

§ 15b

Verluste im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen

eingefügt durch Gesetz zur Beschränkung der Verlustverrechnung im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen v. 22.12.2005 (BGBl. I 2005, 3683; BStBl. I 2006, 80), zuletzt geändert durch VerfModG v. 18.7.2016 (BGBl. I 2016, 1679; BStBl. I 2016, 694)

- (1) ¹Verluste im Zusammenhang mit einem Steuerstundungsmodell dürfen weder mit Einkünften aus Gewerbebetrieb noch mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten ausgeglichen werden; sie dürfen auch nicht nach § 10d abgezogen werden. ²Die Verluste mindern jedoch die Einkünfte, die der Steuerpflichtige in den folgenden Wirtschaftsjahren aus derselben Einkunftsquelle erzielt. ³§ 15a ist insoweit nicht anzuwenden.
- (2) ¹Ein Steuerstundungsmodell im Sinne des Absatzes 1 liegt vor, wenn auf Grund einer modellhaften Gestaltung steuerliche Vorteile in Form negativer Einkünfte erzielt werden sollen. ²Dies ist der Fall, wenn dem Steuerpflichtigen aufgrund eines vorgefertigten Konzepts die Möglichkeit geboten werden soll, zumindest in der Anfangsphase der Investition Verluste mit übrigen Einkünften zu verrechnen. ³Dabei ist es ohne Belang, auf welchen Vorschriften die negativen Einkünfte beruhen.
- (3) Absatz 1 ist nur anzuwenden, wenn innerhalb der Anfangsphase das Verhältnis der Summe der prognostizierten Verluste zur Höhe des gezeichneten und nach dem Konzept auch aufzubringenden Kapitals oder bei Einzelinvestoren des eingesetzten Eigenkapitals 10 Prozent übersteigt.
- (3a) Unabhängig von den Voraussetzungen nach den Absätzen 2 und 3 liegt ein Steuerstundungsmodell im Sinne des Absatzes 1 insbesondere vor, wenn ein Verlust aus Gewerbebetrieb entsteht oder sich erhöht, indem ein Steuerpflichtiger, der nicht auf Grund gesetzlicher Vorschriften verpflichtet ist, Bücher zu führen und regelmäßig Abschlüsse zu machen, auf Grund des Erwerbs von Wirtschaftsgütern des Umlaufvermögens sofort abziehbare Betriebsausgaben tätigt, wenn deren Übereignung ohne körperliche Übergabe durch Besitzkonstitut nach § 930 des Bürgerlichen Gesetzbuchs oder durch Abtretung des Herausgabeanspruchs nach § 931 des Bürgerlichen Gesetzbuchs erfolgt.
- (4) ¹Der nach Absatz 1 nicht ausgleichsfähige Verlust ist jährlich gesondert festzustellen. ²Dabei ist von dem verrechenbaren Verlust des Vorjahres auszugehen. ³Der Feststellungsbescheid kann nur insoweit angegriffen werden, als der verrechenbare Verlust gegenüber dem verrechenbaren Verlust des Vorjahres sich verändert hat. ⁴Handelt es sich bei dem Steuerstundungsmodell um eine Gesellschaft oder Gemeinschaft im Sinne des § 180 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 Buchstabe a der Abgabenordnung, ist das für die gesonderte und einheitliche Feststellung der einkommensteuerpflichtigen und körperschaftsteuerpflichtigen Einkünfte aus dem Steuerstundungsmodell zuständige Finanzamt für den Erlass des Feststellungsbescheids nach Satz 1 zuständig; anderenfalls ist das Betriebsfinanzamt (§ 18 Absatz 1 Nummer 2 der Abgabenordnung) zuständig. ⁵Handelt es sich bei dem Steuerstundungsmodell um eine Gesellschaft

oder Gemeinschaft im Sinne des § 180 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 Buchstabe a der Abgabenordnung, können die gesonderten Feststellungen nach Satz 1 mit der gesonderten und einheitlichen Feststellung der einkommensteuerpflichtigen und Körperschaftsteuerpflichtigen Einkünfte aus dem Steuerstundungsmodell verbunden werden; in diesen Fällen sind die gesonderten Feststellungen nach Satz 1 einheitlich durchzuführen.

Autor: Dr. Dorothee **Hallerbach**, Lehrbeauftragte der Universität Ulm,
Rechtsanwältin, Epple, Dr. Hörmann & Kollegen, Augsburg
Mitherausgeber: Michael **Wendt**, Vors. Richter am BFH, München

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 15b

	Anm.		Anm.
I. Grundinformation zu § 15b	1	3. Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift	
II. Rechtentwicklung und zeitlicher Geltungsbereich des § 15b		a) Leistungsfähigkeitsprinzip	6
1. Rechtentwicklung	2	b) Bestimmtheitsgrundsatz	7
2. Zeitlicher Geltungsbereich	3	c) Folgerichtigkeit	8
III. Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit des § 15b		IV. Geltungsbereich des § 15b	
1. Gesetzgeberische Zielsetzung der Vorschrift	4	1. Sachlicher Geltungsbereich	15
2. Systematische Bedeutung der Vorschrift	5	2. Persönlicher Anwendungsbereich	16
		3. Anwendung bei Auslandsbeziehungen	17
		V. Verhältnis des § 15b zu anderen Vorschriften	19
		VI. Verfahrensfragen zu § 15b	20

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Verrechnungsbeschränkung für Verluste aus Modellen iSd. Abs. 2

	Anm.		Anm.
I. Verlustausgleichs- und Abzugsverbot (Abs. 1 Satz 1)		mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten	23
1. Verluste	21	4. Kein Abzug nach § 10d	24
2. Zusammenhang mit einem Steuerstundungsmodell	22	II. Verlustverrechnung in den Folgejahren (Abs. 1 Satz 2)	26
3. Kein Ausgleich mit Einkünften aus Gewerbebetrieb oder		III. Keine Anwendung des § 15a (Abs. 1 Satz 3)	27

**C. Erläuterungen zu Abs. 2:
Begriff des Steuerstundungsmodells**

	Anm.		Anm.
I. Modellhafte Gestaltung zur Erzielung negativer Einkünfte (Abs. 2 Satz 1)		II. Vorgefertigtes Konzept zur vertikalen Verlustverrechnung (Abs. 2 Satz 2)	
1. Modellhafte Gestaltung	30	1. Vorgefertigtes Konzept	33
2. Rechtsform des Modells	31	2. Einschränkende Auslegung des Konzepts im Sinne eines Modells	34
3. Geplante steuerliche Vorteile in Form negativer Einkünfte	32	III. Unbeachtlichkeit der Verlustursache (Abs. 2 Satz 3)	40

**D. Erläuterungen zu Abs. 3:
Nichtaufgriffsgrenze**

	Anm.		Anm.
I. Prognostizierte Verluste innerhalb der Anfangsphase	45	II. Maßgebliches Kapital	46
		III. Verhältnisrechnung	47

**E. Erläuterungen zu Abs. 3a:
Steuerstundungsmodell bei besonderen Erwerbstätbeständen**

	Anm.		Anm.
I. Steuerstundungsmodell unabhängig von den Voraussetzungen der Abs. 2 und 3	48	III. Einkünfteermittlung	50
II. Verlust aus Gewerbebetrieb	49	IV. Erwerb von Umlaufvermögen	51
		V. Rechtsfolge	52

**F. Erläuterungen zu Abs. 4:
Verlustfeststellung**

	Anm.		Anm.
I. Jährliche gesonderte Feststellung	53	III. Verrechenbarer Verlust des Vorjahres (Abs. 4 Satz 2)	55
II. Nicht ausgleichsfähiger Verlust (Abs. 4 Satz 1)	54	IV. Anfechtbarkeit (Abs. 4 Satz 3)	56

Anm.

Anm.

V. **Zuständigkeit (Abs. 4 Satz 4)** 57

VI. **Verbindung der Einkünfte- und Verlustfeststellung (Abs. 4 Satz 5)** 58

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 15b

Schrifttum: KEISINGER, Beschränkung der Verlustverrechnung bei Verlustzuweisungsmodellen nach § 2b EStG nach dem BMF-Schreiben vom 5.7.2000, Inf. 2000, 522; KOHLHAAS, Kritik des Anwendungsschreibens des BMF zu Verlustzuweisungsmodellen nach § 2b EStG vom 5.7.2000, FR 2000, 922; MEYER-SCHARENBERG/FLEISCHMANN, Das Anwendungsschreiben des § 2b EStG, DStR 2000, 1373; G. SÖFFING, § 2b EStG und der 2b-Erlass, DB 2000, 2340; HORLEMANN, Das BMF-Schreiben zu Verlustzuweisungsmodellen iSd § 2b EStG, insbesondere für fremdfinanzierte Renten- und Lebensversicherungen, BB 2001, 650; KOHLHAAS, Die Modellhaftigkeit im Sinne des § 2b EStG, DStR 2001, 1137; APEL, Verrechnung von Anfangsverlusten nur noch im Rahmen der gleichen Beteiligung möglich – Einführung eines § 15b EStG, StuB 2005, 1000; G. SÖFFING, BB-Forum: Bemerkungen zum geplanten § 15b EStG, BB 2005, 1249; STRAHL, Beabsichtigte Steuerrechtsänderungen auf Grund des Koalitionsvertrags zwischen CDU, CSU und SPD, KÖSDI 2005, 14900; BECK, Verlustausgleichsverbot bei Steuerstundungsmodellen: Der neue § 15b EStG, DStR 2006, 61; BRANDTNER/RAFFEL, § 15b EStG: Die neue Regelung der Verlustverrechnung bei Steuerstundungsmodellen, BB 2006, 639; FLEISCHMANN/MEYER-SCHARENBERG, Der neue § 15b EStG: Der endgültige Tod der Steuersparmodelle, DB 2006, 353; KALIGIN, Zweifelsfragen bei der Anwendung des § 15b EStG, WPg 2006, 375; LECHNER/LEMAITRE, Zweifel an der Anwendung des § 15b EStG bei doppelstöckigen Strukturen, DStR 2006, 689; LINDBERG, § 15b EStG – das endgültige Aus für Steuersparmodelle, Inf. 2006, 269; LÜDICKE/NAUJOK, Beschränkung der Verlustverrechnung im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen, DB 2006, 744; MELCHIOR, Die ersten steuerlichen Änderungsgesetze der neuen Bundesregierung, DStR 2006, 12; STUHRMANN, Die Steuergesetzgebung Ende 2005, NJW 2006, 465; RONIG, Steuerstundungsmodelle nach § 15b EStG – Auswirkungen auf geschlossene Fonds, NWB F. 3, 13971; BRANDTNER/LECHNER/SCHMIDT, Verluste bei Steuerstundungsmodellen: Anmerkungen zum Anwendungsschreiben des BMF zu § 15b EStG, BB 2007, 1922; FLEISCHMANN, Anwendungsschreiben zu § 15b EStG, DB 2007, 1721; NAUJOK, Anmerkungen zum Anwendungsschreiben zu § 15b EStG vom 17.7.2007, DStR 2007, 1601; NAUJOK, Verfassungswidrigkeit des § 15b EStG, BB 2007, 1365; BOCK/RAATZ, Aktuelle Rechtsprechung zu § 2b EStG und deren Anwendung auf § 15b EStG, DStR 2008, 1407; HALLERBACH, Keine Vererblichkeit des Verlustabzugs nach § 10d EStG, StuB 2008, 353; HERBST, Können „gleichgerichtete Leistungsbeziehungen“ eine modellhafte Gestaltung i.S.d. § 15b EStG indizieren? Urteil des Sächsischen FG v. 19.12.2007 – 2 K 954/07, FR 2008, 1003; KOHLHAAS, Verfassungswidrigkeit des § 2b EStG, zugleich Anmerkung zum Beschluss des BFH vom 2.8.2007, IX B 92/07, DStR 2007, 2150, DStR 2008, 430; BRANDTNER/GEISER, Zur Anwendung des § 15b EStG bei Einkünften aus Kapitalvermögen, DStR 2009, 1732; GRAGERT, Abgeltungssteuer und die Verlustverrechnung gem. § 15b EStG, NWB 2010, 2450; KOHLHAAS, Aberkennung steuerlicher Verluste bei Filmfonds, FR 2010, 693; BIRKER, Investmentvermögen als Steuerstundungsmodelle (§ 8 Abs. 7 InvStG, 15b EStG), BB 2011, 1495; GRABBE, Investmentsteuerrecht: Jahressteuergesetz 2010, BB 2011, 89; HARTROTT/RASTER, Zur „Modellhaftigkeit“ im Sinne des § 15 EStG, BB 2011, 343; JANSEN/LÜBBEHÜSEN, Investmentsteuerrecht: Der (sehr begrenzte) Anwendungsbereich der neuen Verweisung auf Modelle i.S.d. § 15b EStG in § 8 Abs. 7 InvStG, FR 2011, 512; KRETZSCHMANN, JStG 2010 – Änderungen des Investmentsteuergesetzes, FR 2011, 62; DORNHEIM, Die steuerliche Berücksichtigung von Verlusten aus Beteiligungen an ausländischen Personengesellschaften über den negativen Progressionsvorbehalt (sog. „Goldfälle“), DStR

2012, 1581; SCHMIDT/RENGER, Zur steuerlichen Beurteilung sog. „Goldfälle“ – Replik zum Aufsatz von Dornheim (DStR 2012, 1581), DStR 2012, 2042; DORNHEIM, Steuerstundungsmodelle im Lichte der aktuellen Rechtsprechung, Ubg 2013, 453; JENNEMANN, Anwendbarkeit des § 4 Abs. 3 Satz 4 Alt. 2 EStG beim Handel mit Gold, FR 2013, 253; LÜDICHE/FISCHER, Steuerstundungsmodelle bei Fonds und insbesondere bei Einzelinvestitionen, Ubg 2013, 694; STAHL/MANN, Verfahrensrechtliche Fallstricke beim „Goldfinger-Modell“ – Anm. zu Urteil des FG Rheinland-Pfalz v. 30.1.2013 – 3 K 1185/12, DStR 2013, 822; BOLIK/HARTMANN, Goldfinger als Steuerstundungsmodell nach § 15 Abs. 3a EStG, StuB 2014, 179; HEUERMANN, Goldfinger und der dritte Abwehrversuch – Das Steuerstundungsmodell des § 15b EStG und viele Fragen zu Beginn, DStR 2014, 169; NACKE, Voraussetzungen für Steuerstundungsmodelle nach § 15b EStG – BFH erläutert erstmals Tatbestandsvoraussetzungen NWB 2014, 1490; RONIG, Neues zu Steuerstundungsmodellen nach § 15b EStG, Problemereiche und aktuelle Tendenzen, NWB 2014, 490; SCHUSKA, Verfassungsrechtliche Probleme bei der Anwendung des § 15b EStG, DStR 2014, 825; KRÄÄ, „Goldfinger“ – Das Progressionsmodell nach den gesetzlichen Änderungen im Jahr 2013, FR 2015, 928; MANN/STAHL, Hat das „Goldfinger-Modell“ seinen Glanz verloren?, DStR 2015, 1425.

I. Grundinformation zu § 15b

1

§ 15b enthält eine Verlustverrechnungsbeschränkung, durch die Verluste in eine Einkunftsquelle eingeschlossen werden. Verluste aus einem Steuerstundungsmodell nach § 15b sind nur noch mit positiven Einkünften aus dieser Einkunftsquelle verrechenbar. Die Regelung ist sowohl auf planmäßige Verlustzuweisungen im Rahmen von PersGes. in Gestalt geschlossener Fonds, als auch auf Einzelinvestitionen anwendbar. Durch die Einführung des § 15b wird § 2b ersetzt, der eine ähnliche Zielsetzung hatte, diese aber offenkundig nicht erreichen konnte. Abs. 1 enthält eine horizontale und vertikale Verlustverrechnungsbeschränkung. Abs. 2, 3 und 3a erläutern den Begriff des Steuerstundungsmodells näher, während Abs. 4 verfahrensrechtl. Regelungen enthält.

II. Rechtsentwicklung und zeitlicher Geltungsbereich des § 15b

1. Rechtsentwicklung

2

Gesetz zur Beschränkung der Verlustverrechnung im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen v. 22.12.2005 (BGBl. I 2005, 3683; BStBl. I 2006, 80): § 15b wird neu in das EStG eingefügt.

Der Gesetzentwurf v. 29.11.2005 (BTDrucks. 16/107) entsprach von einigen Abweichungen in Abs. 3 abgesehen dem Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der steuerlichen Standortbedingungen v. 6.5.2005 (BRDrucks. 321/05), in dem erstmals die Einführung eines § 15b zur Gegenfinanzierung für die Absenkung des KStSatzes und zur erweiterten Anrechnung der GewSt vorgeschlagen, aber dann nicht verwirklicht worden war.

JStG 2007 v. 13.12.2006 (BGBl. I 2006, 2878): In Abs. 3 wird der Begriff „vom Hundert“ durch „Prozent“ ersetzt.

AIFM-StAnpG v. 18.12.2013 (BGBl. I 2013, 4318; BStBl. 2014, 2): § 15b wird um einen Abs. 3a ergänzt, der unabhängig von den Voraussetzungen der vorangehenden Abs. 2 und 3 Steuerstundungsmodelle insbes. dann annimmt, wenn von Gewerbetreibenden, die nicht verpflichtet sind, Bücher zu führen, Verluste dadurch generiert werden, dass sie WG des UV erwerben, die ihnen nicht körperlich übereignet werden. Verhindert werden soll das sog. Goldfinger-Modell,

bei dem Steuerersparnisse daraus generiert werden, dass von Stpfl., die keine Bücher führen, wertvolle WG des UV gekauft werden, die nicht zu aktivieren sind und deren Aufwand sofort zu BA-Abzug führt (BRDrucks. 740/13, 78).

Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens v. 18.7.2016 – VerfModG (BGBl. I 2016, 1679; BStBl. I 2016, 694): § 15b Abs. 4 erhält redaktionelle Änderungen aufgrund der Änderung des § 180 Abs. 1 AO durch das ZollkodexAnpG v. 22.12.2014 (BGBl. I 2014, 2417; BStBl. I 2015, 58). Inhaltliche Änderungen sind mit der Neuregelung nicht verbunden (vgl. BTDrucks. 18/7457, 96).

3 2. Zeitlicher Geltungsbereich

Anknüpfung an Beitritt oder Außenvertrieb: § 52 Abs. 25 Sätze 1 und 2 regeln den zeitlichen Anwendungsbereich dahingehend, dass § 15b nur auf solche Verluste der Steuerstundungsmodelle anzuwenden ist, denen der Stpfl. nach dem 10.11.2005 beigetreten ist oder für die nach dem 10.11.2005 mit dem Außenvertrieb begonnen wurde. Trotz Bezugs auf „Verluste der ... Steuerstundungsmodelle“ ist der zeitliche Anwendungsbereich personenbezogen zu verstehen. Dies bedeutet zunächst, dass Stpfl., die nach dem 10.11.2005 beitreten, unabhängig vom Beginn des Außenvertriebs Verluste aus diesen Modellen nicht mehr abziehen können. Andererseits können Stpfl., die demselben Modell vorher beigetreten sind, ihre daraus resultierenden Verluste noch geltend machen.

► *Beitritt* ist die verbindliche und formwirksame Investitionsentscheidung des Stpfl. unabhängig davon, ob sie vom Anbieter eines entsprechenden Modells angenommen wurde (wie hier BECK in KANZLER/KRAFT/BÄUML EStG, 2. Aufl. 2017 § 15b Rn. 15; aA HANDZIK in LBP, § 15b Rn. 49 [8/2016], der auch die Annahme des Beitritts fordert). Wird das Modell nicht von einem Anbieter angeboten, sondern schließen sich die Stpfl. zu einer GbR zusammen, die nicht im Außenvertrieb angeboten wurde, so ist auf den Stichtag der Unterzeichnung des Gesellschaftsvertrags abzustellen (BFH v. 1.9.2016 – IV R 17/13, BStBl. II 2016, 1003; Hess. FG v. 12.2.2012 – 10 K 2171/07, EFG 2013, 1213, rkr.). Dies muss auch gelten, wenn die durch diesen Gesellschaftsvertrag gegründete Gesellschaft erst an einem Stichtag nach dem 10.11.2005 in Kraft tritt. § 52 Abs. 25 Satz 1 Alt. 1 ist auch anwendbar auf den Beitritt zu einem geschlossenen Fonds (BFH v. 1.9.2016 – IV R 17/13, BStBl. II 2016, 1003), der eine PersGes. oder Personengemeinschaft mit festem Anlegerkreis ist.

