

5. Sonderausgaben

§ 10

idF des EStG v. 19.10.2002 (BGBl. I 2002, 4210; BStBl. I 2002, 1209),
zuletzt geändert durch BürgerentlastungsG Krankenvers. v. 16.7.2009
(BGBl. I 2009, 1959; BStBl. I 2009, 782)

(1) Sonderausgaben sind die folgenden Aufwendungen, wenn sie weder Betriebsausgaben noch Werbungskosten sind oder wie Betriebsausgaben oder Werbungskosten behandelt werden:

1. Unterhaltsleistungen an den geschiedenen oder dauernd getrennt lebenden unbeschränkt einkommensteuerpflichtigen Ehegatten, wenn der Geber dies mit Zustimmung des Empfängers beantragt, bis zu 13805 Euro im Kalenderjahr. ²Der Höchstbetrag nach Satz 1 erhöht sich um den Betrag der im jeweiligen Veranlagungszeitraum nach Absatz 1 Nummer 3 für die Absicherung des geschiedenen oder dauernd getrennt lebenden unbeschränkt einkommensteuerpflichtigen Ehegatten aufgewandten Beträge. ³Der Antrag kann jeweils nur für ein Kalenderjahr gestellt und nicht zurückgenommen werden. ⁴Die Zustimmung ist mit Ausnahme der nach § 894 Abs. 1 der Zivilprozessordnung als erteilt geltenden bis auf Widerruf wirksam. ⁵Der Widerruf ist vor Beginn des Kalenderjahres, für das die Zustimmung erstmals nicht gelten soll, gegenüber dem Finanzamt zu erklären. ⁶Die Sätze 1 bis 5 gelten für Fälle der Nichtigkeit oder der Aufhebung der Ehe entsprechend;
- 1a. auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhende, lebenslange und wiederkehrende Versorgungsleistungen, die nicht mit Einkünften in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, die bei der Veranlagung außer Betracht bleiben, wenn der Empfänger unbeschränkt einkommensteuerpflichtig ist. ²Dies gilt nur für
 - a) Versorgungsleistungen im Zusammenhang mit der Übertragung eines Mitunternehmeranteils an einer Personengesellschaft, die eine Tätigkeit im Sinne der §§ 13, 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 oder des § 18 Abs. 1 ausübt,
 - b) Versorgungsleistungen im Zusammenhang mit der Übertragung eines Betriebs oder Teilbetriebs, sowie
 - c) Versorgungsleistungen im Zusammenhang mit der Übertragung eines mindestens 50 Prozent betragenden Anteils an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, wenn der Übergeber als Geschäftsführer tätig war und der Übernehmer diese Tätigkeit nach der Übertragung übernimmt.³Satz 2 gilt auch für den Teil der Versorgungsleistungen, der auf den Wohnanteil eines Betriebs der Land- und Forstwirtschaft entfällt;
- 1b. Leistungen auf Grund eines schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs, soweit die ihnen zu Grunde liegenden Einnahmen beim Ausgleichsverpflichteten der Besteuerung unterliegen;
2. a) Beiträge zu den gesetzlichen Rentenversicherungen oder landwirtschaftlichen Alterskassen sowie zu berufsständischen Versor-

gungseinrichtungen, die den gesetzlichen Rentenversicherungen vergleichbare Leistungen erbringen;

- b) Beiträge des Steuerpflichtigen zum Aufbau einer eigenen kapitalgedeckten Altersversorgung, wenn der Vertrag nur die Zahlung einer monatlichen auf das Leben des Steuerpflichtigen bezogenen lebenslangen Leibrente nicht vor Vollendung des 60. Lebensjahres [für Vertragsabschlüsse nach dem 31. Dezember 2011: nicht vor Vollendung des 62. Lebensjahres; s. § 52 Abs. 24] oder die ergänzende Absicherung des Eintritts der Berufsunfähigkeit (Berufsunfähigkeitsrente), der verminderten Erwerbsfähigkeit (Erwerbsminderungsrente) oder von Hinterbliebenen (Hinterbliebenenrente) vorsieht; Hinterbliebene in diesem Sinne sind der Ehegatte des Steuerpflichtigen und die Kinder, für die er Anspruch auf Kindergeld oder auf einen Freibetrag nach § 32 Abs. 6 hat; der Anspruch auf Waisenrente darf längstens für den Zeitraum bestehen, in dem der Rentenberechtigte die Voraussetzungen für die Berücksichtigung als Kind im Sinne des § 32 erfüllt; die genannten Ansprüche dürfen nicht vererblich, nicht übertragbar, nicht beleihbar, nicht veräußerbar und nicht kapitalisierbar sein und es darf darüber hinaus kein Anspruch auf Auszahlungen bestehen.

