

## FG Baden-Württemberg Urteil vom 24.9.2009, 3 K 14/07

Steuerfreiheit der monatlichen und der vom Reingewinn bestimmten Arbeitgeberbeiträge an Schweizer Pensionskasse - Fehlende Steuerbarkeit der anlässlich der Kündigung auf Antrag des Grenzgängers gezahlten Austrittsleistung der Schweizer Pensionskasse sowie enthaltener Zinszahlungen

### Tenor

1. Unter Änderung des Einkommensteuerbescheides vom 22. Oktober 2002 und der hierzu ergangenen Einspruchsentscheidung vom 22. Januar 2003 wird die Einkommensteuer auf ... DM festgesetzt.
2. Die Kosten des Verfahrens hat der Beklagte zu tragen.
3. Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Ermöglicht der Kostenfestsetzungsbeschluss eine Vollstreckung von mehr als 1.500 EUR, darf die Vollstreckung nur gegen Sicherheitsleistung in Höhe des darin festgesetzten Erstattungsbetrages erfolgen. In anderen Fällen kann der Beklagte die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder durch Hinterlegung abwenden, wenn nicht die Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit leisten.
4. Die Revision wird zugelassen.

### Tatbestand

- 1 Die Kläger waren Eheleute, die für den Veranlagungszeitraum 2001 (Streitjahr) zur Einkommensteuer zusammen veranlagt wurden. Die Ehe wurde im Jahr 2005 geschieden.
- 2 Die Klägerin arbeitete seit dem 1. Juli 1988 als Angestellte (Laborantin --Zeile 4 des Mantelbogens zur Einkommensteuererklärung für das Streitjahr, Bl. 1/2001 der Einkommensteuerakten Bd I [im folgenden: ESt-Akten]) bei der Firma X AG --im folgenden: X-AG (s. Arbeitsvertrag vom 15. März 1988, Bl. 57-59 des Hefters)-- in Basel. Als im Inland ansässiger Grenzgängerin (im Sinne des Art. 15a des Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Schweizerischen Eidgenossenschaft zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen vom 11. August 1971 [BGBl II 1972, 1022, BStBl I 1972, 519] in der Fassung des Protokolls vom 21. August 1992 [BGBl II 1993, 1888, BStBl I 1993, 928] --DBA-Schweiz 1992--) steht hinsichtlich der **Einkünfte der Klägerin aus nichtselbständiger Arbeit** der Bundesrepublik Deutschland das Besteuerungsrecht zu für die Vergütungen (Art. 15a Abs. 1 Satz 1 DBA-Schweiz 1992) der Klägerin aus ihrer Tätigkeit für die X-AG.
- 3 Das Arbeitsverhältnis sollte aufgrund der Kündigung der X-AG vom 27. April 2001 zum 30. August 2001 beendet werden (s. Bl. 32 und 33 des Hefters). Nachdem die Klägerin zuvor einen neuen Arbeitgeber gefunden hatte (die Fa. Y GmbH in G/Deutschland --im folgenden: Y-GmbH --), kündigte sie selbst zum 31. Mai 2001. Zu diesem Zeitpunkt endete daraufhin das Arbeitsverhältnis (Hinweis auf den Lohnausweis [Bl. 11 der ESt-Akten] und die Gehaltsabrechnung für Mai 2001 [Bl. 60 des Hefters]).
- 4 Aus Anlass der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erhielt die Klägerin eine „Abgangsentschädigung“ von der X-AG in Höhe von ... CHF (=... DM unter Ansatz des durchschnittlichen Umrechnungskurses: 128 DM = 100 CHF [Anlage N-Gre unten, Bl. 9 der ESt-Akten]). Wegen der Zusammensetzung der „Abgangsentschädigung“ wird auf das Schreiben der X-AG vom 27. April 2001 verwiesen (s. Abgangsentschädigung bei Austritt per 31. August 2001, Bl. 34 des Hefters) und hinsichtlich der Einnahmen der Klägerin aus nichtselbständiger Arbeit von ... DM im angegriffenen Einkommensteuerbescheid vom 22. Oktober 2002 wird auf die Niederschrift über den Erörterungstermin vom 27. Juni 2006 verwiesen (Bl. 67 und 68 der FG-Akten).
- 5 Mit Beginn ihrer Tätigkeit war die Klägerin in die Stiftung „Pensionskasse der X AG“ --im folgenden: Pensionskasse Y -- aufgenommen worden (Nr. 8 des Arbeitsvertrages in Verbindung mit Art. 2 Nr. 1 des Reglements der Pensionskasse der X & Co. AG [im folgenden: Reglement --auf das auch im übrigen Bezug genommen wird--]). Deren Zweck ist die berufliche Vorsorge im Rahmen des Bundesgesetzes über

die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 --BVG-- (Systematische Sammlung des Bundesrechts [SR] 831.40, www.admin.ch) und seiner Ausführungsbestimmungen für die Arbeitnehmer der Stiftungsfirma, der mit ihr affilierten Gesellschaften und mit ihr befreundeten Gesellschaften und Unternehmen sowie für deren Angehörige und Hinterlassene gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Tod und Invalidität. Die Stiftung kann über die gesetzlichen Mindestleistungen hinaus weitergehende Personalfürsorge und Personalwohlfahrt jeglicher Art betreiben.

- 6 Als Trägerin des sog. Obligatoriums der beruflichen Vorsorge handelt es sich um eine „registrierte Stiftung“ im Sinne von Art. 48 BVG in Verbindung mit Art. 5 ff der Verordnung über die Beaufsichtigung und die Registrierung der Vorsorgeeinrichtungen vom 29. Juni 1983 (BBV 1; SR 831.435.1; Helbling, Personalfürsorge und BVG, 8. Aufl., 2006, Tzn.. 3.2-3.25; Riemer/Riemer-Kafka, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 2. Aufl. 2006, § 2). Die Pensionskasse Y führte nicht nur die obligatorische berufliche Vorsorge durch, sondern erbrachte auch überobligatorische Leistungen (als sog. umhüllende Kasse). Die Klägerin war gestützt auf ihren Arbeitsvertrag und die gesetzlichen Vorschriften in der obligatorischen beruflichen Vorsorge (z.B. im BVG) sowie in der überobligatorischen Vorsorge in Pensionskasse Y versichert (s. Tzn. 2.18 und 2.48 des Gutachtens vom 21. November 2008 von Prof. Dr. iur. N N, U/Schweiz zur rechtlichen Qualifikation von Leistungen einer schweizerischen Einrichtung der beruflichen Vorsorge [im folgenden: Gutachten]; Ziff. 7., 6., 8., 10. und 12. des Arbeitsvertrages).
- 7 Sowohl die Klägerin als auch ihre Arbeitgeberin leisteten Beiträge an die Pensionskasse Y (Hinweis auf S. 3 und 4 der Anlage N-Gre für die 1998, 1999, 2000 und das Streitjahr bzw. das Senatsurteil vom 23. April 2009 3 K 4/07).
- 8 Zum Ausscheiden eines Versicherten aus der Pensionskasse Y enthält das Reglement u.a. folgende Bestimmungen:
- 9 Art. 7
1. Außer durch Tod scheidet der Versicherte aus der Kasse aus:
    - a) wenn sein Dienstverhältnis mit seinem Arbeitgeber aus anderen Gründen als Invalidität oder Pensionierung beendet wird;
    - b) wenn er die Kasse täuscht oder zu täuschen versucht;
    - c) wenn er absichtlich seine Voll- oder Teilinvalidität herbeiführt;
  - 2....
- 10 Art. 8
1. Bei Ausscheiden gemäß Art. 7 Ziff. 1, hat der Versicherte Anspruch auf seine eigenen Zahlungen samt Zins und Zinseszins, mindestens jedoch auf das gesetzliche Altersguthaben gemäß BVG.
  2. Erfolgt das Ausscheiden gemäß Art. 7, Ziff. 1, lit. A nach mehr als 5 vollendeten Beitragsjahren, so wird der Anspruch gemäß Ziff. 1 um einen Freizügigkeitszuschlag wie folgt erweitert:....
  3. Die Abfindung wird grundsätzlich durch Überweisung an die Vorsorgeeinrichtung des neuen Arbeitgebers bzw. in Form einer Freizügigkeitspolice erbracht
  4. Eine Barauszahlung der Abfindung ist nur möglich, wenn
    - a) der Arbeitnehmer insgesamt weniger als 9 Monate Personalfürsorgeeinrichtungen angehört hat;
    - b) er die Schweiz endgültig verlässt und Barauszahlung verlangt;
    - c) ...
- 11 Da das Arbeitsverhältnis mit der X-AG zum 31. Mai 2001 endete und die Klägerin ein neues

Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitgeber in der Bundesrepublik Deutschland (der Y-GmbH in G/Deutschland) einging, kamen auch die Vorsorgeverhältnisse (betreffend den obligatorischen und den überobligatorischen Bereich der beruflichen Vorsorge) in Wegfall. Dadurch entstand ein Anspruch der Klägerin nach Art. 2 Abs. 1 des am 1. Januar 1995 in Kraft getretenen Bundesgesetzes über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 17. Dezember 1993 (SR 831.42) in seiner im Streitjahr geltenden Fassung (Freizügigkeitsgesetz --FZG--), und zwar gemäß Art. 5 Abs. 1 Buchstabe a FZG als Anspruch auf Barauszahlung der Austrittsleistung, weil die Klägerin die Schweiz endgültig verließ (s. Tz. 3.22 des Gutachtens).

- 12 Das FZG hat zum Ziel, den erworbenen Versicherungsschutz des versicherten Arbeitnehmers aufrechtzuerhalten, wenn der Versicherte vor Eintritt des Versorgungsfalles die berufliche Vorsorgeeinrichtung verlässt (sog. Freizügigkeitsfall; Cardinaux, Basile, Das Personenfreizügigkeitsabkommen und die Schweizerische berufliche Vorsorge, Dissertation der Universität Freiburg in der Schweiz, Rn. 1363 ff. ).
- 13 Nachdem die Klägerin diesen Anspruch geltend gemacht hatte, wurden ihr insgesamt ... CHF als Austrittsleistung bar ausgezahlt. Aus dem Bereich der obligatorischen beruflichen Vorsorge stammten ... CHF, aus dem Bereich der überobligatorischen beruflichen Vorsorge ... CHF (Tzn. 2.32 und 2.42 des Gutachtens in Verbindung mit Bl. 163 der FG-Akten). An die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) wurde insoweit Quellensteuer in Höhe von ... CHF abgeführt (Hinweis auf § 100 Abs. 4 des vom Großen Rat des Kantons Basel-Stadt beschlossenen Gesetzes über die direkten Steuern vom 12. April 2000 [Steuergesetz --StG--] in Verbindung mit §§ 23 Abs. 1 und 2, 39 StG und auf Art. 96 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 [DBG], SR 642.11 in Verbindung mit Art. 38 Abs. 2 und 36 DBG [Hinweis auf die Merkblätter über die Quellenbesteuerung privatrechtlicher Vorsorgeleistungen an Personen ohne Wohnsitz oder Aufenthalt in der Schweiz, Bl. 28, 35-36 des Hefters]; s. auch die Bescheinigung über den Quellensteuerabzug in der Schweiz für Personen mit Wohnsitz im Ausland, Bl. 30 des Hefters). Diese wurde der Klägerin auf einen entsprechenden Antrag zurückerstattet (Bl. 14 der Einkommensteuerakten --ESt-Akten--).
- 14 Daneben war die Klägerin ebenfalls seit Beginn ihres Arbeitsverhältnisses am 1. Juli 1988 (Art. 6 Ziff. 1. des Stiftungsreglementes) bis zum Zeitpunkt der Auflösung ihres Arbeitsverhältnisses zum 31. Mai 2001 (Art. 7 Ziff. 1 des Stiftungsreglementes) Begünstigte (Destinatärin) der Stiftung der F. X AG für Mitarbeiter-Gewinnbeteiligung als Ergänzung der beruflichen Vorsorge (im folgenden: Stiftung). Zweck dieser Stiftung ist die Ergänzung der beruflichen Vorsorge der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der X-AG (Begünstigte) mit den ihr durch die X-AG (als Stifterin) als Mitarbeitergewinnbeteiligung zugewendeten Beträgen (vgl. I Art. Ziff. 1 des Stiftungsreglementes --auf das auch im übrigen Bezug genommen wird--). Die Leistungen der Stiftung erfolgten in Anerkennung der dem Unternehmen (der X-AG) erwiesenen Treue (I Art. 1 Ziff. 2 des Stiftungsreglementes).
- 15 Begünstigte der Stiftung sind die vollamtlich tätigen Mitarbeiter der X-AG, die einer Pensionskasse angehören und ihren Arbeitsort in der Schweiz haben (Art. 5 Ziff. Satz 1 des Stiftungsreglementes). Die Stifterin kann auch andere Mitarbeiter der X-AG und Mitarbeiter nahestehender Unternehmen als Begünstigte bezeichnen (Art. 5 Ziff. 3 des Stiftungsreglementes).
- 16 Die Stiftung ist keine Vorsorgeeinrichtung im Sinne des Art. 48 BVG (I Art. 1 Ziff. 3 des Stiftungsreglementes). Damit wird ausgedrückt, dass die Stiftung nicht im Bereich der obligatorischen Vorsorge nach dem BVG tätig ist, sondern im überobligatorischen Bereich der beruflichen Vorsorge nach dem Schweizerischen Obligationenrecht vom 30. März 1911 --OR-- (Tzn. 2.39-2.43 des Gutachtens; s. Art. 331-331f OR).
- 17 Zur Erfüllung des Stiftungszwecks widmete die Stifterin im Jahr 1970 eine erste Zuwendung von 17.000.000.-CHF (Wert: 16. Juni 1971). Im übrigen wird das Stiftungsvermögen vermehrt durch

Zuwendungen aus dem Reingewinn der Stifterin (II Art. 2 Buchstabe a), durch allfällige unentgeltliche Zuwendungen Dritter (II Art. 2 Buchstabe b), durch die Erträge des Stiftungsvermögens (II Art. 2 Buchstabe c) und durch die mit den Austritten der Begünstigten entstehenden Mutationsgewinne (s. II Art. 2 Buchstabe d --Hinweis auf die Orientierung der Begünstigten per 1. Januar 1992 --Bl. 40 des Hefters-- und den Jahresbericht 1997 --Bl. 268 und 269 der FG-Akten--). Solche entstehen, wenn die Freizügigkeitsleistung an austretende Versicherte kleiner ist als die mathematische Reserve (s. Nr. 29 der Mitteilungen über die berufliche Vorsorge --im folgenden: Mitteilungen-- Nr. 5 vom 1. Oktober 1978 des Schweizerischen Bundesamtes für Sozialversicherung in Bern --im folgenden: BSV--).