► *Rechtsnachfolge:* Waren bei Gesamtrechtsnachfolge (zur Anwendbarkeit im Erbfall vgl. unten Anm. 24) für den Rechtsvorgänger die zeitlichen Voraussetzungen des § 15b erfüllt, so gilt dies auch für den vollumfänglich in seine Rechtsposition eintretenden Rechtsnachfolger. Bei Einzelrechtsnachfolge ist zu prüfen, ob für den Erwerber wiederum die Voraussetzungen des § 15b erfüllt sind. Dabei ist zu differenzieren: Handelt es sich um eine Beteiligung/Einzelinvestition, die vor dem 11.11.2005 begründet und nach dem 10.11.2005 veräußert wurde, so muss der Erwerber seinerseits aufgrund eines vorgefertigten Konzepts handeln, das zumindest in der Anfangsphase nach Erwerb die Möglichkeit bietet, Verluste mit anderen Einkünften zu verrechnen. Auf das ursprünglich vorgefertigte Konzept, mit dem der Verkäufer der Beteiligung möglicherweise angeworben wurde, kann uE nicht abgestellt werden, denn dann würden die Anwendungsvoraussetzungen zeitlich vorgezogen. Ist hingegen § 15b in zeitlicher Hinsicht auf den Veräußerer anwendbar, so setzt sich diese Anwendung beim Erwerber fort. Für

den Veräußerer bedeutet dies, dass er Verluste endgültig nicht mehr nutzen kann, weil er – von einem eventuellen Veräußerungsgewinn abgesehen – keine positiven Einkünfte aus dieser Einkunftsquelle erzielen wird. Für den Erwerber bedeutet dies, dass er Verluste auch nur in dem eingeschränkten Rahmen des § 15b nutzen kann. War die Beteiligung beim Veräußerer kein Modell nach § 15b, so kann dennoch beim Erwerber § 15b anwendbar sein, wenn er aufgrund eines vorgefertigten Konzepts nach Abs. 2 erwirbt.

► *Außenvertrieb*: Die Verlustbeschränkung greift, wenn der Außenvertrieb erst nach dem 10.11.2005 begonnen hat. Der Beginn des Außenvertriebs wird in § 52 Abs. 25 Satz 2 legaldefiniert als Zeitpunkt, in dem die Voraussetzungen für die Veräußerung der konkret bestimmbaren Fondsanteile erfüllt sind und die Gesellschaft selbst oder über ein Vertriebsunternehmen mit Außenwirkung an den Markt herangetreten ist. Soweit ein Steuerstundungsmodell in den Anwendungsbereich des VerkaufsprospektförderungsG aF gefallen ist, kann auf den Zeitpunkt abgestellt werden, ab dem der Verkaufsprospekt nach der Gestattung durch die BaFin. gem. § 8i Abs. 2 Satz 1 VerkaufsprospektförderungsG veröffentlicht werden durfte (vgl. HANDZIK in LBP, § 15b Rn. 54 [8/2016]).

Nicht definiert ist der Beginn des Außenvertriebs bei Einzelinvestitionen; dies spielt jedoch keine Rolle, denn das Tatbestandsmerkmal läuft ohnehin leer.

Die Differenzierung zwischen Außenvertrieb und Beitritt bei gleichem Datum macht keinen Sinn (so auch BECK, DStR 2006, 61 [66]). Von eigenständiger Bedeutung kann das Merkmal des Außenvertriebs in diesem Zusammenhang nur sein, wenn es auch Stpfl. in den Anwendungsbereich des § 15b einbezieht, die vor dem 11.11.2005 beigetreten sind. Diese Fälle sind jedoch von der Anwendung des § 15b ausgeschlossen. Die Anwendung des § 15b auf Stpfl., die vor dem 11.11.2005 beigetreten sind, widerspricht dem Wortlaut der Vorschrift und ist im Hinblick auf deren Vertrauensschutz höchst bedenklich.

Kapitalerhöhung oder Reinvestition: § 52 Abs. 25 Satz 3 stellt dem Beginn des Außenvertriebs Kapitalerhöhungen und die Reinvestitionen in neue Projekte gleich.

► *Alternative Voraussetzungen*: Obwohl die beiden Tatbestandsmerkmale kumulativ formuliert sind, weist der Wortsinn des Begriffs „Reinvestition“ darauf hin, dass der Gesetzgeber § 15b anwenden will, wenn eine der beiden Voraussetzungen erfüllt ist; uE folgt einer Kapitalerhöhung eine Investition, während eine Reinvestition aus bereits vorhandenen Mitteln vorgenommen wird. Die beiden kumulativ genannten Tatbestandsmerkmale schließen ihrem Wortsinn nach eine kumulative Anwendung aus. Das „und“ bedeutet in diesem Zusammenhang keine Verknüpfung, sondern ist als „in beiden Fällen“ zu verstehen.

► *Kapitalerhöhungen*: Obwohl Kapitalerhöhungen erst mit ihrer Eintragung ins Handelsregister wirksam werden, ist auf den Zeitpunkt der Beschlussfassung als eigentliche Disposition des Stpfl. abzustellen.

► *Reinvestitionen*: Nicht eindeutig klärbar ist, zu welchem Stichtag Erlöse in neue Projekte reinvestiert werden. Dies können uE wohl nur solche Projekte sein, mit deren Anschaffung oder Herstellung neuerlich stl. Vorteile in Form von negativen Einkünften erzielt werden sollen, die Steuerstundungsmodell iSd. § 15b sind. Betroffen sind häufig Film- oder Medien-, aber auch Leasingfonds, die WG verkaufen und in vergleichbare WG reinvestieren können. Vor diesem Hintergrund ist auch der Umfang der erforderlichen Reinvestition zu sehen. Diese kann nur relevant sein, wenn sie in einer Höhe erfolgt, die entsprechende negative Einkünfte entstehen lässt. Entscheidend für den Zeitpunkt der Reinvestition

wird hier wohl der Zeitpunkt sein, an dem rechtsverbindliche Verträge über die Neuanlage des Erlöses geschlossen werden. Erst zu diesem Zeitpunkt ist eine Disposition des Stpfl. getroffen (STUHRMANN, NJW 2006, 465).

► *Tatbestandserfüllung nach dem 10.11.2005:* Für die Anwendung des § 15b auf Reinvestitionen oder Kapitalerhöhungen muss auch der Tatbestand des § 15b nach dem 10.11.2005 erfüllt sein. Für die Frage, ob ein vorgefertigtes Konzept vorlag, ist auf die Verhältnisse ab dem 11.11.2005 abzustellen. Wird auf die Verhältnisse bei Platzierung abgestellt, so führt dies dazu, dass ein Tatbestandsmerkmal, das stark an die jeweilige Gestaltung anknüpft, wie das Erzielen stl. Vorteile aufgrund eines vorgefertigten Konzepts, auf einen Sachverhalt angewendet wird, bei dessen Gestaltung das Tatbestandsmerkmal selbst noch nicht bekannt war. Bei bereits platzierten Steuerstundungsmodellen kann diese Voraussetzung uE nur noch erfüllt werden, wenn nach dem 10.11.2005 ein neues vorgefertigtes Konzept nach Abs. 2 angeboten wird, weil die Formulierung „soll“ ein zukünftiges Element enthält.

Für Kapitalerhöhungen heißt dies, dass diese bei ihrer Platzierung nach dem 10.11.2005 den neuen Vorgaben entsprechen müssen; das Vorliegen eines Steuerstundungsmodells kann in einem solchen Fall zB fraglich sein, wenn die Kapitalerhöhung dazu dient, den bestehenden Betrieb über Neuinvestitionen wirtschaftlich rentabel zu machen, und keine neuen Verluste oberhalb der Nichtaufgriffsgrenze entstehen. Auch die Kapitalerhöhung muss entsprechend der Regelung des Abs. 2 als Steuerstundungsmodell angeboten werden. Reinvestitionen können nur in den Anwendungsbereich des § 15b fallen, wenn nach dem 10.11.2005 eine modellhafte Gestaltung geschaffen wird, aufgrund derer stl. Vorteile in Form negativer Einkünfte erzielt werden sollen. Dies wird idR nicht der Fall sein. Diese Auslegung ist uE auch deshalb geboten, weil der Gesetzgeber mit § 2b bereits eine Vorschrift geschaffen hatte, die entsprechende Gestaltungen verhindern sollte. Steuerstundungsmodelle, die sich den Vorgaben des § 2b angepasst haben und deren Verluste mit anderen Einkünften verrechenbar waren, genießen uE im Vertrauen auf die Verrechenbarkeit besonderen Schutz, weil sie gezielt so gestaltet wurden, dass sie die alte Verlustverrechnungsbeschränkung, die das gleiche Ziel verfolgte wie die neue, vermieden haben.

Bei anderer Auslegung könnten bereits vor dem 11.11.2005 erzielte Veräußerungserlöse nicht reinvestiert werden. Vor besondere Probleme wären solche Gesellschaften gestellt, die von ihrem Unternehmensgegenstand und den geschlossenen Verträgen her darauf angelegt sind, zu reinvestieren (zB Medienfonds, Filmfonds).

Auch der Begriff der „Anfangsphase“ in § 15b Abs. 2 Satz 1 kann sich aus genannten Gründen nur auf die Phase nach Reinvestition bzw. Kapitalerhöhung und nicht auf die Gründungsphase beziehen.

► *Rückwirkung:* Vor dem Hintergrund des Rückwirkungsverbots wäre uE die Anwendung auf Stpfl., die vor dem 11.11.2005 einem solchen Modell beigetreten sind, wenn der Außenvertrieb erst ab diesem Datum begonnen hat, höchst kritisch, weil die Dispositionsentscheidung des Stpfl. zu diesem Zeitpunkt bereits getroffen war. Hier kann die Übergangsregelung in § 52 Abs. 25 Satz 1 aber verfassungskonform dahingehend ausgelegt werden, dass nur Stpfl. betroffen sind, die nach dem 10.11.2005 beigetreten sind, unabhängig davon, wann der Außenvertrieb begonnen hat (s. Anm. 3). Legt man die Vorschrift bei Reinvestitionen und Kapitalerhöhungen dementsprechend aus, wird sie idR auf alte Steu-

erstundungsmodelle, die reinvestieren oder ihr Kapital erhöhen, nur dann anzuwenden sein, wenn nach dem 10.11.2005 alle Tatbestandsmerkmale des § 15b erfüllt werden, so dass diesbezüglich ein Vertrauensschutzproblem nicht entsteht.

Rückbeziehung auf den 11.11.2005: Bedenklich ist die Rückbeziehung auf einen früheren Zeitpunkt als den Tag des Kabinettsbeschlusses der damaligen BReg. (24.11.2005), (HEUERMANN in BLÜMICH, § 15b Rn. 8 [10/2015]; KAMINSKI in KORN, § 15b Rn. 35 [7/2014]; NAUJOK, BB 2007, 1365; aA FG Ba.-Württ. v. 7.7.2011 – 3 K 4368/09, EFG 2011, 1897, rkr.; aA FG Münster v. 10.1.2013 – 5 K 4513/09 E, EFG 2013, 1014, nrkr., rückverwiesen durch BFH v. 11.11.2015 – VIII R 74/13, BStBl. II 2016, 388). Die Regelung des § 15b ist der Fallgruppe der „unechten Rückwirkung“ oder „tatbestandlichen Rückanknüpfung“ zuzuordnen (BVerfG v. 31.5.1960 – 2 BvL 4/59, BVerfGE 11, 139; BVerfG v. 14.5.1986 – 2 BvL 2/83, BStBl. II 1986, 628 [641 ff.]; BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvL 14/02, 2 BvL 2/04, 2 BvL 13/05, BStBl. II 2011, 76), die einer besonderen Rechtfertigung bedarf (BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvL 14/02, 2 BvL 2/04, 2 BvL 13/05, BStBl. II 2011, 76). Das Vertrauen des Einzelnen in den Fortbestand der alten Regelung ist nach der Rspr. des BVerfG abzuwägen gegen eventuell vorliegende zwingende Gründe des Gemeinwohls an der Rückbeziehung, die dem Gebot der Rechtssicherheit übergeordnet sind (BVerfG 19.12.1961 – 2 BvL 6/59, BVerfGE 13, 261; BVerfG v. 11.10.1962 – 1 BvL 22/57, BVerfGE 14, 288; BVerfG v. 10.12.1985 – 2 BvL 18/83, BVerfGE 71, 255; BVerfG v. 30.9.1987 – 2 BvR 933/82, BVerfGE 76, 256). Je weniger Stpfl. innerhalb einer Übergangsregelung noch vom alten Recht Gebrauch gemacht hätten, umso weniger hatte der Gesetzgeber Grund zur Rückbeziehung. Bereits im Mai 2006 lag ein erster Gesetzentwurf (v. 6.5.2005, BRDrucks. 321/05) vor, der dazu führte, dass viele Fonds bereits im Herbst 2006 platziert waren (vgl. PATT in der öffentlichen Anhörung der 2. Sitzung des Finanzausschusses am 8.12.2005, s. BT-Protokoll Nr. 16/2, <http://web.archiv.bundestag.de/cgi/show.php?fileToLoad=1373&id=1136>). Die wenigen Stpfl., die in den Fortbestand der Altregelung vertraut haben, sind in ihrem Vertrauen geschützt (REIB in KIRCHHOF, 16. Aufl. 2017, § 15b Rn. 15; HEUERMANN in BLÜMICH, § 15b Rn. 8 [10/2015]; aA FG Ba.-Württ. v. 7.7.2011 – 3 K 4368/09, EFG 2011, 1897, rkr.; FG Münster v. 10.1.2013 – 5 K 4513/09 E, EFG 2013, 1014, nrkr., rückverwiesen durch BFH v. 11.11.2015 – VIII R 74/13, BStBl. II 2016, 388), denn zum einen war bereits im Vorfeld mehrfach die Neuregelung diskutiert worden, ohne dass es zu einer Umsetzung kam, zum anderen gab es mit § 2b eine Regelung, die die gleiche Zielrichtung verfolgte und noch nicht sehr lange in Kraft war. Das Vertrauen kann uE auch nicht durch einen Warnhinweis im Fondsprospekt auf die möglichen Änderungen strechtl. Regelungen zerstört werden (so FG Ba.-Württ. v. 7.7.2011 – 3 K 4368/09, EFG 2011, 1897, rkr.). Vertrauen in eine bestehende gesetzliche Regelung kann nur durch den Gesetzgeber und nicht durch die Äußerung eines Vertragspartners zerstört werden, die nur das Ziel hat, die eigene Haftung zu minimieren. Aus dem gleichen Grund kann das Vertrauen nicht dadurch erschüttert werden, dass ab dem 8.11.2005 Berichte in der Presse über die eventuelle Neuregelung veröffentlicht wurden. Allein die Berichterstattung in der Presse ist uE kein durch den Gesetzgeber veranlasster Tatbestand, der Vertrauen zerstören könnte.

Zeitlicher Anwendungsbereich im Zusammenhang mit § 32b:

► *Zeitlicher Anwendungsbereich der sinngemäßen Anwendung auf den Progressionsvorbehalt nach § 32b Abs. 1 Satz 3:* Gemäß § 52 Abs. 33 Satz 2 ist § 15b in Fällen des Progressionsvorbehalts in allen offenen Fällen anzuwenden. Vor dem Hintergrund,

dass die Regelung entgegen der Auffassung der FinVerw. (BMF v. 17.7.2007 – IV B 2 - S 2241 - b/07/0001, BStBl. I 2007, 542, Tz. 24) und des Gesetzgebers (BTDrucks 18/68, 75 REiB in KIRCHHOF, 16. Aufl. 2017, § 15b Rn. 53h; DORNHEIM, DStR 2012, 1581) vor der Gesetzesänderung auf Fälle des Progressionsvorbehalts nicht anwendbar war (vgl. Anm. 18), ist die rückwirkende Anwendung verfassungsrechtl. bedenklich (so auch KÜHNER in HHR Jahreskommentierung 2014 § 32b Anm. 13-5).

► *Investitionen außerhalb von Fondsgestaltungen:* § 52 Abs. 33a Satz 4 betrifft Investitionen außerhalb von Fondsgestaltungen, zB den Erwerb von Einzeleigentum. Für Beteiligungen an Steuerstundungsmodellen, die nicht als geschlossene Fonds ausgestaltet sind, ist § 15b anzuwenden, wenn die Investition nach dem 10.11.2005 rechtsverbindlich getätigt wurde (§ 52 Abs. 33a Satz 4). Geschlossene Fonds sind PersGes., zu denen nach dem Konzept eine bestimmte Höchstzahl von Gesellschaftern oder Treugebern beitreten können (vgl. ausführl. BFH v. 1.9.2016 – IV R 17/13, BStBl. II 2016, 1003). Dies wird idR der Abschluss eines schuldrechtl. Vertrags über die Investition sein. Das Gesetz äußert sich nicht dazu, ob auf die Investition des Stpfl. oder des Modellanbieters abzustellen ist. Aus dem Gesamtzusammenhang des § 52 Abs. 33a, der nie auf die Investition durch den Anbieter abstellt, ist zu schließen, dass die Investition des Stpfl. gemeint ist.

► *Wirtschaftsgüter des Umlaufvermögens:* § 52 Abs. 33a Satz 5 ordnet an, dass die Neuregelung des Abs. 3a erstmals auf Verluste der dort bezeichneten Steuerstundungsmodelle anzuwenden ist, bei denen WG des UV nach dem 28.11.2013 angeschafft, hergestellt oder in das BV eingelegt werden. Der 28.11.2013 ist der Tag des Gesetzesbeschlusses des BTag, ein verfassungsrechtl. Rückwirkungsproblem ergibt sich nicht.

III. Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit des § 15b

4 1. Gesetzgeberische Zielsetzung der Vorschrift

Die Regelung soll unter dem Gesichtspunkt der Steuergerechtigkeit verhindern, dass einzelne Stpfl. ihre StBelastung gezielt senken. Volkswirtschaftlich fragwürdige Fehlallokationen sollen verhindert werden (BTDrucks. 16/107, 1, 4; Empfehlung des FinAussch., BTDrucks. 16/254, 1). Diese Zielsetzung verfolgte bereits § 2b, der aber offensichtlich den erhofften Erfolg nicht brachte, weil die sog. Steuerstundungsmodelle den Vorgaben angepasst werden konnten. Die Vorschrift ist nach § 15a und § 2b nun der dritte Versuch, entsprechende Gestaltungen zu verhindern. Aufgrund des nicht abschließend geklärten Inhalts der verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe entfaltet die Vorschrift im Wesentlichen präventive Wirkung (HEUERMANN in BLÜMICH, § 15b Rn. 1 [9/2016]; SEEGER in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 15b Rn. 2; KAESER in KSM, § 15b Rn. A 3 [8/2009]). Verlustzuweisungsmodelle wurden in der Praxis durch Renditefonds ersetzt (FELDGEN in FUHRMANN/KRAEUSEL/SCHIFFERS, eKomm, § 15b Rn. 1 [10/2016]).

Anders als der erste Entwurf des § 15b, der die StEntlastungen für Unternehmen gegenfinanzieren sollte, dient die vorliegende Einschränkung der Verlustverrechnung ausschließlich der Haushaltskonsolidierung.

2. Systematische Bedeutung der Vorschrift

5

§ 15b wurde – anders als § 2b – nicht vor die Klammer aller Einkunftsarten gezogen, sondern systematisch als Sonderregelung zu den gewerblichen Einkünften in den II. Titel, Nr. 8 eingefügt. Dies bedeutet zunächst, dass er aufgrund seiner systematischen Stellung unmittelbar nur auf Einkünfte aus Gewerbebetrieb anwendbar ist. Aufgrund von gleichzeitig bzw. später eingeführten Verweisungsvorschriften ist § 15b auch auf andere Einkunftsarten anzuwenden. Wie bereits § 15a schließt § 15b die Verluste dahingehend ein, dass sie ausschließlich mit positiven Einkünften aus derselben Einkunftsquelle verrechnet werden können. Diese negative Rechtsfolge kombiniert mit der systematischen Stellung des § 15b führt dazu, dass er ausschließlich bei den Einkünften entsprechend angewandt werden kann, die in einer Verweisungsregelung explizit genannt sind. Eine analoge Anwendung scheidet aus. Systematisch wäre die Verlustverrechnungsbeschränkung zutreffend bei § 10d einzuordnen gewesen, dann wäre sie ohne weitere Verweisungen auf alle Einkunftsarten anzuwenden.