²Zu den Beiträgen nach den Buchstaben a und b ist der nach § 3 Nr. 62 steuerfreie Arbeitgeberanteil zur gesetzlichen Rentenversicherung und ein diesem gleichgestellter steuerfreier Zuschuss des Arbeitgebers hinzuzurechnen. ³Beiträge nach § 168 Abs. 1 Nr. 1b oder 1c oder nach § 172 Abs. 3 oder 3a des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch werden abweichend von Satz 2 nur auf Antrag des Steuerpflichtigen hinzugerechnet;

3. ¹Beiträge zu

- a) Krankenversicherungen, soweit diese zur Erlangung eines durch das Zwölfte Buch Sozialgesetzbuch bestimmten sozialhilfgleichen Versorgungsniveaus erforderlich sind. ²Für Beiträge zur gesetzlichen Krankenversicherung sind dies die nach dem Dritten Titel des Ersten Abschnitts des Achten Kapitels des Fünften Buches Sozialgesetzbuch oder die nach dem Sechsten Abschnitt des Zweiten Gesetzes über die Krankenversicherung der Landwirte festgesetzten Beiträge. ³Für Beiträge zu einer privaten Krankenversicherung sind dies die Beitragsanteile, die auf Vertragsleistungen entfallen, die, mit Ausnahme der auf das Krankengeld entfallenden Beitragsanteile, in Art, Umfang und Höhe den Leistungen nach dem Dritten Kapitel des Fünften Buches Sozialgesetzbuch vergleichbar sind, auf die ein Anspruch besteht; § 12 Absatz 1d des Versicherungsaufsichtsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Dezember 1992 (BGBl. 1993 I S. 2), das zuletzt durch Artikel 4 und 6 Absatz 2 des Gesetzes vom 17. Oktober 2008 (BGBl. I S. 1982) geändert worden ist, gilt entsprechend. ⁴Wenn sich aus den Krankenversicherungsbeiträgen nach Satz 2 ein Anspruch auf Krankengeld oder ein Anspruch auf eine Leistung, die anstelle von Krankengeld gewährt wird, ergeben kann, ist der jeweilige Beitrag um 4 Prozent zu vermindern;
- b) gesetzlichen Pflegeversicherungen (soziale Pflegeversicherung und private Pflege-Pflichtversicherung).

²Als eigene Beiträge des Steuerpflichtigen werden auch die vom Steuerpflichtigen im Rahmen der Unterhaltsverpflichtung getragenen eigenen Beiträge im Sinne des Buchstaben a oder des Buchstaben b eines Kindes behandelt, für das ein Anspruch auf einen Freibetrag nach § 32 Absatz 6 oder auf Kindergeld besteht. ³Hat der Steuerpflichtige in den Fällen des Absatzes 1 Nummer 1 eigene Beiträge im Sinne des Buchstaben a oder des Buchstaben b zum Erwerb einer Krankenversicherung oder gesetzlichen Pflegeversicherung für einen geschiedenen oder dauernd getrennt lebenden unbeschränkt einkommensteuerpflichtigen Ehegatten geleistet, dann werden diese abweichend von Satz 1 als eigene Beiträge des geschiedenen oder dauernd getrennt lebenden unbeschränkt einkommensteuerpflichtigen Ehegatten behandelt.