- 18 Die Arbeitnehmer (wie z.B. die Klägerin) erbrachten keine Beiträge in die Stiftung.
- 19 Die Arbeitgeberin wandte für jedes Jahr einen Teil ihres Reingewinns der Stiftung zu (Art. 2 Buchstabe a des Stiftungsreglementes; vgl. z.B. für 1989: 6.202.690 CHF, Bl. 22 des Hefters; für 1990: 8.153.600 CHF [Bl., 21 des Hefters], für 1996: 16.619.650 CHF und für 1997: 18.810.957 CHF --s. den Jahresbericht 1997, Bl. 268 und 269 der FG-Akten--). Entsprechend der Zunahme des Reingewinns der X-AG erhöhte sich deren Zuweisung an die Stiftung gegenüber dem jeweiligen Vorjahr (Hinweis auf den Jahresbericht 1997, Bl. 268 und 269 der FG-Akten). Aus dem insgesamt zugewandten Betrag wurden jedem Begünstigten (nach Art. 5 des Stiftungsreglementes) ein bestimmter --gleich hoher-- Beitrag gutgeschrieben und zwar entsprechend der Zunahme der Zuwendung an die Stiftung insgesamt.
- 20 Im Jahr 1989 wurde den Begünstigten jeweils ein Beitrag von ... CHF gutgeschrieben.
- 21 Dieser Betrag entsprach der auf eine „X-Aktie bzw. einen X-Genussschein pro 1988 gutgeschriebenen Dividende“ (s. das Schreiben an die Begünstigten zum 30. Juni 1989, Bl. 22 des Hefters).
- 22 Anschließend wurde die Zuwendung (u.a. für die Klägerin: s. Art. 11 Abs. 1 des Stiftungsreglementes) in neue Anteile an der Stiftung zu dem --zum jeweils am 30. Juni ermittelten-- Kurs der Anteile umgerechnet nach der Formel: Zuwendung pro Begünstigten : Wert pro Anteil (jeweils zum 30. Juni; s. hierzu: Art. 13 des Stiftungsreglementes) = neue Anteile (Hinweis auf Art. 11 Abs. 2 des Stiftungsreglementes).
- 23 Nach Art. 26 Satz 1 des Stiftungsreglementes ist jährlich jedem Begünstigten ein Auszug aus seinem individuellen Konto sowie der Jahresbericht samt Jahresrechnung zum Bezug anzubieten.
- 24 Zum vermögensrechtlichen Anspruch der Begünstigten gegen die Stiftung, zur Berechnung dieses vermögensrechtlichen Anspruchs (vgl. bezüglich der Klägerin: Bl. 1-24 des Hefters), zu dessen Auszahlung und zu den Zuwendungen der X-AG an die Stiftung enthält das Stiftungsreglement folgende Bestimmungen:

25

### **III. Die Begünstigten**

- 26 1. Die Aufnahme des Mitarbeiters in die Stiftung erfolgt auf den für den Beginn des Dienstverhältnisses vereinbarten Zeitpunkt.

27

### **Art. 8 Rechte**

- 28 Den Begünstigten stehen folgende Rechte zu:

- 29 a. Ein vermögensrechtlicher Anspruch, insbesondere bei Pensionierung, bei Invalidität und im Todesfall oder bei vorzeitigem Austritt, gemäß den Bestimmungen der Art. 9 - 17.
- 30 b. Recht auf Auskunft über die Anlage und die Verwaltung des Stiftungsvermögens.

31

### **IV. Der vermögensrechtliche Anspruch der Begünstigten**

32

### **Art. 9 Grundsatz**

- 33 1. Die Begünstigten haben einen vermögensrechtlichen Anspruch auf die auf ihre Dienstjahre entfallenden Zuwendungen an die Stiftung, vermehrt um die sich aus der Anlage der Zuwendungen ergebenden Erträge und Kapitalgewinne und vermindert um allfällige Kapitalverluste.
- 34 2. Dieser Anspruch entsteht im Zeitpunkt der Pensionierung oder des Todes; vor der Pensionierung oder bei vorzeitiger Auflösung des Dienstverhältnisses entsteht ein Anspruch nur in den in diesem Reglement ausdrücklich vorgesehenen Fällen.
- 35 Als Dienstjahr gilt das Geschäftsjahr der F. X AG. Ein angebrochenes Dienstjahr wird nur angerechnet, sofern das Dienstverhältnis im betreffenden Jahr mindestens sechs Monate gedauert hat. Die gleiche Regelung gilt auch bei vorübergehender Unterbrechung des Dienstverhältnisses.

## 36 **A. DIE BERECHNUNG DES VERMÖGENSRECHTLICHEN ANSPRUCHS**

### 37 **Art. 10 Aufteilung der Zuwendungen**

- 38 1. Die bei der Gründung der Stiftung von der Stifterin gewidmete erste Zuwendung von Fr. 17'000'000.- wurde nach Maßgabe der bis zum 31. Dezember 1970 geleisteten Dienstjahre und unter Berücksichtigung von Abs. 3, im übrigen zu gleichen Teilen, auf die Begünstigten aufgeteilt.
- 39 2. Seither wird jede weitere Zuwendung an die Stiftung - vorbehaltlich Abs. 3 - zu gleichen Teilen auf diejenigen Begünstigten aufgeteilt, denen das Jahr, für welches die Zuwendung erfolgt, als Dienstjahr gemäß Art. 9, Abs. 3 angerechnet wird.
- 40 3. Auf Begünstigte, die im Teilzeit-Arbeitsverhältnis stehen (Art. 5, Abs. 2), entfallen die vollen in Abs. 1 und 2 umschriebenen Beträge, sofern ihre Tätigkeit mindestens 75 % der üblichen Arbeitszeit ausmacht; beträgt sie weniger als 75 %, mindestens aber 50 % der üblichen Arbeitszeit, so reduzieren sich diese Beträge um die Hälfte.

### 41 **Art. 11 Umrechnung der Zuwendungen in Anteile**

- 42 1. Für jeden Begünstigten wird - aus Gründen der administrativen Vereinfachung - der auf ihn entfallende Betrag der jeweiligen Zuwendung in "Anteile" am Stiftungsvermögen umgerechnet.
- 43 2. Die Umrechnung erfolgt, indem der auf jeden Begünstigten entfallende Betrag der Zuwendung durch den im Zeitpunkt der Zuwendung bestehenden Wert eines Anteils geteilt wird.

### 44 **Art. 12 Aufteilung der Erträge, Gewinne und Verluste**

- 45 An den Erträgen und an den Kapitalgewinnen sowie an den Kapitalverlusten des Stiftungsvermögens sind die Begünstigten im Verhältnis der Anzahl ihrer Anteile beteiligt.

### 46 **Art. 13 Wert eines Anteils**

- 47 1. Der Wert eines Anteils wird durch Teilung des Inventarwertes des am Bewertungsstichtag vorhandenen gesamten Stiftungsvermögens durch die Zahl der bestehenden Anteile ermittelt.
- 48 2. Bei Gründung der Stiftung betrug der Wert eines Anteils Fr. 100.-.
- 49 3. Der Inventarwert entspricht dem Verkehrswert des Stiftungsvermögens, abzüglich allfälliger Schuldverpflichtungen, Steuern und angemessener Rückstellungen. Als Verkehrswert gilt bei kotierten oder regelmäßig außerbörslich gehandelten Wertpapieren der Kurswert. Bei nicht kotierten oder nicht regelmäßig außerbörslich gehandelten Wertpapieren sowie bei Grundstücken ist der Verkehrswert am Ende des letzten Geschäftsjahres maßgebend, sofern seither keine wesentliche Wertveränderung eingetreten ist.

### 50 **Art. 14 Individuelles Konto**

51 Für jeden Begünstigten wird ein Konto geführt, aus dem die auf ihn entfallende Anzahl der Anteile und deren Wert hervorgehen.

52 **Art. 15 Unzulässigkeit der Abtretung und Verpfändung**

53 Die vermögensrechtlichen Ansprüche der Begünstigten sind weder abtretbar noch verpfändbar. Jegliche Abtretung oder Verpfändung ist nichtig. Vorbehalten bleiben die Wohneigentumsförderung gemäß dem Bundesgesetz über die Wohneigentumsförderung mit den Mitteln der beruflichen Vorsorge (WEFG) bzw. Art. 22 des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit in der beruflichen Vorsorge (FZG).

54 **B. DIE AUSZAHLUNG DES VERMÖGENSRECHTLICHEN ANSPRUCHES**

55 **Art. 16 Auszahlung infolge Pensionierung, Invalidität und Todes**

56 1. Im Falle des Ausscheidens aus der Stiftung infolge Alterspensionierung, vorzeitiger Pensionierung, wegen Invalidität oder Todes gelangt der ganze vermögensrechtliche Anspruch des Begünstigten (Art. 9) zur Auszahlung.

57 2. Die Pensionierung richtet sich nach den entsprechenden Bestimmungen des Reglementes der Pensionskasse des jeweiligen Arbeitgebers gemäß Art. 5.

58 3. Im Falle des Todes erfolgt die Auszahlung an die nächsten Verwandten. Als nächste Verwandte gelten nur:

59 a. der überlebende Ehegatte;

60 b. Kinder oder die diesen gleichgestellten Kinder, denen von der Pensionskasse des jeweiligen Arbeitgebers eine Waisenrente zusteht;

61 c. die Eltern.

62 Jede Klasse dieser Verwandten schließt die nachfolgenden Klassen aus. Hinterlässt der Begünstigte keine solchen nächsten Verwandten, so verfällt der ganze vermögensrechtliche Anspruch der Stiftung. Hinterlässt er jedoch andere Verwandte, für deren Unterhalt er ganz oder zur Hauptsache aufkam, so kann der Stiftungsrat auch diesen Verwandten die Abfindung ganz oder teilweise ausrichten.

63 **Art. 17 Anspruch bei vorzeitiger Beendigung des Dienstverhältnis**

64 1. Wird das Dienstverhältnis vor Erreichen des Pensionierungsalters durch Kündigung bzw. Rücktritt beendet, hat der Begünstigte nachfolgende vermögensrechtliche Ansprüche:

65 a.  $\frac{1}{3}$  des Anspruches gemäß Art. 16

66 b. ein Zuschlag gemäß folgender Skala:

67 BVG-Alter Zuschlag in Prozent von  $\frac{2}{3}$  des

Anspruches gemäß Art. 16

21	4
22	8
23	12

24	16
25	20
26	24
27	28
28	32
29	36
30	40
31	44
32	48
33	52
34	56
35	60
36	64
37	68
38	72
39	76
40	80
41	84
42	88
43	92
44	96
ab 45	100

68 ...

69

#### **Art. 18 Anspruch bei Ehescheidung**

70 1. Bei Ehescheidung kann das Gericht bestimmen, dass ein Teil des vermögensrechtlichen Anspruchs, den der Begünstigte während der Dauer der Ehe erworben hat, auf den anderen Ehegatten übertragen und auf scheidungsrechtliche Ansprüche, welche die Vorsorge sicherstellen, angerechnet wird.

71 Das Gericht teilt in diesem Fall der Stiftung den zu übertragenden Betrag mit den nötigen Angaben über die Erhaltung des Vorsorgeschutzes von Amtes wegen mit; für die Übertragung sind die Bestimmungen beim Dienstaustritt sinngemäß anwendbar.

72 ...

73 Der Klägerin wurde wegen des endgültigen Verlassens der Schweiz (s. Art. 5 Abs. 1 Buchstabe a FZG; Art. 331e OR --betreffend den überobligatorischen Bereich-- BSV-Mitteilungen vom 24. Oktober 1986 Nr. 1 zu 4.) der vermögensrechtliche Anspruch gegen die Stiftung gemäß Art. 17 des Stiftungsreglementes in Höhe von ... CHF (nach Erstattung der einbehaltenen Quellensteuer von ... CHF --Hinweis auf die Rückerstattung der Quellensteuer auf Kapitaleistungen von Vorsorgeeinrichtungen mit Sitz in der Schweiz [Bl. 12 der ESt-Akten]--) entsprechend ihrem Antrag bar ausgezahlt. Darin enthalten ist ein Betrag von ... CHF als „Vorschuss unverteilter Zuwendungen“ (vgl. die Austrittsabrechnung bei vorzeitiger Beendigung des Dienstverhältnisses vom 31. Mai 2001, Bl. 1 des Hefters).

