

**Anwendung von § 15b EStG auf einen Renten-Fonds im Zusammen- 1
hang mit Steuerstundungseffekten durch die Einführung der Abgel-
tungsteuer**

§ 2b, § 10d, § 15b, § 20 Abs. 2b, 7, § 32d, § 43, § 52 Abs. 33a, 37d, § 52a Abs. 10
EStG; § 1 Abs. 3, 4, § 5 Abs. 3, § 6, § 7 Abs. 3, § 9 InvStG

DSStP EStG Jg. 2013 § 15b Nr. 1/2013

A. Grundsätzliche Anmerkungen

Auf der Grundlage des AIFM-Umsetzungsgesetzes¹ wurde das Investmentge-
setz² insgesamt aufgehoben und das Aufsichtsrecht für Investmentvermögen
und deren Manager grundlegend neu geregelt. Die Folgeänderungen für den
Besteuerungsbereich – wichtig zu nennen sind hier die Berücksichtigung sog.
Alternativer Investmentfonds (AIF) i.S.d. § 1 Abs. 3 Kapitalanlagegesetzbuch
(KAGB) sowie die Differenzierung zwischen Investmentfonds und Invest-
mentgesellschaften – waren im Regierungsentwurf³ zur Anpassung des InvStG
an das AIFM-UmsG vorgesehen.⁴ Hierzu hatte der Bundesrat aber am 7.6.2013
seine Zustimmung verweigert, der Vermittlungsausschuss von Bundestag und
Bundesrat daraufhin am 26.6.2013 die Entscheidung vertagt. Bis zum Inkraft-
treten einer gesetzlichen Neuregelung ist das Investmentsteuergesetz⁵ daher
weiterhin auf Investmentvermögen und Anteile an Investmentvermögen i.S.d.
InvG in der am 21.7.2013⁶ geltenden Fassung anzuwenden, oder, sofern nach
diesem Datum aufgelegt, auf Vermögen, das die Voraussetzungen des InvG in
der bisherigen Fassung an ein Investmentvermögen erfüllt.⁷

¹ Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2011/61/EU über die Verwalter alternativer In-
vestmentfonds (AIFM-Umsetzungsgesetz – AIFM-UmsG) v. 4.7.2013, BGBl. I 2013,
1981.

² Investmentgesetz (InvG) v. 15.12.2003, BGBl. I 2003, 2676.

³ Gesetz zur Anpassung des Investmentsteuergesetzes und anderer Gesetze an das AIFM-
Umsetzungsgesetz (AIFM-Steuer-Anpassungsgesetz – AIFM-StAnpG), BT-Drucks.
17/12603 v. 4.3.2013, 17/13036 v. 10.4.2013, 17/13522 v. 15.5.2013.

⁴ Vgl. für eine ausführliche Erörterung des Systems des neues Investmentsteuerrechts
Bäumli FR 2013, 640, 746.

⁵ Investmentsteuergesetz (InvStG) v. 15.12.2003, BGBl. I 2003, 2724.

⁶ An diesem Stichtag sollten die steuerrechtlichen Änderungen durch das AIFM-StAnpG
in Kraft treten.

⁷ Vgl. BMF, Schr. v. 18.7.2013 – IV C 1 - S-1980-1/12/10011, IV D 3 -
S-7160-h/12/10001, BStBl. I 2013, 899 = FR 2013, 773.

B. Sachverhalt und Fragestellung

I. Sachverhalt

Der Steuerpflichtige A hat im Dezember 2008 Anteile an einem Renten-Fonds i.H.v. einer Million EUR erworben, den eine Bank ausgegeben und in einem Prospekt ausführlich dargestellt und beworben hatte. Der Erwerb erfolgte ausschließlich durch Eigenmittel, d.h. eine Fremdfinanzierung war nicht erforderlich. In der Steuerbescheinigung 2008 hat die Bank einen Zwischengewinn von ca. 35 % des Erwerbspreises als negativen Investorsertrag aus Stückzinsen ausgewiesen. Diesen Verlust erklärte A in seiner Einkommensteuererklärung 2008 als negative Einkünfte aus Kapitalvermögen (Verlust aus Investmentanteilen), welche im entsprechenden Steuerbescheid mit anderen tariflich besteuerten Einkünften verrechnet wurden. Im Jahr 2009 erhielt A einen thesaurierten steuerpflichtigen Zwischengewinn von ca. 37 % des Erwerbspreises bescheinigt, der mit 25 % Abgeltungsteuer der Einkommensteuer unterworfen wurde.

Eine laufende Betriebsprüfung geht davon aus, dass bei dem vorliegenden Fonds ein Ertragsausgleich i.S.d. § 9 InvStG sowohl für die Jahre 2008 und 2009, als auch für das Jahr 2010 durchgeführt wurde. Ab dem Jahr 2010 werde dies ausweislich der Meldung der Erträge zum elektronischen Bundesanzeiger bescheinigt, vor dem Jahr 2010 sei eine solche Bescheinigung über die Durchführung eines Ertragsausgleichs nicht erforderlich gewesen, § 5 Abs. 3 Satz 1 InvStG. Demnach wäre – nach Auffassung der Betriebsprüfung – der bei Anschaffung gezahlte Zwischengewinn gemäß Rz. 21a des BMF-Schreibens vom 18.8.2009⁸ grundsätzlich als negative Kapitaleinnahme zu berücksichtigen. Da jedoch im vorliegenden Fall der zum Zeitpunkt der Anschaffung veröffentlichte Zwischengewinn im Verhältnis zum Erwerbspreis mit 35 % ungewöhnlich hoch sei und 10 % des Kaufpreises übersteige, finde die Verlustverrechnungsbeschränkung gem. § 15b Abs. 3 EStG Anwendung. Dieser Prozentsatz übersteige das übliche Zinsniveau deutlich. Die Betriebsprüfung beruft sich dabei auf eine Verfügung der OFD Münster aus dem Jahr 2010⁹. Demnach liege ein Steuerstundungsmodell i.S.d. § 15b EStG vor. Nach § 20 Abs. 2b EStG (Fassung 2008) bzw. § 20 Abs. 7 EStG (Fassung ab 2009) ist § 15b EStG auch bei Einkünften aus Kapitalvermögen anzuwenden. Im vorliegenden Fall sei ein vorgefertigtes Konzept i.S.d. § 20 Abs. 2b Satz 2 EStG i.V.m. § 15b Abs. 2 Satz 2 EStG gegeben: Die Investmentanteile werden unmittelbar vor

⁸ Vgl. BMF, Schr. v. 18.8.2009 – IV C 1 - S-1980-1/08/10019, BStBl. I 2009, 931.