- 3a. Beiträge zu Kranken- und Pflegeversicherungen, soweit diese nicht nach Nummer 3 zu berücksichtigen sind; Beiträge zu Versicherungen gegen Arbeitslosigkeit, zu Erwerbs- und Berufsunfähigkeitsversicherungen, die nicht unter Nummer 2 Satz 1 Buchstabe b fallen, zu Unfall- und Haftpflichtversicherungen sowie zu Risikoversicherungen, die nur für den Todesfall eine Leistung vorsehen; Beiträge zu Versicherungen im Sinne des § 10 Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe b Doppelbuchstabe bb bis dd in der am 31. Dezember 2004 geltenden Fassung, wenn die Laufzeit dieser Versicherungen vor dem 1. Januar 2005 begonnen hat und ein Versicherungsbeitrag bis zum 31. Dezember 2004 entrichtet wurde; § 10 Absatz 1 Nummer 2 Satz 2 bis 6 und Absatz 2 Satz 2 in der am 31. Dezember 2004 geltenden Fassung ist in diesen Fällen weiter anzuwenden;
4. gezahlte Kirchensteuer; dies gilt vorbehaltlich § 32d Abs. 2 und 6 nicht für die nach § 51a Abs. 2b bis 2d erhobene Kirchensteuer;
5. (weggefallen);
6. (weggefallen);
7. Aufwendungen für die eigene Berufsausbildung bis zu 4000 Euro im Kalenderjahr. ²Bei Ehegatten, die die Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 Satz 1 erfüllen, gilt Satz 1 für jeden Ehegatten. ³Zu den Aufwendungen im Sinne des Satzes 1 gehören auch Aufwendungen für eine auswärtige Unterbringung. ⁴§ 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 5 und 6b, § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 5 und Abs. 2 sind bei der Ermittlung der Aufwendungen anzuwenden;
8. (weggefallen);
9. 30 Prozent des Entgelts, höchstens 5000 Euro, das der Steuerpflichtige für ein Kind, für das er Anspruch auf einen Freibetrag nach § 32 Abs. 6 oder auf Kindergeld hat, für dessen Besuch einer Schule in freier Trägerschaft oder einer überwiegend privat finanzierten Schule entrichtet, mit Ausnahme des Entgelts für Beherbergung, Betreuung und Verpflegung. ²Voraussetzung ist, dass die Schule in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem Staat belegen ist, auf den das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum Anwendung findet, und die Schule zu einem von dem zuständigen inländischen Ministerium eines Landes, von der Kultusministerkonferenz der Länder oder von einer inländischen Zeugnisanerkennungsstelle anerkannten oder einem inländischen Abschluss an einer

öffentlichen Schule als gleichwertig anerkannten allgemein bildenden oder berufsbildenden Schul-, Jahrgangs- oder Berufsabschluss führt.

³Der Besuch einer anderen Einrichtung, die auf einen Schul-, Jahrgangs- oder Berufsabschluss im Sinne des Satzes 2 ordnungsgemäß vorbereitet, steht einem Schulbesuch im Sinne des Satzes 1 gleich.

⁴Der Besuch einer Deutschen Schule im Ausland steht dem Besuch einer solchen Schule gleich, unabhängig von ihrer Belegenheit. ⁵Der Höchstbetrag wird für jedes Kind, bei dem die Voraussetzungen vorliegen, je Elternpaar nur einmal gewährt.

(2) ¹Voraussetzung für den Abzug der in Absatz 1 Nummern 2, 3 und 3a bezeichneten Beträge (Vorsorgeaufwendungen) ist, dass sie

1. nicht in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang mit steuerfreien Einnahmen stehen; steuerfreie Zuschüsse zu einer Kranken- oder Pflegeversicherung stehen insgesamt in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang mit den Vorsorgeaufwendungen im Sinne des Absatzes 1 Nummer 3,

2. a) an Versicherungsunternehmen, die ihren Sitz oder ihre Geschäftsleitung in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft oder einem anderen Vertragsstaat des Europäischen Wirtschaftsraums haben und das Versicherungsgeschäft im Inland betreiben dürfen, und Versicherungsunternehmen, denen die Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb im Inland erteilt ist,

b) an berufsständische Versorgungseinrichtungen,

c) an einen Sozialversicherungsträger oder

d) an einen Anbieter im Sinne des § 80

geleistet werden. ²Vorsorgeaufwendungen nach Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe b werden nur berücksichtigt, wenn