Horizontale und vertikale Verlustverrechnungsbeschränkung: § 15b schließt mit seinem Verbot, Verluste mit anderen Einkünften aus Gewerbebetrieb und positiven Erg. aus anderen Einkunftsarten auszugleichen, sowohl den horizontalen als auch den vertikalen Verlustausgleich und damit die Grundregeln des § 2 Abs. 2 und § 2 Abs. 3 aus.

Einkünfteerzielungsabsicht: Grundsätzlich setzt auch § 15b die Steuerbarkeit und StPflcht der beschränkt verrechenbaren Einkünfte voraus. Fehlt es an Einkünfteerzielungsabsicht und damit an stbaren Einkünften, so kommt § 15b nicht mehr zum Tragen (KAESER in KSM, § 15b Rn. A 14 [8/2009]; KAMINSKI in KORN, § 15b Rn. 11 [7/2014]; SEEGER in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 15b Rn. 3 f.; HEUERMANN in BLÜMICH, § 15b Rn. 14 [10/2015]; BMF v. 17.7.2007 – IV B 2 - S 2241 - b/07/0001, BStBl. I 2007, 542, Tz. 2; GRAGERT, NWB 2010, 2450 [2451]). Unseres Erachtens sind in die Ermittlung der Einkünfteerzielungsabsicht, ebenso wie in die Ertragsprognose nach § 15b Abs. 3 ungeachtet der Regelung des § 2 Abs. 5b auch die der Abgeltungssteuer nach § 32d unterliegenden Einkünfte mit einzubeziehen. Laut § 20 Abs. 7 ist § 15b auch auf die Einkünfte aus Kapitalvermögen anwendbar. Enthält ein Modell, das in den Anwendungsbereich des § 15b fallen kann, Einkünfte aus Kapitalvermögen, so sind diese Teil des Gesamtkonzepts und in die wirtschaftliche Renditeberechnung einbezogen. § 15b will gerade ein Gesamtkonzept erfassen, das nicht in seine stl. unterschiedlich erfassten Bestandteile zerlegt werden kann (so auch KAMINSKI in KORN, § 15b Rn. 11.1 [7/2014]).

3. Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift

a) Leistungsfähigkeitsprinzip

6

Ein Verstoß gegen das Leistungsfähigkeitsprinzip in Gestalt des objektiven Nettoprinzips liegt grds. nicht vor (FG Münster v. 18.6.2015 – 12 K 689/12 F, EFG 2015, 1696, nrkr., Az. BFH VIII R 29/15; so auch HEUERMANN in BLÜMICH, § 15b Rn. 4 [9/2016]; KAESER in KSM, § 15b Rn. A 60 [8/2009]; FG Ba.-Württ. v. 7.7.2011 – 3 K 4368/09, EFG 2011, 1897, rkr.; FG Münster v. 10.1.2013 – 5 K 4513/09 E, EFG 2013, 1014, nrkr., rückverwiesen durch BFH v. 11.11.2015 – VIII R 74/13, BStBl. II 2016, 388; aA G. SÖFFING, BB 2005, 1249; SEEGER in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 15b Rn. 2; NAUJOK, BB 2007, 1365, der

auch einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz sieht; diff. KAMINSKI in KORN, § 15b Rn. 37 [7/2014]). Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist die zeitliche Streckung von Verlusten im Hinblick auf § Art. 3 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich unbedenklich (BVerfG v. 14.7.2006 – 2 BvR 375/00, HFR 2007, 274, so auch BFH v. 22.9.2016 – IV R 2/13, BStBl. II 2017, 165). Die Verluste aus den entsprechenden Modellen gehen idR nicht wirkungslos unter, sondern mindern in späteren Jahren Gewinne aus diesen Einkunftsquellen. Etwas anderes kann ausnahmsweise in Fällen gelten, in denen Verluste wegen einer Fehlinvestition endgültig untergehen (zu § 10d vgl. § 10d Anm. 13).

Im Hinblick auf den Vorlagebeschluss des BFH (v. 26.2.2014 – I R 59/12, BStBl. II 2014, 1016) zum BVerfG (Az. 2 BvL 19/14) zur Abziehbarkeit von Definitivverlusten (vgl. § 10d Anm. 13) hat das FG Berlin-Brandenb. entschieden, dass die Vorschrift verfassungskonform dahingehend auszulegen sei, dass tatsächlich entstandene endgültige Verluste mit anderen positiven Einkünften verrechnet werden können (FG Berlin-Brandenb. v. 8.12.2015 – 6 K 6215/12, EFG 2016, 387, nrkr., Az. BFH IV R 2/16; so auch KAESER in KSM, § 15b Rn. C 8 f. [8/2009]). Hier müssen uE dieselben Grundsätze gelten, die im Rahmen des § 10d Anwendung finden (vgl. § 10d Anm. 13). Der Fall kann in der Praxis uE nur bei unplanmäßigen Entwicklungen eintreten. Bleibt es planmäßig bei einem Definitivverlust, so wird das Steuerstundungsmodell bereits mangels Einkünfterzielungsabsicht steuerlich keine Anerkennung finden.

Auch ein Verstoß gegen das subjektive Nettoprinzip ist bei den Erwerbenden von Steuerstundungsmodellen nicht zu erwarten.

7 b) Bestimmtheitsgrundsatz

Die Vorschrift ist jedenfalls in ihren Abs. 1, 2, 3 und 4 nicht zu unbestimmt (BFH v. 6.2.2014 – IV R 59/10, BStBl. II 2014, 465, zum Tatbestandsmerkmal „modellhafte Gestaltung“; FG Ba.-Württ. v. 7.7.2011 – 3 K 4368/09, EFG 2011, 1897, rkr.; BFH v. 17.1.2017 – VIII R 7/13, juris; FG Münster v. 10.1.2013 – 5 K 4513/09 E, EFG 2013, 1014, nrkr., rückverwiesen durch BFH v. 11.11.2015 – VIII R 74/13, BStBl. II 2016, 388; FG Ba.-Württ. v. 22.9.2014 – 10 K 1693/12, EFG 2015, 384, nrkr., Az. BFH VIII R 57/14; REIB in KIRCHHOF, 16. Aufl. 2017, § 15b Rn. 17; HEUERMANN in BLÜMICH, § 15b Rn. 1 [9/2016]; KAMINSKI in KORN, § 15b Rn. 36 [7/2014]; HANDZIK in LBP, § 15b Rn. 17 [8/2016]; aA SEEGER in SCHMIDT, bis zur 33. Aufl. 2014, § 15b Rn. 3 f.; BOCK/RAATZ, DStR 2008, 1407; KOHLHAAS DStR 2008, 480; KAESER in KSM, § 15b Rn. A 49 und A 58 ff. [8/2009]; zweifelnd NAUJOK, BB 2007, 1365). Grundsätzlich ist es dem Gesetzgeber auch im StRecht gestattet, mit unbestimmten Rechtsbegriffen zu arbeiten (BVerfG v. 31.5.1988 – 1 BvR 5020/83, HFR 1989, 45, v. 27.11.1990 – 1 BvR 402/87, BVerfGE 83, 130, BFH v. 22.9.2016 – IV R 2/13, BStBl. II 2017, 165), die uE im Rahmen des § 15b alle der Auslegung zugänglich sind (so zum Begriff „modellhafte Gestaltung“ BFH v. 6.2.2014 – IV R 59/10, BStBl. II 2014, 465). Anders als in § 2b aF liegt keine „Ansammlung“ unbestimmter Rechtsbegriffe vor, die die Regelungsaussage der Norm unklar machen (so BFH v. 2.8.2007 – IX B 92/07, BFH/NV 2007, 2270, zu § 2b aF). § 15b Abs. 3a ist ebenfalls in einzelnen Tatbestandsmerkmalen sehr unbestimmt. Insbesondere das Zusammenspiel zwischen der Auslegung des Begriffs „Verlust“ in Abs. 3a mit der Auslegung des Begriffs „Verlust“ in Abs. 1 wirft erhebliche Fragen auf (vgl. HEUERMANN, DStR 2014, 169), die sich aber uE durch Auslegung lösen lassen (vgl. Anm. 49).

c) Folgerichtigkeit

8

Es bestehen uE keine verfassungsrechtl. Bedenken im Hinblick auf die folgerichtige Gestaltung des Einkünfteermittlungssystems (FG Ba.-Württ. v. 7.7.2011 – 3 K 4368/09, EFG 2011, 1897, rkr.; FG Münster v. 18.6.2015 – 12 K 689/12 F, EFG 2015, 1696, nrkr., Az. BFH VIII R 29/15; zu § 2b BFH v. 22.9.2016 – IV R 2/13, BStBl. II 2017, 211; aA REIB in KIRCHHOF, 16. Aufl. 2017, § 15b Rn. 17; NAUJOK, BB 2007, 1365). Dem Gesetzgeber steht es offen, zwar einerseits Lenkungsnormen zu schaffen, die dadurch wirken sollen, dass sie Steuervergünstigungen bieten, andererseits aber über einschränkende Normen sicherzustellen, dass diese nur in der gewünschten Art und Weise angewandt werden.

Einstweilen frei.

9–14

IV. Geltungsbereich des § 15b**1. Sachlicher Geltungsbereich**

15

Sachlich ist die Vorschrift auf die ESt anzuwenden. Sie wirkt sich im Bereich der KSt aus, wenn sich KapGes. an entsprechenden Modellen beteiligen. Mittelbare Auswirkungen kann die Vorschrift auf die GewSt haben, wenn die Beteiligung in einem BV gehalten wird und die negativen Einkünfte aus dieser Einkunftsquelle nicht mit anderen positiven Einkünften verrechnet werden können.

Nach dem Gesetzeswortlaut ist sie nur auf gewerbliche Einkünfte anwendbar (KAESER in KSM, § 15b Rn. A 15 f. [8/2009]). Dies gilt auch für § 15b Abs. 3a. Nur aufgrund der Verweisungsnormen in § 13 Abs. 7, § 18 Abs. 4, § 20 Abs. 7, § 21 Abs. 1 Satz 2 ist sie entsprechend anwendbar auch auf Einkünfte aus LuF, selbständiger Arbeit, Kapitalvermögen, Einkünfte aus VuV und Einkünfte aus wiederkehrenden Bezügen. Über die Verweisung in § 8 Abs. 7 InvStG ist sie auch auf die Verluste aus der Rückgabe, Veräußerung oder Entnahme von Investmentanteilen und auf die Verluste aus der Teilwertabschreibung dieser Anteile anzuwenden, wenn diese aufgrund einer modellhaften Gestaltung entstanden sind. Nach § 49 Abs. 4 InvStG 2018 gilt dies auch bei Verlusten aus der Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen im Sinne des § 2 Abs. 4 Satz 2 iVm. § 25 ff. InvStG 2018 sowie auf Verluste durch Ansatz des niedrigeren Teilwertes bei Spezial-Investmentanteilen (vgl. Anm. 19). Bei all diesen Vorschriften handelt es sich um Rechtsgrundverweisungen, die die Erfüllung des vollständigen Tatbestands von § 15b voraussetzen (FG Münster v. 18.6.2015 – 12 K 689/12 F, EFG 2015, 1696, nrkr., Az. BFH VIII R 29/15; für § 8 Abs. 7 InvStG JANSEN/LÜBBEHÜSEN, FR 2011, 512; BIRKER, BB 2011, 1495). Mit der Erweiterung auf die Einkünfte aus Kapitalvermögen können auch Steuerstundungsmodelle, die fremdfinanzierte Lebensversicherungen zum Inhalt haben oder solche, die Steuervorteile aus der Vereinbarung von Damnum oder Disagio generieren, in den Anwendungsbereich des § 15b fallen (SEEGER in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 15b Rn. 7). Im Rahmen der Einkünfte aus Kapitalvermögen hat die Vorschrift mit der Einführung der Verrechnungsbeschränkung des § 20 Abs. 6 und des eingeschränkten WKAbzugs nach § 20 Abs. 9 keine praktische Bedeutung mehr.

Die Vorschrift ist auch auf Einzelinvestitionen anwendbar. Dies ergibt sich sowohl aus dem Gesetzeswortlaut des § 15b Abs. 3 als auch aus der Gesetzesbegründung (BTDrucks 16/107, 6, so auch HEUERMANN in BLÜMICH, § 15b Rn. 18 [10/2015]; FG Münster v. 18.6.2015 – 12 K 689/12 F, EFG 2015, 1696,

nrkr., Az. BFH VIII R 29/15). Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob eine modellhafte Gestaltung vorliegt, wenn der Stpfl. die Gestaltung des Modells oder die Durchführung des Modells nicht nur geringfügig beeinflusst oder die Anlage selbst initiiert.

§ 15b soll ausweislich der Gesetzesbegründung (BTDrucks. 16/107, 6) nicht auf *venture capital* oder *private equity*-Fonds anwendbar sein. Dies wird dann gelten, wenn diese als KapGes. strukturiert sind und die stl. Vorteile darauf beruhen, dass Beteiligungen im Rahmen des Teileinkünfteverfahrens, der Abgeltungsteuer oder nach § 8b KStG stl. begünstigt veräußert werden können (vgl. Bericht des FinAussch., BTDrucks. 16/254, 5, noch zur alten Rechtslage). Sind sie allerdings ausnahmsweise als PersGes. ausgestaltet, kommt eine Anwendung des § 15b grds. in Betracht, wenn die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen des § 15b erfüllt sind (HANDZIK in LBP, § 15b Rn. 131 [8/2016]). Soweit Schiffsfonds die Tonnagebesteuerung wählen, fallen sie ebenfalls nicht in den Anwendungsbereich des § 15b.

16 2. Persönlicher Anwendungsbereich

Die Vorschrift ist anwendbar auf unbeschränkt und beschränkt Stpfl. (REIS in KIRCHHOF, 16. Aufl. 2017, § 15b Rn. 13), die Einkünfte aus entsprechenden Steuerstundungsmodellen erzielen. Bei beschränkt Stpfl. spielt die Vorschrift nur in Rahmen des § 49 eine Rolle. Sie ist über § 8 Abs. 1 Satz 1 KStG unproblematisch auch bei Körperschaften anzuwenden, die an einem entsprechenden Modell beteiligt sind (vgl. BECK, DStR 2006, 61 [66]). Keine Anwendung findet die Vorschrift in Fällen einer Beteiligung an einer KapGes. außerhalb der Organschaft, weil hier keine negativen Einkünfte erzielt werden.

Auf PersGes. ist die Vorschrift primär anwendbar, wenn sie selbst als Steuerstundungsmodelle ausgestaltet sind. Die Vorschrift ist aber auch auf PersGes. – mithin doppelstöckige Strukturen – anwendbar, die sich an einem Steuerstundungsmodell beteiligen (str., s. Anm. 35). Eine solche Beteiligung ist denkbar an einem Einzelobjekt oder an einer weiteren PersGes.

17 3. Anwendung bei Auslandsbeziehungen

Bei Beteiligung eines Stpfl. an einer ausländ. PersGes. kann es dazu kommen, dass sich Verluste, die der ausländ. Besteuerung unterliegen, über § 32b im Rahmen des negativen Progressionsvorbehalts auf die inländ. Progression auswirken, während spätere (im Inland nicht stpfl.) Gewinne aufgrund des ohnehin zu zahlenden Spitzensteuersatzes im Inland keinen Einfluss mehr auf die Progression haben. Resultieren solche Verluste aus einem Steuerstundungsmodell iSd. § 15b, so ordnet § 32b Abs. 1 Satz 3 an, dass § 15b entsprechend gilt mit der Folge, dass diese Verluste, die nach § 15b nicht ausgeglichen oder abgezogen werden können, auch nicht in den Progressionsvorbehalt nach § 15b einfließen. Ohne die entsprechende Anwendung wäre der das Einkommen und seine Ermittlung betreffende § 15b nicht im Rahmen des Progressionsvorbehalts anwendbar gewesen, denn nach § 15b ist der horizontale und vertikale Verlustausgleich und -abzug mit anderen Einkünften untersagt, während § 32b als Tarifvorschrift nach der Einkünfteermittlung ansetzt und lediglich den Einfluss ausländ. Verluste auf den inländ. StSatz regelt (so HEUERMANN in BLÜMICH, § 15b Rn. 5 [9/2016]; wohl auch FG München v. 5.5.2009 – 7 V 355/09, Lexinform

DokNr. 5008313, rkr.; Hess. FG v. 29.10.2010 – 11 V 252/10, DStRE 2011, 267, rkr.; Sächs. FG v. 5.5.2010 – 8 K 1853/09, DStR 2012, 2053, rkr.; FG Rhld.-Pf. v. 30.1.2013 – 3 K 1185/12, EFG 2013, 849, rkr.; so wohl auch KAMINSKI in KORN, § 15b Rn. 24.2 [7/2014]; HANDZIK in LBP, § 15b Rn. 42 [8/2016]; KRÄÄ, FR 2015, 928; aA SEEGER in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 15b Rn. 6; BMF v. 17.7.2007 – IV B 2 - S 2241 - b/07/0001, BStBl. I 2007, 542, Tz. 24; BRANDTNER/LECHNER/SCHMIDT, BB 2007, 1922; STAHL/MANN, DStR 2013, 1822; STAHL/MANN, FR 2011, 1139; DORNHEIM, DStR 2012, 1581; JENNEMANN, FR 2013, 253). Insofern enthält § 32b Abs. 1 Satz 3 einen anderen Regelungsgehalt als § 15b Abs. 3a. Dieser ordnet an, dass, wenn solche Verluste entstehen, ein Steuerstundungsmodell gegeben ist. Gemeint sein können aber nur Fälle, in denen die Verluste im Inland mit anderen positiven Einkünften verrechenbar sind, denn nur dann kann die Rechtsfolge des § 15b Abs. 1 Satz 1, der die Verlustverrechnung mit anderen Einkünften ausschließt, greifen. § 32b Abs. 1 Satz 3 betrifft die Fälle, in denen die Verluste im Inland nur über den negativen Progressionsvorbehalt wirken.

Soweit ausländ. Verluste im Inland verrechenbar sind, würde grds. § 15b zur Anwendung kommen. In der Praxis wird die FinVerw. aber kaum die entsprechenden Nachweise führen können, selbst wenn man die erhöhten Mitwirkungspflichten des Stpfl. bei Auslandssachverhalten nach § 91 Abs. 2 AO mit berücksichtigt (so auch BECK in KANZLER/KRAFT/BÄUML EStG 2. Aufl. 2017, § 15b Rn. 29). Auch der internationale oder europäische Auskunftsverkehr wird in der Praxis selten zu entsprechenden Erg. führen. Da die benötigten Informationen nicht dem automatischen Informationsaustausch nach Art. 8 RL 2011/16/EU unterliegen, sondern allenfalls auf Ersuchen nach Art. 5 RL 2011/16/EU oder im Rahmen des Auskunftsersuchens nach Art. 26 OECD-MA abgefragt werden können, wird die FinVerw. hier häufig an sprachlichen oder sonstigen administrativen Hürden scheitern.

Einstweilen frei.

18

V. Verhältnis des § 15b zu anderen Vorschriften

19

Verhältnis zu § 2a: Beide Vorschriften schränken die Verlustberücksichtigung ein und sind nebeneinander anwendbar. Dabei enthält § 15b sowohl im Verhältnis zu § 2a Abs. 1 als auch zu § 2a Abs. 2 die speziellere Verlustabzugsbeschränkung. Liegen Einkünfte iSd. § 2a Abs. 1 vor, so können diese grds. in späteren VZ mit positiven Einkünften derselben Art aus demselben Staat ausgeglichen werden. Stammen sie außerdem aus einem Steuerstundungsmodell, so ist ein Ausgleich mit positiven Einkünften nur aus dem nämlichen Steuerstundungsmodell möglich. Auch im Vergleich zum Aktivitätsvorbehalt des Abs. 2 ist § 15b enger. Soweit die aktiven Einkünfte aus einem Steuerstundungsmodell stammen, gilt § 15b uneingeschränkt.

Verhältnis zu § 2b: Grundsätzlich kann es bei Modellen in Form einer PersGes. nicht zu einer Konkurrenz von § 2b und § 15b kommen (so auch KAMINSKI in KORN, § 15b Rn. 16 [7/2014]), weil § 2b auf Modelle beschränkt worden ist, die vor dem 11.11.2005 erworben oder begründet wurden. Dennoch kann es bei Steuerstundungsmodellen, die reinvestieren und solchen, die Kapital erhöhen, und auch bei anderen Einzelinvestitionen zu Überschneidungen im Anwendungsbereich kommen. Treffen § 15b und § 2b in Fällen der Kapitalerhöhung oder der Reinvestition aufeinander, so sind die Verluste aus § 2b weiterhin geson-

dert festzustellen, weil diese mit positiven Einkünften aus anderen Verlustzuweisungsmodellen nach § 2b verrechnet werden können, während sich die Verrechnung nach § 15b auf diese Einkunftsquelle beschränkt. Treten später positive Einkünfte aus dieser Einkunftsquelle auf, so sind diese nach dem Günstigkeitsprinzip (vgl. zB BFH v. 18.12.1990 – VIII R 7/87, BFH/NV 1991, 520) zunächst mit den Verlusten aus § 15b zu verrechnen und erst nach deren Verbrauch mit den Verlusten aus § 2b, weil diese insgesamt weitergehend verrechenbar sind.