74 Bei der Zahlung der Austrittsleistung der Stiftung handelt es sich nach den maßgeblichen Schweizerischen Rechtsgrundsätzen um eine Vorsorgeleistung. Sie wird nach den im Gutachten eingehend vorgestellten rechtlichen Bestimmungen über die berufliche Vorsorge beurteilt (Art. 331 ff. OR;

Art. 89 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 --ZGB--; FZG; Verordnung über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge [Freizügigkeitsverordnung, FZV]). Dass einzelne Bestimmungen im Arbeitsvertragsrecht zu finden sind (Art. 331 ff. OR), ändert an dieser Qualifikation nichts. Die Verankerung vorsorgerechtlicher Normen im Arbeitsvertragsrecht ist historisch bedingt (Tz. 3.20 des Gutachtens).

- 75 Im Schweizer Recht ist in arbeitsrechtlicher Hinsicht die Mitarbeitergewinnbeteiligung in Art. 322a OR geregelt. Die vertragliche Vereinbarung einer Mitarbeitergewinnbeteiligung ist dabei grundsätzlich zulässig. Das OR überlässt die konkrete Ausgestaltung der Form der Mitarbeitergewinnbeteiligung weitgehend den Vertragsparteien. Art. 322a Abs. 1 OR hält lediglich eine dispositive Norm zur Bestimmung des Geschäftsjahres für die Ermittlung der Gewinnbeteiligung fest. Entscheidend ist, dass eine vertraglich vereinbarte Gewinnbeteiligung aus dem Vermögen des Arbeitgebers ausgerichtet wird. Im Falle der Klägerin ist die Situation grundsätzlich anders (in Bezug auf die Pensionskasse Y und die Stiftung): Ihre Arbeitgeberin hat ein Sondervermögen einem besonderen Zweck gewidmet, nämlich der „Ergänzung der beruflichen Vorsorge“ (Art. 1 des Stiftungsreglementes; Tz. 3.19 des Gutachtens; zur Gewinnbeteiligung: s. Portmann in: Basler Kommentar Honsell Vogt Wiegand [Hrsg.], Obligationenrecht I 4. Aufl., 2007 --im folgenden: BSK OR I-Bearbeiter/in-- Art. 322a Rn. 2).
- 76 Das BSV bezieht den überobligatorischen Bereich der beruflichen Vorsorge nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern --Verordnung (EWG) Nr. 1408/71-- (SR 0.831.109.268.1 --Hinweis auf Art. 4 Abs. 1 Buchstabe c; Art. 5 und 97 Verordnung [EWG] Nr. 1408/71-- ein, im Übrigen auch nicht in den der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 (SR 0.831.109.268.11) in Verbindung mit dem am 1. Juni 2002 in Kraft getretenen Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 --FZA-- Anhang II, Abschnitt A Ziff 1). Die Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71 und (EWG) Nr. 574/72 sind in der Schweiz am 1. Juni 2002 in Kraft getreten. Dabei ist daraufhin zu weisen, dass die Schweiz die europarechtlichen Grundsätze zum Sozialrecht grundsätzlich bereits seit der Vertragsunterzeichnung des FZA am 21. Juni 1999 anwendet (Pärli, Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht --ZESAR-- 2007, 21, zu III. 2. b; in der Bundesrepublik Deutschland ab dem 1. März 1999 DA 65.2 [2] Satz 4 IV. DA-FamESTG in der bis 31. Dezember 2001 gültigen Fassung).
- 77 Bei der beruflichen Vorsorge untersteht demzufolge ausschließlich die gesetzliche Minimalvorsorge (der obligatorische Bereich der beruflichen Vorsorge) dem Geltungsbereich des FZA (Bl. 270-272 der FG-Akten; vgl. hierzu die Berechnungen des Verbindungsstelle BVG, Sicherheitsfonds [Bl. 281-283 der FG-Akten; [www.verbindungsstelle.ch](http://www.verbindungsstelle.ch)] bzw. das rechtskräftige Senatsurteil vom 23. April 2009 3 K 4/07). Für die überobligatorische Vorsorge gilt die Richtlinie 98/49 des Rates vom 29. Juni 1998 zur Wahrung ergänzender Rentenansprüche von Arbeitnehmern und Selbständigen, die innerhalb der Europäischen Gemeinschaft zu- und abwandern (Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft --ABl.-- L 209/46; s. Mitteilung des BSV über die berufliche Vorsorge Nr. 96, [www.bsv.admin.ch](http://www.bsv.admin.ch); Cardinaux, Basile, Das Personenfreizügigkeitsabkommen und die Schweizerische berufliche Vorsorge, Dissertation der Universität Freiburg in der Schweiz, 2006, --im folgenden: Cardinaux-- Rn. 1053 ff. und 1450; Zur Gleichwertigkeit des Schweizerischen Systems der beruflichen Vorsorge mit anderen Systemen der betrieblichen Altersversorgung unter europarechtlichen Gesichtspunkten: Cardinaux, a.a.O., Rn. 1109 ff., 1364 ff.; Mitteilung der Kommission an den Rat, das europäische Parlament und den Wirtschafts- und Sozialausschuss vom 19. April 2001 Kom [2001] 214).
- 78 Am 28. August 2002 reichten die Kläger die Einkommensteuererklärung für das Streitjahr beim FA ein. Die Zahlungen der Pensionskasse Y und der Stiftung an die Klägerin berücksichtigten sie nicht (Hinweis auf

die Anlage N-Gre, Bl. 5/2001 der ESt-Akten). Dem folgte das FA nur teilweise im Einkommensteuerbescheid vom 22. Oktober 2002. Die Austrittsleistung von ... CHF (=... DM) von der Pensionskasse Y beurteilte es als nicht steuerbar, diejenige (von ... CHF = ... DM) aus der Stiftung jedoch als steuerpflichtigen Arbeitslohn, wobei das FA hierauf den ermäßigten Steuersatz (wohl) gemäß § 34 Abs. 2 Nr. 2 oder Nr. 4 der im Streitjahr geltenden Fassung des Einkommensteuergesetzes --EStG 2001-- gewährte.

- 79 Die Finanzverwaltung beurteilte (vor dem 1. Januar 2005) Einmalzahlungen aus einer (Schweizerischen) Pensionskasse wie Zahlungen aus einer Kapitallebensversicherung (wörtliche Begründung hierfür: „analoge Anwendung mangels deutscher Rechtsvorschriften“). Wenn der Arbeitnehmer länger als zwölf Jahre (s. § 10 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe b Doppelbuchstabe dd EStG [2001]) in die Pensionskasse eingezahlt hatte, war die Auszahlung in voller Höhe steuerfrei. Bei einer Zugehörigkeit zu einer Pensionskasse von weniger als 12 Jahren wurde lediglich der Zinsanteil der deutschen Besteuerung unterworfen (Hinweis auf § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG [2001]). „Wenn eine gesetzliche Regelung vorliegen sollte, erübrige sich diese analoge Anwendung“, so die Oberfinanzdirektion --OFD-- Karlsruhe zu Tz. 4.2 in der Verfügung vom 19. September 2005 S 2275/16 - St 224.
- 80 Die Kläger legten form- und fristgerecht gegen den Steuerbescheid vom 22. Oktober 2002 Einspruch ein, der jedoch keinen Erfolg hatte. In der Einspruchsentscheidung vom 30. Januar 2003 führt das FA im wesentlichen (im Anschluss an das Urteil des Finanzgericht Baden-Württemberg, Außensenate Freiburg --FG-- vom 8. Januar 2002 14 K 2/02 --rechtskräftig-- n.v.) aus: Die im Streitjahr erfolgte Zahlung der Stiftung an die Klägerin sei eine Einnahme aus nichtselbständiger Arbeit. Der Zusammenhang zwischen deren Arbeitsverhältnis und der Zahlung sei offenkundig. Die Stifterin habe die Begünstigten (die Mitarbeiter der X-AG) an der Gewinnentwicklung beteiligen wollen. Die Mitarbeiter sollten einem Fonds angehören, der ihrer individuellen Vermögensbildung und Altersvorsorge dienen sollte. Zu diesem Zweck habe die X-AG als Arbeitgeberin der Stiftung Mittel zugewandt, ohne dass die Begünstigten einen Rechtsanspruch gegen die Stiftung erlangt hätten. Davor sollte der Anspruch durch Aufteilung des Vermögens in Anteile lediglich buchmäßig dargestellt werden. Eine Erfassung der in Form der den Begünstigten zugerechneten Anteile als Arbeitslohn sei hiernach nicht möglich und auch nicht beabsichtigt gewesen. Die Begünstigten hätten über die ihnen zugerechneten „Anteile“ weder rechtlich noch wirtschaftlich verfügen können. Erst mit der Kapitalauszahlung durch die Stiftung sei ihnen die Gewinnbeteiligung, mit der sie für das frühere Dienstverhältnis entgolten werden sollten, zugeflossen. Erst zu diesem Zeitpunkt sei demnach die Erfassung als Arbeitslohn zulässig und geboten.
- 81 Mit ihrer Klage verfolgen die Kläger ihr Begehren weiter, wonach die Zahlungen aus der Stiftung kein Arbeitslohn darstellten. Zur Begründung wird auf den Schriftsatz der Kläger vom 29. Mai 2003 Bezug genommen.
- 82 Die Kläger beantragen:
- 83 den Einkommensteuerbescheid für 2001 vom 22. Oktober 2002 und die hierzu ergangene Einspruchsentscheidung vom 29. Januar 2003 der Gestalt zu ändern, dass ... DM nicht als Einnahmen aus nichtselbständiger Arbeit berücksichtigt werden und die Einkommensteuer demzufolge auf ... DM festgesetzt wird.
- 84 Das FA beantragt:
- 85 die Klage abzuweisen.
- 86 Zur Begründung verwies es zunächst auf seine Ausführungen in der Einspruchsentscheidung und im Schriftsatz vom 1. Juli 2003.
- 87 Die Berechnung der festzusetzenden Einkommensteuer (s. den Klageantrag) entspricht einem Vorschlag

des FA (Hinweis auf die in der mündlichen Verhandlung vom 24. September 2009 vom FA vorgelegte Berechnung), dem die Klägerin zugestimmt hat und dem der erkennende Senat (ohne Bedenken) folgt.

- 88 Am 27. Juni 2006 und am 2. Mai 2007 fanden vor dem Berichterstatter des erkennenden Senats Termine zur Erörterung des Sach- und Streitstandes statt (§ 79a Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 der Finanzgerichtsordnung -- FGO--). Auf die hierüber den Beteiligten bekannt gegebenen Niederschriften wird Bezug genommen.
- 89 Am 5. Juni 2008 fand vor dem erkennenden Senat eine mündliche Verhandlung statt. Im Anschluss an diese wurde mit Beschluss vom 5. Juni 3 K 14/07 Prof. Dr. iur. N N zum Sachverständigen bestellt (im Folgenden: Sachverständiger). Zum Thema der Begutachtung wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Gründe dieses Beschlusses Bezug genommen. Der Sachverständige hat zu dem ihm gestellten Rechtsfragen zum Schweizer Recht der beruflichen Vorsorge im Streitfall im Gutachten vom 21. November 2008 Stellung genommen.
- 90 Im Anschluss an die Kenntnisnahme des Gutachtens des Sachverständigen vertritt das FA unter Hinweis auf den unentziehbaren vermögensrechtlichen Anspruch der Klägerin gegen die Stiftung nach Art. 9 ff. des Stiftungsreglementes die Auffassung (s. Hinweis auf den Schriftsatz vom 25. Februar 2009), dass die jährlichen Zuwendungen der X-AG an die Stiftung zur beruflichen Vorsorge der Klägerin lt. den Kontoauszügen zum jeweils 30. Juni (Bl. 2-19, 23 und 24 des Hefters), soweit sie auf die Klägerin entfallen, nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs --BFH-- als Arbeitslohn zu beurteilen seien. Im Einzelnen: 1989: .....; insgesamt für die vorgenannten Jahre: ... CHF. Das FA beabsichtige, die Beiträge für die Jahre 1997-2000 als Arbeitslohn zu besteuern und entsprechende (auf § 174 Abs. 4 der Abgabenordnung --AO-- gestützte) Änderungsbescheide zu erlassen.
- 91 Im Unterschiedsbetrag zwischen dem Gesamtbeitrag der X-AG in die Stiftung für die berufliche Vorsorge der Klägerin von ... CHF und dem Betrag des ausgezahlten vermögensrechtlichen Anspruch von ... CHF (=... CHF = ... DM) sieht das FA einen (steuerpflichtigen) Ertrag aus sonstigen Kapitalforderungen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG. Den Restbetrag der Austrittsleistung von ... CHF (=... CHF [abzüglich des Beitragsvorschusses von ... CHF]) beurteilt es nicht (mehr) als Arbeitslohn.
- 92 In der mündlichen Verhandlung vom 24. September 2009 wurde der Außenprüfer, Fachprüfer für Pensionskassen, Oberamtsrat E vom Finanzamt G/Deutschland -Stadt als (sachverständiger) Zeuge angehört.
- 93 Dem Senat lagen folgende Akten vor:
- 94           1 Bd Einkommensteuerakten Bd I StNr: ...  
              1 Bd Rechtsbehelfsakten StNr.: ...