⁹ Vgl. OFD Münster, Vfg. (koordinierter Ländererlass) v. 13.7.2010 – S 2210 - 45 - St 22-31, DStR 2010, 1625.

Einführung der Abgeltungsteuer erworben; durch den bescheinigten Zwischengewinn für das Kalenderjahr 2008 ergibt sich eine Entlastung bei den tariflich zu steuernden Einkünften, die positiven Erträge fallen erst nach dem 31.12.2008 unter Anwendung der Abgeltungsteuerregelungen an.

A argumentiert, dass dieselbe OFD Münster in einer Verfügung aus dem Jahr 2008¹⁰ das Verrechnungsverbot gem. § 15b EStG i.V.m. § 20 Abs. 2b EStG nur für den Fall eines fremdfinanzierten Wertpapiererwerbs für anwendbar hielt. Die Finanzverwaltung legt darin dar, dass auf Anfrage der kreditwirtschaftlichen Verbände das BMF im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der Länder klargestellt habe, dass § 20 Abs. 2b Satz 2 i.V.m. § 15b EStG nicht anwendbar ist, wenn der Erwerb festverzinslicher, ausschließlich mit Eigenkapital finanzierter Wertpapiere unter Ausweis von Stückzinsen vor dem 1.1.2009 erfolgt und die positiven Erträge erst nach dem 1.1.2009 fällig werden. Entsprechendes gelte beim Erwerb von Investmentanteilen unter Zahlung von Zwischengewinnen.

Die Betriebsprüfung sieht allerdings im Hinblick auf diese Verfügung aus dem Jahr 2008 – im Unterschied zu A – keine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben ihrerseits als gegeben an. Ausweislich von § 52 Abs. 37d EStG sei § 20 Abs. 2b EStG ab dem Veranlagungszeitraum 2006 und in der Folge wegen § 52a Abs. 10 Satz 10 EStG der wortgleiche § 20 Abs. 7 EStG ab dem Veranlagungszeitraum 2009 anzuwenden. Der Gesetzgeber habe mit dem Gesetz zur Verlustverrechnung im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen vom 22.12.2005 seine Absicht zum Ausdruck gebracht, Steuerstundungsmodelle generell wirkungsvoll beschränken zu wollen. Er habe dabei die seinerzeit auf dem Markt angebotenen Steuerstundungsmodelle beispielhaft aufgelistet. Damit sei jegliches Vertrauen von Steuerpflichtigen, das der Gesetzgeber neue Steuerstundungsmodelle akzeptieren würde, zerschlagen worden. Zum Zeitpunkt des Erwerbs der Anteile durch A wäre die Gesetzeslage seit langem bekannt gewesen. Dies gelte umso mehr, als die Verfügung der OFD Münster vom 7.11.2008 bereits auf das Verlustverrechnungsverbot des § 15b Abs. 1 i.V.m. mit § 20 Abs. 2b EStG in den Fällen hinweist, in denen die negativen Einkünfte höher als 10 % des eingesetzten Eigenkapitals sind, § 15b Abs. 3 EStG, auch wenn sich diese Verfügung ansonsten explizit mit fremdfinanzierten Kapitalanlagen beschäftigt. Der Verfügung der OFD Münster vom 13.7.2010 komme daher lediglich klarstellende Bedeutung einer ohnehin bereits bestehenden Rechtslage zu.

¹⁰ Vgl. OFD Münster, Vfg. (koordinierter Ländererlass) v. 7.11.2008 – S 2210 - 45 - St 22-31, DB 2008, 2681.

II. Fragestellung

Ist § 15b EStG auf den vorliegenden Investmentfonds anzuwenden?

C. Stellungnahme

I. Besteuerung von Kapitalerträgen aus Investmentanteilen

Die Leitidee des InvStG, das sog. Transparenzprinzip, ist die Erfassung ausgeschütteter Fondserträge mit unmittelbarer Besteuerung beim Anleger. Dies bedeutet, dass die Erträge des inländischen Investmentfonds von Körperschaft- und Gewerbesteuer befreit sind und auch keinem Kapitalertragsteuerabzug unterliegen. Besteuert werden vielmehr die ausgeschütteten und ausschüttungs-gleichen Erträge sowie die sog. Zwischengewinne, § 1 Abs. 3 und 4, § 5 Abs. 3 InvStG. Diese Erträge aus Investmentanteilen gehören i.d.R. zu den Einkünften aus Kapitalvermögen i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG, § 2 Abs. 1 Satz 1 InvStG. Damit hat die Fondsgesellschaft ab dem Jahr 2009 von den steuerbaren und steuerpflichtig ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Dividendenerträgen i.S.v. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2 EStG einheitlich einen Kapitalertragsteuerabzug i.H.v. 25 % (Abgeltungsteuer) vorzunehmen, § 7 Abs. 3 InvStG.¹¹ Dabei bildet § 43 Abs. 5 Satz 1 EStG i.V.m. § 32d EStG die zentrale Vorschrift für die grundsätzliche Abgeltungswirkung der Kapitalertragsteuer¹², er wurde durch das Unternehmensteuerreformgesetz 2008¹³ eingeführt und gilt mit Wirkung ab dem Jahr 2009. Zuvor hatte der Steuerabzug in Form der Kapitalertragsteuer keine Abgeltungswirkung, sondern wurde grundsätzlich im Rahmen der Einkommensteuerveranlagung angerechnet oder erstattet, die Kapitalerträge unterlagen damit der tariflichen Einkommensteuer.¹⁴