1. die Beiträge zugunsten eines Vertrages geleistet wurden, der nach § 5a des Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetzes zertifiziert ist, wobei die Zertifizierung Grundlagenbescheid im Sinne des § 171 Abs. 10 der Abgabenordnung ist, und

2. der Steuerpflichtige gegenüber dem Anbieter in die Datenübermittlung nach Absatz 2a eingewilligt hat.

³Vorsorgeaufwendungen nach Absatz 1 Nummer 3 werden nur berücksichtigt, wenn der Steuerpflichtige gegenüber dem Versicherungsunternehmen, dem Träger der gesetzlichen Kranken- oder Pflegeversicherung oder der Künstlersozialkasse in die Datenübermittlung nach Absatz 2a eingewilligt hat; die Einwilligung gilt als erteilt, wenn die Beiträge mit der elektronischen Lohnsteuerbescheinigung (§ 41b Absatz 1 Satz 2) oder der Rentenbezugsmitteilung (§ 22a Absatz 1 Satz 1 Nummer 5) übermittelt werden. ⁴*Sind die übermittelten Daten nach Satz 2 Nr. 2 unzutreffend und werden sie daher nach Bekanntgabe des Steuerbescheids vom Anbieter aufgehoben oder korrigiert, kann der Steuerbescheid insoweit geändert werden.* ⁵*Werden die Daten innerhalb der Frist nach Satz 2 Nr. 2 und erstmalig nach Bekanntgabe des Steuerbescheids übermittelt, kann der Steuerbescheid ebenfalls insoweit geändert werden.**

* Die Beibehaltung der Sätze 4 und 5 in Abs. 2 dürfte auf einem Redaktionsversehen des Gesetzgebers beruhen (s. Anm. 318).

(2a) ¹Der Steuerpflichtige hat in die Datenübermittlung nach Absatz 2 gegenüber der übermittelnden Stelle schriftlich einzuwilligen, spätestens bis zum Ablauf des zweiten Kalenderjahres, das auf das Beitragsjahr (Kalenderjahr, in dem die Beiträge geleistet worden sind) folgt; übermittelnde Stelle ist bei Vorsorgeaufwendungen nach Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe b der Anbieter, bei Vorsorgeaufwendungen nach Absatz 1 Nummer 3 das Versicherungsunternehmen, der Träger der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung oder die Künstlersozialkasse. ²Die Einwilligung gilt auch für die folgenden Beitragsjahre, es sei denn, der Steuerpflichtige widerruft diese schriftlich gegenüber der übermittelnden Stelle. ³Der Widerruf muss vor Beginn des Beitragsjahres, für das die Einwilligung erstmals nicht mehr gelten soll, der übermittelnden Stelle vorliegen. ⁴Die übermittelnde Stelle hat bei Vorliegen einer Einwilligung

1. nach Absatz 2 Satz 2 Nummer 2 die Höhe der im jeweiligen Beitragsjahr geleisteten und erstatteten Beiträge nach Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe b und die Zertifizierungsnummer,
2. nach Absatz 2 Satz 3 die Höhe der im jeweiligen Beitragsjahr geleisteten und erstatteten Beiträge nach Absatz 1 Nummer 3, soweit diese nicht mit der elektronischen Lohnsteuerbescheinigung oder der Rentenbezugsmitteilung zu übermitteln sind,

unter Angabe der Vertrags- oder Versicherungsdaten, des Datums der Einwilligung und der Identifikationsnummer (§ 139b der Abgabenordnung) nach amtlich vorgeschriebenem Datensatz durch Datenfernübertragung an die zentrale Stelle (§ 81) bis zum 28. Februar des dem Beitragsjahr folgenden Kalenderjahres zu übermitteln. ⁵§ 22a Absatz 2 gilt entsprechend. ⁶Wird die Einwilligung nach Ablauf des Beitragsjahres, jedoch innerhalb der in Satz 1 genannten Frist abgegeben, sind die Daten bis zum Ende des folgenden Kalendervierteljahres zu übermitteln. ⁷Stellt die übermittelnde Stelle fest, dass