Verhältnis zu § 4 Abs. 3 Satz 4: Nach dieser Vorschrift sind AK für bestimmte WG des UV erst im Zeitpunkt des Zuflusses eines Veräußerungserlöses bzw. im Zeitpunkt der Entnahme als BA abziehbar. Das Verhältnis beider Vorschriften ist abgestuft. Grundsätzlich ist zunächst eine Einkünfteermittlung nach § 4 Abs. 3 Satz 4 vorzunehmen. Soweit der Anwendungsbereich des § 4 Abs. 3 Satz 4 reicht und es aufgrund dieser Vorschrift nicht zu einem Verlust kommt, kann uE § 15b Abs. 3a nicht zur Anwendung kommen, denn es entsteht kein Verlust aus Gewerbebetrieb (so auch HEUERMANN, DStR 2014, 169). Sollte es dennoch zu einem Verlust kommen oder aus anderen Gründen ein Steuerstundungsmodell vorliegen, so ist in dessen Rahmen § 4 Abs. 3 Satz 4 anzuwenden, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind. Mit den in § 15 Abs. 3a genannten Modellen ergehen sich keine Überschneidungen, weil unterschiedliche WG erfasst sind (s. auch KRÄÄ, FR 2015, 928; KAMINSKI in KORN, § 15b Rn. 17.1 [7/2014]). Für Anwendung DORNHEIM, DStR 2013, 1581; dagegen SCHMIDT/RENGER DStR 2012, 2042; STAHL/MANN DStR 2013, 1822.

Verhältnis zu § 5a: Soweit im Rahmen der Einkünfte aus Gewerbebetrieb nach § 15 Gewinne nach § 5a ermittelt werden, ist § 15b ebenfalls anwendbar, wenn die weiteren Voraussetzungen vorliegen. Verluste sind nur noch innerhalb der Einkunftsquelle verrechenbar.

Verhältnis zu § 10d: § 15b schließt die Anwendung des § 10d aus (HANDZIK in LBP, § 15b Rn. 38 [8/2016]; BRANDTNER/LECHNER/SCHMIDT, BB 2007, 1922). Da die Verluste auch nicht nach Maßgabe des § 10d abzuziehen sind, ist auch die Mindestbesteuerungsregel des § 10d nicht anwendbar.

Verhältnis zu § 15 Abs. 4: § 15 Abs. 4 enthält verschiedene Verlustausgleichsverbote in den Sätzen 1 bis 5. § 15b ist neben diesen Vorschriften anwendbar. Soweit sich die Anwendungsbereiche überschneiden, hat die Vorschrift Vorrang, die die strengeren Verlustabzugsverbote enthält (REIB in KIRCHHOF, 16. Aufl. 2017, § 15b Rn. 35; aA BMF v. 17.7.2007 – IV B 2 - S 2241 - b/07/0001, BStBl. I 2007, 542, Tz. 22; HANDZIK in LBP, § 15b Rn. 39 [8/2016], die § 15b grds. für vorrangig halten; aA KAMINSKI in KORN, § 15b Rn. 20.2 [7/2014], der beide Normen als gleichrangig ansieht; diff. NAUJOK, DStR 2007, 1601). Dies kann mit seiner Beschränkung auf die Verrechnung mit positiven Einkünften aus derselben Einkunftsquelle § 15b sein, soweit auf die Mindestbesteuerung in § 10d verwiesen wird, kann dies aber auch § 15 Abs. 4 sein.

Verhältnis zu § 15a: Siehe Anm. 27.

Verhältnis zu § 42 AO: Soweit § 42 AO eine Verlustentstehung verhindert, ist er vorrangig und führt dazu, dass § 15b gar nicht zur Anwendung kommt. Im tatbestandlichen Anwendungsbereich des § 15b ist dieser als Spezialmissbrauchstatbestand vorrangig (so auch HEUERMANN in BLÜMICH, § 15b Rn. 5 [9/2016]; HANDZIK in LBP, § 15b Rn. 44 [8/2016]; Nds. FG v. 1.11.2012 – 6 K 382/10, EFG 2013, 328, nrkr., rückverwiesen durch BFH v. 22.12.2015 – I R 43/13, BFH/NV 2016, 1034; aA wohl FG Ba.-Württ. v. 30.3.2011 – 4 K 1723/09, rkr.).

Verhältnis zum Investmentsteuerrecht: Durch JStG 2010 v. 8.12.2010 (BGBl. I 2010, 1768; BStBl. I 2010, 1394) wurde § 8 Abs. 7 InvStG eingeführt, der § 15b auf Verluste aus der Rückgabe, Veräußerung oder Entnahme von Investmentanteilen für entsprechend anwendbar erklärt. Nach den Beschlussempfehlungen und der Stellungnahme des BRats zum JStG 2010 sollte § 15b auf Verluste aus Investmentvermögen ausgedehnt werden (BRDrucks. 318/1/10 und BRDrucks. 318/10), indem auch ein einzelnes Investmentvermögen als Steuerstundungsmodell angesehen wird. Dies wird auch beibehalten in § 49 Abs. 4 InvStG 2018 v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730) für Verluste aus der Veräußerung von Spezial-Investmentanteilen sowie auf Verluste durch Ansatz des niedrigeren Teilwerts bei Spezial-Investmentanteilen. Strittig ist, ob § 15b bereits in den VZ vor 2010 Anwendung findet, für die es an einer ausdrücklichen Verweisung im Gesetz fehlt. Die FinVerw. hatte insoweit vertreten, dass § 15b bei Kapitalerträgen nach § 20 Abs. 2b Satz 2 nicht anwendbar ist (OFD Münster v. 7.11.2008 – S - 2210 - 45 - St 22 - 31, koord. Ländererlass, DB 2008, 2681; OFD Magdeburg v. 22.12.2008 – S 2252 - 104 - St 214, koord. Ländererlass, DStR 2009, 532; so auch GLOBNER in BLÜMICH, § 8 InvStG Rn. 17 [3/2016]), wenn der Wertpapiererwerb mit Eigenkapital finanziert ist. Demgegenüber stellt die Rspr. zutr. darauf ab, dass die Einkünfte, die im Rahmen des InvStG geregelt sind, vom Anleger nach dem EStG zu versteuern sind, mit der Folge, dass grds. dessen Regelungen auch ohne gesonderten Verweis anzuwenden sind (FG Ba.-Württ. v. 22.9.2014 – 10 K 1693/12, EFG 2015, 384, nrkr., Az. BFH VIII R 57/14; FG Münster v. 18.6.2015 – 12 K 689/12 F, EFG 2015, 1696, nrkr., Az. BFH VIII R 29/15; so auch BRANDTNER/GEISER, DStR 2009, 1732; KRETZSCHMANN, FR 2011, 62).

VI. Verfahrensfragen zu § 15b

20

§ 15b enthält in seinem Abs. 4 eine verfahrensrechtl. Vorschrift zur Feststellung der Verluste. Diese Vorschrift entspricht weitgehend der gesonderten Feststellung nach § 15a Abs. 4. Zu den Verfahrensfragen im Einzelnen vgl. Anm. 53. Die FinVerw. wendet die verfahrensrechtl. Regelungen des Medien- und des Fondserlasses entsprechend an (BMF v. 17.7.2007 – IV B 2 - S 2241 - b/07/0001, BStBl. I 2007, 542, Tz. 4).

Beurteilung für Dauer des Modells: Im Anwendungsschreiben zu § 2b (BMF v. 22.8.2001 – IV A 5 - S 2118b - 40/01, BStBl. I 2001, 588, Tz. 54, iVm. BMF v. 5.7.2000 – IV A 5 - S 2118b - 111/00, BStBl. I 2000, 1148) ging die FinVerw. zu Recht davon aus, dass eine einmal getroffene Entscheidung über die Anwendung des § 2b aF für die gesamte Dauer der Einkünfteerzielung aus dieser Quelle gilt. Dies trifft auch bei § 15b zu; der Beurteilungszeitpunkt für die wesentlichen Tatbestandsmerkmale liegt vor der erstmaligen stl. Erfassung, eine spätere Änderung des Konzepts ändert daran nichts mehr (offen FG Berlin-Brandenb. v. 8.12.2015 – 6 K 6215/12, EFG 2016, 387, nrkr., Az. BFH IV R 2/16, sofern diese sich auswirken kann, dann jedenfalls nur für die Zukunft). Wurden die Tatbestandsmerkmale rechtl. unzutreffend beurteilt, so kann eine Berichtigung für alle noch offenen Bescheide erfolgen (vgl. zu § 2b BMF v. 22.8.2001 – IV A 5 - S 2118b - 40/01, BStBl. I 2001, 588, Tz. 54, iVm. BMF v. 5.7.2000 – IV A 5 - S 2118b - 111/00, BStBl. I 2000, 1148).

Verbindliche Auskunft: Die FinVerw. hat sich im Anwendungsschreiben zu § 2b (BMF v. 22.8.2001 – IV A 5 - S 2118b - 40/01, BStBl. I 2001, 588, Tz. 56, iVm. BMF v. 5.7.2000 – IV A 5 - S 2118b - 111/00, BStBl. I 2000, 1148) darauf

§ 15b Anm. 20–21 B. Abs. 1: Verrechnungsbeschränkung für Verluste

festgelegt, keine verbindlichen Auskünfte zur Anwendung des § 2b zu erteilen. Da diese Regelung im Anwendungsschreiben zu § 15b fehlt (BMF v. 17.7.2007 – IV B 2 - S 2241 - b/07/0001, BStBl. I 2007, 542), ist die Erteilung verbindlicher Auskünfte nicht ausgeschlossen (so auch POHL in LIPPROSS/SEIBELStG, § 15b Rn. 66 [10/2015]).

Mitwirkungspflicht gem. § 93 AO: Nach § 93 AO sind auch Modellinitiatoren zur Mitwirkung verpflichtet, beispielsweise bei der Frage, wann der Außenvertrieb begonnen hat, oder bei der Vorlage von Unterlagen für die Verlustprognose.

Die Feststellungslast für das Vorliegen eines Steuerstundungsmodells trifft die FinVerw. (so im Erg. Sächs. FG v. 5.5.2010 – 8 K 1853/09, DStR 2012, 2053, rkr.).

Zerbragesellschaften: Bei Zerbragesellschaften ist auf der Ebene der Überschussgesellschaft zu prüfen und zu entscheiden, ob diese ein Steuerstundungsmodell darstellt, da diese Frage unabhängig von der Einkunftsart der beteiligten Gesellschafter zu beurteilen ist (BMF v. 17.7.2007 – IV B 2 - S 2241 - b/07/0001, BStBl. I 2007, 542, Tz. 20; aA REIB in KIRCHHOF, 16. Aufl. 2017, § 15b Rn. 48; krit. NAUJOK, DStR 2007, 1601).

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Verrechnungsbeschränkung für Verluste aus Modellen iSd. Abs. 2

I. Verlustausgleichs- und Abzugsverbot (Abs. 1 Satz 1)

21 1. Verluste

Der Begriff der Verluste entspricht idR dem Begriff der negativen Einkünfte in § 10d, also dem negativen Erg. aus einer GE oder dem Überschuss der WK über die Einnahmen. Diese Definition ist jedoch zu eng gefasst und widerspricht in Einzelfällen dem Sinn und Zweck des § 15b, der allgemein stl. Vorteile aufgrund von modellhaften Gestaltungen verhindern soll. Diese entstehen auch, wenn das Steuerstundungsmodell in einem BV gehalten wird und seine Erg. in diesem Rahmen in die Einkünfteermittlung einbezogen werden. Das Gleiche gilt bei doppelstöckigen PersGes., wenn die Untergesellschaft ein Steuerstundungsmodell ist.

Der Begriff des Verlusts ist in diesen Fällen gleichbedeutend mit dem negativen Erg. aus einem Steuerstundungsmodell, das in die Einkünfteermittlung desjenigen, der an ihm beteiligt ist, einfließt, selbst wenn dieses Erg. im Einzelfall noch nicht zu negativen Einkünften im Sinne des EStRechts führt. Verluste im Zusammenhang mit einem Steuerstundungsmodell sind auch solche Verluste, die aus einem entsprechenden Modell stammen und sich ausschließlich innerhalb der Einkünfteermittlung auswirken. Anderenfalls bliebe viel Raum für Umgestaltungsgestaltungen.

2. Zusammenhang mit einem Steuerstundungsmodell

22

Das Tatbestandsmerkmal „Verluste, die im Zusammenhang stehen“ ist zwar weiter gefasst als die entsprechende Regelung in § 2b („aufgrund von“). Dennoch kann nichts anderes gemeint sein, als dass alle Aufwendungen, die durch das Steuerstundungsmodell veranlasst, also verursacht (vgl. KAMINSKI in KORN, § 15b Rn. 52 [7/2014]) sind, in die Ergebnisermittlung einzubeziehen sind und dem Ausgleichsverbot unterliegen. Darunter fallen beispielsweise individuelle Sonder-BA oder Sonder-WK, die im Konzept nicht vorgesehen waren, denn auch diese stehen im Zusammenhang mit dem Steuerstundungsmodell. Ausweislich der Gesetzesbegründung sollen allerdings nur solche Sonder-BA oder Sonder-WK in das Ausgleichsverbot fallen, die „Bestandteil dieses Modells sind“ (BTDrucks. 16/107, 6). Dies deutet darauf hin, dass nur solcher Sonderaufwand in den Anwendungsbereich des § 15b fällt, der im Rahmen des Konzepts zumindest als Option möglich ist (so KAMINSKI in KORN, § 15b Rn. 50 [7/2014]). Aber auch die Sonder-BA oder Sonder-WK, die der Stpfl. individuell tätig (zB Schuldzinsen aus einer individuellen Finanzierung der Beteiligung) fallen uE unter das Ausgleichsverbot, denn die Formulierung des § 15b „im Zusammenhang“ ist insoweit offen. Zu unterscheiden sind die Verluste, die in der Rechtsfolge der Tatbestandserfüllung nach § 15b nicht abziehbar sind und die prognostizierten Verluste nach Abs. 3, die den Tatbestand erst eröffnen oder ausschließen (so wohl auch BMF v. 17.7.2007 – IV B 2 - S 2241 - b/07/0001, BStBl. I 2007, 542, Tz. 18 und 19; HEUERMANN in BLÜMICH, § 15b Rn. 15 [10/2015]). Für die Rechtsfolgenseite ist uE unerheblich, ob die Verluste Bestandteil des Modells sind oder nicht (so auch BRANDTNER/LECHNER/SCHMIDT, BB 2007, 1922; FLEISCHMANN DB 2007, 1721; BMF v. 17.7.2007 – IV B 2 - S 2241 - b/07/0001, BStBl. I 2007, 542, Tz. 19; aA HANDZIK in LBP, § 15b Rn. 194 [8/2016]). Ist der Tatbestand des § 15b erfüllt, so unterliegen alle Verluste, die damit in Zusammenhang stehen, dem Ausgleichs- und Abzugsverbot. Unerheblich ist insoweit, ob dieser Sonderaufwand in die Ermittlung der Nichtaufgriffsgrenze nach § 15b Abs. 3 einzubeziehen ist. In der Praxis wird individueller Sonderaufwand eher selten auftreten, denn die Modelle sind idR so konzipiert, dass für zusätzlichen individuellen Aufwand im Hinblick auf die Totalgewinn-/Überschussprognose kein Raum bleibt. Einzubeziehen als Verluste, die im Zusammenhang mit dem Modell stehen, sind auch solche Verluste, die im Rahmen des Konzepts nicht vorgesehen und ungeplant entstanden sind (aA REIB in KIRCHHOF, 16. Aufl. 2017, § 15b Rn. 53).

Der Begriff des Steuerstundungsmodells wird legaldefiniert in § 15b Abs. 2 (vgl. Anm. 30 ff.).

3. Kein Ausgleich mit Einkünften aus Gewerbebetrieb oder mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten

23

Rechtsfolge der Regelung ist sowohl ein horizontales als auch ein vertikales Verlustausgleichsverbot. Das Merkmal „aus Gewerbebetrieb“ hat insoweit eigenständige Bedeutung, als zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb auch andere Einkünfte aus Steuerstundungsmodellen zählen. Auch für diese ist – soweit sie positiv sind – die Verlustverrechnung ausgeschlossen.

24 **4. Kein Abzug nach § 10d**

Ein Abzug nach § 10d scheidet aus. Nicht zulässig ist der Verlustrücktrag und der Verlustvortrag, soweit er nicht ausnahmsweise nach § 15b Abs. 1 Satz 2 gestattet ist. Diese Rechtsfolge ist zwingend, um Umgehungen des § 15b zu vermeiden. Sie gilt auch, wenn die Verluste nicht mehr verrechenbar sind, weil beispielsweise die Einkunftsquelle aufgegeben wird (zur Frage der Definitivbelastung vgl. FG Berlin-Brandenb. v. 8.12.2015 – 6 K 6215/12, EFG 2016, 387, nrkr., Az. BFH IV R 2/16).

Rechtsnachfolge: Da die Verluste beteiligungs- und nicht personenbezogen sind, gehen sie bei unentgeltlicher Übertragung auf den Rechtsnachfolger über (so auch BMF v. 17.7.2007 – IV B 2 - S 2241 - b/07/0001, BStBl. I 2007, 542, Tz. 25). Nicht abschließend geklärt ist, ob die Vorschrift auch im Erbfall anwendbar ist. Der GrS des BFH (v. 17.12.2007 – GrS 2/04, BStBl. II 2008, 608) hatte entschieden, dass Verluste, die nicht objekt- oder einkunftsquellenbezogen sind, nicht vererblich sind. Im Umkehrschluss aus der Differenzierung des Großen Senats des BFH ist davon auszugehen, dass einkunftsquellenbezogene Verluste weiterhin vererblich sind (vgl. § 10d Anm. 23 und § 15a Anm. 63). Dies betrifft die Verluste nach §§ 15a und 15b (KAMINSKI in KORN, § 15b Rn. 19.1, 68.1 [7/2014]; HALLERBACH, StuB 2008, 353; REIB in KIRCHHOF, 16. Aufl. 2017, § 15b Rn. 15; FinMin. Schl.-Holst. v. 23.3.2011 – VI 303 - S2225 - 033, DStR 2011, 1427; OFD Frankfurt am Main v. 16.7.2013 – S 2225 A - 12 - St 213, BeckVerw. 274412). Bei entgeltlicher Rechtsnachfolge kann § 15b beim Erwerber anwendbar sein, auch, wenn die Beteiligung beim Veräußerer kein Modell nach § 15b war, wenn der Erwerber aufgrund einer modellhaften Gestaltung im Sinne des § 15b handelt.

25 Einstweilen frei.

26 **II. Verlustverrechnung in den Folgejahren (Abs. 1 Satz 2)**

Ein Verlustabzug in späteren Wj. ist nach Satz 2 zulässig von Einkünften aus derselben Einkunftsquelle. Damit wird dem Sinn und Zweck der Vorschrift Rechnung getragen, die nur den Steuerstundungseffekt verhindern, die Verluste aber nicht insgesamt vom Abzug ausschließen will.

Einkünfte: Zu den Einkünften, die aus dem Steuerstundungsmodell resultieren, zählen uE entgegen § 2 Abs. 5b auch die Einkünfte aus Kapitalvermögen, denn insoweit stellt § 15b einen Spezialtatbestand dar, der insgesamt alle Einkünfte, die aus dieser Quelle fließen, einbezieht (vgl. § 2 Anm. 872; so wohl auch GRAGERT, NWB 2010, 2451).