## Entscheidungsgründe

- 95 Die Klage ist begründet.

### I.

96

Die Beteiligten gehen zutreffend davon aus, dass der --zusammen mit der Austrittsleistung in Form der Barauszahlung (vgl. hierzu allgemein und grundlegend: Cardinaux, a.a.O., Rn. 324 ff)-- an die Klägerin geleistete „Vorschuss unverteilte Zuwendungen“ in Höhe von ... CHF (Hinweis auf die Austrittsabrechnung vom 31. Mai 2001 und Art. 2 in Verbindung mit Art. 10 des Stiftungsreglementes) als Arbeitslohn im Sinne des § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG 2001 der inländischen Besteuerung unterliegt (Art. 15a Abs. 1 Satz 1 DBA-Schweiz 1992). Im Übrigen sind auch die jährlichen Zuwendungen der X-AG

aus deren Reingewinn an die Stiftung (s. die Aufstellung im Schriftsatz des FA vom 25. Februar 2009) vor dem Streitjahr und (zwar ab dem Beitritt der Klägerin in die Stiftung) als Arbeitslohn zu beurteilen. In abkommensrechtlicher Hinsicht steht der Bundesrepublik Deutschland wegen des Grenzgängerstatus der Klägerin bezüglich deren Arbeitslohns das Besteuerungsrecht nach Art. 15a DBA-Schweiz 1992 zu.

- 97 1. Ob Gehälter, Löhne und ähnliche Vergütungen aus unselbständiger Arbeit vorliegen, richtet sich mangels einer abkommensrechtlichen Regelung nach § 19 EStG 2001 (Art. 3 Abs. 2 DBA-Schweiz 1992; Urteil des Bundesfinanzhofs --BFH-- vom 11. November 2009 I R 50/08, n.v.; Brandis in: Debatin/Wassermeyer, Doppelbesteuerung, Art. 15 Schweiz Rn. 26).
- 98 a) Nach § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG 2001 gehören zu den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit Gehälter, Löhne, Gratifikationen, Tantiemen und andere Bezüge und Vorteile, die für eine Beschäftigung im öffentlichen Dienst oder privaten Dienst gewährt werden. Arbeitslohn ist jeder gewährte Vorteil, der durch das individuelle Dienstverhältnis veranlasst ist (BFH-Urteil vom 7. Mai 2009 VI R 8/07, BFHE 225, 68, BFH/NV 2009, 1504).
- 99 Zum Arbeitslohn gehören --sofern es an einem ganz überwiegend eigenbetrieblichen Interesse des Arbeitgebers an derartigen Aufwendungen mangelt-- auch Ausgaben, die ein Arbeitgeber leistet, um einen Arbeitnehmer oder diesem nahe stehende Personen für den Fall der Krankheit, des Unfalls, der Invalidität, des Alters oder des Todes abzusichern (Zukunftssicherung; § 2 Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 der im Streitjahr gültigen Fassung der Lohnsteuer-Durchführungsverordnung --LStDV 2001--; § 3 Nr. 62 Satz 1 EStG 2001; s. auch § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG in der Fassung von Art. 1 des Jahressteuergesetzes [JStG] 2007 vom 13. Dezember 2006, BGBl. I 2007, 2878, BStBl I 2007, 28; BFH-Urteile vom 11. Dezember 2008 VI R 9/05, BStBl II 2009, 385; vom 16. Oktober 2002 XI R 75/00, BStBl II 2003, 288 zu II. A. 1. a, jeweils mit weiteren Nachweisen).
- 100 Entscheidend für die Annahme einer Zukunftssicherung im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 LStDV 2001 (vgl. auch § 3 Nr. 62 Satz 1 EStG 2001; Bergkemper in: Herrmann/Heuer/Raupach, Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz, Kommentar, § 3 Nr. 62 Rn. 2, mit weiteren Nachweisen) ist, dass der Arbeitgeber eine Versicherung von einzelnen Risiken des Arbeitnehmers finanziert, deren Realisierung zum Wegfall des Dienstverhältnisses als Erwerbsgrundlage führt oder die Lebensführung, insbesondere aber die Arbeitsfähigkeit, wesentlich beeinträchtigen kann (Versicherungswagnis; Breinersdorfer in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, Einkommensteuergesetz, Kommentar, § 19 Rdnr. B 703). Kennzeichnend für ein Versicherungswagnis ist die Abhängigkeit der Leistungsverpflichtung von nicht vorhersehbaren und auch rechnerisch nicht von vornherein zu ermittelnden Ereignissen, wie z.B. im Falle der Invalidität oder des Todes (Pflüger in: Herrmann/Heuer/Raupach, a.a.O., § 19 Rn. 361).
- 101
- aa) Danach dienten die Zuwendungen der Arbeitgeberin (der X-AG) an die Stiftung vor dem Streitjahr seit dem Eintritt der Klägerin in die Stiftung zum 1. Juli 1988 (s. Art. 6 Nr. 1 des Stiftungsreglementes in Verbindung mit Nr. 8 des Arbeitsvertrages vom 15. März 1988) bis zum 31. Dezember 2000 anteilig deren Zukunftssicherung. Denn die Leistungsverpflichtung der Stiftung (s. Art. 8 in Verbindung mit Art. 16 ff. des Stiftungsreglementes) war abhängig von Ereignissen wie der Alterspensionierung, Invalidität, dem Tod, bzw. einem sonstigen vorzeitigen Austritt der Klägerin aus der Stiftung, auch wenn der (typische) Versorgungsfall noch nicht eingetreten war (Art. 8 in Verbindung mit Art. 17 des Stiftungsreglementes; sog. Freizügigkeitsfall: Art. 2 Abs. 1 FZG; Tz. 2.20 ff. des Gutachtens; zu den Anspruchsvoraussetzungen für die Freizügigkeitsleistung nach Schweizer Recht: Hummel-Puerta, Willi, Die Freizügigkeit in der Beruflichen Vorsorge, St. Galler Dissertation 1983, zu IV. 2.3.). Sie hing --wie für die Annahme eines Versicherungswagnisses bezeichnend-- von tatsächlichen Umständen ab, die von vornherein weder vorsehbar noch rechnerisch zu ermitteln waren. Die Leistungen der Stiftung sollten durchweg dazu dienen, den durch die Realisierung dieser versicherten Wagnisse verursachten Wegfall

des Arbeitsverhältnisses der Klägerin finanziell und wirtschaftlich abzusichern. Ausgaben der X-AG, die nicht in Zusammenhang mit der Absicherung der Klägerin vor den vorgenannten Risiken (Wagnissen) stehen und die demzufolge nicht zum Bereich der Zukunftssicherung gehören, sind nicht ersichtlich. Die Stiftung unterscheidet sich insbesondere auch von Vermögensbeteiligungen in Arbeitnehmerhand (§ 19a EStG 2001 in Verbindung mit § 2 des Vermögensbildungsgesetzes --VermBG--).

- 102 bb) Die Zahlung von ... CHF („Vorschuss unverteilte Zuwendungen“) im Streitjahr durch die Stiftung an die Klägerin nach der Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses und dem endgültigen Verlassen der Schweiz ist keine Ausgabe der Arbeitgeberin zur Zukunftssicherung der Klägerin, weil sie nach der Risikorealisation (dem Verlust des Arbeitsplatzes und dem endgültigen Verlassen der Schweiz) erfolgt ist (Breinersdorfer in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, a.a.O., § 19 Rdnr. B 702). Die Zahlung brachte der Klägerin keinen Vorteil mehr in Form eines Versicherungsschutzes, nachdem der Versicherungsfall eingetreten war (s. BFH-Urteil in BFHE 225, 68, BFH/NV 2009, 1504 unter II. 1. b dd). Des weiteren wurde diese Zahlung nicht unmittelbar an die der Zukunftssicherung dienende Vorsorgeeinrichtung, die Stiftung geleistet; im übrigen war eine zweckentsprechende Verwendung der Arbeitgeberleistung zur Risikoabsicherung nach Eintritt des Versicherungswagnisses ausgeschlossen (BFH-Urteile vom 27. April 1973 VI R 154/69, BStBl II 1973, 588; vom 13. August 1971 VI R 171/68, BStBl II 1972, 57).
- 103 cc) Die Zahlung des „Vorschusses unverteilte Zuwendungen“ ist unberührt von diesen Erwägungen wegen ihres Zusammenhangs mit dem Beschäftigungsverhältnis der Klägerin mit der X-AG als Zufluss von Arbeitslohn im Sinne von § 19 Abs. 1 Nr. 1 EStG 2001 zu beurteilen.
- 104 b) Die Arbeitslohnqualität von Zukunftssicherungsleistungen (hier: der Zuwendungen der X-AG an die Stiftung bis zum Ablauf des Jahres 2000), bei denen die Leistung des Arbeitgebers an einen Dritten (Versicherer) erfolgt, hängt des weiteren davon ab, ob sich der Vorgang --wirtschaftlich betrachtet-- so darstellt, als ob der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Mittel zur Verfügung gestellt und der Arbeitnehmer sie zum Zweck seiner Zukunftssicherung verwendet hat. Davon ist auszugehen, wenn dem Arbeitnehmer gegen die Versorgungseinrichtung, an die der Arbeitgeber die Beiträge geleistet hat, ein unmittelbarer und unentziehbarer Rechtsanspruch auf die Leistung zusteht (ständige Rechtsprechung, z.B. BFH-Urteile vom 30. Mai 2001 VI R 159/99, BStBl II 2001, 815; vom 14. September 2005 VI R 148/98, BStBl II 2006, 532; vom 12. April 2007 VI R 55/05, BStBl II 2007, 619; vom 5. Juli 2007 VI R 47/02, BFH/NV 2007, 1876; vom 15. November 2007 VI R 30/04, BFH/NV 2008, 550; in BFHE 224, 70, BStBl II 2009, 385; jeweils mit weiteren Nachweisen). Erlangt der Arbeitnehmer einen eigenen Rechtsanspruch gegen den Versicherer, so fließt im Zeitpunkt der Beitragszahlung des Arbeitgebers Arbeitslohn zu. Der Lohnzufluss liegt dabei in den gegenwärtigen Beiträgen des Arbeitgebers, mit denen dieser den Versicherungsschutz des Arbeitnehmers finanziert (vgl. z.B. BFH-Urteile in BFH/NV 2007, 1876, und in BStBl II 2009, 385).
- 105 c) Mit den Zuwendungen ihrer Arbeitgeberin (s. Art. 2 in Verbindung mit 10 und 11 des Stiftungsreglementes) an die Stiftung hat die Klägerin einen Vorteil im Sinne von § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG 2001 erlangt: Denn aufgrund dieser Zuwendungen ist zu ihren Gunsten ein eigener --aufschiebend bedingter-- Rechtsanspruch gegen die Vorsorgeeinrichtung (die Stiftung) entstanden (Art. 8 Buchstabe a in Verbindung mit Art. 9 und 16 ff. des Stiftungsreglementes). Voraussetzung eines unentziehbaren Rechtsanspruchs ist nicht, dass bei den einzelnen Zuwendungen festgestanden hat, ob der Risikofall überhaupt eintreten und die Stiftung eine Leistung zu erbringen haben wird (BFH-Urteil vom 11. Oktober 1974 VI R 173/71, BStBl II 1075, 275). Mit den Zuwendungen an die Stiftung ist der Klägerin Arbeitslohn zugeflossen, auch wenn im Zeitpunkt der einzelnen Zuwendungen (seit dem 1. Juli 1988 in jährlicher Abfolge) noch nicht absehbar war, ob und in welcher Höhe der Klägerin später Versicherungsleistungen, d.h. Vorsorgeleistungen aus dem mit der Stiftung bestehenden Vorsorgevertrag (Tz. 2.38 des Gutachtens) zufließen werden.