1. die an die zentrale Stelle übermittelten Daten unzutreffend sind oder
2. der zentralen Stelle ein Datensatz übermittelt wurde, obwohl die Voraussetzungen hierfür nicht vorlagen,

ist dies unverzüglich durch Übermittlung eines Datensatzes an die zentrale Stelle zu korrigieren oder zu stornieren. ⁸Ein Steuerbescheid kann geändert werden, soweit Daten nach den Sätzen 4, 6 oder Satz 7 übermittelt wurden. ⁹Die übermittelnde Stelle hat den Steuerpflichtigen über die Höhe der nach den Sätzen 4, 6 oder Satz 7 übermittelten Beiträge für das Beitragsjahr zu unterrichten. ¹⁰§ 150 Absatz 6 der Abgabenordnung gilt entsprechend. ¹¹Das Bundeszentralamt für Steuern kann die bei Vorliegen der Einwilligung nach Absatz 2 Satz 3 zu übermittelnden Daten prüfen; die §§ 193 bis 203 der Abgabenordnung sind sinngemäß anzuwenden. ¹²Wer vorsätzlich oder grob fahrlässig eine unzutreffende Höhe der Beiträge im Sinne des Absatzes 1 Nummer 3 übermittelt, haftet für die entgangene Steuer. ¹³Diese ist mit 30 Prozent des zu hoch ausgewiesenen Betrags anzusetzen.

(3) ¹Vorsorgeaufwendungen nach Absatz 1 Nr. 2 Satz 2 sind bis zu 20 000 Euro zu berücksichtigen. ²Bei zusammenveranlagten Ehegatten verdoppelt sich der Höchstbetrag. ³Der Höchstbetrag nach Satz 1 oder 2 ist bei Steuerpflichtigen, die

1. Arbeitnehmer sind und die während des ganzen oder eines Teils des Kalenderjahres
 - a) in der gesetzlichen Rentenversicherung versicherungsfrei oder auf Antrag des Arbeitgebers von der Versicherungspflicht befreit waren und denen für den Fall ihres Ausscheidens aus der Beschäftigung auf Grund des Beschäftigungsverhältnisses eine lebenslängliche Versorgung oder an deren Stelle eine Abfindung zusteht oder die in der gesetzlichen Rentenversicherung nachzuversichern sind oder
 - b) nicht der gesetzlichen Rentenversicherungspflicht unterliegen, eine Berufstätigkeit ausgeübt und im Zusammenhang damit auf Grund vertraglicher Vereinbarungen Anwartschaftsrechte auf eine Altersversorgung erworben haben, oder
2. Einkünfte im Sinne des § 22 Nr. 4 erzielen und die ganz oder teilweise ohne eigene Beitragsleistung einen Anspruch auf Altersversorgung erwerben,

um den Betrag zu kürzen, der, bezogen auf die Einnahmen aus der Tätigkeit, die die Zugehörigkeit zum genannten Personenkreis begründen, dem Gesamtbeitrag (Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteil) zur allgemeinen Rentenversicherung entspricht. ⁴Im Kalenderjahr 2005 sind 60 Prozent der nach den Sätzen 1 bis 3 ermittelten Vorsorgeaufwendungen anzusetzen. ⁵Der sich danach ergebende Betrag, vermindert um den nach § 3 Nr. 62 steuerfreien Arbeitgeberanteil zur gesetzlichen Rentenversicherung und einen diesem gleichgestellten steuerfreien Zuschuss des Arbeitgebers, ist als Sonderausgabe abziehbar. ⁶Der Prozentsatz in Satz 4 erhöht sich in den folgenden Kalenderjahren bis zum Kalenderjahr 2025 um je 2 Prozentpunkte je Kalenderjahr. ⁷Beiträge nach § 168 Abs. 1 Nr. 1b oder 1c oder nach § 172 Abs. 3 oder 3a des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch vermindern den abziehbaren Betrag nach Satz 5 nur, wenn der Steuerpflichtige die Hinzurechnung dieser Beiträge zu den Vorsorgeaufwendungen nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 beantragt hat.