Einkunftsquelle ist ausweislich der Gesetzesbegründung die Beteiligung am jeweiligen Steuerstundungsmodell. Da der Wortlaut des Gesetzes insoweit keine Einschränkungen enthält, gilt dies unabhängig von der Einkunftsart (so auch BRANDTNER/LECHNER/SCHMIDT, BB 2007, 1922) und unabhängig davon, ob die Tätigkeit im Zeitpunkt der Verlustverrechnung identisch ist mit der Tätigkeit im Zeitpunkt der Verlustentstehung. Keine Rolle spielt im Übrigen, ob die positiven Einkünfte aus der Nutzung oder der Verwertung der WG des Steuerstundungsmodells resultieren (KAMINSKI in KORN, § 15b Rn. 58 [7/2014]). Werden im Rahmen eines Steuerstundungsmodells mehrere ertrag- oder verlustbringende WG gehalten, so können diese Erg. miteinander saldiert werden, da diese eben erst in ihrer Summe das Steuerstundungsmodell ausmachen.

- ▶ *Einzelinvestition*: Unproblematisch ist die Einkunftsquelle bei Einzelinvestitionen. Diese sind jeweils gesondert zu betrachten.
- ▶ *Gesellschaften oder Gemeinschaften*: Bei Beteiligungen an Gesellschaften oder Gemeinschaften ist zu differenzieren. Einerseits ist auf der Ebene des Stpfl. die Einkunftsquelle die Beteiligung, die er als Steuerstundungsmodell erworben hat (so auch BMF v. 17.7.2007 – IV B 2 - S 2241 - b/07/0001, BStBl. I 2007, 542, Tz. 13). Nur aus dieser „erzielt“ er positive oder negative Einkünfte, die auch nur auf dieser Ebene vertikal verrechenbar sind. Hält die Gesellschaft mehrere WG („Einkunftsarten oder -quellen“), so sind die Erg. daraus auf der Ebene der Gesellschaft zu saldieren (HEUERMANN in BLÜMICH, § 15b Rn. 26 [10/2015]; KAMINSKI in KORN, § 15b Rn. 60 [7/2014]; BMF v. 17.7.2007 – IV B 2 - S 2241 - b/07/0001, BStBl. I 2007, 542, Tz. 13). Bei doppelstöckigen Gestaltungen ist zu differenzieren: Zwar ist auch bei diesen Gestaltungen die einzige Einkunftsquelle des Stpfl. seine Beteiligung, dennoch ist danach zu unterscheiden, welche der jeweiligen Gesellschaften das Steuerstundungsmodell ist. Dies ergibt sich zum einen aus § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 für gewerbliche Einkünfte, aber auch aus dem Sinn und Zweck des § 15b (so im Erg. auch REIB in KIRCHHOF, 16. Aufl. 2017, § 15b Rn. 22; aA HEUERMANN in BLÜMICH, § 15b Rn. 27 [10/2015], der nach Einkunftsarten differenziert, zweifelnd auch BRANDTNER/LECHNER/SCHMIDT, BB 2007, 1922). Dieser will verhindern, dass Einkünfte, die aus einem Steuerstundungsmodell resultieren, mit anderen positiven Einkünften des Stpfl. saldiert werden können. Genau dies würde aber ermöglicht, wenn der Stpfl. über mehrstöckige PersGes. sein Vermögen so streut, dass auf Ebene der Obergesellschaft alle Einkünfte zu saldieren sind (so NAUJOK, DStR 2007, 1601). Sind nur die Untergesellschaften/Unterbeteiligungen Steuerstundungsmodelle iSd. § 15b, so scheidet eine Saldierung auf der Ebene der Obergesellschaft aus (BMF v. 17.7.2007 – IV B 2 - S 2241 - b/07/0001, BStBl. I 2007, 542, Tz. 21; aA KAMINSKI in KORN, § 15b Rn. 46 f., 68.5 [7/2014]). Ist die Obergesellschaft Steuerstundungsmodell und sind die Untergesellschaften/Unterbeteiligungen nur Bestandteil eines Gesamtkonzepts, ohne ihrerseits Steuerstundungsmodell zu sein, so ist auf der Ebene der Obergesellschaft zu saldieren, weil das Steuerstundungsmodell dann ausschließlich die Obergesellschaft ist (BMF v. 17.7.2007 – IV B 2 - S 2241 - b/07/0001, BStBl. I 2007, 542, Tz. 21). Fließen in das Erg. der Obergesellschaft Verluste aus Untergesellschaften ein, die nicht in den Anwendungsbereich des § 15b fallen, so sind diese unbeschränkt verrechenbar (BRANDTNER/RAFFEL, BB 2006, 639 [642]).
- ▶ *Sonderbetriebseinnahmen*: Zur Einkunftsquelle zählen uE konsequenterweise auch Sonder-BE, die im Zusammenhang mit dem Steuerstundungsmodell stehen. Wenn der Verlust sich aus allen Aufwendungen errechnet, die im Zusammenhang mit dem Modell stehen, müssen auch alle positiven Einkünfte, die aus dieser Quelle resultieren, zur Verrechnung zur Verfügung stehen. § 15b ist insoweit weiter formuliert als § 15a, der eine Verrechnung mit Sonder-BE nicht gestattet. Bei doppelstöckigen Strukturen, sind die Sonderbetriebseinnahmen jeweils des konkreten Steuerstundungsmodells einzubeziehen. Ist die Obergesellschaft Steuerstundungsmodell, bei dem die Einkünfte der Untergesellschaften zu berücksichtigen sind, so sind alle Sonderbetriebseinnahmen einzubeziehen. Ist nur eine Untergesellschaft Steuerstundungsmodell, so sind nur die bei dieser Gesellschaft entstandenen Sonderbetriebseinnahmen zu berücksichtigen.
- ▶ *Zuführen von Wirtschaftsgütern*: § 15b enthält keine Regelung, die eine Verlustverrechnung dann ausschließt, wenn später überwiegend neues Kapital zugeführt wird. Daher kann das spätere Zuführen ertragsstarker WG beispielsweise aus

§ 15b Anm. 26–27 B. Abs. 1: Verrechnungsbeschränkung für Verluste

dem PV in ein Steuerstundungsmodell eine Verrechnung mit anderweitig nicht mehr verrechenbaren Verlusten ermöglichen, wenn die wirtschaftliche Entwicklung im Steuerstundungsmodell nicht den Prognosen entsprochen hat (so auch KAMINSKI in KORN, § 15b Rn. 58 [7/2014]). Problematischer, aber mangels entgegenstehender gesetzlicher Regelung zulässig, ist wohl der Fall, in dem eine gewinnerzielende KapGes. auf eine solche Gesellschaft verschmolzen wird oder die Mitunternehmeranteile an einer Gewinnngesellschaft in die Verlustgesellschaft eingebracht werden; § 15b verlangt für die Verlustverrechnung nur die Identität der Einkunftsquelle, nicht eine Unternehmensidentität.

► *Wechsel der Einkunftsart*: Wechselt die Einkunftsart des Steuerstundungsmodells, so berührt dies nicht die Eigenschaft der Einkunftsquelle. Dies gilt wohl auch, wenn der (eher theoretische Fall) eintritt, dass § 15b auf die Einkunftsart, die zukünftig erzielt wird, nicht anwendbar ist. Die Altverluste bleiben § 15b-infiziert und sind mit positiven Einkünften aus dieser Einkunftsquelle verrechenbar. Aus diesem Grund zählen auch stpfl. Veräußerungsgewinne zur Einkunftsquelle, unabhängig davon, ob sie derselben Einkunftsart zuzurechnen sind oder als sonstige Einkünfte nach § 22 Nr. 2 iVm. § 23 besteuert werden oder ob sie im Zeitpunkt der Verlustentstehung stbar gewesen wären (so auch FLEISCHMANN/MEYER-SCHARENBERG, DB 2006, 353 [354]).

Folgende Wirtschaftsjahre betreffen den Zeitraum, für den der Verlust ermittelt wird. Bei einer Einzelinvestition ist dies der VZ, bei einer Gesellschaft oder Gemeinschaft das Wj.

Rechtsfolge ist die Verrechnung der festgestellten Verluste aus dem Steuerstundungsmodell mit positiven Einkünften aus späteren Jahren. Dies geschieht nicht nach Maßgabe des § 10d mit der Folge, dass die Mindestbesteuerungsregeln des § 10d Abs. 2 nicht greifen. Die Rechtsfolge des § 15b Abs. 1 Satz 2 ist uE zwingend, wie sich aus der Formulierung „mindern“ ergibt. Ein Wahlrecht besteht nicht. Folge ist, dass auch die Einkünfte aus Kapitalvermögen mit den Verlusten zu verrechnen sind (aA GRAGERT, NWB 2010, 2451; SEEGER in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 15b Rn. 15, die empfehlen, aus Praktikabilitätsgründen auf eine Saldierung zu verzichten).

27

III. Keine Anwendung des § 15a (Abs. 1 Satz 3)

§ 15a ist gem. § 15b Abs. 1 Satz 3 insoweit nicht anzuwenden. Offen bleibt, ob § 15b insgesamt die Anwendung des § 15a ausschließt, ob sich die Formulierung „insoweit“ also auf § 15b Abs. 1 Sätze 1 und 2 bezieht, oder ob sie lediglich auf Satz 2 bezogen ist. Ausweislich der Gesetzesbegründung (BTDrucks. 16/107, 7) hat § 15b Vorrang vor § 15a. Dies spricht für eine vollständige Verdrängung von § 15a (HEUERMANN in BLÜMICH, § 15b Rn. 28 [10/2015]; aA KAMINSKI in KORN, § 15b Rn. 69 [7/2014]). Eine Verdrängung des § 15a nur bezogen auf Abs. 1 Satz 2 machte ohnehin allenfalls im Hinblick auf den Umfang der Einkunftsquelle Sinn.

In dieser Bedeutung hat die Regelung allerdings rein deklaratorischen Charakter, denn aufgrund seiner engeren Tatbestandsvoraussetzungen und der strengeren Rechtsfolgen hat § 15b ohnehin gegenüber § 15a wie auch gegenüber den meisten anderen Verlustverrechnungsbeschränkungen den Charakter einer Spezialnorm und ist daher auch vorrangig vor § 15a zu prüfen (HANDZIK in LBP, § 15b Rn. 40 [8/2016]). Angesichts dieser Regelung ist nicht nachvollziehbar, aus welchem Grund die Regelung des § 15a beibehalten wird. Seiner ursprünglichen In-

tion nach sollte er die Verrechnung von Verlusten aus Verlustzuweisungsgesellschaften einschränken. Nun ordnet die Nachfolgeregelung an, dass genau in diesen Fällen § 15a nicht mehr greifen soll. Damit verbleibt es bei einer Anwendung auf solche Mitunternehmer, die wirtschaftlich Verluste tragen, diese aber nicht verrechnen können.

Einstweilen frei.

28–29

C. Erläuterungen zu Abs. 2: Begriff des Steuerstundungsmodells

I. Modellhafte Gestaltung zur Erzielung negativer Einkünfte (Abs. 2 Satz 1)

1. Modellhafte Gestaltung

30

Abs. 2 enthält die Legaldefinition des Begriffs Steuerstundungsmodell als modellhafte Gestaltung, aufgrund derer stl. Vorteile in Form negativer Einkünfte erzielt werden sollen. Diese Formulierung beinhaltet eine modell- und eine anlegerbezogene Betrachtungsweise, weil auf beiden Ebenen vorgefertigte Konzepte zum Einsatz kommen können (BMF v. 17.7.2007 – IV B 2 - S 2241 - b/07/0001, BStBl. I 2007, 542, Tz. 8; vgl. auch NAUJOK, DStR 2007, 1601; aA HERBST, FR 2008, 1003), bei der anlegerbezogenen Betrachtung ist darauf abzustellen, ob die Stpfl. von dem angebotenen Konzept Gebrauch machen.

Anlaufverluste: Bereits nach dieser Legaldefinition scheiden Anlaufverluste aus dem Anwendungsbereich aus, denn diese beruhen nicht auf einer modellhaften Gestaltung zur Erzielung stl. Vorteile (BMF v. 17.7.2007 – IV B 2 - S 2241 - b/07/0001, BStBl. I 2007, 542, Tz. 1; FG Münster v. 5.8.2010 – 5 V 1142/10 F, EFG 2010, 1878, rkr.).

Modellhaft: Der Begriff des Modellhaften wird im Zusammenhang mit Verlustzuweisungsgesellschaften erstmals verwendet im Anwendungsschreiben zu § 2b (BMF v. 22.8.2001 – IV A 5 - S-2118b - 40/01, IV A 5 - S-2118b - 111/00, BStBl. I 2001, 588), ist aber im Gesetz nicht näher definiert. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ist darunter ua. ein Muster zu verstehen (vgl. G. SÖFFING, DB 2000, 2340 [2342]; HEUERMANN in BLÜMICH, § 15b Rn. 12 [10/2015]). In der Regel wird ein umfassendes und an mehrere Interessenten gerichtetes Investitionskonzept, das regelmäßig zur wiederholten Verwendung bestimmt ist, als Voraussetzung für die Annahme einer modellhaften Gestaltung gesehen (BFH v. 6.2.2014 – IV R 59/10, BStBl. II 2014, 465; Nds. FG v. 26.9.2013 – 3 K 12341/11, EFG 2014, 131, nrkr., Az. BFH VIII R 46/14; FG Münster v. 18.6.2015 – 12 K 689/12 F, EFG 2015, 1696, nrkr., Az. BFH VIII R 29/15).

Die vom Gesetzgeber – dem Anwendungserlass des BMF zu § 2b folgend – als typisch angesehenen Fälle der geschlossenen Fonds (vgl. BTDrucks. 16/107, 6) müssen musterhaft für die zu beurteilenden Sachverhalte herangezogen werden. Für eine Definition sind deren Gemeinsamkeiten zu untersuchen und im Wege einer Gesamtbildbetrachtung auf den jeweiligen Sachverhalt zu übertragen (BFH v. 6.2.2014 – IV R 59/10, BStBl. II 2014, 465). Dabei können die im Folgenden genannten verschiedenen Merkmale jeweils indiziell für das Vorliegen eines

Steuerstundungsmodells sein, das alleinige Vorliegen oder das Fehlen eines Indizes lässt noch keine endgültige Aussage zu. Die FinVerw. sieht als typisch Medionfonds, Gamefonds, New Energy Fonds, Lebensversicherungszweitmarktfonds und geschlossene Immobilienfonds an (BMF v. 17.7.2007 – IV B 2 - S 2241 - b/07/0001, BStBl. I 2007, 542, Tz. 7).

Steuerstundungseffekt: Gemeinsames Merkmal ist zunächst das (wenn auch nicht immer vorrangige) Ziel, Steuerstundungseffekte anzubieten. Dieses Ziel wird nach § 15b bereits dann anzunehmen sein, wenn die Möglichkeit geboten wird, Verluste oberhalb der Nichtaufgriffsgrenze des § 15b zu erzielen und wenn der wirtschaftliche Erfolg des Konzepts zumindest auf den stl. Vorteilen aufbaut (BFH v. 6.2.2014 – IV R 59/10, BStBl. II 2014, 465). Steuervorteile können sich dabei ergeben in Form von Zins- oder Progressionseffekten oder durch die Ausnutzung von Tarifgefällen. Allein der Umstand, dass in der Anfangsphase Verluste entstehen, beispielsweise, weil degressive AfA oder Sonderabschreibungen geltend gemacht werden, begründet noch kein Steuerstundungsmodell. Dies gilt auch, wenn betriebswirtschaftlich sinnvolle Investitionen getätigt werden, die die Bundesrepublik Deutschland durch Förderung begünstigt hat, auch wenn bei diesen konzeptbedingt Verluste in der Anfangsphase entstehen (FG Münster v. 24.11.2015 – 12 K 3933/12 F, EFG 2016, 362, nrkr., Az. BFH IV R 7/16).

Nicht abschließend geklärt ist, in welchem Umfang der Steuervorteil dem Modell zugrunde liegen muss. Einerseits wird angenommen, dass ein Anlageprodukt konzeptionell auf die Erzielung bestimmter Steuervorteile angelegt sein muss (Nds. FG v. 26.9.2013 – 3 K 12341/11, EFG 2014, 131, nrkr., Az. BFH VIII R 46/14), andererseits wird gefordert, dass das Modell gezielt aufgelegt worden sein muss, um Steuerspareffekte zu erzielen (FG Ba.-Württ. v. 22.9.2014 – 10 K 1693/12, EFG 2015, 384, nrkr., Az. BFH VIII R 57/14). Unseres Erachtens darf das Erzielen steuerlicher Vorteile für die Anwendung des § 15b nicht nur erwünschter Nebeneffekt, sondern muss tragende Säule der Gestaltung sein. Klar ist, dass eine explizite Werbung für die Steuervorteile für die Annahme einer modellhaften Gestaltung nicht erforderlich ist (BFH v. 6.2.2014 – IV R 59/10, BStBl. II 2014, 465; Hess. FG v. 17.10.2012 – 1 K 2343/08, EFG 2013, 510, aufgehoben durch BFH v. 17.1.2017 (VIII R 7/13, juris)). Wird jedoch mit solchen Vorteilen geworben, so ist dies ein Indiz für die Annahme eines Steuerstundungsmodells.

Auch hier muss uE aus einer Gesamtbildbetrachtung unter Berücksichtigung der weiteren Kriterien insbes. auch der wirtschaftlichen Sinnhaftigkeit der Investition entschieden werden, in welchem Fall iSd. § 15b die Möglichkeit geboten werden soll, Steuervorteile zu erzielen. Dabei müssen alle Kriterien des § 15b erfüllt, können aber unterschiedlich gewichtet sein. Handelt es sich um Alltagssachverhalte, die notwendig mit der Entstehung von Verlusten in der Anfangsphase verbunden sind, so müssen die weiteren Indizien, die für eine Anwendung des § 15b sprechen, wie das Anbieten weiterer Zusatz- und Nebenleistungen oder die Werbung mit Steuervorteilen, entsprechend stärker gewichtet sein.

Zwischenschaltung Dritter: Typisch ist weiter ein vorformuliertes Vertragswerk und häufig die modellhafte Zwischenschaltung Dritter zur umfassenden Vertretung des Stpfl., zB durch Treuhänder, Geschäftsbesorger oÄ (vgl. auch 5. Bauherrenrelass, BMF v. 20.10.2003 – IV C 3 - S 2253a - 48/03, BStBl. I 2003, 546, Tz. 1; BECK, DStR 2006, 61 [63]).

Prospekt: Den genannten Fonds ist gemeinsam, dass das „Modell“ mittels eines Prospekts oder einer ähnlichen Vermarktungsform (Katalog, Verkaufsunterla-

gen, Beratungsbögen usw.) vertrieben wird (BFH v. 6.2.2014 – IV R 59/10, BStBl. II 2014, 465; BMF v. 17.7.2007 – IV B 2 - S 2241 - b/07/0001, BStBl. I 2007, 542, Tz. 10). Fällt eine Vermögensanlage in den Anwendungsbereich des Vermögensanlagengesetzes, das eine Prospektpflicht vorsieht, wenn im Inland eine Vermögensanlage angeboten wird, wird ihr ein modellhaftes vorgefertigtes Konzept zugrunde liegen (LÜDICKE/NAUJOK, DB 2006, 744 [745], für das Verkaufsprospektgesetz). Dennoch ist die Erstellung eines Prospekts nicht zwingend, wenn im Rahmen der Gesamtbildbetrachtung im Übrigen eine modellhafte Gestaltung anzunehmen ist (BFH v. 6.2.2014 – IV R 59/10, BStBl. II 2014, 465).

Beschränkte Haftung: Kennzeichnend und ein wesentliches Merkmal dieser Modelle ist daneben die idR beschränkte Haftung der beitretenden Stpfl.; die Risiken der Anleger werden weitgehend minimiert, kombiniert mit der kommerziell angebotenen Nutzung von Steuervorteilen. Typischerweise haben die Beteiligungen an solchen Fonds die Funktion von Kapitalbeteiligungen, die im Gegensatz zu den klassischen Kapitaleinkünften ihre Rendite auch über die Steuerersparnis erwirtschaften. Diese kommerzielle Verwertung von Steuervorteilen wollte der Gesetzgeber unterbinden.