Allerdings unterliegen der Abgeltungsteuer in Reinform nur sog. transparente Fonds, bei denen die Investmentgesellschaft die Besteuerungsgrundlagen sowohl dem Investmentanleger als auch den Finanzbehörden gegenüber veröffentlicht, § 5 InvStG. Die Veröffentlichung erfolgt im elektronischen Bundesanzeiger. Intransparente Fonds haben den Nachteil, dass ihre Erträge vor Anwendung der Abgeltungsteuer in bestimmter Weise einer Pauschalierung unterzogen werden, § 6 InvStG. Hinsichtlich der erstmaligen Anwendung

¹¹ Vgl. *Weber-Grellet* in Schmidt, EStG, Kommentar, 32. Aufl., § 20 Rz. 217 ff.

¹² Für eine dennoch durchzuführende Veranlagung auf Antrag des Steuerpflichtigen vgl. § 32d Abs. 4 und 6 EStG.

¹³ Unternehmensteuerreformgesetz 2008 v. 14.8.2007, BGBl. I 2007, 1912.

¹⁴ Vgl. *Weber-Grellet* a.a.O., 32. Aufl., § 43 Rz. 5; *Weber-Grellet* a.a.O., 31. Aufl., § 43 Rz. 1–4.

der Abgeltungsteuer gilt ein striktes Stichtagsprinzip auf den 1.1.2009. Dies bedeutet, dass grundsätzlich diese Neufassung des Gesetzes auf alle Kapitalerträge anzuwenden ist, die dem Gläubiger nach dem 31.12.2008 zufließen, § 52a Abs. 1 EStG. Allerdings gilt hinsichtlich der Besteuerung der Gewinne aus der Veräußerung von Wertpapieren, respektive Fondsanteilen, ein umfangreiches Regelwerk in Abhängigkeit davon, ob die Anschaffung vor oder nach dem 1.1.2009 erfolgte (s. ebenfalls § 52a EStG).¹⁵

Die Zwischengewinnbesteuerung bleibt auch im Abgeltungssteuermodus bestehen. Unter Zwischengewinnen versteht man die im Verkaufs- oder Rückgabepreis enthaltenen Entgelte für vereinnahmte oder aufgelaufene Zinsen, die vom Fonds noch nicht ausgeschüttet oder thesauriert und somit beim Anleger noch nicht steuerpflichtig wurden, mithin um in der Besitzzeit angewachsene Gewinne. Im Zeitpunkt des Kaufs der Fondsanteile kann der Anleger die auf Fondsebene seit dem letzten Geschäftsjahresende erwirtschafteten Zinsen anteilig als negative Einnahmen aus Kapitalvermögen geltend machen (es sei denn, das Investmentvermögen hat keinen Ertragsausgleich durchgeführt), beim Verkauf erfasst der Anleger diese dann als positive Einnahmen aus Kapitalvermögen. Diese Regelung zum Zwischengewinn sorgt dafür, dass im Zeitpunkt der Ausschüttung/Thesaurierung der Steuerabzug nur auf genau diese Erträge entfällt.¹⁶ Hinsichtlich der Verrechnungsmöglichkeiten der durch Zwischengewinne entstandenen Verluste im Anschaffungszeitpunkt ist jedoch ebenfalls zwischen Anschaffungen vor und nach dem 1.1.2009 zu unterscheiden, denn mit der Einführung der Abgeltungsteuer geht auch eine geänderte Behandlung der Verrechnungsmodalitäten von positiven und negativen Erträgen aus Kapitalvermögen einher. Eine Verrechnung von Verlusten aus dem niedrig besteuerten Bereich mit Gewinnen aus dem Bereich der Tarifbesteuerung wäre systemwidrig. Während vor Einführung der Abgeltungsteuer ein unbegrenzter Verlustausgleich, § 2 EStG, und -abzug, § 10d EStG, durchgeführt wurde, dürfen Verluste aus Kapitaleinkünften ab dem 1.1.2009 nicht mehr mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten und auch nicht nach § 10d EStG abgezogen werden, § 2 Abs. 5b, § 20 Abs. 6 Satz 2, § 52a Abs. 10 Satz 10 EStG. Zudem können Verluste aus der Einkunftsart Kapitalvermögen nur noch mit positiven Erträgen aus Kapitalvermögen des Folgejahres, also im

¹⁵ Vgl. BMF, Schr. v. 18.8.2009, a.a.O., Rz. 291a ff.; *Harenberg/Zöller* Abgeltungsteuer 2010, 2. Aufl., 41, 60 f.

¹⁶ Vgl. BMF, Schr. v. 18.8.2009, a.a.O., Rz. 21a; *Harenberg/Zöller* a.a.O., 41 f.; *Weber-Grellet* a.a.O., 32. Aufl., § 20 Rz. 219.

Wege des Verlustvortrags, verrechnet werden, ein Verlustrücktrag ist ausdrücklich ausgeschlossen.¹⁷

Zwischenfazit:

Vor Bewertung des Investmentfonds hinsichtlich der Einschlägigkeit von § 15b EStG ist die Erklärung und Veranlagung der bei Anschaffung der Fondsanteile gezahlten Zwischengewinne als negative Kapitaleinnahmen im Jahr 2008 und damit verbundenem Verlustausgleich korrekt. Etwas anderes könnte jedoch gelten, wenn die Verluste aus den per Ertragsausgleich ermittelten Zwischengewinnen als solche im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen i.S.d. § 15b EStG angesehen werden.