(4) ¹Vorsorgeaufwendungen im Sinne des Absatzes 1 Nummer 3 und 3a können je Kalenderjahr insgesamt bis 2800 Euro abgezogen werden. ²Der Höchstbetrag beträgt 1900 Euro bei Steuerpflichtigen, die ganz oder teilweise ohne eigene Aufwendungen einen Anspruch auf vollständige oder teilweise Erstattung oder Übernahme von Krankheitskosten haben oder für deren Krankenversicherung Leistungen im Sinne des § 3 Nummer 9, 14, 57 oder 62 erbracht werden. ³Bei zusammen veranlagten Ehegatten bestimmt sich der gemeinsame Höchstbetrag aus der Summe der jedem Ehegatten unter den Voraussetzungen von Satz 1 und 2 zustehenden Höchstbeträge. ⁴Übersteigen die Vorsorgeaufwendungen im Sinne des Absatzes 1 Nummer 3 die nach den Sätzen 1 bis 3 zu berücksichtigenden Vorsorgeaufwendungen, sind diese abzuziehen und ein Abzug von Vorsorgeaufwendungen im Sinne des Absatzes 1 Nummer 3a scheidet aus.

(4a) ¹Ist in den Kalenderjahren 2005 bis 2019 der Abzug der Vorsorgeaufwendungen nach Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe a, Absatz 1 Nummer 3 und Nummer 3a in der für das Kalenderjahr 2004 geltenden Fassung des § 10 Abs. 3 mit folgenden Höchstbeträgen für den Vorwegabzug

Kalenderjahr	Vorwegabzug für den Steuerpflichtigen	Vorwegabzug im Falle der Zusammenveranlagung von Ehegatten
2005	3 068	6 136
2006	3 068	6 136
2007	3 068	6 136
2008	3 068	6 136
2009	3 068	6 136
2010	3 068	6 136
2011	2 700	5 400
2012	2 400	4 800
2013	2 100	4 200
2014	1 800	3 600
2015	1 500	3 000
2016	1 200	2 400
2017	900	1 800
2018	600	1 200
2019	300	600

zuzüglich des Erhöhungsbetrags nach Satz 3 günstiger, ist der sich danach ergebende Betrag anstelle des Abzugs nach Absatz 3 und 4 anzusetzen.² Mindestens ist bei Anwendung des Satzes 1 der Betrag anzusetzen, der sich ergeben würde, wenn zusätzlich noch die Vorsorgeaufwendungen nach Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe b in die Günstigerprüfung einbezogen werden würden; der Erhöhungsbetrag nach Satz 3 ist nicht hinzuzurechnen. Erhöhungsbetrag sind die Beiträge nach Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe b, soweit sie nicht den um die Beiträge nach Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe a und den nach § 3 Nummer 62 steuerfreien Arbeitgeberanteil zur gesetzlichen Rentenversicherung und einen diesem gleichgestellten steuerfreien Zuschuss verminderten Höchstbetrag nach Absatz 3 Satz 1 bis 3 überschreiten; Absatz 3 Satz 4 und 6 gilt entsprechend.

(5) Durch Rechtsverordnung wird bezogen auf den Versicherungstarif bestimmt, wie der nicht abziehbare Teil der Beiträge zum Erwerb eines Krankenversicherungsschutzes im Sinne des Absatzes 1 Nummer 3 Buchstabe a Satz 3 durch einheitliche prozentuale Abschläge auf die zugunsten des jeweiligen Tarifs gezahlte Prämie zu ermitteln ist, soweit der nicht abziehbare Beitragsteil nicht bereits als gesonderter Tarif oder Tarifbaustein ausgewiesen wird.