Beschränkte Einflussnahme? In der Regel ist die faktische Einflussmöglichkeit bei der Gestaltung des Modells gering. So sieht die FinVerw. ein Indiz für eine modellhafte Gestaltung darin, dass der Stpfl. sich lediglich kapitalmäßig beteiligt ohne Interesse an der Geschäftsführung (BMF v. 17.7.2007 – IV B 2 - S 2241 - b/07/0001, BStBl. I 2007, 542, Tz. 7). Wie sich ein Interesse an der Geschäftsführung ermitteln lässt, bleibt im Erlass offen. Dieses Abgrenzungskriterium ist uE ohnehin nicht geeignet, ein Steuerstundungsmodell zu identifizieren (so auch KAMINSKI in KORN, § 15b Rn. 80 [7/2014]; Bedenken auch bei BRANDNER/LECHNER/SCHMIDT, BB 2007, 1922, nach BFH kann die beschränkte Einflussnahme ein Indiz sein, BFH v. 6.2.2014 – IV R 59/10, BStBl. II 2014, 465). Einerseits kann auch dann ein modellhaft vorgefertigtes Konzept anzunehmen sein, wenn dem Stpfl. die Möglichkeit der Einflussnahme eingeräumt wird, wenn die wesentlichen Elemente, die den Charakter des Steuerstundungsmodells ausmachen, außerhalb der Einflussnahme des Stpfl. liegen; auch in diesem Fall wird den Stpfl. ein vorgefertigtes Konzept von außen angetragen, das in groben Zügen die Investitionsmaßnahme enthält (so auch BECK, DStR 2006, 61 [63]; aA wohl BMF v. 17.7.2007 – IV B 2 - S 2241 - b/07/0001, BStBl. I 2007, 542, Tz. 8, mit Beispielen). Die aktive Beteiligung des Stpfl. an der Geschäftsführung des Modells kann das Steuerstundungsmodell, das von einem passiven Stpfl. ausgeht, andererseits aber auch ausschließen (so auch HARTROTT/RASTER, BB 2011, 343; HANDZIK in LBP, § 15b Rn. 125 [8/2016]; BMF v. 17.7.2007 – IV B 2 - S 2241 - b/07/0001, BStBl. I 2007, 542, Tz. 7). Ebenso wenig kann maßgebend sein, ob die Voraussetzungen für die Mitunternehmerstellung nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 erfüllt sind, denn die Minimalanforderungen an die Rechte des Kommanditisten nach HGB führen idR nicht dazu, dass der Stpfl. auf die Erfüllung der Tatbestandsmerkmale des § 15b Einfluss nehmen kann (so im Erg. auch SEEGER in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 15b Rn. 10). Entscheidend wird sein, wie der Einfluss des Stpfl. auf die Gestaltung der Investition ist. Auch, wenn er die wesentlichen Faktoren wie die Entscheidung über das „Ob“ und den Umfang der Investition und über die Rechtsform selbst tätigt, kann dennoch ein Steuerstundungsmodell vorliegen, wenn die Rahmenbedingungen und damit der wirtschaftliche Kern modellhaft vorgegeben sind und von ihm nicht beeinflusst werden können (vgl. BFH v. 17.1.2017 – VIII R 7/13, juris).

Zusatz- und Nebenleistungen: Nach Ansicht der FinVerw. soll Indiz für den modellhaften Charakter bei § 2b das Bereitstellen eines Bündels an Haupt-, Zusatz und Nebenleistungen sein, durch die das Risiko des Anlegers minimiert und der Steuerspareffekt gesichert werden soll (BMF v. 17.7.2007 – IV B 2 - S 2241 - b/07/0001, BStBl. I 2007, 542, Tz. 8). Auch der Gesetzgeber ging davon aus, dass ein solches Bündel charakteristisch für ein Modell ist (BTDrucks. 16/107, 7). Typisch ist die Erhöhung der Steuerspareffekte, beispielsweise durch Schaffung sofort abziehbaren Aufwands aufgrund von Neben- oder Zusatzleistungen (BMF v. 17.7.2007 – IV B 2 - S 2241 - b/07/0001, BStBl. I 2007, 542, Tz. 8). Werden solche Leistungen angeboten, so wird idR ein vorgefertigtes Konzept vorliegen (BFH v. 6.2.2014 – IV R 59/10, BStBl. II 2014, 465). Auch das grds. nicht modellhafte Angebot eines Objekts mit Modernisierungszusage kann durch das zusätzliche Anbieten von modellhaften Zusatz- und Nebenleistungen zu einer Gestaltung iSd. § 15b werden (BMF v. 17.7.2007 – IV B 2 - S 2241 - b/07/0001, BStBl. I 2007, 542, Tz. 8; SEEGER in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 15b Rn. 12; HEUERMANN in BLÜMICH, § 15b Rn. 19 [10/2015]). Angesichts der abgegrenzten Nichtaufgriffsgrenze nach Abs. 3 wird dieses Kennzeichen eines modellhaften Konzepts in Zukunft aller Voraussicht nach keine große Rolle mehr spielen. Allein die Risikominimierung zB durch Mietgarantien kann die Modellhaftigkeit uE nicht begründen. Wenn dadurch eine echte, werthaltige Absicherung erfolgt und ein eventuelles Entgelt der Leistung angemessen ist, kann es sich um eine unschädliche wirtschaftlich sinnvolle Zusatzleistung handeln (aA BMF v. 17.7.2007 – IV B 2 - S 2241 - b/07/0001, BStBl. I 2007, 542, Tz. 8).

Das Bündel an Haupt-, Zusatz und Nebenleistungen kann aber nur ein Indiz für eine modellhafte Gestaltung sein. Im Rahmen der Gesamtbetrachtung kann eine solche auch dann vorliegen, wenn nach der Struktur des Modells gerade keine Zusatzleistungen angeboten werden (vgl. zur Beteiligung an einem Investmentfonds FG Münster v. 18.6.2015 – 12 K 689/12 F, EFG 2015, 1696, nrkr., Az. BFH VIII R 29/15).

Gleichgerichtete Leistungsbeziehungen, die im Wesentlichen identisch sind, sprich gleichartige Verträge mit denselben Vertragspartnern (zB mit demselben Treuhänder, demselben Vermittler, derselben Finanzierungsbank) sind neben dem vorgefertigten Konzept weiteres Indiz für die Modellhaftigkeit (BMF v. 17.7.2007 – IV B 2 - S 2241 - b/07/0001, BStBl. I 2007, 542, Tz. 8, 11). Dafür ist uE nicht erforderlich, dass die gleichgerichteten Leistungsbeziehungen über schädliche Zusatz- oder Nebenleistungen geschlossen werden (BFH v. 6.2.2014 – IV R 59/10, BStBl. II 2014, 465). Das Fehlen eines solchen Vertragsbündels führt nicht zwingend dazu, dass kein vorgefertigtes Konzept und damit kein Steuerstundungsmodell vorliegt (aA wohl LÜDICKE/NAUJOK, DB 2006, 744 [746]; für eine einschränkende Auslegung des Begriffs „gleichgerichtete Leistungsbeziehungen“ HERBST, FR 2008, 1003).

Anhand dieser Indizien lassen sich Gestaltungen auf PersGes- oder Gemeinschaftsbasis häufig zutreffend einordnen.

Einzelinvestition: Bei Einzelinvestitionen fällt idR ein zentrales Merkmal der Fondsgestaltungen, die beschränkte persönliche Haftung des Stpfl., weg. Aus diesem Grund ist im Regelfall davon auszugehen, dass eine Einzelinvestition keinen modellhaften Charakter hat, es sei denn, die übrigen Gestaltungen wiegen die unbeschränkte persönliche Haftung des Stpfl. auf. Dies wird idR nur dann anzunehmen sein, wenn der wirtschaftliche Sinn der Gestaltung überwiegend in der Erzielung von Steuervorteilen liegt, wie dies aus der Sicht des Gesetzgebers und der FinVerw. bei der fremdfinanzierten Renten- oder Lebensversicherung

gegen Einmalbetrag (BMF v. 17.7.2007 – IV B 2 - S 2241 - b/07/0001, BStBl. I 2007, 542, Tz. 7; BTDrucks. 16/107, 7) der Fall sein soll. Ob diese tatsächlich eine modellhafte Gestaltung darstellt, kann angesichts der Entscheidung des BFH v. 15.12.1999 (X R 23/95, BStBl. II 2000, 267) bezweifelt werden, wenn – wie im entschiedenen Fall – eindeutig die Altersvorsorge im Vordergrund steht. Einzelinvestitionen können auch Beteiligungen an KapGes. – wie Investmentfonds sein, wenn diese darauf angelegt sind, Renditen über hohe negative Zwischen Gewinne zu steigern. Dies kann sich aus der tatsächlichen Anlagestrategie dieser Fondsgesellschaften ergeben (FG Münster v. 18.6.2015 – 12 K 689/12 F, EFG 2015, 1696, nrkr., Az. BFH VIII R 29/15).

Bei Einzelinvestitionen kann ein modellhafter Charakter vorliegen, wenn die Initiative für die Gestaltung nicht vom Stpfl. selbst, sondern von Dritten ausgeht. Es ist nicht ausreichend, wenn der Stpfl. selbst eventuelle Chancen, die mit einer Anlagemöglichkeit verbunden sind, erkennt und für sich nutzt (Nds. FG v. 2.12.2015 – 3 K 304/14, EFG 2016, 916, nrkr., Az. BFH IV R 5/16) oder ein Modell in Zeitschriften beworben und dann vom Stpfl. individuell gestaltet wird (FG Rhld.-Pf. v. 30.1.2013 – 3 K /12, EFG 2013, 849, rkr.). Auch wenn er sich von seinem Steuerberater ein Modell entwickeln lässt oder dieser ihm eine steuersparende Gestaltung anbietet, die er auch anderen Mandanten anbietet, wird idR kein modellhafter Charakter vorliegen. Tritt der Steuerberater allerdings auf Seiten des Vertriebs einer Einzelinvestition an den Stpfl. heran, so kann dies wieder ein Indiz für einen modellhaften Charakter sein (zur Frage, ob ein vorgefertigtes Konzept vorliegt vgl. unten Anm. 32). Von einem Modell wird man erst ausgehen können, wenn die Investition von einer Vielzahl von Anlegern getätigt werden kann. Ob eine Beteiligung des Stpfl. an der Geschäftsführung schädlich ist, muss im Einzelfall entschieden werden. Grundsätzlich geht § 15b von einem vorgefertigten Konzept aus, das ein Dritter gestaltet hat. Hat der Stpfl. nicht bei der Gestaltung mitgewirkt, so schadet die Mitwirkung an der Umsetzung – auch in der Geschäftsführung – dann nicht, wenn er keinen Einfluss mehr auf die Grundlagen des Modells hat. Kann er dieses im Rahmen der Geschäftsführung in den Eckdaten, die den Modellcharakter begründet haben, beeinflussen, so liegt kein Modell iSd. § 15b vor.

► *Erwerb einer Immobilie:* Nicht ausreichend ist, wenn der Stpfl. beispielsweise eine Wohnung aus einer Vielzahl von Wohnungen oder gleichgestalteten Wohngebäuden erwirbt, die nach einem bereits vor Erwerb ausgearbeiteten Vertragswerk errichtet wurden. Dies mag als Abgrenzung zwischen Erwerber und Hersteller geeignet sein (vgl. BMF v. 20.10.2003 – IV C 3 - S 2253a - 48/03, BStBl. I 2003, 546, Tz. 5), nicht aber als Abgrenzung für ein Steuerstundungsmodell in Gestalt einer Einzelinvestition, denn hier ist der wirtschaftliche Gehalt der Investition nicht auf die Erzielung von Steuervorteilen, die modellhaft angeboten werden, fokussiert. Auch die Tatsache, dass ein Stpfl. als Bauherr im Rahmen eines Bauherrenmodells anzusehen ist, kann nicht ausschlaggebend sein. Entscheidend ist auch hier, ob er Einfluss auf das angebotene Steuerstundungsmodell hat (vgl. SEEGER in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 15b Rn. 10).

Im Gegensatz zu der einer reinen Kapitalbeteiligung ähnlichen Beteiligung an einem Fonds handelt der Stpfl. bei einer allein getätigten Immobilieninvestition auf eigenes Risiko und haftet für alle Verbindlichkeiten, die mit der Nutzung des WG selbst zusammenhängen, mit seinem gesamten Vermögen. Dies gilt auch, wenn im Rahmen der Investition eine günstige Finanzierung vermittelt wird (aA BTDrucks. 16/107, 7), denn diese dient dazu, die Wirtschaftlichkeit der Investition zu erhöhen. Vor diesem Hintergrund wird der Kauf vom Bauträger in aller

Regel nicht in den Anwendungsbereich des § 15b fallen (so auch BTDrucks. 16/107, 7; BMF v. 17.7.2007 – IV B 2 - S 2241 - b/07/0001, BStBl. I 2007, 542, Tz. 9; krit. *NAUJOK*, DStR 2007, 1601), weil dieser einer klassischen Fondsbeteiligung nicht ähnlich ist. Dies gilt uE idR auch, wenn der Stpfl. modellhafte Zusatz- oder Nebenleistungen wie Mietgarantien in Anspruch nimmt, selbst wenn sie ihm vom Bauträger selbst, einer diesem nahestehenden Person oder Gesellschaft oder auf Vermittlung des Bauträgers von Dritten angeboten werden, denn diese dienen nicht dem Erzielen stl. Vorteile, sondern der wirtschaftlichen Absicherung des Stpfl. (aA BMF v. 17.7.2007 – IV B 2 - S 2241 - b/07/0001, BStBl. I 2007, 542, Tz. 9; vgl. ausführl. *FLEISCHMANN*, DB 2007, 1721). Gleiches gilt bei „normaler“ unternehmerischer Tätigkeit zB des Existenzgründers (vgl. Bericht FinAussch., BTDrucks. 16/254, 5).

31 2. Rechtsform des Modells

Das Gesetz lässt die Rechtsform des Steuerstundungsmodells ausdrücklich offen; KapGes. kommen als solches Modell in Frage, wenn im Rahmen der Anschaffung negative Einkünfte entstehen können, wie dies bei gezahlten Zwischengewinnen der Fall sein kann (FG Münster v. 18.6.2015 – 12 K 689/12 F, EFG 2015, 1696, nrkr., Az. BFH VIII R 29/15). Ansonsten muss die KapGes. negative Einkünfte vermitteln. Dies ist nur im Rahmen einer kstl. Organschaft möglich (*HANDZIK* in *LBP*, § 15b Rn. 135 [8/2016]). Die Begründung der Organschaft mit einem Steuerstundungsmodell wird idR an einem vorgefertigten Konzept scheitern.

§ 15b ist anwendbar, unabhängig davon, ob das Steuerstundungsmodell Einzelinvestition oder Beteiligung an einer PersGes. oder Personengemeinschaft ist. Sind die Voraussetzungen erfüllt, greift in beiden Fällen die Verrechnungsbeschränkung (vgl. Gesetzesbegründung, BTDrucks. 16/107, 6). Dies ergibt sich unmittelbar aus Abs. 3, der die Einzelinvestition ausdrücklich nennt. Die Rspr. der Finanzgerichte ist nicht einheitlich zum Umfang der Anwendung auf Einzelinvestitionen (vgl. auch *DORNHEIM*, Ubg 2013, 453). Die Finanzgerichte zweifeln uE nicht die grundsätzliche Anwendbarkeit auf Einzelinvestitionen an, nicht abschließend geklärt ist aber die Frage, inwieweit der Stpfl. bei einer Einzelinvestition selbst an der Gestaltung beteiligt sein kann (s.o. Anm. 30).

Ein Steuerstundungsmodell in einer Gesellschaft oder Gemeinschaft liegt vor, wenn zivilrechtl. mehrere Personen durch ein Gesellschafts- oder Gemeinschaftsverhältnis verbunden sind. Dies sind alle PersGes., aber auch die atypisch stille Gesellschaft oder die Gemeinschaft nach §§ 741, 1008 BGB. In der Regel werden eheliche Gütergemeinschaft (§§ 1415 ff. BGB) oder Erbengemeinschaften (§§ 2032 ff. BGB) nicht darunter fallen, weil sie keine modellhaften Gestaltungen sind. Etwas anderes kann gelten, wenn sie gemeinsam ein entsprechendes Modell erwerben oder begründen. Klassische Fälle solcher Steuerstundungsmodelle sind Immobilienfonds, Film-/Medienfonds, Leasingfonds, Betreiberfonds.

Gesamtobjekte im Sinne von BMF v. 13.7.1992 (IV A 5 - S 0361 - 19/92, BStBl. I 1992, 404) können in Ausnahmefällen (s. Anm. 26) ebenfalls in den Anwendungsbereich des § 15b fallen. Gesamtobjekte sind insbes. Bauherren- oder Erwerbermodelle einschließlich der Bauträger- und Sanierungsmodelle. Wirtschaftsgüter werden grds. einzelnen Stpfl. zugerechnet. Diese haben aber bei Planung, Herstellung, Erhaltung oder Erwerb der WG gleichartige Rechtsbeziehungen zum Anbieter hergestellt oder unterhalten (vgl. VO zu § 180 Abs. 2 AO).

3. Geplante steuerliche Vorteile in Form negativer Einkünfte

32

Die modellhafte Gestaltung in Form eines vorgefertigten Konzepts fällt nach § 15b Abs. 2 Satz 1 nur dann in den Anwendungsbereich des § 15b, wenn dadurch stl. Vorteile in Form negativer Einkünfte erzielt werden sollen. Die modellhafte Gestaltung muss kausal für die stl. Vorteile sein.

Steuerliche Vorteile: Die stl. Vorteile müssen aus den negativen Einkünften resultieren. Steuerliche Vorteile, die entstehen, weil Einkünfte nach Abkommensrecht stfrei gestellt sind, fallen daher nicht in den Anwendungsbereich des § 15b (BMF v. 17.7.2007 – IV B 2 - S 2241 - b/07/0001, BStBl. I 2007, 542, Tz. 8, 12). Existenzgründer, die aufgrund eines Businessplans planmäßig in der Anfangsphase Verluste erzielen, werden nicht tätig, um hieraus stl. Vorteile zu generieren, auch dies ist kein Steuerstundungsmodell (BTDrucks. 16/107, 6). Hinzu kommt, dass diesen idR keine modellhafte Gestaltung angeboten wird (krit. NAUJOK, DSrR 2007, 1601).

Bei den Einkünften aus Kapitalvermögen kann ein stl. Vorteil darin liegen, dass Erwerber von Anteilen an Investmentgesellschaften planmäßig negative Einkünfte aus Zwischengewinnen im Jahr 2008 mit anderen positiven Einkünften verrechnen konnten, während sie ab dem Jahr 2009 Erträge aus diesen Gesellschaften als Einkünfte aus Kapitalvermögen mit dem Abgeltungssteuersatz nach § 32d Abs. 1 versteuern konnten. Entscheidend ist, ob dieser Steuervorteil im Rahmen eines Modells konzeptionell angeboten wurde. Dies ist im Rahmen einer die Gesamtumstände betrachtenden Einzelfallentscheidung zu beurteilen. Das FG Ba.-Württ. hat entschieden, dass allein die Ausnutzung eines Steuergefälles noch nicht genüge, um ein Steuerstundungsmodell anzunehmen, wenn nicht dargelegt wird, dass ein Fonds gezielt aufgelegt wurde, um diesen Steuerspareffekt zu erzielen (FG Ba.-Württ. v. 22.9.2014 – 10 K 1693/12, EFG 2015, 384, nrkr., Az. BFH VIII R 57/14; so auch Nds. FG v. 26.9.2013 – 3 K 12341/11, EFG 2014, 131, nrkr., Az. BFH VIII R 46/14). Der Steuerspareffekt muss der konzeptionellen Ausrichtung des Fonds entsprechen, dies war im entschiedenen Sachverhalt bereits deshalb zweifelhaft, weil sich der Fonds nicht ausschließlich an deutsche Anleger richtete (FG Ba.-Württ. v. 22.9.2014 – 10 K 1693/12, EFG 2015, 384, nrkr., Az. BFH VIII R 57/14, entsprechend auch Nds. FG v. 26.9.2013 – 3 K 12341/11, EFG 2014, 131, nrkr., Az. BFH VIII R 46/14). Demgegenüber erachtet es das FG Münster (v. 18.6.2015 – 12 K 689/12 F, EFG 2015, 1696, nrkr., Az. BFH VIII R 29/15) als ausreichend, dass der Steuereffekt notwendige Folge der verfolgten Anlagestrategie ist und diese Anlagestrategie steueroptimiert für den Anleger gestaltet war. Die Anlagestrategie führte dazu, dass der Wechsel zur Abgeltungssteuer dergestalt genutzt wurde, dass der Aufwand mit dem linear progressiven Steuersatz abgezogen werden konnte, während die Erträge mit der Abgeltungssteuer versteuert werden konnten. UE ist eine Anlageform nicht bereits dann modellhaft auf das Erzielen steuerlicher Vorteile angelegt, wenn – auch modellhaft für eine Vielzahl von Anlegern – ein Steuervorteil aus einem Systemwechsel genutzt wird, wenn die Anlagestrategie nicht explizit auf den Systemwechsel angepasst ist, sondern auch in der Folgezeit weiter verfolgt wird.