II. Verluste im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen

1. Inhaltlicher und zeitlicher Anwendungsbereich des § 15b EStG

Gemäß § 15b Abs. 1 Satz 1 EStG dürfen Verluste im Zusammenhang mit einem Steuerstundungsmodell weder mit Einkünften aus Gewerbebetrieb noch mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten ausgeglichen werden; sie dürfen auch nicht nach § 10d EStG abgezogen werden. Die Anwendung von § 15b EStG ist somit nicht einschlägig, wenn keine Möglichkeit der Verlustverrechnung besteht. § 15b EStG wurde durch Art. 1 Nr. 4 des Verlustbeschränkungsgesetzes¹⁸ eingeführt und tritt anstelle des bisherigen § 2b EStG. Die vom Gesetzgeber vorgenommene Definition der Verlustzuweisungsgesellschaft unterscheidet sich dabei aber von der bisher in § 2b Satz 3 EStG vorgenommenen. So ist es im Gegensatz zum Wortlaut des § 2b EStG nicht erforderlich, dass das Erzielen eines steuerlichen Vorteils oder das besondere „Inaussichtstellen“ von steuerlichen Vorteilen im Vordergrund stehen muss. Damit geht die nunmehr gefundene Definition der Systemhaftigkeit in § 15b EStG über die bisherige Fassung deutlich hinaus. Hinsichtlich seiner grundsätzlichen Einordnung ist § 15b EStG auf Einkünfte aus Gewerbebetrieb anzuwenden, kraft ausdrücklicher Verweisung ist die Vorschrift aber auch hinsichtlich der anderen Einkunftsarten einschlägig. Insbesondere gilt der ab dem 11.11.2005 eingeführte § 15b EStG auch für alle Fälle des § 20 EStG, u.z.

¹⁷ Zu beachten sind aber die Ausnahmeregelungen für sog. Alt-Verluste aus privaten Veräußerungsgeschäften, § 23 Abs. 3 Satz 9 EStG, vgl. *Harenberg/Zöller* a.a.O., 84 f.; *Weber-Grellet* a.a.O., 32. Aufl., § 20 Rz. 186; BMF, Schr. v. 18.8.2009, a.a.O., Rz. 69 ff., 298 (für eine Übergangsregelung zur Ermittlung der Zwischengewinne).

¹⁸ Gesetz zur Beschränkung der Verlustverrechnung im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen v. 22.12.2005, BGBl. I 2005, 3683.

bereits auf den Beginn des Veranlagungszeitraums 2006, § 20 Abs. 2b EStG a.F. bzw. § 20 Abs. 7 EStG n.F. (= ab 1.1.2009 geltend), § 52 Abs. 33a, 37d.¹⁹ Die ursprüngliche Gesetzesformulierung sah vor, dass § 15b EStG nur für Einkünfte aus Kapitalvermögen als stiller Gesellschafter oder aus partiarischen Darlehen galt (§ 20 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 EStG a.F.). Durch das JStG 2007²⁰ erfolgte jedoch eine Ausdehnung auf alle Einkünfte aus Kapitalvermögen.²¹

§ 15b EStG knüpft tatbestandlich an die Verwendung vorgefertigter Modelle/Vertragskonzepte an und soll die Erlangung als unangemessen gewerteter Steuerstundungen und damit Progressions- und Zinsvorteile durch gezielte zeitweilige steuerliche Verlustnutzung unterbinden. Hierzu führt die Norm ein begrenztes Verlustabzugsverbot in der Form ein, dass Verluste nur mit (späteren) Gewinnen aus derselben Einkunftsquelle verrechnet werden können, § 15b Abs. 1 Satz 2 EStG.²² Der nicht ausgleichsfähige Verlust ist jährlich gesondert festzustellen, § 15b Abs. 4 Satz 1 EStG. Unter der Einkunftsquelle im speziellen Sinne des § 15b EStG versteht man dabei dasselbe Steuerstundungsmodell.²³ Da § 15b EStG somit viele bislang im Steuerrecht nicht definierte Begrifflichkeiten verwendet und beim Steuerpflichtigen wegen seiner unpräzisen Formulierungen Unsicherheit auslöst, ist er in der Literatur sehr umstritten. Auch wird kritisiert, dass der Gesetzgeber mit Einführung des § 15b EStG nicht mehr nur wirtschaftliche Betätigungen, die einen positiven Totalgewinn vermissen lassen, steuerlich nicht berücksichtigt, sondern auch Modelle, in denen es lediglich um die Stundung von Steuern geht. Seine Verfassungswidrigkeit wurde bislang allerdings gerichtlich nicht festgestellt.²⁴ Auf der anderen Seite

¹⁹ Vgl. *Seeger* in Schmidt, a.a.O., 32. Aufl., § 15b Rz. 1, 7, 21 f.; *Korn u.a.* EStG, Kommentar, § 15b Rz. 74, 77.

²⁰ Jahressteuergesetz 2007 (JStG 2007) v. 13.12.2006, BGBl. I 2006, 2878.

²¹ Vgl. BT-Drucks. 16/2712, 63; *Intemann* in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG, KStG, Kommentar, § 20 EStG Rz. 630 f.; *Ratschow* in Blümich, EStG, KStG, GewStG, Kommentar, § 20 EStG Rz. 471.

²² Vgl. *Seeger* a.a.O., 32. Aufl., § 15b Rz. 2.

²³ Vgl. BT-Drucks. 16/107 v. 29.11.2005, 6; BMF, Schr. v. 17.7.2007 – IV B 2 - S-2241b/07/0001, BSStB. I 2007, 542 Rz. 13 mit Anmerkungen von *Naujok* DSStR 2007, 1601; *Seeger* a.a.O., 32. Aufl., § 15b Rz. 15, 20; *Handzick* in Littman/Bitz/Pust, ESt, § 15b Rz. 91.