Krankenversicherungsbeitragsanteil-Ermittlungsverordnung (KVBEVO)

v. 11.8.2009 (BGBl. I 2009, 2730)

Auf Grund des § 10 Absatz 5 und des § 51 Absatz 1 Nummer 3 des Einkommensteuergesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Oktober 2002 (BGBl. I S. 4210; 2003 I S. 179), von denen § 10 Absatz 5 durch Artikel 1 des Geset-

zes vom 16. Juli 2009 (BGBl. I S. 1959) neu gefasst worden ist, verordnet die Bundesregierung:

§ 1

Anwendungsbereich und Grundsätze

(1) Durch diese Verordnung wird bezogen auf den Tarif bestimmt, wie der Teil der Beiträge zum Erwerb eines Krankenversicherungsschutzes, der auf das Krankentagegeld und auf Leistungen entfällt, auf die ein Anspruch besteht und die in Art, Umfang oder Höhe den Leistungen nach dem Dritten Kapitel des Fünften Buches Sozialgesetzbuch nicht vergleichbar sind, durch einheitliche prozentuale Abschläge auf den zugunsten des jeweiligen Tarifs gezahlten Beitrag zu ermitteln ist, soweit diese Versicherungsleistung nicht bereits als gesonderter Tarif ausgewiesen wird.

(2) Werden in einem gesonderten Tarif ausschließlich Krankentagegeld oder Leistungen ausgewiesen, auf die ein Anspruch besteht und die in Art, Umfang oder Höhe den Leistungen nach dem Dritten Kapitel des Fünften Buches Sozialgesetzbuch nicht vergleichbar sind, ist der für diesen Tarif entrichtete Beitrag insgesamt nicht abziehbar. Im Übrigen ist der nicht abziehbare Beitragsanteil nach § 3 zu ermitteln, wenn Leistungen im Sinne des § 2 Absatz 1 Nummer 1 bis Nummer 5 oder Krankentagegeldleistungen oder Krankenhaustagegeldleistungen versichert sind.

§ 2

Definitionen und Leistungsbestimmungen

(1) Leistungen im Sinne des § 1 Absatz 1 liegen insbesondere vor bei

1. ambulanten Leistungen durch einen Heilpraktiker im Sinne des Heilpraktikergesetzes in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 2122-2, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 15 des Gesetzes vom 23. Oktober 2001 (BGBl. I S. 2702) geändert worden ist,
2. der Erstattung von Aufwendungen für ein Einbettzimmer,
3. der Erstattung von Aufwendungen für Chefarztbehandlungen oder eines Zweibettzimmers,
4. Leistungen für Zahnersatz oder implantologische Leistungen,
5. kieferorthopädischen Leistungen.

(2) Ein Tarif sieht ein einheitliches Leistungsversprechen für alle in ihm Versicherten vor und umfasst Leistungen der privaten Krankenversicherung.

(3) Der Beitrag ist das Entgelt, welches für das dem Tarif zugrunde liegende Leistungsversprechen entrichtet wird.

(4) Krankentagegeld ist eine Leistung, die den Verdienstausfall ersetzt, der durch Arbeitsunfähigkeit als Folge von Krankheit oder Unfall entsteht. Krankenhaustagegeld ist eine in vertraglich festgelegter Höhe gezahlte Leistung für den Zeitraum einer medizinisch notwendigen stationären Heilbehandlung.

§ 3

Ermittlung des Abschlags

(1) Zur Ermittlung des nicht abziehbaren Teils des Beitrags ist die Summe der Absatz 2 zu entnehmenden Punkte für die im Tarif vereinbarten Leistungen im Sinne des § 2 Absatz 1 Nummer 1 bis Nummer 5 zu ermitteln. Die nach Satz 1 ermittelte Summe ist durch die Summe der Absatz 2 zu entnehmenden Punkte für die im Tarif insgesamt versicherten Leistungen zu teilen. Das Ergebnis ist auf die vierte Nachkommastelle zu runden und mit dem vom Steuerpflichtigen geleisteten Bei-

trag zu multiplizieren. Der sich ergebende Betrag ist auf die zweite Nachkommastelle zu runden.