Negative Einkünfte sind nicht nur die negativen Einkünfte im Sinne des ESt-Rechts, sondern alle negativen Erg., die in die stl. Gewinnermittlung einfließen. Ausreichend ist, dass negative Einkünfte geplant sind; ob sie tatsächlich erzielt werden, spielt für die Anwendung des § 15b nur im Rahmen der Rechtsfolge eine Rolle (KAMINSKI in KORN, § 15b Rn. 75 [7/2014]). Dem Stpl. soll aufgrund

dieses Konzepts die Möglichkeit geboten werden, zumindest in der Anfangsphase der Investition Verluste mit übrigen Einkünften (oder Gewinnen) zu verrechnen. Die Generierung von negativen Einkünften muss weder alleiniges noch Hauptziel des Konzepts sein (FG Münster v. 18.6.2015 – 12 K 689/12 F, EFG 2015, 1696, nrkr., Az. BFH VIII R 29/15). Insoweit stellt § 15b deutlich niedrigere Anforderungen an das Vorliegen als § 2b, der noch voraussetzte, dass die Erzielung stl. Vorteile im Vordergrund stehen müsse. Der stl. Vorteil muss auf der Zuweisung negativer Einkünfte beruhen. Anderweitig vorteilhafte stl. Gestaltungen, bei denen der Steuervorteil beispielsweise darin liegt, stfreie Einnahmen zu erzielen oder die vorteilhafte Tonnagesteuer nach § 5a zu wählen, fallen nicht in den Anwendungsbereich des § 15b (vgl. Beck, DStR 2006, 61).

Die Möglichkeit, Verluste mit anderen Einkünften zu verrechnen, liegt bereits dann vor, wenn aufgrund des Modells verrechenbare Verluste entstehen. Nicht ausreichend ist jedwede Möglichkeit, bei einer Investition zunächst durch eine individuelle Fremdfinanzierung negative Einkünfte entstehen zu lassen, denn die Möglichkeit, Verluste zu verrechnen, muss konzeptionell vorgegeben sein.

Unerheblich ist, ob das Motiv, Verluste zuzuweisen, im Vordergrund steht. Auch die Formulierung, dass stl. Vorteile erzielt werden sollen, weist nicht darauf hin, dass dieses vorrangiges Motiv sein soll.

Das vorgefertigte Konzept muss nicht Auslöser für die Investitionsentscheidung des Stpfl. gewesen sein. Die Rechtsfolge des § 15b tritt auch ein, wenn dieser das Konzept selbst nicht kannte (zB bei Rechtsnachfolge, zur Erkennbarkeit vgl. Anm. 33.) oder aus anderen Gründen beigetreten ist, denn § 15b stellt nur darauf ab, dass ein solches Konzept existiert, um die Verrechnung von Verlusten, die mit diesem in Zusammenhang stehen, vom Verlustausgleich auszuschließen.

Im Erg. können alle Objekte, die auf der Basis eines modellhaften vorgefertigten Konzepts an den Stpfl. herangetragen werden, in den Anwendungsbereich der Regelung fallen, wenn Verluste oberhalb der Nichtaufgriffsgrenze nach Abs. 3 vorgesehen sind. Der Gesetzgeber führt zwar in der Gesetzesbegründung aus, dass solche Fonds, die nicht primär darauf angelegt sind, ihren Anlegern einen Verlust zuzuweisen, nicht von der Verlustverrechnungsbeschränkung betroffen sein sollen (BTDrucks. 16/107, 6); uE bietet der Gesetzeswortlaut für eine solche Auslegung jedoch keinen Anhaltspunkt.

Unerheblich ist, ob diese Verluste tatsächlich eintreten (FG Münster v. 18.6.2015 – 12 K 689/12 F, EFG 2015, 1696, nrkr., Az. BFH VIII R 29/15). Kommt es aufgrund günstiger Umstände nicht zu Verlustzuweisungen, handelt es sich dennoch um ein Modell iSd. § 15b. Die Vorschrift kommt aber in diesem Fall mangels verrechenbarer Verluste nicht zur Anwendung. Umgekehrt schaden später eintretende höhere Verluste als konzeptionell vorgesehen nicht, wenn beispielsweise wegen Unterschreitens der Grenze nach § 15b Abs. 3 kein Steuerstundungsmodell vorlag (BTDrucks. 16/107, 6). Eine entsprechend optimistische Gestaltung, die die Verluste zur Vermeidung des § 15b zu niedrig kalkuliert, wird aus haftungsrechtl. Gründen dennoch nicht angeboten werden.

Die Verlustentstehung muss Bestandteil des Konzepts sein. Werden stl. günstige Regelungen in Anspruch genommen, ohne, dass diese im Konzept benannt waren oder den Stpfl. in Aussicht gestellt wurden, liegt kein Steuerstundungsmodell vor (BFH v. 6.2.2014 – IV R 59/10, BStBl. II 2014, 465).

Steuerpflichtiger: Die Möglichkeit, Verluste mit anderen Einkünften zu verrechnen, muss dem Stpfl. geboten werden. Daraus schließt ein Teil des Schrift-

II. Konzept zur vertikalen Verlustverrechn. (S. 2) Anm. 32–33 § 15b

tums (LECHNER/LEMAITRE, DStR 2006, 689; LÜDICKE/NAUJOK, DB 2006, 744 [747]; diff. BRANDTNER/RAFFEL, BB 2006, 639 [642]), dass § 15b nicht anzuwenden sei, wenn sich eine PersGes. an einem solchen Steuerstundungsmodell beteilige; die Obergesellschaft sei nicht der Stpfl., dem die Verluste zugewiesen werden. Abs. 2 Satz 2 beschreibt uE lediglich den Inhalt des Konzepts. Nach dem Konzept müssen dem Stpfl. negative Einkünfte entstehen, die er mit anderen positiven Einkünften verrechnen kann. Ob diese Verrechnung tatsächlich durch unmittelbare Beteiligung auf der Ebene des Stpfl. erfolgt oder ob eine weitere Gesellschaft zwischengeschaltet wird, auf deren Ebene dann positive Einkünfte aus anderen Quellen mit den negativen Einkünften aus der Verlustgesellschaft verrechnet und dadurch mittelbar Steuervorteile erzielt werden, spielt nach dem Gesetzeswortlaut keine Rolle.

Anfangsphase der Investition: Investition ist die Beteiligung an einem Steuerstundungsmodell. Die Möglichkeit, Verluste zu verrechnen, muss zumindest in der Anfangsphase geboten werden. Der Begriff der Anfangsphase soll nach der Gesetzesbegründung (BTDrucks. 16/107, 6) der Zeitraum sein, bis zu dem nach dem Konzept keine nachhaltigen positiven Einkünfte erzielt werden (BFH v. 6.2.2014 – IV R 59/10, BStBl. II 2014, 465, 774; BMF v. 17.7.2007 – IV B 2 - S 2241 - b/07/0001, BStBl. I 2007, 542, Tz. 15; so auch REIB in KIRCHHOF, 15. Aufl. 2016, § 15b Rn. 55). Diese Phase soll idR identisch sein mit der tatsächlichen Verlustphase (BFH v. 6.2.2014 – IV R 59/10, BStBl. II 2014, 465; BMF v. 17.7.2007 – IV B 2 - S 2241 - b/07/0001, BStBl. I 2007, 542, Tz. 15). Da es im Rahmen des Satzes 2 ausschließlich um eine Prognose geht, kann ausschlaggebend nur die planmäßige Verlustphase sein (so auch KAESER in KSM, § 15b Rn. C 38 f. [8/2009]; JANSEN/LÜBBEHÜSEN, FR 2011, 512; REIB in KIRCHHOF, 16. Aufl. 2017, § 15b Rn. 53). Einzubeziehen ist nicht nur die Investitionsphase, sondern auch die Betriebsphase, soweit während dieser noch keine positiven Einkünfte erwirtschaftet werden. Mit der im Gesetz verwendeten Formulierung wird klargestellt, dass auch zwischendurch eintretende Gewinnphasen noch in diese Anfangsphase fallen, wenn sie nur vorübergehend auftreten. Die Anfangsphase ist erst beendet, wenn das Konzept über mehrere Jahre keine Verluste mehr ausweist und ein Verlustjahr nur noch ausnahmsweise eintreten kann, beispielsweise aufgrund planmäßiger Sanierung. Die Dauer der Anfangsphase ist nicht festgelegt, sondern hängt von der Gestaltung im Einzelfall ab.

II. Vorgefertigtes Konzept zur vertikalen Verlustverrechnung (Abs. 2 Satz 2)

1. Vorgefertigtes Konzept

33

Konzept: Vorgefertigtes Konzept kann nicht allein die Planung der Investition sein, denn jede größere Investition beruht auf einer Planung. Auch wenn diese umfangreich ist, weil größere Finanzierungen benötigt werden, ist dies wohl noch kein vorgefertigtes Konzept iSd. § 15b. So legt ein Konzept „einen Plan für ein bestimmtes Vorhaben als Ergebnis eines Prozesses des Erkennens und Entwickelns von Zielen und daraus abgeleiteten Strategien und Maßnahmen zur Umsetzung eines größeren strategischen Vorhabens“ zugrunde (BFH v. 6.2.2014 – IV R 59/10, BStBl. II 2014, 465).

Vorgefertigt: Der Begriff „vorgefertigtes Konzept“ enthält auch ein zeitliches Moment. Es muss vor der Investitionsentscheidung des Anlegers erstellt worden

sein, ein nach dieser Entscheidung erstelltes Konzept schließt die Modellhaftigkeit aus (BFH v. 6.2.2014 – IV R 59/10, BStBl. II 2014, 465; KOHLHAAS, DStR 2001, 1137).

Konzept eines Dritten: Zunächst ist uE darauf abzustellen, wer die Initiative für die Erstellung des Konzepts ergriffen hat. Ging diese vom Stpfl. aus, so liegt kein vorgefertigtes Konzept iSd. Abs. 2 Satz 2 vor, denn dieser weist dem Stpfl. eine passive Rolle zu: „die Möglichkeit geboten werden soll“ (BFH v. 17.1.2017 – VIII R 7/13, juris; BFH v. 6.2.2014 – IV R 59/10, BStBl. II 2014, 465; Hess. FG v. 29.10.2010 – 11 V 252/10, DStRE 2011, 267, rkr.; Hess. FG v. 17.10.2012 – 1 K 2343/08, EFG 2013, 510, nrkr., Az. BFH VIII R 7/13; Hess. FG v. 15.11.2012 – 11 K 3175/09, EFG 2013, 503, nrkr., rückverwiesen durch BFH v. 10.12.2014 – I R 3/13, BFH/NV 2015, 667; FG Rhld.-Pf. v. 30.1.2013 – 3 K 1185/12, EFG 2013, 849, rkr.; HARTROTT/RASTER, BB 2011, 343; FELDGEN in FUHRMANN/KRAEUSEL/SCHIFFERS, cKomm, § 15b Rn. 1 [10/2016]; BRANDTNER/GEISER, DStR 2009, 1732; REIB in KIRCHHOF, 16. Aufl. 2017, § 15b Rn. 38; krit. KAMINSKI in KORN, § 15b Rn. 80.1 [7/2014]). Ein vorgefertigtes Konzept liegt nur dann vor, wenn es von einem Dritten, nicht dem Stpfl. erstellt wurde (vgl. HEUERMANN in BLÜMICH, § 15b Rn. 13 [10/2015]; KAESER in KSM, § 15b Rn. B 11 [8/2009]). Nach zutreffender Ansicht von LÜDICKE (Anm. zu BFH v. 6.2.2014 – IV R 59/10, BStBl. II 2014, 465) muss das Vorliegen eines Steuerstundungsmodells auch für den Stpfl. erkennbar sein. Dies ergibt sich bereits aus dem subjektiven Element in Abs. 2 Satz 1, denn nur der Stpfl. selbst kann die Absicht haben, stl. Vorteile aus einer modellhaften Gestaltung zu generieren. Hat der Stpfl. die Erstellung einer Planung (eines umfassenden Konzepts) für die Investition selbst in Auftrag gegeben oder zB mit seinem Steuerberater gemeinsam erarbeitet, so scheidet die Anwendung des § 15b aus (vgl. auch BFH v. 8.4.2009 – I B 223/08, BFH/NV 2009, 1437). Nach der Rspr. des BFH ist Voraussetzung stets die Nutzung eines von einem Anbieter abstrakt entwickelten Investitionskonzepts, das am Markt zur Verfügung steht und auf das der Stpfl. nur noch zugreifen muss (BFH v. 17.1.2017 – VIII R 7/13, juris). Zu den vorgefertigten Konzepten können uE auch solche zählen, die dem Stpfl. von seinem stl. Berater angeboten werden, sofern er sie nach dem Vorschlag unmittelbar und unverändert ohne eigene Einwirkung auf die Vertragsgestaltung umsetzen kann und sie nicht auf seine Verhältnisse zugeschnitten wurden, sondern von einer Vielzahl der beratenen Stpfl. angewandt werden können (offen Hess. FG v. 29.10.2010 – 11 V 252/10, DStRE 2011, 267, rkr.). Entscheidend ist dabei, dass das Modell für eine Vielzahl von Fällen anwendbar ist (KAMINSKI in KORN, § 15b Rn. 84 [7/2014]). Dies kann insbesondere der Fall sein, wenn der stl. Berater auch auf Seiten des Anbieters tätig wird.

Das vorgefertigte Konzept eines Dritten liegt nicht mehr vor, wenn der Stpfl. oder die Gesellschaft von diesem Konzept abweichen und ein eigenes neues Konzept erstellen (so auch zu § 2b Sächs. FG v. 19.12.2007 – 2 K 954/07, DStRE 2008, 795, rkr.). Dritter ist auch nicht der Geschäftsführer einer neu gegründeten Gesellschaft, der für die Gesellschaft ein fertiges Finanzierungs- und Beteiligungskonzept ausgehandelt hat (Beispiel bei LÜDICKE/NAUJOK, DB 2006, 744 [746]). Die Grenzziehung ist in diesen Fällen jedoch schwierig.

34 2. Einschränkung der Auslegung des Konzepts im Sinne eines Modells

Eine derart weit gefasste Definition des Steuerstundungsmodells, die ein vorgefertigtes Konzept, aufgrund dessen negative Einkünfte erzielt werden sollen,

genügen ließe, würde dazu führen, dass jede Einzelinvestition, aber auch jede Beteiligung an einer PersGes., die nicht auf Eigeninitiative, sondern auf einer Planung eines Dritten beruht und Verluste verursacht, modellhaften Charakter haben könnte und in den Anwendungsbereich des § 15b fiel. Der Begriff des vorgefertigten Konzepts muss auch im Hinblick auf Abs. 2 Satz 1 einschränkend dahingehend ausgelegt werden, dass dem vorgefertigten Konzept etwas Modellhaftes, eine modellhafte Gestaltung anhaften muss. Von einem Modell abzugrenzen ist die Einzelinvestition eines Stpfl. Zu klären ist außerdem, ob sich der Begriff des Modells auf bestimmte Rechtsformen eingrenzen lässt.

Einstweilen frei.

35–39

III. Unbeachtlichkeit der Verlustursache (Abs. 2 Satz 3)

40

Für die Beurteilung, ob ein Steuerstundungsmodell vorliegt, bei dem die Möglichkeit geboten wird, Verluste zu verrechnen, spielt die Verlustursache keine Rolle.

§ 15b stellt in Abs. 2 Satz 3 klar, dass für die Anwendung der Vorschrift unerheblich ist, ob die negativen Einkünfte auf besonderen Fördermaßnahmen, auf handelsrechtl. Bilanzierungsregeln oder allgemeinen stl. GEVorschriften beruhen. Die Regelung ist, wenn die Möglichkeit zur Verlustverrechnung auf einem modellhaften vorgefertigten Konzept basiert, auch anwendbar, wenn die Verluste aufgrund zwingender Bilanzierungsvorschriften entstehen (zB sofortiger Aufwand bei selbst hergestellten immateriellen WG) oder vom Gesetzgeber angebotene Fördermöglichkeiten (zB § 7i oder § 7h) in Anspruch genommen werden. Absicht des Gesetzgebers ist es, die Nutzung dieser Regelung auf der Basis einer modellhaften Gestaltung zu verhindern, mit der Folge, dass Fonds, die diese Gestaltungsinstrumente nutzen, um zB große Baudenkmäler zu sanieren, oberhalb der nahezu zwingend überschrittenen Nichtaufgriffsgrenze in den Anwendungsbereich des § 15b fallen werden (so auch FLEISCHMANN/MEYER-SCHARENBERG, DB 2006, 353 [355]).

Mit dieser ausweislich der Gesetzesbegründung gewollten Rechtsfolge (BTDrucks. 16/107, 7, betroffen sind in diesen Fällen sog. Fondskonstruktionen) setzt der Gesetzgeber sich nicht in Widerspruch zu eventuell von ihm geschaffenen Lenkungsmaßnahmen. § 15b will nicht verhindern, dass diese von Einzelinvestoren genutzt werden; er will aber verhindern, dass die Nutzung dieser Fördermöglichkeiten konzeptionell aufgearbeitet und einer Vielzahl von Stpfl. angeboten wird.

Einstweilen frei.

41–44

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Nichtaufgriffsgrenze

I. Prognostizierte Verluste innerhalb der Anfangsphase

45

Der Begriff „Anfangsphase“ ist analog der Definition in Abs. 2 zu bestimmen (s. Anm. 32). Die FinVerw. hatte bereits im Anwendungsschreiben zu § 2b (BMF v. 22.8.2001 – IV A 5 - S 2118b - 40/01, BStBl. I 2001, 588, Tz. 4, iVm.

BMF v. 5.7.2000 – IV A 5 - S 2118b - 111/00, BStBl. I 2000, 1148) eine Nichtaufgriffsgrenze formuliert, die sich in verschärfter Form in § 15b wiederfindet. Ist diese Grenze nicht überschritten, so ist nicht mehr zu prüfen, ob ein Steuerstundungsmodell gegeben ist.

Summe der prognostizierten Verluste sind alle negativen Erg., die für das Steuerstundungsmodell konzeptionell vorhergesagt sind, einschließlich eingeplanter Verluste aus dem SonderBV. SonderBV ist jeweils bei doppelstöckigen Konstruktionen nur zu berücksichtigen bei der Gesellschaft, die das Steuerstundungsmodell darstellt. Zu berücksichtigen sind nur die negativen Erg. der Anfangsphase („innerhalb“). Treten außerhalb dieser Phase planmäßig Verluste ein, so sind diese nicht mehr mit einzubeziehen, ebenso wenig wie außerplanmäßig finanziertes Fremdkapital. Nicht einzubeziehen sind später eintretende nicht prognostizierte Verluste und Aufwendungen. Einzubeziehen sind auch positive Einkünfte aus Kapitalvermögen, obwohl diese nach § 2 Abs. 5b nicht zu berücksichtigen sind, soweit Vorschriften des EStG an den Begriff „Einkünfte“ anknüpfen (GRAGERT, NWB 2010, 2451), denn sie sind nach Abs. 1 Satz 2 auch mit den Verlusten zu saldieren. Veräußerungsgewinne sind nur einzubeziehen, sofern sie im Prognosezeitpunkt stpfl. sind.

46

II. Maßgebliches Kapital

Gezeichnetes Kapital: Der Begriff des gezeichneten Kapitals bezieht sich auf die Beteiligung an einer PersGes. oder Gemeinschaft. Gemeint ist die Höhe der Pflichteinlage, die individuell zu ermitteln ist. Da die Nichtaufgriffsgrenze bezogen auf die Anfangsphase ermittelt wird, kann sich auch die Höhe des gezeichneten Kapitals nur auf den Betrag beziehen, der in dieser Anfangsphase als Beitrittssumme vereinbart ist (BMF v. 17.7.2007 – IV B 2 - S 2241 - b/07/0001, BStBl. I 2007, 542, Tz. 17). Erhöht sich der Betrag danach aufgrund von nach Ende der Anfangsphase eintretenden Umständen, so ist dies nicht mehr zu berücksichtigen.