²⁴ Vgl. BFH, Urt. v. 6.9.2006 – XI R 26/04, BFH/NV 2006, 2351; FG Baden-Württemberg, Urt. v. 7.7.2011 – 3 K 4368/09, EFG 2011, 1897, Revision BFH, anh. Verf. v. 22.11.2011 – IV R 40/11; *Seeger* a.a.O., 32. Aufl., § 15b Rz. 3 f.; *Korn u.a.* a.a.O., § 15b Rz. 34 ff.; *Lindberg* in Frotscher, EStG, Kommentar, § 15b Rz. 9; *Söffing* BB 2005, 1249; *Söffing* DSStR 2006, 1585; *Brandtner/Raffel* BB 2006, 639; *Kaligin* WPg 2006, 375; *Lindberg* INF 2006, 269; *Carlé* KÖSDI 2007, 15594; *Bock/Raatz* DSStR 2008, 1407.

sind verbindliche Auskünfte, die Initiatoren und Anlegern Rechtssicherheit geben würden, nach den derzeitigen Verwaltungsanweisungen nicht zulässig.²⁵

Schädliche Verluste i.S.d. § 15b Abs. 3 EStG sind gegeben, wenn die Verluste in der Anfangsphase 10 % des eingesetzten Eigenkapitals übersteigen. Dabei ist wie folgt zu unterscheiden: Handelt es sich um eine Anlage in Form einer Beteiligung, ist die maßgebliche Bezugsgröße der Anteil des Anlegers am Eigenkapital der Gesellschaft, bei einer Einzelinvestition ist das eingesetzte Eigenkapital maßgeblich. Es wird nicht darauf abgestellt, ob die steuerlichen Vorteile tatsächlich eintreten, vielmehr ist es ausreichend, dass diese „erzielt werden sollen“. Generell ist damit für die Prüfung, ob ein Steuerstundungsmodell vorliegt, ausschließlich auf die Planungen zu fokussieren, nicht aber darauf, ob sich die geplante Entwicklung tatsächlich auch so verwirklicht hat. Aus Praktiker Sicht wird aber darauf hingewiesen, dass schon aus Gründen der Prospekthaftung die Initiatoren von Fonds und ähnlichen Anlagemodellen ein eigenes Interesse an der Verhinderung einer zu optimistischen Planung haben. Damit kann der Fall eintreten, dass eine Versagung der Verlustberücksichtigung nach § 15b EStG erfolgt, obwohl die tatsächlichen Verluste weniger als die 10 %-Quote betragen, so bspw., wenn aufgrund der prospektierten Ergebnisse mit höheren Verlusten zu rechnen gewesen wäre, diese aber tatsächlich nicht eingetreten sind. Anders als noch bei der Vorgängerregelung § 2b EStG soll es aber für die Überschreitung der 10 %-Grenze keine Rolle spielen, ob der Steuerpflichtige sein Kapital fremdfinanziert.²⁶

Es ist damit festzuhalten, dass § 15b EStG – unter der Voraussetzung, dass ein Steuerstundungsmodell vorliegt und die Anfangsverluste die genannte Höhe überschreiten – auch auf Einkünfte aus Kapitalvermögen, und damit ebenfalls grundsätzlich auf die hier vorliegenden Investmentbeteiligungen anzuwenden ist; die Regelung gilt bereits ab dem Veranlagungszeitraum 2006. A weist in diesem Zusammenhang auf die teils widersprüchlichen Verfügungen der OFD Münster (koordinierte Ländererlasse)²⁷ hin, welche Verluste aus Zwischenge-

²⁵ Vgl. BMF, Schr. v. 29.12.2003 – IV A 4 - S-0430 - 7/03, BStBl. I 2003, 742 Rz. 2.5; Schr. v. 13.7.1992 – IV A 5 - S-0361 - 19/92, BStBl. I 1992, 404 Rz. 2.1 f.; *Korn u.a. a.a.O.*, § 15b Rz. 73.

²⁶ Vgl. *Seeger a.a.O.*, 32. Aufl., § 15b Rz. 16, 26. Aufl., § 15b Rz. 8, mit Verweis auf BMF, Schr. v. 22.8.2001 – IV A 5 - S-2118b - 40/01, BStBl. I 2001, 588 Rz. 4, 14 Abs. 2, 15, 40; *Brandtner/Raffel a.a.O.*, 639; *Beck DStR* 2006, 61; *Carlé Lüdicke/Nanjok DB* 2006, 744; *KÖSDI* 2007, 15594; *Korn u.a. a.a.O.*, § 15b Rz. 73 ff.; *Heuermann* in Blümich, a.a.O., § 15b EStG Rz. 32; *Hallerbach* in Herrmann/Heuer/Raupach, a.a.O., § 15b EStG Rz. 46. A.A. hinsichtlich der Fremdfinanzierung *Brandtner/Geiser DStR* 2009, 1732.

²⁷ Vgl. OFD Münster, Vfg. v. 7.11.2008, 13.7.2010, a.a.O.

winnen von ausschließlich durch Eigenkapital finanzierten Investmentanteilen aus der Verrechnungsbeschränkung des § 15b EStG herauszunehmen scheinen. Verwaltungsvorschriften können in Form von Organisationsvorschriften hinsichtlich des Geschäftsgangs von Behörden oder in Form von Gesetzesanwendungsvorschriften als norminterpretierende Anordnungen erlassen werden. Die Bundesregierung führt dies in Richtlinien, die Ministerien in Erlassen und Schreiben und die OFD in Verfügungen durch. Die Verwaltungsvorschriften sind jedoch nicht für die Staatsbürger und Gerichte, sondern nur für die Verwaltungsbehörden, insbesondere die nachgeordneten Behörden (im Falle der OFD damit der Finanzämter des entsprechenden Bezirks) und Bediensteten verbindlich. Sie begründen insbesondere keine Rechte und Pflichten für den Steuerpflichtigen²⁸ und haben für die Gerichte prinzipiell kein größeres Gewicht als Äußerungen in der Literatur. Der für die Anwendung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes von Treu und Glauben erforderliche Vertrauenstatbestand ist daher durch die genannten koordinierten Ländererlasse nicht erkennbar.²⁹ Unabhängig hiervon enthält der Gesetzestext und auch das Anwendungsschreiben des BMF zu § 15b EStG – im Gegensatz zur Anwendung der Vorgängernorm § 2b EStG – keinerlei derartige Beschränkung auf nur fremdkapitalfinanzierte Kapital-/Investmentvermögen: Sei es, was Modelle unter Nutzung von Tarifunterschieden, § 20 Abs. 7 Satz 2 EStG, oder was die Setzung der 10 %-Grenze hinsichtlich der schädlichen Verluste angeht.³⁰