- 106 Auch die Art des zur Zukunftssicherung angewandten Deckungssystems der Stiftung ist für die rechtliche Beurteilung der Zuwendungen als Arbeitslohn nicht von Bedeutung (Thomas, Betriebliche Altersversorgung --BetrAV-- 2008, 275). Denn mit der Finanzierung des Versicherungsschutzes des Arbeitnehmers wendet der Arbeitgeber die entsprechenden Beiträge zu und nicht die bei Eintritt des Versicherungswagnisses von der Vorsorgeeinrichtung zu gewährenden Leistungen (BFH-Urteil in BStBl II 2009, 3856, unter II. 1. c). Selbst wenn die Klägerin bei ihrem vorzeitigen Ausscheiden aus der Stiftung (Vorsorgeeinrichtung) wegen der Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses mit der X-AG und dem sich anschließenden endgültigen Verlassen der Schweiz (Art. 5 Abs. 1 Buchstabe a FZG; s. Mitteilung des BSV über die berufliche Vorsorge Nr. 96 vom 18. Dezember 2006; www.bsv.ch) nichts erlangt hätte (z.B. wegen Vermögensverfalls der Stiftung), würde dies die Unentziehbarkeit des Rechtsanspruchs nicht in Frage stellen (BFH-Urteil in BFHE 225, 68, BFH/NV 2009, 1504, unter II. 1. b bb). Wie beim Vorteil bestimmt sich das wirtschaftliche Interesse des Arbeitnehmers nicht danach, inwieweit und mit welcher Wahrscheinlichkeit der einzelne Arbeitnehmer aufgrund der vom Arbeitgeber finanzierten beruflichen Vorsorge tatsächlich später Leistungen erlangt (BFH-Urteil in BFHE 225, 68, BFH/NV 1504). Wendet der Arbeitgeber --wie im Streitfall die X-AG -- Beiträge für eine berufliche Vorsorge für eine Versicherung auf, deren Leistungen dem Arbeitnehmer zugutekommen, sind die Beiträge unabhängig davon Lohn, in welchem Umfang der einzelne Arbeitnehmer letzten Endes davon profitiert (Thomas, BetrAV, 2008, 490, zu II. b bb).
- 107 d) Gegen den Lohncharakter der jährlichen Zuwendungen der X-AG aus ihrem Reingewinn an die Stiftung gemäß Art. 2 des Stiftungsreglementes für die Veranlagungszeiträume vor dem Streitjahr kann nicht Erfolg eingewandt werden, dass es sich dabei um Pauschalzuweisungen gehandelt habe (BFH-Urteile vom 15. Februar 2006 VI R 92/04, BFH/NV 2006, 883; vom 15. Juli 1977 VI R 109/74, BFHE 123, 37, BStBl II 1977, 761; vom 13. August 1975 VI R 144/72, BFHE 116, 509, BStBl II 1975, 749). Zwar hat die Arbeitgeberin (jährlich der Höhe nach unterschiedliche) Zuwendungen aus ihrem Reingewinn an die Stiftung erbracht und diese nach gleichen Teilen auf diejenigen Begünstigten verteilt, denen das Jahr, für welches die Zuwendung erfolgte, als Dienstjahr angerechnet wurde (Art. 10 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 9 und 9 Abs. 3 des Stiftungsreglementes). Im Streitfall liegen indes schon deshalb keine Pauschalzuweisungen vor, weil sich eine Beziehung der Zuwendung zum Lohn des einzelnen Arbeitnehmers der X-AG herstellen lässt (BFH-Urteil in BFHE 123, 37, BStBl II 1977, 761 unter III). Denn die Zuwendung hat zu einem Vorteil in Gestalt einer Zukunftssicherung eines bestimmbareren Kreises aktiver (oder ehemaliger) Arbeitnehmer der X-AG geführt. Der Kreis der hiernach Begünstigten lässt sich mit hinreichender Genauigkeit den diesbezüglichen Bestimmungen des Stiftungsreglementes entnehmen (Art. 5 des Stiftungsreglementes).
- 108 Auch der Umstand, dass jede Zuwendung an die Stiftung „zu gleichen Teilen“ auf die Begünstigten verteilt wurde (Art. 10 Abs. 2 des Stiftungsreglementes) rechtfertigt nicht die Annahme einer --der Annahme von Arbeitslohn entgegenstehenden-- Pauschalzuwendung. Denn mit der hier in Rede stehenden Art der Verteilung der Beiträge der X-AG hat die Stiftung eine Verteilung der gesamten jährlichen Zuwendung auf die einzelnen Arbeitnehmer gewählt, die der Gesetzgeber in § 2 Abs. 2 Nr. 3 Satz 3 LStDV 2001 als zulässig angesehen hat. Danach kann bei einer Zukunftssicherung für mehrere Arbeitnehmer der für den einzelnen Arbeitnehmer geleistete Beitrag nach der Zahl der gesicherten Arbeitnehmer bestimmt, also eine Aufteilung nach Köpfen durchgeführt werden (BFH-Urteil vom 7. Juli 1972 VI R 116/69, BStBl II 1972, 890; Breinersdorfer in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, a.a.O., § 19 Rdnr. B 708; von Bornhaupt, Finanz-Rundschau --FR-- 1973, 84; Althoefer, FR 1980, 71). Damit lässt sich ein hinreichender Zusammenhang zwischen dem Arbeitslohn der Klägerin und dem Beitrag ihrer Arbeitgeberin an die Stiftung herstellen.
- 109 e) Der Klägerin ist unter Berücksichtigung der vom BFH entwickelten Rechtsgrundsätze zum Zufluss von Arbeitslohn aufgrund eines Gewinnbeteiligungs- und Vermögensbeteiligungsmodells (BFH-Urteil vom 14. Mai 1982 VI R 124/77, BStBl II 1982, 469) der Klägerin durch die Austrittsleistung kein Arbeitslohn

zugeflossen (Vgl. hierzu allgemein: Giloy, Der Betriebsberater --BB-- 1983, 365; derselbe, FR 1985, 365; Mommer, BB 1985, 667; Arend/Förster/Rößler, Steuerrecht der betrieblichen Altersversorgung, 1. Teil Rz. 40).

- 110 Danach ist in der Gutschrift eines Lohnanspruchs (Gewinnbeteiligungsanspruchs) ein Zufluss von Arbeitslohn zu sehen. Im Streitfall ist die Austrittsleistung durch die Stiftung jedoch nicht in Erfüllung eines Lohnanspruchs aus dem Arbeitsrechtsverhältnis mit der X-AG (der Arbeitgeberin der Klägerin), sondern zur Erfüllung eines eigenen Anspruchs aus dem getrennt zu beurteilenden Vorsorgeverhältnis mit der Stiftung erfolgt, dessen Inhalt sich aus deren Stiftungsreglement ergibt (Tz. 2.32 ff. des Gutachtens). Dieses Vorsorgeverhältnis diente der Zukunftssicherung der Klägerin. Die Erfüllung eines solchen, eigenen Anspruchs des Arbeitnehmers führt jedoch nicht zu einem weiteren Zufluss Arbeitslohn, nachdem die Ausgaben des Arbeitgebers zu dieser Zukunftssicherung bereits als dem Arbeitnehmer gegenwärtig zufließender Arbeitslohn zu beurteilen sind.
- 111 f) Des weiteren weist der erkennende Senat daraufhin, dass nach der dispositiven Vorschrift des Art. 322a Abs. 1 OR die konkrete Ausgestaltung einer Mitarbeitergewinnbeteiligung nach dem insoweit maßgeblichen Schweizer Recht den Vertragsparteien überlassen bleibt. Entscheidend für die Annahme einer Mitarbeitergewinnbeteiligung ist dabei, dass eine solche notwendigerweise aus dem Vermögen des Arbeitgebers ausgerichtet wird. Im Falle der Klägerin ist die Situation jedoch grundlegend anders. Die Arbeitgeberin der Klägerin hat ein rechtlich selbständiges Sondervermögen einem besonderen Zweck gewidmet, nämlich der „Ergänzung der beruflichen Vorsorge“ (Art. 1 Nr. 1 des Stiftungsreglementes; Hinweis in diesem Zusammenhang auf das BFH-Urteil in BStBl II 1977, 761 unter I.). Da es sich bei der streitigen Barzahlung der Stiftung (nicht: der Arbeitgeberin) an die Klägerin um eine Vorsorgeleistung zur Zukunftssicherung der Klägerin handelt (Tz. 3.19 ff. des Gutachtens), sind die Leistungen durch die X-AG an die Stiftung und die Leistungen an die Klägerin durch die Stiftung nach den zuvor dargelegten einkommensteuerrechtlichen Grundsätzen zum Zufluss von Arbeitslohn im Rahmen der Zukunftssicherung zu beurteilen. Danach ist die Austrittsleistung der Stiftung kein Arbeitslohn, nachdem die Zuwendungen der Arbeitgeberin an die Stiftung als Arbeitslohn anzusehen sind.
- 112 g) Des weiteren berücksichtigt der erkennende Senat, dass sogenannte Gewinnbeteiligungszusagen nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts --BAG-- zu den Leistungen der betrieblichen Altersversorgung gehören können. Der betrieblichen Altersversorgung dienen alle Versorgungsformen, durch die dem Arbeitnehmer u.a. --wie im Streitfall durch die Stiftung-- aus Anlass seines Arbeitsverhältnisses Leistungen (auch in Form von einmaligen Kapitalzahlungen (BAG-Urteil vom 30. September 1986 3 AZR 22/85, Der Betrieb --DB-- 1987, 1304)-- für das Alter, die Invalidität oder Hinterbliebenenversorgung gewährt werden (§ 1 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes zur Verbesserung der Betrieblichen Altersversorgung --BetrAVG--). Ob eine betriebliche Altersversorgung zugesagt ist, entscheidet sich allein danach, welcher Zweck mit der Zusage verfolgt wird: Soll der Arbeitnehmer im Alter oder bei Invalidität, also nach seinem Ausscheiden aus dem Berufs- oder aus dem Erwerbsleben, oder sollen seine Hinterbliebenen zusätzlich durch Leistungen des Arbeitgebers bzw. einer Versorgungseinrichtung (s. Blomeyer/Rolfs/Otto, Betriebsrentengesetz, BetrAVG, Einleitung Rz. 113 ff.) versorgt werden, so handelt es sich um Leistungen der betrieblichen Altersversorgung (im Sinne des Betriebsrentengesetzes). Durch diese Zwecksetzung unterscheidet sich die betriebliche Altersversorgung von sonstigen Zuwendungen, etwa Leistungen zur Vermögensbildung oder zur Überbrückung einer erwarteten Arbeitslosigkeit (vgl. BAG Urteile in DB 1987, 1304; vom 30. Oktober 1980 3 AZR 805/79, DB 1981, 644).
- 113 Hieran gemessen ist unzweifelhaft, dass der Wille der Parteien des Versorgungsvertrags --also der Stiftung und der Klägerin-- (s. Tz. 2.38 des Gutachtens) dahin ging, in erster Linie eine Versorgung für den Fall des Alters, der Invalidität und des Todes zu schaffen. Die der Klägerin eingeräumte Beteiligung an der Stiftung stellt eine Abgeltung der von der Klägerin erbrachten Betriebstreue insgesamt dar

(Hinweis auf Art. 1 Nr. 2 des Stiftungsreglementes) und nicht eine zusätzliche Vergütung für eine bestimmte Lohnperiode. Durch die von der Stiftung gesetzte Zwecksetzung unterscheidet sich die Zusage des vermögensrechtlichen Anspruchs (Art. 9 des Stiftungsreglementes) von einer allgemeinen Maßnahme der Vermögensbildung, bei der es dem Arbeitnehmer frei steht, zu welchem Zweck er die ihm zukünftig zufließenden Mittel einsetzen will (BAG-Urteil in DB 1981, 644). Denn das (Schweizerische) FZG hat auch bei der Austrittsleistung in Form der hier in Rede stehenden Barauszahlung zum Ziel, dem versicherten Arbeitnehmer die Möglichkeit zu geben, den erworbenen Versicherungsschutz aufrechtzuerhalten (Berufungsentscheidungen des Unabhängigen Finanzsenats Feldkirch vom 23. Juli 2009 Geschäftszahl --Gz.-- RV/0320-F/08 und RV/0136-F/09, [www.findok.bmf.gv.at](http://www.findok.bmf.gv.at)). Diese Zielsetzung hinsichtlich der in Aussicht gestellten Leistungen an die Klägerin rechtfertigt es in einkommensteuerrechtlicher Hinsicht die Grundsätze zum Zufluss von Arbeitslohn bei beruflicher Vorsorge anzuwenden. Danach ist --wie zuvor bereits dargelegt-- mit der Leistung der Stiftung nach Art. 5 Abs. 1 Buchstabe a FZG der Klägerin kein Arbeitslohn zugeflossen.

- 114 h) Die Leistungen an die Stiftung durch die X-AG und die Leistung durch die Stiftung an die Klägerin im Streitjahr dienen --in Übereinstimmung mit den zuvor dargelegten einkommensteuerrechtlichen Erwägungen-- der beruflichen Vorsorge (Zukunftssicherung) und dies auch insoweit, als es sich bei der Stiftung um eine (klassische) Anlagestiftung handelt (Art. Nr. 2 des Stiftungsreglementes in der ab 1. Juli 2002 gültigen Fassung).
- 115 Eine Anlagestiftung bietet fondsähnliche Anlageprodukte an. Diese sind jedoch ausschließlich Vorsorgeeinrichtungen der 2. und 3. Säule vorbehalten sind (s. Stichwort: Anlagestiftung, [wikipedia.org/wiki/Anlagestiftung](http://wikipedia.org/wiki/Anlagestiftung) zu. Anlageformen; BSV-Mitteilung über die berufliche Vorsorge Nr. 46 vom 20. August 1999, Anforderungen an Anlagestiftungen unter Aufsicht des BSV; im Streitfall auch Arbeitnehmern der X-AG). Das BSV sorgt als Aufsichtsbehörde dafür, dass das Vermögen der Anlagestiftungen dem gewidmeten Zweck (im Sinne der beruflichen Vorsorge) entsprechend verwendet wird. Ausdrücklich bestimmt demzufolge das Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Kapitalanlagegesetz --KAG--) vom 23. Juni 2006 (SR 951.31), dass ihm nicht unterstellt sind die Einrichtungen und Hilfseinrichtungen der beruflichen Vorsorge, einschließlich der Anlagestiftungen (Art. 2 Abs. 2 Buchstabe a KAG). Nach der Praxis des BSV ist die Errichtung einer Anlagestiftung, die zugleich Vorsorge- und Anlagefunktion vereinigt unzulässig. Handelt es sich danach bei der Stiftung um eine Institution der beruflichen Vorsorge und dienen im Übrigen --wie bereits dargelegt-- die Leistungen an die Stiftung und durch die Stiftung der Sicherung vor nicht vorsehbaren Wagnissen (wie Tod, Invalidität, Krankheit, Verlust des Arbeitsplatzes u.ä.) rechtfertigt sich auch hieraus die Anwendung der einkommensteuerrechtlichen Rechtsgrundsätze zur Qualifizierung der genannten Leistungen, wie sie vom erkennenden Senat vorgenommen wurde.
- 116 2.a) Die zuvor dargelegten Rechtsgrundsätze zum Arbeitslohncharakter von Zukunftssicherungsleistungen finden nach der ständigen Rechtsprechung des BFH auch Anwendung, wenn ein in der Schweiz ansässiger Arbeitgeber an eine Vorsorgeeinrichtung mit Sitz in der Schweiz Ausgaben zur Zukunftssicherung (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 LStDV 2001 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 BVG) für einen Arbeitnehmer leistet, der in der Bundesrepublik Deutschland ansässig ist und als Grenzgänger mit seinen Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit der Einkommensteuer unterliegt (BFH-Urteil vom 29. April 2009 X R 31/08, BFH/NV 2009, 1625, betreffend Arbeitgeberbeiträge für eine --und Leistungen aus einer-- Kollektiv-Krankentaggeldversicherung nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908, SR 221.229.1; BFH-Urteil vom 16. Mai 1975 VI R 165/72, BFHE 115, 569, BStBl II 1975, 642, betreffend Arbeitgeberbeiträge an eine Pensionskasse in der Schweiz für einen Grenzgänger; BFH-Urteil vom 18. Mai 2004 VI R 11/01, BFHE 206, 158, BStBl II 2004, 1014, betreffend Arbeitgeberbeiträge an eine französische Sozialversicherung; BFH-Urteil vom 24. Juni 2009 X R 57/06, BStBl II 2009, 1000, betreffend die Abziehbarkeit von Vorsorgeaufwendungen als Sonderausgaben eines im Land ansässigen Grenzgängers nach Frankreich; Senatsurteil vom 12. Dezember 2007 3 K 141/07,