Nach dem Konzept aufzubringendes Kapital: Die Höhe des gezeichneten Kapitals wird für die Verhältnisrechnung (s. Anm. 47) beschränkt auf den Betrag, der nach dem Konzept aufzubringen ist. Dies bedeutet, dass Kapital, das planmäßig (also im Rahmen des vorgefertigten Konzepts angeboten) gestundet wird, ebenso wenig wie planmäßig fremdfinanziertes Kapital einzubeziehen ist (glA BECK, DStR 2006, 61 [65]; aA LÜDICKE/NAUJOK, DB 2006, 744 [747]), denn derartige Kapital ist nach dem vorgefertigten Konzept nicht aufzubringen. In diesen Fällen ist nur der Teil der Pflichteinlage zugrunde zu legen, der tatsächlich, ohne (planmäßige) Fremdfinanzierung zu erbringen ist. Das Merkmal ist individuell bei jedem Stpfl. zu prüfen. Nimmt ein Stpfl. die planmäßig angebotene Finanzierung seines Anteils nicht in Anspruch, ist die Berechnung der Nichtaufgriffsgrenze eine andere als bei Stpfl., die ihre Beteiligung finanzieren (aA G. SÖFFING, DB 2000, 2340). Eine individuelle Fremdfinanzierung, die nicht im Konzept angeboten wird, hat keinen Einfluss auf die Höhe des aufzubringenden Kapitals. Hier ist der Gesamtbetrag der einzuzahlenden Pflichteinlage für die Berechnung anzusetzen, denn dieses Kapital ist nach dem Konzept aufzubringen. Nach dem Konzept ist auch das Kapital nicht aufzubringen, das planmäßig als Ausschüttung an den Stpfl. rückgeführt wird, wenn die erwirtschafteten Liquiditätsüberschüsse hierfür nicht ausreichen (Einlagenrückgewähr). Andererseits sind planmäßige Nachschüsse mit einzukalkulieren (MEYER-SCHARENBERG/FLEISCHMANN, DStR 2000, 1373; diff. HANDZIK in LBP, § 2b Rn. 159 [8/2016]).

Unerheblich ist, ob das aufzubringende Kapital tatsächlich eingezahlt wurde. Anders als § 15a stellt § 15b seiner gesamten Struktur nach nicht auf tatsächliche Zahlungen, sondern nur auf die Gestaltung und die vorgefertigte Konzeption, nicht aber auf tatsächliche Zahlungsflüsse ab.

Eingesetztes Eigenkapital: Bei einer Einzelinvestition ist auf das eingesetzte Eigenkapital abzustellen. Hier spielt es keine Rolle, ob das übrige Kapital aufgrund des vorgefertigten Konzepts fremdfinanziert oder erst nachträglich vom Erwerber des Steuerstundungsmodells eine Fremdfinanzierung geplant wurde.

III. Verhältnisrechnung

47

Die kumulierten Verluste der Anfangsphase sind mit dem eingesetzten Eigenkapital bzw. mit dem aufzubringenden Kapital zu vergleichen. Nur wenn die Summe der Verluste 10 % des Kapitals übersteigt, ist die Verlustverrechnungsbeschränkung anzuwenden. Bei einer Zeichnungssumme von 50 000 € ist diese Grenze überschritten, wenn in der Anfangsphase kumulierte Verluste von mehr als 5 000 € auf diesen Anteil entfallen. Wenn die Beteiligung Verluste auslöst, wird diese Grenze idR überschritten sein.

**E. Erläuterungen zu Abs. 3a:
Steuerstundungsmodell bei besonderen Erwerbstatbeständen**

I. Steuerstundungsmodell unabhängig von den Voraussetzungen der Abs. 2 und 3

48

Die Regelung des § 15b Abs. 3a nimmt bei Vorliegen der Voraussetzungen des Abs. 3a an, dass insbes. dann ein Steuerstundungsmodell vorliegt, wenn unabhängig von den Voraussetzungen der Abs. 1 und 2 ein Verlust aus der besitzlosen Anschaffung von UV entsteht. Im Erg. bedeutet dies, dass allein das Entstehen oder die Erhöhung eines Verlusts aus dem Erwerb von UV nach den dort genannten Erwerbskriterien dazu führt, dass ein Steuerstundungsmodell vorliegt und dieses gerade ein besonderer Fall des Abs. 1 ist. Nicht erforderlich ist der Erwerb im Rahmen einer modellhaften Gestaltung (vgl. auch KRÄÄ, FR 2015, 928), auch die Nichtaufgriffsgrenze des Abs. 2 greift nicht. Unerheblich ist auch, ob die Absicht besteht, aufgrund der Gestaltung stl. Vorteile zu erlangen. Dies ist aus Sicht des Gesetzgebers auch nicht erforderlich, weil mit der Gestaltung als solcher bereits ein von diversen Zeitschriften beworbenes Steuersparmodell umgesetzt wird (BRDrucks. 740/13, 78).

II. Verlust aus Gewerbebetrieb

49

Durch die Gestaltung muss ein Verlust aus Gewerbebetrieb entstehen oder sich erhöhen. Grundsätzlich können durch die Anschaffung von UV zunächst nur sofort abziehbare BA entstehen, wenn nicht die Ausnahmenvorschrift des § 4 Abs. 3 Satz 4 greift. Ob ein Verlust entsteht oder sich erhöht, hängt davon ab, welche Erg. im Übrigen im Rahmen des Gewerbebetriebs entstanden sind. Da-

mit ist zunächst wohl klar, dass ein Steuerstundungsmodell iSd. § 15b Abs. 3a nicht vorliegt, wenn durch die BA lediglich ein Gewinn gemindert wird. Bis zu einer Reduktion auf null können also entsprechende WG des UV steuerwirksam erworben werden. Im Verlustfall löst dann der Erwerb entsprechender WG des UV immer die Rechtsfolgen des § 15b Abs. 3 aus.

50

III. Einkünfteermittlung

Die Vorschrift ist nur anwendbar, wenn der Stpfl. nicht aufgrund gesetzlicher Vorschriften verpflichtet ist, Bücher zu führen oder Abschlüsse zu machen. Die Verpflichtung ergibt sich nach den allgemeinen Grundsätzen aus §§ 140, 141 AO iVm. § 238 ff. HGB für Land- und Forstwirte sowie für Gewerbetreibende. Für selbständig Tätige ergibt sich eine solche Verpflichtung nicht. Ebenfalls nicht zur Führung von Büchern verpflichtet sind diejenigen Stpfl., die ihre Einkünfte nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 durch Überschuss der Einnahmen über die Ausgaben ermitteln. Für alle diese Einkunftsarten gilt § 15b Abs. 3a aber über die entsprechenden Verweisungsnormen entsprechend. Für Stpfl., die freiwillig Bücher führen, kommt die Vorschrift nicht zur Anwendung, da auch diese die WG des UV zu aktivieren haben und daher keine sofort abziehbaren BA entstehen (KAMINSKI in KORN, § 15b Rn. 134.10 [7/2014]).

51

IV. Erwerb von Umlaufvermögen

Anwendbarkeit: Durch den Erwerb des UV muss ein Verlust entstehen. Dies setzt zunächst voraus, dass die WG, die erworben werden, überhaupt im Rahmen einer stbaren Tätigkeit erworben werden. Erwerbsgegenstand ist UV, dh. Vermögen, das zum sofortigen Verbrauch oder zur sofortigen Veräußerung bestimmt ist (BFH v. 13.12.2006 – VIII R 51/04, BStBl. II 2008, 137). Der Gesetzgeber hatte insbes. die Fälle vor Augen, in denen Stpfl. Gold als UV gekauft haben. Erfasst sind aber auch alle anderen WG des UV, die ohne Absicht, einen Steuervorteil zu erhalten, erworben werden. Im Zusammenhang mit § 15b macht die Vorschrift, die bestimmte Steuergestaltungen im Zusammenhang mit wertbeständigen WG verhindern soll, nur Sinn, wenn der Begriff des UV ausschließlich solches betrifft, das zur sofortigen Veräußerung bestimmt ist. Die Absicht des Verbrauchs erfüllt den Tatbestand uE schon deshalb nicht, weil der Stpfl. aufgrund der Übereignung nach §§ 930 oder 931 BGB nicht in den Besitz der Sache gelangt. In solchen Fällen ist uE bereits zweifelhaft, ob überhaupt andere Überschusseinkünfte als sonstige Einkünfte nach § 22 Nr. 3 vorliegen, denn im Rahmen der anderen Überschusseinkünfte kann nur wenig bis kein UV zur sofortigen Veräußerung erworben werden, ohne dass das Risiko der Gewerblichkeit droht (zur Einkünftequalifikation der sog. Goldfälle DORNHEIM, DStR 2012, 1581; SCHMIDT/RENGER, DStR 2012, 2042). Auch bei freiberuflicher Tätigkeit ist die Vorschrift nur begrenzt anwendbar. Wird die Tätigkeit im Rahmen einer Mitunternehmerschaft ausgeübt, so besteht beim Erwerb und bei der Veräußerung das Risiko der gewerblichen Infizierung nach § 15 Abs. 3 Nr. 1. Bei einem Einzelunternehmer wäre die Tätigkeit wohl aufzuteilen in die gewerbliche und sonstige unternehmerische Tätigkeit.

Person des Erwerbers: Das UV kann von einer PersGes., aber auch von einem Einzelunternehmer erworben werden.

Erwerbsform: § 15b setzt bestimmte Erwerbsformen voraus, bei denen es nicht zu einer körperlichen Übereignung der Gegenstände des UV kommt. Die Übereignung muss entweder nach § 930 BGB durch Besitzkonstitut oder durch Abtretung des Herausgabeanspruchs nach § 931 BGB erfolgen. In beiden Fällen ist der Stpfl., der das WG erwirbt, nicht im Besitz desselben. Bei einem Besitzkonstitut ist der Veräußerer im Besitz des WG. Veräußerer und Erwerber vereinbaren, dass dies so bleibt, das Eigentum aber auf den Erwerber übergeht. Die Übereignung nach § 931 BGB geht davon aus, dass ein Dritter im Besitz des WG ist, der Veräußerer tritt dem Erwerber den ihm zustehenden Herausgabeanspruch ab. Nicht in den Gesetzestext aufgenommen wurde eine Übereignung im Rahmen des sog. Geheißerwerbs (vgl. HEUERMANN, DStR 2014, 169, mwN). In diesem Fall weist der Veräußerer den tatsächlichen Besitzer an, für den künftigen Eigentümer zu besitzen. In einem solchen Fall kann ein Steuerstundungsmodell nur vorliegen, wenn die Voraussetzungen des § 15b Abs. 1 und 2 erfüllt sind (HEUERMANN, DStR 2014, 169). Eine Umgehung des Abs. 3a ist einfach durch Wahl dieser in Abs. 3a nicht genannten Übereignungsform möglich.

Zum Begriff des Umlaufvermögens s. § 5 Anm. 582.

V. Rechtsfolge

52

Als Rechtsfolge ordnet § 15a Abs. 3a an, dass bei Vorliegen eines entsprechenden Verlustes ein Steuerstundungsmodell iSd. Abs. 1 vorliegt. Folge ist, dass der Verlust, der damit in Zusammenhang steht, nach Abs. 1 nicht mit anderen positiven Einkünften ausgeglichen werden kann.

Die Höhe der Verlustabzugsbeschränkung ist damit ebenfalls zweifelhaft (vgl. zur Kritik auch BOLIK/HARTMANN, StuB 2014, 179). Denkbar ist, dass der gesamte Gewerbebetrieb durch den Erwerb entsprechender WG infiziert wird und entsprechend Abs. 1 jeder Verlust, der mit dem Steuerstundungsmodell – Erwerb von WG des UV – in Zusammenhang steht, vom Verlustausgleich und -abzug ausgeschlossen ist. Diese Rechtsfolge wäre zu weitgehend. § 15b Abs. 3a iVm. Abs. 1 muss uE daher einschränkend dahingehend ausgelegt werden, dass der Verlust nur insoweit nicht ausgeglichen oder abgezogen werden kann, als er entsteht oder sich erhöht, weil entsprechende WG nach Maßgabe des Abs. 3 erworben wurden. Im Gegenzug kann dieser aber nur ausgeglichen werden durch positive Einkünfte aus der Veräußerung des nämlichen UV.

F. Erläuterungen zu Abs. 4: Verlustfeststellung

I. Jährliche gesonderte Feststellung

53

Verluste, die nicht verrechnet wurden, sind für Zwecke des Verlustvortrags jährlich durch Bescheid festzustellen. Zeitlich ist die Feststellung nicht bezogen auf den VZ, sondern auf das Wj. des Steuerstundungsmodells, denn auch die Verrechnungsmöglichkeit des Abs. 1 Satz 2 bezieht sich auf das Wj./Geschäftsjahr des Modells. Stichtag der jährlichen Feststellung muss der Schluss des jeweiligen Wj./Geschäftsjahres sein. Sinn der gesonderten Feststellung ist die zeitnahe Ermittlung und ggf. rechtl. Überprüfung des verrechenbaren Verlusts, die Rechts-

sicherheit bezüglich der Höhe schaffen soll. Der Verlust ist für jeden Beteiligten festzustellen, da er individuell variieren kann.

Die Feststellung nach § 15b Abs. 4 Satz 1 ist gesonderte Feststellung iSd. § 179 ff. AO. Sie ist Grundlagenbescheid für den StBescheid (BFH v. 11.11.2015 – VIII R 74/13, BStBl. II 2016, 388) und den Feststellungsbescheid nach § 15b Abs. 4 des Folgejahres (FG Münster v. 18.6.2015 – 12 K 689/12 F, EFG 2015, 1696, nrkr., Az. BFH VIII R 29/15).

Sie hat auch für Einzelinvestitionen zu erfolgen (BFH v. 11.11.2015 – VIII R 74/13, BStBl. II 2016, 388; aA Nds. FG v. 26.9.2013 – 3 K 12341/11, EFG 2014, 131, nrkr., Az. BFH VIII R 46/14), da sie die Feststellung eines ausgleichsfähigen Verlusts betrifft, der auch durch vorgefertigte Einzelinvestitionen entstehen kann (BMF v. 17.7.2007 – IV B 2 - S 2241 - b/07/0001, BStBl. I 2007, 542, Tz. 7), und auch bei dieser Einzelinvestition eine klare und verbindliche Regelung des Verlusts im Feststellungsbescheid erforderlich ist. Nicht ausreichend ist die Aufnahme in den EStBescheid.

54

II. Nicht ausgleichsfähiger Verlust (Abs. 4 Satz 1)

Festzustellen ist der nicht ausgleichsfähige Verlust, also der Verlust, der im Wj. seiner Entstehung nicht ausgeglichen werden konnte. Festgestellt wird nur die Höhe des in Zukunft noch verrechenbaren Verlusts. Dies gilt nicht bei Einzelinvestitionen wie Beteiligungen an fremdfinanzierten Rentenversicherungen. Bei diesen ist neben dem zum Ende des VZ festzustellenden Verlust als Summe aus den verrechenbaren Verlusten der Vorjahre und dem nicht ausgeglichenen Verlust des laufenden VZ auch der nicht ausgleichsfähige Verlust selbst festzustellen. Diese Feststellung ist von der Feststellung der Einkünfte und deren Verteilung auf die Beteiligten im Rahmen der einheitlichen und gesonderten Gewinnfeststellung nach § 180 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a AO zu unterscheiden. Ob ein Steuerstundungsmodell vorliegt, ist bei Gesellschaften und Gemeinschaften ebenfalls eine im Rahmen der gesonderten und einheitlichen Feststellung nach § 180 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a AO festzustellende Besteuerungsgrundlage, denn anders als § 2b stellt § 15b für die Definition des Steuerstundungsmodells auf die Ebene der Gesellschaft oder Gemeinschaft ab. Etwas anderes gilt für den Inhalt des Feststellungsbescheids bei Einzelinvestitionen, der – mangels gesonderter und einheitlicher Gewinnfeststellung – auch verbindlich über das Vorliegen eines Steuerstundungsmodells nach § 15b Abs. 1 entscheidet (BFH v. 11.11.2015 – VIII R 74/13, BStBl. II 2016, 388; FG Münster v. 18.6.2015 – 12 K 689/12 F, EFG 2015, 1696, nrkr., Az. BFH VIII R 29/15).

55

III. Verrechenbarer Verlust des Vorjahres (Abs. 4 Satz 2)

Die Anknüpfung an den verrechenbaren Verlust schafft die Verknüpfung zum Verlust des Vorjahres. Der Begriff ist an die Legaldefinition in § 15a Abs. 4 Satz 1 angelehnt. Gemeint ist der Verlust, der im betreffenden Wj. weder ausgeglichen noch abgezogen werden konnte. Da im Rahmen des § 15b anders als bei § 15a keine Verluste entstehen können, die im Jahr der Entstehung mit anderen Einkünften verrechnet werden können, entfällt ein diesbezüglicher Abzug von den Verlustanteilen des laufenden Wj. (anders bei § 15a, vgl. WACKER in SCHMIDT, 36. Aufl. 2017, § 15a Rn. 190). Eventuelle Einlagenminderungen iSd.

§ 15a Abs. 3, die ebenfalls in die Definition in § 15 Abs. 4 Satz 1 einbezogen sind, spielen bei der Höhe des festzustellenden Verlusts nach § 15b keine Rolle.

IV. Anfechtbarkeit (Abs. 4 Satz 3)

56

Ist der Feststellungsbescheid gegenüber einem Beteiligten ergangen, so kann dieser ihn selbst anfechten (§§ 350, 40 FGO). Dies gilt nach § 352 Abs. 1 Nr. 5 AO und § 48 Abs. 1 Nr. 5 FGO auch, wenn die Feststellung mit der gesonderten und einheitlichen Feststellung nach § 180 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a AO verbunden wurde (vgl. zu Einzelheiten § 15a Anm. 174). Die Fondsgesellschaft ist ebenfalls klagebefugt und notwendig beizuladen (FG Ba.-Württ. v. 20.5.2011 – 3 K 4368/09, EFG 2011, 1911, nrkr. Az. BFH IV R 40/11).

Die Anfechtung führt nicht zu einer Gesamtaufrollung und damit zu einer Überprüfung auch der alten Verlustfeststellung. Die Anfechtung ist nur insoweit möglich, als sich der verrechenbare Verlust gegenüber dem festgestellten Verlust des Vorjahres verändert hat. Dies stellt Rechtssicherheit bezüglich der einmal festgestellten Verluste, die uU bereits vor einem längeren Zeitraum entstanden sind, her. Der Feststellungsbescheid des Vorjahres ist insoweit Grundlagenbescheid (§ 171 Abs. 10 Satz 1 AO) für den Feststellungsbescheid des Folgejahres mit der Folge, dass Letzterer nur mit Einwendungen gegen dessen originäre Feststellungen angegriffen werden kann (§ 182 Abs. 1 AO iVm. § 351 Abs. 2 AO).

V. Zuständigkeit (Abs. 4 Satz 4)

57

Nach Abs. 4 Satz 4 ist grds. das BetriebsFA (§ 18 Abs. 1 Nr. 2 AO) für den Erlass des Feststellungsbescheids zuständig, wenn Steuerstundungsmodell nicht eine Gesellschaft oder Gemeinschaft iSd. § 180 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a AO ist. In diesem Fall ist das FA, das für die gesonderte und einheitliche Feststellung nach § 180 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a AO zuständig ist, auch für den Erlass des Feststellungsbescheids nach Abs. 4 Satz 1 zuständig. Nicht geregelt sind die Zuständigkeiten für die Fälle, in denen das Steuerstundungsmodell Einkünfte nach §§ 18, 21 oder 22 außerhalb einer Gesellschaft oder Gemeinschaft erwirtschaftet. Bei freiberuflichen Einkünften wird die Feststellung des Verlusts in den Fällen des § 180 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b AO entsprechend der Zuständigkeit nach § 18 Abs. 1 Nr. 3 AO erfolgen. In allen übrigen Fällen ergibt sich die Zuständigkeit aus § 19 AO.

VI. Verbindung der Einkünfte- und Verlustfeststellung (Abs. 4 Satz 5)

58

Die Vorschrift ermöglicht es der FinVerw. ähnlich wie bei der Verlustfeststellung nach § 15a Abs. 4, die gesonderte und einheitliche Feststellung der Einkünfte nach § 180 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a mit der gesonderten Feststellung der Verluste nach Abs. 4 Satz 1 zu verbinden. Diese Verbindung ist vom Stpfl. nicht selbständig anfechtbar, schadet aber angesichts der oben geschilderten Anfechtungsmöglichkeiten auch nicht. Werden die beiden Feststellungen miteinander verbunden, so sind auch alle Verlustfeststellungen für die Beteiligten miteinander zu verbinden (gesonderte Feststellungen nach Satz 1 sind einheitlich durchzuführen). Es bleibt trotz der Verbindung bei selbständigen Bescheiden,

die auch selbständig anzufechten sind und unabhängig voneinander in Bestandskraft erwachsen können (FG Rhld.-Pf. v. 30.1.2013 – 3 K 1185/12, EFG 2013, 849, rkr.).