2. Steuerstundungsmodelle i.S.d. § 15b EStG

Ein Steuerstundungsmodell liegt laut § 15b Abs. 2 EStG vor, wenn aufgrund einer modellhaften Gestaltung steuerliche Vorteile in Form negativer Einkünfte erzielt werden sollen. Dies soll der Fall sein, wenn dem Steuerpflichtigen mittels eines vorgefertigten Konzepts die Möglichkeit geboten werden soll, zumindest in der Anfangsphase der Investition Verluste mit übrigen Einkünften zu verrechnen; auf welchen Vorschriften die negativen Einkünfte beruhen, ist dabei ohne Belang. Ein solcher steuerlicher Vorteil kann z.B. entstehen aus:

²⁸ Als Ausnahme s. jedoch den – vorliegend nicht einschlägigen – § 176 Abs. 2 AO.

²⁹ Vgl. BFH, Urt. v. 16.3.1983 – IV R 36/79, BStBl. II 1983, 45; Urt. v. 13.12.1989 – X R 208/87, BStBl. II 1990, 274; Urt. v. 16.7.2002 – IX R 28/98, BStBl. II 2002, 714; *Englisch* in Tipke/Lang, Steuerrecht, 21. Aufl., § 5 Rz. 28 ff., *Seer* in Tipke/Lang, a.a.O., § 21 Rz. 12 f., 36.

³⁰ Vgl. BMF, Schr. 22.8.2001, a.a.O., Schr. v. 17.7.2007, a.a.O.

- Zinseffekten, welche daraus resultieren, dass infolge der zugewiesenen Verluste ein Verlustausgleich erfolgt und deshalb andere Einkünfte erst zu späteren Zeitpunkten versteuert werden;
- Progressionseffekten: Durch die Verlustzurechnung kann eine Senkung der Einkommensteuerprogression erfolgen, so dass bei den übrigen Einkünften eine geringe Steuerbelastung entsteht;
- Steuersatzeffekten: Insbesondere im Zusammenhang mit anstehenden Änderungen im Tarif können durch entsprechende Modelle Einkünfte in Veranlagungszeiträume verlagert werden, in denen niedrigere Steuersätze zur Anwendung kommen.

Die modellhaften Gestaltungen müssen kausal für die steuerlichen Vorteile sein, zufällig oder nicht im Rahmen des Modells bewusst herbeigeführte Verluste fallen nicht unter die Definition des Steuerstundungsmodells und werden deshalb nicht von § 15b EStG erfasst. Ferner ist auch nicht jedes „Steuerstundungsmodell“ i.S.d. § 15b Abs. 2 EStG schädlich und führt damit zu einer Einschränkung der Verlustberücksichtigung nach § 15b Abs. 1 EStG. Dies gilt lediglich für Steuerstundungsmodelle, die die Voraussetzungen von § 15b Abs. 2 und 3 EStG erfüllen.

Diese Formulierungen sind damit sehr allgemein gehalten, da sie lediglich eine auf Steuerstundung/-ersparnis gerichtete Vertragsgestaltung und eine Ertragsprognose in Form der Verlustzusammenballung in der Anfangsphase als Tatbestandsvoraussetzungen festlegen. Erstmals wurde der Begriff der modellhaften Gestaltung im BMF-Schr. v. 22.8.2001³¹ genannt und wurde wörtlich in die Neuregelung des § 15b EStG übernommen. Im BMF-Schr. v. 17.7.2007³² werden für die Frage der Modellhaftigkeit vor allem zwei Kriterien als maßgeblich genannt: ein vorgefertigtes Konzept sowie gleichgerichtete Leistungsbeziehungen, die im Wesentlichen identisch sind. Fest steht, dass § 15b EStG nicht Modelle erfasst, die allgemein bekannt sind³³, da eine rechtliche Konstruktion bzw. ein steuerliches Verhalten, das auf Steuerersparnis abzielt, von § 15b EStG nicht berührt wird, wenn es nicht in Bezug auf den konkreten Fall erdacht und „angeboten“ worden ist. D.h., der Anbieter muss das Konzept erarbeitet haben,

³¹ BMF, Schr. v. 22.8.2001, a.a.O., ber. durch BMF, Schr. v. 3.9.2001 – IV A 5 - S-2118b - 41/01, n.v. (Anwendungsschreiben zu § 2b EStG).

³² BMF, Schr. v. 17.7.2007, a.a.O., Rz. 8.

³³ Vgl. für eine aktuell ergangene Entscheidung in dieser Richtung zur Gestaltung i.S.d. § 15b EStG beim sog. „Goldfinger-Modell“ FG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 30.1.2013 – 3 K 1185/12, DStR 2013, 1834 sowie diesbezügliche Anmerkungen v. *Stabl/Mann* DStR 2013, 1822.

typischerweise in Form eines Anlegerprospekts, um es am Markt zu platzieren.³⁴ Allerdings muss der Anbieter sein Produkt in der Art konzipiert haben, dass die mit anderen Vertragspartnern abzuschließenden Verträge bereits so vorbereitet sind, dass sie in gleicher Weise mit anderen potentiellen Investoren abgeschlossen werden können. Ein individuelles, eigeninitiiertes Modell zur „Verlustgenerierung“ wird daher von § 15b EStG nicht erfasst. Die Vorschrift des § 15b EStG betrifft vielmehr Modelle, die sich an eine Vielzahl von Anlegern richten. In der Gesetzesbegründung werden beispielhaft für modellhafte Gestaltungen Medien-, Neue-Energien-, Leasing-, Wertpapierhandels- und Videospielefonds sowie Schiffsbeteiligungen genannt.³⁵ Auch wenn § 15b EStG konzeptionell auf die Beteiligung eines Steuerpflichtigen an einem Fonds zugeschnitten ist, ist der Paragraph nur auf sog. geschlossene Fonds (PersG) anwendbar, nicht auf offene Fonds (KapG). Als modellhaft gelten alle Fonds, auf die der sog. Fondserlass³⁶ und der sog. Medienerlass³⁷ Anwendung finden.³⁸