rechtskräftig, juris, Entscheidungsgründe zu 1. a; BFH-Urteil vom 5. Juli 2007 VI R 47/02, BFH/NV 2007, 1876, betreffend Arbeitgeberbeiträge an einen ausländischen Pensionsfonds, jeweils mit weiteren Nachweisen; Paetsch, Anm. zum BFH-Urteil in BFH/NV 2007, 1876 in: Höchststrichterliche Finanzrechtsprechung --HFR-- 2007, 984): Denn die Ermittlung der (Welt)Einkünfte eines im Inland ansässigen Grenzgängers erfolgt grundsätzlich auf der Grundlage des Einkommensteuerrechts und damit unter Berücksichtigung der hierzu entwickelten Rechtsgrundsätze, unberührt davon, ob sie aus dem Inland, der Schweiz oder aus Drittstaaten stammen (BFH-Urteil vom 20. August 2008 I R 78/07, BFHE 222, 517, zu II. 1. b; Heuermann, Die Steuerliche Betriebsprüfung --StBP-- 2005, 303, mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung des BFH).

- 117 b) Für sozial(versicherungs-), privatversicherungs- und arbeitsrechtliche Ansprüche wird hingegen diese (steuerrechtliche) Gepflogenheit, nach der sich die Beurteilung nach dem Recht des Ansässigkeitsstaates des Steuerpflichtigen bestimmt, durchbrochen. Ob solche Ansprüche bestehen, beantwortet sich grundsätzlich nach dem Recht des Arbeits-/Beschäftigungsortes, im Streitfall mithin nach Schweizer Recht (BFH-Urteil in BFH/NV 2009, 1625, zu II. 1. b; Vorlagebeschluss des Bundessozialgerichts --BSG-- zum Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften [EuGH] vom 27. Februar 2008 B 12 KR 5/07 R, juris, Entscheidungsgründe zu 2.; Holzapfel, Steuer und Wirtschaft International --SWI-- 2001, 426). Soweit hiernach ausländisches Recht festzustellen und auszulegen ist, obliegt diese Verpflichtung dem Finanzgericht als Tatsachengericht (BFH-Urteile vom 28. Mai 2009 VI R 27/06, BStBl II 2009, 857 zu II. 1. a; in BFHE 206, 158, BStBl II 2004, 1014, zu II. 1. e; Senatsurteil vom 12. Dezember 2007 3 K 141/07 --rechtskräftig-- juris, Entscheidungsgründe zu 1. a; Hinweis im Übrigen auf das vom erkennenden Senat in Auftrag gegebene Gutachten).

## II.

- 118 Im Übrigen ist die Austrittsleistung kein Arbeitslohn.
- 119 1. In abkommensrechtlicher Hinsicht ist eine Besteuerung der bar ausgezahlten Freizügigkeitsleistung im Inland nach Art. 15a DBA-Schweiz 1992 nicht zulässig, weil diese Leistung nicht als Arbeitslohn im Sinne des § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG 2001 zu beurteilen ist.
- 120 a) Nach der ständigen Rechtsprechung des BFH begründen die von der Vorsorgeeinrichtung ausgezahlten Leistungen keinen weiteren Arbeitslohn, wenn die vom Arbeitgeber zuvor erbrachten Ausgaben zur Zukunftssicherung zu Arbeitslohn geführt haben (s. die Erwägungen zu I.), auch wenn diese --wie zum Beispiel im Streitfall von den Beteiligten aus Unkenntnis der diesbezüglichen Rechtsgrundsätze-- nicht der Besteuerung als Einnahmen nicht selbständiger Arbeit unterworfen wurden (BFH-Urteil vom 15. November 2007 VI R 30/04, BFH/NV 2008, 550; BFH-Urteile vom 22. November 2006 X R 29/05, BStBl II 2007, 404; vom 24. Juli 1996 X R 105/95, BStBl II 1996, 650).
- 121 Die Stiftung hat die Austrittsleistung zur Erfüllung eines eigenen unmittelbaren Anspruchs der Klägerin auf der Grundlage des Vorsorgerechtsverhältnisses mit der Stiftung erbracht. Der Anspruch wurde im Übrigen von der Klägerin in eigenem Namen geltend gemacht wurde. Daher sind die Ausgaben der X-AG an die Stiftung zur Zukunftssicherung für die Klägerin in Veranlagungszeiträumen vor dem Streitjahr als Arbeitslohn zu beurteilen. Die Austrittsleistung der Stiftung ist kein weiterer Arbeitslohn der Klägerin (BFH-Urteil in BFH/NV 2008, 550).
- 122 b) Der Klägerin wurde auf ihren ausdrücklichen Antrag die Austrittsleistung aus der Stiftung im Streitjahr bar ausgezahlt. Die Voraussetzungen für die Barauszahlung waren gegeben, weil die Klägerin mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur X-AG, dem damit verbundenen Austritt aus Vorsorgeeinrichtung (der Stiftung) die Schweiz endgültig verlassen hat, indem sie mit einem in der Bundesrepublik Deutschland ansässigen Arbeitgeber ein neues Arbeitsverhältnis begründet hat (Art. 5 Abs. 1 Buchstabe a FZG).

- 123 c) Zum Sinn und Zweck der hier in Rede stehenden Barauszahlung einer Austrittsleistung wird auf folgendes hingewiesen:
- 124 Mit der Barauszahlung der Austrittsleistung im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Buchstabe a FZG ließ sich der (Schweizerische) Gesetzgeber von dem Gedanken leiten, dass sich der Versicherte, wenn er sich anderswo (z.B. in der Bundesrepublik Deutschland; vgl. zu den europarechtlichen Fragen in Zusammenhang mit der Austrittsleistung und deren Übertragung auf einen ausländischen Versicherungsträger nach Inkrafttreten der FZA: BSV-Mitteilung vom 18. Dezember 2006) eine Existenz aufbauen will, sein angespartes Kapital der 2. Säule (Berufliche Vorsorge) benötigt. Ob dies tatsächlich der Fall ist, muss die Vorsorgeeinrichtung nicht prüfen. Hat sich der Versicherte die Austrittsleistung bar auszahlen lassen, und kehrt er nach kurzer Zeit wieder in die Schweiz zurück, muss er die bezogene Leistung nicht zurückzahlen. Im Übrigen stellt die Barauszahlung auch kein Rückkehrhindernis dar. Wohl aus Gründen der Praktikabilität hat der Schweizerische Gesetzgeber die Sicherung des Vorsorgeschutzes hintangestellt (s. Cardinaux, a.a.O., Rn. 339, mit weiteren Nachweisen).
- 125 2. In abkommensrechtlicher Hinsicht können die nach Auffassung des FA in der Austrittsleistung enthaltenen „Zinsen“ von ... CHF (zur Berechnung: s. den Schriftsatz des FA vom 25. Februar 2009) nicht in der Bundesrepublik Deutschland nach Art. 11 DBA-Schweiz 1971 der Besteuerung unterworfen werden. Eine Steuerpflicht dieser --vom FA behaupteten-- Zinszahlung (vgl. hierzu: Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen --BMF-- vom 13. November 1985 IV B 4 - S 2252 -150/85, BStBl I 1985, 661; vom 31. August 1979 IV B 4 S 2252-77/79, BStBl I 1979, 592, Tzn 3 6; B.; Gosch in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, a.a.O., § 4c Rdnr. A 26) ergibt sich --entgegen der Auffassung des FA-- nicht aus der insoweit allein in Betracht kommenden Anwendung des § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG 2001.
- 126 a) Zinsen aus Sparanteilen, die in den Beiträgen zu Versicherungen auf den Erlebens- oder Todesfall enthalten sind, sind nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 1 EStG 2001 steuerpflichtig. Nach Satz 2 der Vorschrift gilt dies nicht für Zinsen aus Versicherungen im Sinne des § 10 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe b EStG 2001, die mit Beiträgen verrechnet oder im Versicherungsfall oder im Fall des Rückkaufs des Vertrags nach Ablauf von 12 Jahren seit dem Vertragsabschluss ausgezahlt werden. Die Beiträge zu den Versicherungen im Sinne des § 10 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe b EStG 2001 können mit den in Absatz 2 derselben Vorschrift aufgeführten Einschränkungen als Sonderausgaben abgezogen werden. Die Sätze 1 und 2 des § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG sind entsprechend auf Kapitalerträge aus fondsgebundenen Lebensversicherungen anzuwenden (§ 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 5 EStG 2001). Die Beiträge zu fondsgebundenen Lebensversicherungen sind vom Abzug als Sonderausgaben ausgeschlossen (§ 10 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe b Satz 4 EStG 2001; Krain, Steuer und Studium --SteuerStud-- 2009, 75, zu IV. 1. a; Schneider, DB 1978, 662).
- 127 b) Auf das von der Klägerin mit der Stiftung zum 1. Juli 1988 auf vertraglicher Basis begründete Vorsorgeverhältnis sind die Grundsätze zur Besteuerung von Erträgen aus fondsgebundenen Lebensversicherungen entsprechend anzuwenden (vgl. hierzu: Dötsch in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, a.a.O., § 20 Rdnr. H 46 ff.; BMF-Schreiben in BStBl I 1979, 562 Tz. 11.2).
- 128 aa) Die fondsgebundene Lebensversicherung stellt eine echte Lebensversicherung im versicherungsrechtlichen Sinne dar (Marchand, DB 1974, 2430). Es handelt sich um eine Kapitalversicherung auf den Erlebens- oder Todesfall. Wie bei der konventionellen gemischten Lebensversicherung enthalten die Versicherungsbeiträge einen Verwaltungskosten- einen Risiko- und einen Sparanteil (Dötsch in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, a.a.O., § 20 Rdnr. H 12, mit weiteren Nachweisen). Die Sparanteile werden im Unterschied zur konventionellen Lebensversicherung üblicherweise in Investmentanteilen angelegt (Horlemann, DB 1998, 743, zu IV.). Fondsgebundene Lebensversicherungen unterscheiden sich von konventionellen Lebensversicherungen dadurch, dass die Höhe der Leistungen direkt von der Wertentwicklung der in einem (besonderen) Anlagestock

angesparten Vermögensanteilen abhängt (BMF-Schreiben vom 22. Dezember 2005 IV C 1 - AS 2252 - 343/05, BStBl I 2006, 92, Tz. 31 ff.). Der Anlagestock kann auch einen Fondsmix umfassen (Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz, 29. Aufl., Vor §159 Rn. 20; Krain, SteuerStud 2009, 75 zu III. 2.). Eine der Höhe nach garantierte Leistung gibt es bei fondsgebundenen Lebensversicherungen in der Regel nicht, selbst der Verlust des gesamten Kapitals ist möglich (BMF-Schreiben in BStBl I 2006, 92 Tz. 32). Hinsichtlich der Versicherungsleistung kann u.a. vereinbart sein, dass der Versicherungsnehmer nach seiner Wahl z.B. einen Geldbetrag in Höhe des Kurswertes von Anteilen beanspruchen kann (vgl. hierzu: Dötsch in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, a.a.O., § 20 Rdnr. H 43). Bei Anwendung dieser Rechtsgrundsätze auf den Streitfall ergibt sich Folgendes:

