Rahmen der Auslegung berücksichtigt werden. Entsprechend wird das FG den Streitfall ggf. auch unter diesem Aspekt zu würdigen und der Frage nachzugehen haben, ob sich ein Missbrauchsvorwurf insbesondere aus der Kombination eines sog. Bondstripping-Modells mit einer KGaA als Anteilseignerin eines SICAV ergibt (dazu Rau, FR 2019, 511 ff.).
- 65** 5. Die Übertragung der Kostenentscheidung folgt --ungeachtet der nur teilweisen Zurückverweisung mit Blick auf den Grundsatz der "Einheitlichkeit der Kostenentscheidung"-- aus § 143 Abs. 2 FGO.

Quelle: www.bundesfinanzhof.de