Sinngemäß ist § 15b EStG auch auf Einkünfte aus Kapitalvermögen anzuwenden, § 20 Abs. 2b/§ 20 Abs. 7 EStG. In der Gesetzesbegründung zu § 20 Abs. 2b EStG heißt es, dass die Norm der Vermeidung von Umgehungsgestaltungen dienen soll und zu diesem Zweck die Neuregelung der Verlustverrechnungsgrundsätze des § 15b EStG auf sämtliche Einkünfte aus Kapitalvermögen ausdehnt.³⁹ In der Literatur wird § 20 Abs. 2b EStG dahingehend interpretiert, dass – unabhängig von der hohen Rechtsunsicherheit, die dem Begriff der „modellhaften Gestaltung“ innewohnt – der Gesetzgeber hauptsächlich Gestaltungen vor Augen habe, bei denen der Steuerpflichtige in festverzinsliche Wertpapiere investiert, ggf. unter Zahlung von Stückzinsen, und diese hoch fremdfinanziert. In jedem Fall sei hier aber das Vorliegen eines vorgefertigten Konzepts zu prüfen. Auf der anderen Seite soll laut Gesetzgeber ein vorgefertigtes Konzept i.S.d. § 15b Abs. 2 Satz 2 EStG auch vorliegen, wenn die po-

³⁴ Vgl. BFH, Beschl. v. 8.4.2009 – I B 223/08, BFH/NV 2009, 1437; BMF, Schr. v. 17.7.2007, a.a.O., Rz. 10f., 16; FG Sachsen, Urt. v. 5.5.2010 – 8 K 1853/09, DSfR 2012, 2053, rkr.; Seeger a.a.O., 32. Aufl., § 15b Rz. 2f., 8f.; Brandtner/Raffel a.a.O.; Korn u.a. a.a.O., § 15b Rz. 72, 75, 89.

³⁵ Vgl. BT-Drucks. 16/107 v. 29.11.2005, 6; BMF, Schr. v. 17.7.2007, a.a.O., Rz. 12; Carlé a.a.O.; Brandtner/Raffel a.a.O.; Seeger a.a.O., 32. Aufl., § 15b Rz. 10.

³⁶ BMF, Schr. v. 20.10.2003 – IV C 3 -S-2253a - 48/03, BStBl. I 2003, 546.

³⁷ BMF, Schr. v. 5.8.2003 – IV A 6 - S-2241 - 81/03, BStBl. I 2003, 406.

³⁸ Vgl. BT-Drucks. 16/2712 v. 25.9.2006, 63; Brandtner/Lechner/Schmidt BB 2007, 1922; Heuermann a.a.O., § 15b EStG Rz. 17, 26f.; Ratschow a.a.O., § 20 EStG Rz. 472; Intemann a.a.O., § 20 EStG Rz. 634.

³⁹ Vgl. BT-Drucks. 16/2712 v. 25.9.2006, 50; BMF, Schr. v. 17.7.2007, a.a.O., Rz. 28; Handzick a.a.O., § 15b Rz. 45.

sitiven Einkünfte nicht der tariflichen Einkommensteuer unterliegen, § 20 Abs. 2b Satz 2/§ 20 Abs. 7 Satz 2 EStG (gleichlautend).⁴⁰ In § 20 Abs. 2b Satz 2 EStG wird ein schädliches vorgefertigtes Konzept unterstellt für den konkreten Fall, dass (spätere) positive Einkünfte nicht der tariflichen Einkommensteuer unterliegen. Es handelt sich hierbei also um eine Erweiterung der Verweisung für den Begriff des „vorgefertigten Konzepts“. Diese Regelung ziele erkennbar auf Gestaltungen, bei denen die Leistungsphase in einem Veranlagungszeitraum liegt, in dem die Abgeltungsteuer für Kapitalerträge Geltung hat, also Konstellationen, bei denen Verluste vor und positive Einkünfte nach Einführung der Abgeltungsteuer erzielt werden. Es soll dabei vermieden werden, dass die Verluste zu einer Minderung des der regulären Progression unterliegenden Einkommens führen, die entsprechenden Einkünfte aber nur einem reduzierten Steuersatz unterliegen. Genauso sei es denkbar, § 20 Abs. 2b Satz 2 EStG in Fällen anzuwenden, in denen aufgrund einer DBA-Regelung oder einer sonstigen begünstigenden Regelung Einkünfte aus Kapitalvermögen nicht oder nur in tarifreduziertem Maße der Besteuerung unterliegen.⁴¹

Die Anwendung des § 15b EStG auf Einkünfte aus Kapitalvermögen wird damit anhand zweier Ansatzpunkte geprüft: der konkreten Regelung in § 20 Abs. 7 Satz 2 EStG und des Vorliegens eines allgemeinen Steuerstundungsmodells gem. § 20 Abs. 7 Satz 1 EStG.⁴² Wendet man diese Prüfung auf die Einkünfte aus dem vorliegend gegebenen Rentenfonds an, so handelt es sich eindeutig um einen Fall des § 20 Abs. 7 Satz 2 EStG, da die Nutzung von Verlusten im Zusammenhang mit dem Übergang auf die Abgeltungsteuer nach herrschender Meinung darunter fällt. Aber auch die unspezifischen Anhaltspunkte für ein Steuerstundungsmodell sind vorliegend durchaus erfüllt, denn modellhaft sind alle Fondsbeteiligungen, die auf einem vorkonzipierten Vertragswerk beruhen, das dem Anleger keine ins Gewicht fallende Einflussmöglichkeit auf Vertragsgestaltung und Geschäftsführung lässt⁴³. Es liegt ein Prospekt einer Bank für einen Rentenfonds vor, welcher sich an eine Vielzahl von Anlegern wendet, womit ein individuell erstelltes Modell auszuschließen ist.