- 129 bb) Das Vorsorgeverhältnis der Klägerin zur Stiftung, das mit dem Beginn des Arbeitsverhältnisses der Klägerin zur X-AG begründet wurde (s. Tz. 2.35 ff. des Gutachtens), erfüllt die Grundmerkmale einer Versicherung auf den Erlebens- und Todesfall (sog. „gemischte“ Versicherung; § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG 2001 in Verbindung mit § 10 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe b EStG 2001; Söhn in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, a.a.O., § 10 Rdnr. E 51; Dötsch in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, a.a.O., § 20 Rdnr. H 12; Gosch in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, a.a.O., § 4c Rdnr.: B 1 - B 11 und Rdnr. B 83 Einzelnachweise, Stichwort: Lebensversicherungsunternehmen; Horlemann, DB 1998, 743 zu III.; Rätke in Herrmann/heuer/Raupach, a.a.O., § 4c Rn. 17 Stichwort: Verhältnis zu § 20). Es deckt das Todesfallrisiko (Art. 8 Buchstabe a des Stiftungsreglementes) und das Erlebensfallrisiko ab (BFH-Urteil vom 15. Juni 2005 X R 64/01, BStBl II 2006, 245, zu II. 2. b aa). Das letztgenannte Risiko ist versichert, weil der Versicherungsfall beim Erleben eines bestimmten Ereignisses (u.a. wegen [vorzeitiger] Pensionierung, Austritts aus der Stiftung infolge Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur X-AG und endgültigen Verlassens der Schweiz; Söhn in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, a.a.O., § 10 Rdnr. E 45) eintritt und der vermögensrechtliche Anspruch zur Auszahlung gelangt (Art. 16 des Stiftungsreglementes).
- 130 Im Übrigen entsprechen die Bedingungen des Vorsorgeverhältnisses zur Stiftung nicht denjenigen einer konventionellen, sondern bei wertender Betrachtung im wesentlichen denjenigen einer fondsgebundenen Lebensversicherung. Die Klägerin war --wie für eine fondsgebundene Lebensversicherung typisch-- über den im Versicherungsfall auszahlenden vermögensrechtlichen Anspruch am Wertzuwachs des in der Stiftung angelegten Vermögens (Obligationen, Festgeldanlagen, Aktien, Immobilien und Edelmetalle --s. den Jahresbericht 1997; Hinweis im Übrigen --auch wegen verschiedener Erscheinungsformen von fondsgebundenen Lebensversicherungen-- auf den Erlass des Finanzministeriums Nordrhein-Westfalen vom 27. August 1974 S 2221 - 218 - VB 2, BB 1074, 1237) beteiligt. Denn der vermögensrechtliche Anspruch errechnete sich letztlich auf der Grundlage von Anteilen der begünstigten Klägerin an der Stiftung (Art. 11 des Stiftungsreglementes), deren Wert sich aus dem Verkehrswert des Stiftungsvermögens abzüglich allfälliger Schuldverpflichtungen, Steuern und angemessener Rückstellungen abgeleitet. Dabei war für die Berechnung des Anspruchs der Wert des Anteils für den Monat maßgebend, in dem der Versicherungsfall eingetreten ist. Damit trug die Klägerin --wie bei einer fondsgebundenen Lebensversicherung charakteristisch-- das Risiko eines zwischenzeitlich eingetretenen Vermögensverfalls (Marchand, DB 1974, 2430 zu I.). Ausdrücklich wird in Art. 12 des Stiftungsreglementes festgehalten, dass die Begünstigten an den Erträgen und an den Kapitalgewinnen sowie an den Kapitalverlusten des Stiftungsvermögens beteiligt sind und zwar im Verhältnis der Zahl ihrer Anteile, deren Wert seinerseits aus dem Verkehrswert des Stiftungsvermögens abgeleitet ist (BMF-Schreiben in BStBl I 2006, 92 zu Tz. 32; Horlemann, FR 2000, 749, zu 3.). Durch die jährlich sich wiederholenden Zuwendungen (Gosch in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, a.a.O., § 4c Rdnr. B 32 zu den Zuwendungen im Rahmen des § 4c EStG) an die Stiftung hat die Arbeitgeberin der Klägerin --wirtschaftlich betrachtet-- Anteile der Stiftung und damit an einem Investmentfonds (BMF-Schreiben in BStBl I 2006, 92, Tz. 92) zugewandt, deren Geldwert im Rahmen der hier streitigen Austrittsleistung an die Klägerin ausgezahlt wurde.
- 131 c) Die Auszahlung des vermögensrechtlichen Anspruchs nach Art. 5 Abs. 1 Buchstabe a FZG ist nach

dem für fondsgebundene Lebensversicherungen entsprechend anwendbaren § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 2 EStG 2001 (in Verbindung mit § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 5 EStG 2001) in jedem Fall steuerfrei, weil es sich um eine Versicherung im Sinne des § 10 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 Buchstabe b Doppelbuchstabe d EStG 2001 handelt und die Erträge aus der Versicherung nach Ablauf von 12 Jahren seit dem Vertragsabschluss ausgezahlt wurden. Es kann deshalb offen bleiben, inwieweit die Berechnung der „Zinsen“ lt. dem Schreiben des FA vom 25. Februar 2009 die steuerbaren Erträge einer fondsgebundenen Lebensversicherung dem Grunde und der Höhe nach zutreffend wiedergibt (vgl. hierzu: Dötsch in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, a.a.O., § 20 Rdnr. H 47 ff.; Horlemann, FR 2000, 749, zu 3.2; Marchand, DB 1974, 2430, zu III.).

- 132 aa) Die Auszahlung des vermögensrechtlichen Anspruchs erfolgte im Streitjahr, nachdem der Versicherungsfall eingetreten war, weil das Arbeitsverhältnis der Klägerin zur X-AG zum 31. Mai 2001 endete (Art. 9 Nr. 2 des Stiftungsreglementes), und die Klägerin hieran anschließend die Schweiz endgültig verließ (Art. 5 Abs. 1 Buchstabe a FZG in Verbindung mit den Ausführungen im Gutachten zu Tz. 2.32 ff.). Nachdem die Klägerin der Stiftung zum 1. Juli 1988 beigetreten war (Nr. 8.2 des Arbeitsvertrages vom 15. März 1988) und damit das Vorsorgeverhältnis zur Stiftung begründet wurde (vgl. in diesem Zusammenhang: Söhn in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, a.a.O., § 10 Rdnr. E 6), erfolgte die hier in Rede stehende Auszahlung über zwölf Jahre nach dem Vertragsabschluss mit der Stiftung (s. Tz. 2.38 des Gutachtens).
- 133 bb) Im Streitfall erfüllt das Vorsorgeverhältnis der Klägerin zur Stiftung nicht die Voraussetzungen, die **nach dem Wortlaut** des Gesetzes an eine Versicherung im Sinne des insoweit allein in Betracht kommenden § 10 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe b Doppelbuchstabe dd EStG 2001 zu stellen sind. Gleichwohl ist die Kapitalauszahlung (Freizügigkeitsleistung) an die Klägerin steuerfrei. Dies gebietet der Sinn und Zweck der hier in Rede stehenden Vorschriften (vgl. in diesem Zusammenhang: Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, Kapitel 5 Ziff. 2 Buchstabe c: „Ausfüllung einer verdeckten Lücke durch teleologische Reduktion“).
- 134 Nach der vorgenannten Vorschrift sind die Beiträge zu Kapitalversicherungen auf den Erlebens- oder Todesfall gegen laufende Beitragszahlung mit Sparanteil als Sonderausgaben abziehbar, wenn der Vertrag für die Dauer von mindestens 12 Jahren abgeschlossen wurde.
- 135 aaa) Bei dem Vorsorgeverhältnis zur Stiftung handelt es sich um eine Kapitalversicherung auf den Erlebens- und Todesfall (siehe hierzu die Darlegungen zuvor zu 2. b bb), wobei lediglich die geleisteten Sparanteile (BFH-Urteil in BStBl II 2006, 245 zu II. 2. b cc) im Unterschied zur konventionellen Lebensversicherung nicht in Werten jeder Art, sondern in einem Fonds und zwar --bezogen auf den Streitfall-- in einem gemischten Fond angelegt wurden (Hinweis auf den Jahresbericht 1997 der Stiftung zu Aktiva).
- 136 bbb) Im Übrigen handelt es um eine Versicherung gegen laufende Beitragszahlungen, da die Beitragszahlungsdauer der Laufzeit des Versicherungsverhältnisses/Vorsorgeverhältnis der Klägerin zur Stiftung entspricht. Bei den jährlich wiederkehrenden Zuwendungen der X-AG aus ihrem Reingewinn (Art. 2 des Stiftungsreglementes) liegen in Höhe des auf die Klägerin entfallenden Anteils (Art. 10 Nr. 2 des Stiftungsreglementes) eigene Beiträge der Klägerin vor. Die Klägerin stand gegen die Versorgungseinrichtung, an die ihre Arbeitgeberin die Zuwendungen geleistet hat, ein unentziehbarer Rechtsanspruch auf Leistung zu. Daher stellt sich dieser Vorgang --wie zuvor ausgeführt-- wirtschaftlich betrachtet so dar, als hätte die Arbeitgeberin die Zahlungen an die Klägerin und diese sie an den Dritten (die Versorgungseinrichtung) geleistet. Damit hat die Klägerin selbst Barlohn zur Zukunftssicherung verwendet. Die Leistung der Zuwendungen an die Stiftung durch die X-AG steht der Verwendung von Barlohn durch die Klägerin bei wirtschaftlicher Betrachtung gleich (BFH-Urteil in BFHE 225, 68, BFH/NV 2009, 1504, zu II. 1. b aa).

- 137 ccc) Im Streitfall ist jedoch das Versicherungsverhältnis der Klägerin zur Stiftung nach den zugrundeliegenden vertraglichen Abmachungen (Arbeitsvertrag zur X-AG bzw. dem Innominatkontrakt zur Stiftung --s. Tz. 2.38 des Gutachtens--) nicht für die Dauer von mindestens 12 Jahren abgeschlossen worden. Die vereinbarte Versicherungsleistung (der vermögensrechtliche Anspruch nach Art. 8 des Stiftungsreglementes) hätte der Klägerin als Versicherungsnehmerin nach den getroffenen Vereinbarungen schon vor Ablauf von 12 Jahren seit dem Vertragsabschluss insgesamt oder teilweise zur Verfügung stehen können (Söhn in: Söhn/Kirchhof/Mellinghoff, a.a.O., § 10 Rdnr. E 86). Die Versicherungsleistung hätte nicht nur bei Tod der Versicherungsnehmerin (vgl. hierzu: Söhn in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, a.a.O., § 10 Rdnr. E 87), sondern auch bei Austritt aus der Stiftung infolge Beendigung des Arbeitsverhältnisses und endgültigem Verlassen der Schweiz, (Art. 5 FZG), im Übrigen u.a. auch bei vorzeitiger Pensionierung vor Ablauf der 12-Jahres-Frist fällig werden können.
- 138 Im Übrigen berücksichtigt der erkennende Senat, dass der Arbeitsvertrag der Klägerin mit der X-AG, von dessen Fortbestehen das Versicherungsverhältnis mit der Stiftung abhing, keinesfalls für eine kürzere Dauer als 12 Jahre abgeschlossen wurde. Er war auf unbestimmte Dauer abgeschlossen worden. Er konnte gekündigt werden. Diese Gestaltung steht in Übereinstimmung mit dem zuvor dargelegten Sinn und Zweck der Vorschrift des § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG 2001 der Steuerfreiheit der Versicherungsleistung nicht entgegen.
- 139 Zusätzlich weist der erkennende Senat daraufhin, dass bei einer --dem zuvor dargelegten Ergebnis-- widersprechenden Auffassung, die Beiträge an (Schweizerische) Pensionskassen --wie im Streitfall die Beiträge der Klägerin an die Pensionskasse Y -- nicht mehr (und damit entgegen einer jahrzehntelangen Praxis) als Sonderausgaben abziehbar wären, weil die Einhaltung einer Sperrfrist im Sinne einer Mindestvertragsdauer (Hinweis auf § 10 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe b Doppelbuchstaben cc und dd) grundsätzlich in den Innominatkontrakten zwischen den Arbeitnehmern und den Pensionskassen nicht vereinbart wird und eine solche mit der Absicherung des Lohnes durch eine (Schweizerische) Pensionskasse wesensfremd ist (z.B. wegen der Anbindung an das Arbeitsverhältnis, der Möglichkeit von Freizügigkeitsleistungen und der Verwendung von Pensionskassenleistungen zur Wohnungseigentumsförderung, s. Verordnung über die Wohnungseigentumsförderung mit Mitteln der beruflichen Vorsorge vom 3. Oktober 1994, SR 831.411, www.admin.ch „Bundesgesetze“).
- 140 ddd) In Übereinstimmung mit dem Sinn und Zweck des § 10 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe b Doppelbuchstabe dd EStG 2001 und des § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 1 EStG 2001 führt das Fehlen einer vertraglich vereinbarten Mindestlaufzeit („Sperrfrist“) jedoch nicht zu einer Steuerpflicht der hier in Rede stehenden Erträge aus der Stiftung. Nach Sinn und Zweck dieser Vorschriften ist die Steuerpflicht von Erträgen („Zinsen“) aus Lebensversicherungen bei solchen Versicherungsverhältnissen gerechtfertigt, „bei denen der Versorgungszweck nicht im Vordergrund steht und bei denen sich ohne wesentliches Risiko ein beachtlicher Vermögenszuwachs erzielen lässt“ (Bundestagsdrucksache --BTDrucks-- 7/1470, S. 273). Entsprechend heißt es im Entwurf eines JStG 1996 in der Begründung zur Neufassung des § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG: „Die Steuerbefreiung für Zinserträge auf Lebensversicherungen ist auf Verträge zu beschränken, die der Risikovorsorge und Altersversorgung dienen“ (BTDrucks 13/1686, S. 26; BFH-Urteil vom 12. Oktober 2005 VIII R 87/03, BStBl II 2006, 251, zu II.1. c ). Erträge („Zinsen“), die im Rahmen nicht förderungswürdiger Lebensversicherungsverträge anfallen, sollten durch § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG 2001 erfasst werden (BFH-Urteil in BStBl II 2006, 245 zu II. 2. c). Im Übrigen wollte der Gesetzgeber mit der Mindestvertragsdauer von 12 Jahren in § 10 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe b Doppelbuchstabe bb EStG 2001 die Beiträge für solche Versicherungen auf den Erlebens- oder Todesfall von der Sonderausgabenbegünstigung (und damit in der Folge von der Steuerfreiheit der Versicherungsleistungen) ausschließen, die nicht einer echten Zukunftssicherung dienen (BTDrucks V/1068 zu Art. 1 Nr. 3 StÄndG 1966, S. 25; BFH-Urteil vom 27. Oktober 1987 IX R 1/83, BStBl II 1988, 132, Entscheidungsgründe zu 1.).

- 141 Um Erträge aus einem solchen, nicht förderungswürdigen Lebensversicherungsvertrag geht es im Streitfall jedoch nicht. Das Versicherungsverhältnis zwischen der Klägerin und der Stiftung, das nach dem maßgeblichen Schweizer Recht ein Vorsorgeverhältnis war, diene ausschließlich --wie für die Steuerfreiheit der Erträge aus diesem Verhältnis entscheidend-- der Risikovorsorge und Altersversorgung der Klägerin. Es diene nach seiner --aus dem Stiftungsreglement ableitbaren Zielsetzung-- ausschließlich der Ergänzung der Beruflichen Vorsorge. Die Leistung der Stiftung im Streitjahr erfolgte im Übrigen in Anerkennung der dem Unternehmen (der X-AG) von der Klägerin erwiesenen Treue. Die Stiftung ist im Bereich der weitergehenden Beruflichen Vorsorge (s. Gutachten Tz. 2.13 ff.) Teil der 2. Säule des Schweizerischen Schicksalsminderungssystems, das die wirtschaftlichen Folgen bestimmter Wechselfälle des Lebens, wie Alter, Tod, Invalidität auffangen soll (Hinweis auf Art. 111 Abs. 1 der [Schweizerischen] Bundesverfassung vom 18. Dezember 1999; Senatsurteil vom 23. April 2009 3 K 4/07) Im übrigen verweist der erkennende Senat zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen zu I. zur Zukunftssicherung, in die die Stiftung eingebunden war.
- 142 d) Der Steuerfreiheit der Auszahlung des vermögensrechtlichen Anspruchs steht --abweichend von der Auffassung des FA-- auch nicht entgegen, dass die Beiträge zu Kapitalversicherungen gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe b Doppelbuchstabe dd EStG 2001 nach dem Wortlaut des § 10 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG 2001 nicht als Sonderausgaben abziehbar sind, weil die Stiftung weder ihren Sitz oder ihre Geschäftsleitung in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft (EG), noch zu den Versicherungsunternehmen zählt, denen die Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb im Inland erteilt ist (s. das Verzeichnis lt. Anhang 32 des amtlichen Einkommensteuer-Handbuches 2004; Kulosa in: Herrmann/Heuer/Raupach, a.a.O., § 10 Anm. 310; Söhn in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, a.a.O., § 10 Rdnr. N 21 ff.).
- 143 Da der für fondsgebundene Lebensversicherungen entsprechend anwendbare § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 2 EStG 2001 nicht auf § 10 Abs. 2 (Satz 1 Nr. 2) EStG 2001 Bezug nimmt, kommt es für Steuerbefreiung der Erträge aus einer solchen Lebensversicherung lediglich darauf an, dass der betreffende Versicherungsvertrag --wie z.B. der Innominatkontrakt zwischen der Klägerin und der Stiftung-- zu den nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe d EStG 2001 begünstigten Vertragstypen gehört (BFH-Urteil vom 1. März 2005 VIII R 47/01, BStBl II 2006, 365). Ausländische Lebensversicherungen sind demzufolge nicht von vornherein von der Steuerbefreiung der Zinsen nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 2 EStG 2001 ausgeschlossen.
- 144 Unabhängig von den zuvor dargelegten Erwägungen wird das FA daran erinnert, dass es seit Jahrzehnten (und damit auch vor dem Inkrafttreten des FZA am 1. Juni 2002) --wie z.B. im vorliegenden Fall (s. S. 3 und 4 der Anlagen N-Gre in Verbindung mit den Zeilen 62 ff. des Mantelbogens der Einkommensteuererklärungen, lt. Bd I der ESt-Akten)-- Beiträge an Pensionskassen von im Inland ansässigen Arbeitnehmern (hier: der Klägerin an die Pensionskasse Y in Höhe von ... CHF --s. Angaben im Lohnausweis zu 1. A in Verbindung mit den Angaben lt. Zeile 68, 77-82 der Anlage N-Gre und Zeilen 63 und 64 des Mantelbogens zur Einkommensteuererklärung--), die in der Schweiz arbeiten, als Sonderausgaben berücksichtigt (vgl. etwa die Anweisung lt. Tz. 2.4 im Grenzgängerhandbuch Fach B Teil 2 Nummer 2), auch wenn die (Schweizerischen) Pensionskassen (wie z.B. die Pensionskasse Y) weder ihren Sitz oder ihre Geschäftsleitung in einem Mitgliedstaat der EG haben, noch zu den Versicherungsunternehmen zählen, denen die Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb im Inland erteilt ist (Hinweis auf die Verfügung der OFD Frankfurt vom 20. Januar 1995 S 221A - 35 - St II 22, FR 1995, 321; Horlemann, DB 1998, 743 zu III.; Gottwald, DB 1998, 1362; Herrmann, FR 1989, 605, zu VI.; Kottke, BB 1988, 2293; Horlemann, FR 1984, 391; vgl. in diesem Zusammenhang auch das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften [EuGH] vom 23. April 2009, Rüffler, C-544/07 Deutsches Steuerrecht Entscheidungsdienst --DStRE-- 2009, 1189; Erkenntnis des [österreichischen]

Verwaltungsgerichtshofs --öVwGH-- vom 20. Februar 2008 Gz. 2005/15/0135, www.ris.bka.gv.at, zu 4. d Sonderausgabe/2004).

- 145 3. Schließlich ist eine Besteuerung der Austrittsleistung nach Art. 21 DBA-Schweiz 1971 (Hinweis auf das Senatsurteil 24. September 2009 3 K 4130/08 nicht rechtskräftig --Revision eingelegt BFH.Az.: I R 92/09-- juris, mit weiteren Nachweisen; Gassner/Konezny, Leistungen von Pensionskassen im DBA-Recht in: Gassner/Lang/Lechner/Schuch/Staringer [Hrsg.] Arbeitnehmer im Recht der Doppelbesteuerungsabkommen, Wien 2003 S. 311 ff.) im Inland ebenfalls nicht möglich. Es liegen keine --insoweit allein in Erwägung zu ziehenden-- sonstigen Einkünfte nach § 22 Nr. 1 Satz 1 EStG 2001 vor.
- 146 Die Austrittsleistung kann als Einmalzahlung nicht als steuerpflichtige Einnahme im Sinne von § 22 Nr. 1 Satz 1 EStG 2001 angesetzt werden, da die (einmalige) Kapitalauszahlung, die als solche auch von vornherein nur von der Stiftung geschuldet wurde (s. Art. 8 des Stiftungsreglementes), keine wiederkehrende Leistung darstellt. Dies ist in der Rechtsprechung (BFH-Urteile vom 20. Juni 2007 X R 2/06, BStBl II 2008, 99, zu II. 31. März 2004 X R 66/98, BStBl II 2004, 830, zu II. 4. b; 25. Oktober 1994 VIII R 79/91, BStBl II 1995, 121, zu II. 1 c aa; 26. Mai 1971 I R 79/69, BStBl II 1971, 655; vom 23. April 1958 VI 176/57 U BStBl III 1958, 277; Urteile des Reichsfinanzhofs --RFH-- vom 25. März 1942 VI 75/42, RStBl 1942, 563; 19. Februar 1936 VI A 89/36, RStBl 1936, 600; 20. Dezember 1933 VI A 1097/33, RStBl 1934, 549) und im Schrifttum (Gosch in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, a.a.O.. § 4c Rdnr. A 26; Pflüger in: Herrmann/Heuer/Raupach, a.a.O. § 19 Anm. 463; Risthaus in: Herrmann/Heuer/Raupach, a.a.O., § 22 Anm. 82 Stichwort: Abfindungen und § 22 Anm. 359 ABC der wiederkehrenden Bezüge, Stichwort: Abstandszahlungen; Stuhmann in: Blümich, Kommentar zu EStG, KStG GewStG und Nebengesetzen, § 22 EStG Anm. 122; Jansen/Myßen/Risthaus, Renten, Raten, Dauernde Lasten, 13. Aufl., Anm. 1372, 1481 ff.; Fischer, Neue Wirtschafts-Briefe Fach --NWB F-- 3 S. 13789, zu III. e aa) einhellige Meinung. Hiervon abzuweichen, sieht der erkennende Senat keine Veranlassung.

### III.

- 147 Eine Saldierung zu Lasten der Klägerin mit den im angegriffenen Einkommensteuerbescheid nicht berücksichtigten Beiträgen der X-AG an die Pensionskasse Y (siehe nachfolgend zu 1.) und der ebenfalls nicht berücksichtigten Austrittsleistung aus der Pensionskasse Y (siehe nachfolgend zu 2.) kommt nicht in Betracht. Die übereinstimmende Beurteilung durch die Beteiligten, dass sich diese Leistungen nicht steuererhöhend auswirken, ist jedenfalls im Ergebnis zutreffend.
- 148 1. In Übereinstimmung mit den zu Nr. I. 1. dargelegten Erwägungen sind die Beiträge der Arbeitgeberin in die Pensionskasse Y als Arbeitslohn zu beurteilen, weil die Klägerin einen unentziehbaren Anspruch gegen die Pensionskasse Y erlangt hat (Art. 8 des Reglementes). Soweit die Beiträge der Arbeitgeberin der Versicherung des „koordinierten“ Lohns der Klägerin dienen (s. Tz. 2.9 ff. des Gutachtens; Senatsurteil vom 23. April 2009 3 K 4/07 rechtskräftig, juris), war die Arbeitgeberin zur Leistung der Beiträge nach gesetzlichen Vorschriften der Schweiz verpflichtet gemäß § 3 Nr. 62 Satz 1 EStG 2001 (Hinweis auf das Senatsurteil 3 K 4/07). Die Beiträge führten demnach zu steuerfreiem Arbeitslohn. Soweit die Beiträge den über den koordinierten Lohn hinausgehenden Lohn der Klägerin versicherten, kommt eine Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 62 Satz 1 EStG 2001 nicht in Betracht (Senatsurteil 3 K 4/07). Dieser Teil kann jedoch nach § 3 Nr. 62 Satz 4 EStG 2001 von der Besteuerung ausgenommen werden. Der erkennende Senat geht insoweit --die Beteiligten stillschweigend-- davon aus, dass in Anwendung dieser Grundsätze der Klägerin im Streitjahr kein steuerpflichtiger Arbeitslohn in Gestalt der Beiträge zur Pensionskasse Y zugeflossen ist (s. die Berechnung lt. Zeilen 77 - 82 der Anlage N-Gre).
- 149 2. a) Entsprechend den zu II. dargelegten Rechtsgrundsätzen ist die Austrittsleistung der Pensionskasse Y an die Klägerin nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 2 EStG 2001 als steuerfrei zu beurteilen (auch im Hinblick auf die hier zu beachtende Vorschrift des § 10 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe b Doppelbuchstabe cc EStG 2001, die eine Mindestfrist für die Ausübung des Kapitalwahlrechts von 12 Jahren vorsieht; s. hierzu:

Söhn in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, a.a.O., § 10 Rdnr. § 64. mit weiteren Nachweisen; BFH-Urteil in BStBl II 1988, 132; Hinweis im Übrigen auf die Erwägungen zu II. 2. c). Die Zinsen, die aus dieser (konventionellen) Lebensversicherung (§§ 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 1 EStG 2001 und 10 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe b Doppelbuchstabe dd EStG 2001) mit der X-AG im Rahmen der Barauszahlung im Streitjahr der Klägerin zugeflossen sind, unterliegen daher nicht der Besteuerung.

- 150 b) Da nach diesen Ausführungen eine Besteuerung der Austrittsleistung der Pensionskasse Y nicht in Betracht kommt, kann offen bleiben, ob sich eine Steuerbefreiung der Austrittsleistung aus § 3 Nr. 3 EStG 2001 (als eine Kapitalabfindung auf Grund gesetzlicher Rentenversicherung) ergeben könnte.

#### IV.

- 151 Die Kostenentscheidung folgt aus § 135 Abs. 1 FGO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit im Kostenpunkt aus den §§ 151 Abs. 3, 155 FGO in Verbindung mit den §§ 708 Nr. 11, 709 und 711 der Zivilprozessordnung.

#### V.

- 152 Die Revision war zuzulassen. Der Sache kommt grundsätzliche Bedeutung zu (§ 115 Abs. 2 Nr. 1 FGO). Dies gilt auch im Hinblick auf die Rechtslage nach dem 31. Dezember 2004. Im Übrigen verweist der erkennende Senat auf das rechtskräftige Urteil des Finanzgerichts Baden-Württemberg, Außensenate Freiburg vom 8. Januar 2002 14 K 2/02 hin, in dem eine von dem vorliegenden Urteil abweichende Rechtsauffassung vertreten wird.