⁴⁰ Korn u.a. a.a.O., § 20 Rz. 434, fügt dazu an, dass der Sinngehalt von § 20 Abs. 7 EStG im Dunkeln bleibt, da „Positive Einkünfte“ nie der tariflichen Einkommensteuer unterliegen, sondern das „zu versteuernde Einkommen“ i.S.d. § 2 Abs. 5 Satz 1 EStG.

⁴¹ Vgl. BMF, Schr. v. 17.7.2007, a.a.O., Rz. 7 ff.; Korn/Strahl KÖSDI 2006, 15312; Carlé a.a.O.; Seeger a.a.O., 32. Aufl., § 15b Rz. 6; Weber-Grellet a.a.O., 32. Aufl., § 20 Rz. 193; Handzick a.a.O., § 15b Rz. 46b; Ratschow a.a.O., § 20 Rz. 472; Brandtner/Geiser a.a.O.

⁴² Vgl. OFD Münster, Vfg. v. 13.7.2010, a.a.O.

⁴³ Vgl. Seeger a.a.O., 32. Aufl., § 15b Rz. 10; Brandtner/Raffel a.a.O.; Beck DStR 2006, 61; Fleischmann/Meyer-Scharenberg DB 2006, 353.

Zudem weist der Prospekt ausdrücklich auf den Steuerstundungseffekt durch Nutzung des Übergangs auf die Abgeltungsteuer durch das Modell hin („Abgeltungsteuer nutzen zur Optimierung der Vermögensstruktur“, „durch den Erwerb der Wertpapiere kann ein Steuerstundungseffekt erreicht werden“). Insgesamt ist zudem auch die vorgegebene Verlustgrenze von 10 % des investierten Eigenkapitals deutlich überstiegen.⁴⁴

Nach Durchsicht der einschlägigen Kommentierungen zu § 15b, § 20 EStG vertritt vor allem *Intemann*⁴⁵ eine abweichende Auffassung: Er ist zwar gesetzeskonform der Ansicht, dass durch die Zahlung von Zwischengewinnen bei Investmentfonds allein ein Steuerstundungsmodell noch nicht gegeben sei, da dies den Marktusancen entspreche und lediglich wirtschaftlich den Zinsanspruch des bisherigen Gläubigers ausgleiche. Es handele sich dabei nicht um eine modellhafte Gestaltung, die daraufhin konzipiert wurde, negative Einkünfte erzielen zu wollen. Die Grenze zur modellhaften Gestaltung sei erst überschritten, wenn solche Wertpapiere im Rahmen eines Gesamtkonzepts unter Hinzutreten weiterer Leistungen zur Erzielung negativer Einkünfte eingesetzt werden. Ferner ist er allerdings der Meinung, dass der Wortlaut von § 20 Abs. 7 Satz 2 EStG nicht eindeutig erkennen lasse, dass der Gesetzgeber mit dieser Regelung auch Modelle erfassen wolle, die das Steuergefälle zwischen tariflicher Einkommensteuer und dem Abgeltungsteuersatz von 25 % ausnutzen wollen.⁴⁶ Diese weitere Begründung *Intemanns* dass die Verlustverrechnungsbeschränkung nicht schon allein deshalb eingreift, weil die positiven Einkünfte nach § 32d EStG niedrig besteuert werden, ist unseres Erachtens nach nicht korrekt: Seiner Auffassung gemäß setze § 20 Abs. 7 Satz 2 EStG entsprechend seiner systematischen Stellung voraus, dass der Tatbestand eines Steuerstundungsmodells i.S.d. § 15b Abs. 2 EStG erfüllt ist. Satz 2 des § 20 Abs. 7 EStG bestimme lediglich in Ergänzung, dass die Ausnutzung des Steuergefälles durch Anwendung des Abgeltungsteuersatzes auf die positiven Einkünfte aus Kapitalvermögen ein vorgefertigtes Konzept begründen kann. Nach oben be-

⁴⁴ Der neu geschaffene § 8 Abs. 7 InvStG erklärt, § 15b EStG auf Verluste aus der Rückgabe, Veräußerung oder Entnahme von Investmentanteilen sowie aus Teilwertabschreibungen bei Investmentanteilen sinngemäß anzuwenden. Ausweislich der Regierungsbegründung, BT-Drucks. 17/3549 v. 28.10.2010, soll es sich um eine gesetzliche Klarstellung handeln, dem folgen *Möhrle/Gerber* DB 2010, Beil. 7, 34. Nach Auffassung von *Korn u.a.* a.a.O., § 15b Rz. 83.1, kann dies jedoch nicht zu einer rückwirkenden Versagung von Verlusten für die Vergangenheit führen, sondern allenfalls für diejenigen nach der Änderung des Gesetzes durch das Jahressteuergesetz 2010 (JStG 2010) v. 8.12.2010, BGBl. I 2010, 1768; *Kretzschmann* FR 2011, 61; *Jansen/Lübbehusen* FR 2011, 512.

⁴⁵ Vgl. *Intemann* a.a.O., § 20 EStG Rz. 635, 645 m.w.N.

⁴⁶ So auch *Brandtner/Geiser* a.a.O.

reits aufgezeigter Literaturmeinung handelt es sich bei der Regelung des § 20 Abs. 7 Satz 2 EStG aber vielmehr um eine Konkretisierung der Anwendung von § 15b EStG auf Einkünfte aus Kapitalvermögen bzw. um einen weiteren Tatbestand.

D. Fazit

Die im Jahr 2008 erzielten negativen Einkünfte aus Kapitalvermögen sind als Verluste im Zusammenhang mit einem Steuerstundungsmodell i.S.d. § 15b EStG anzusehen.