(2) Den in einem Tarif versicherten Leistungen sind folgende Punkte zuzuordnen:

- | | |
|--|--------------|
| 1. ambulante Leistungen, ohne Leistungen im Sinne des § 2 Absatz 1 Nummer 1 | 54,60 Punkte |
| 2. Leistungen im Sinne des § 2 Absatz 1 Nummer 1 | 1,69 Punkte |
| 3. stationäre Leistungen, ohne Leistungen im Sinne des § 2 Absatz 1 Nummer 2 und Nummer 3 | 15,11 Punkte |
| 4. Leistungen im Sinne des § 2 Absatz 1 Nummer 2 | 3,64 Punkte |
| 5. Leistungen im Sinne des § 2 Absatz 1 Nummer 3 | 9,24 Punkte |
| 6. zahnärztliche Leistungen, ohne Leistungen im Sinne des § 2 Absatz 1 Nummer 4 und Nummer 5 | 9,88 Punkte |
| 7. Leistungen im Sinne des § 2 Absatz 1 Nummer 4 | 5,58 Punkte |
| 8. Leistungen im Sinne des § 2 Absatz 1 Nummer 5 | 0,26 Punkte |

(3) Sieht ein erstmals nach dem 1. Mai 2009 für das Neugeschäft angebotener Versicherungstarif weder die Erstattung von Aufwendungen für allgemeine Krankenhausleistungen, für ambulante Arztbehandlungen noch für Zahnbehandlungen vor, ist vom geleisteten Beitrag ungeachtet der Absätze 1 und 2 ein Abschlag von 99 Prozent vorzunehmen. Gleiches gilt, wenn in einem Tarif Krankentagegeld oder Krankenhaustagegeld zusammen mit anderen Leistungen versichert ist. § 1 Absatz 2 Satz 1 bleibt unberührt. Für Krankentagegeld, das zusammen mit anderen Leistungen in dem Basistarif im Sinne des § 12 Absatz 1a des Versicherungsaufsichtsgesetzes versichert ist, ist ungeachtet der vorstehenden Regelungen von dem für den Basistarif geleisteten Beitrag ein Abschlag in Höhe von vier Prozent vorzunehmen.

§ 4

Inkrafttreten

Diese Verordnung tritt am 1. Januar 2010 in Kraft.

Autor: Dr. Egmont **Kulosa**, Richter am FG, Münster
 Mitherausgeber: Dr. Uwe **Clausen**, Rechtsanwalt,
 O & R Oppenhoff & Rädler AG, München

Inhaltsübersicht

Allgemeine Erläuterungen zu § 10

	Anm.		Anm.
A. Grundinformation zu § 10	1	C. Bedeutung des § 10, Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht	
B. Rechtsentwicklung des § 10			
I. Entwicklung bis zum EStG 1934	3	I. Bedeutung des § 10	8
II. Änderungen des EStG 1934	4	II. Verfassungsmäßigkeit des § 10	9
III. Reformüberlegungen	6	III. Vereinbarkeit des § 10 mit Europarecht	10

	Anm.
D. Geltungsbereich des § 10	
I. Persönlicher und sachlicher Geltungsbereich . . .	13
II. Anwendung bei Auslandsbeziehungen	
1. Anwendung des § 10 auf beschränkt Steuerpflichtige	14
2. Ins Ausland geleistete Sonderausgaben	15
E. Verhältnis des § 10 zu anderen Vorschriften	

	Anm.
I. Sonderausgabenatbestände außerhalb des § 10, Sonderausgabenpauschbeträge	17
II. Verhältnis zu § 12.	18
III. Verhältnis zu anderen Vorschriften des EStG	19
F. Zurechnung der Sonderausgaben (Abzugsberechtigung)	22
G. Verfahrensfragen	25

Erläuterungen zum Einleitungssatz des Abs. 1

	Anm.
A. „Sonderausgaben sind ..“	
I. Abschließende Aufzählung, Einteilungsmöglichkeiten . . .	30
II. Kein Abzug von Nebenkosten zu Sonderausgaben	31
B. „... die folgenden Aufwendungen, ...“	
I. Überblick	33
II. Abzugsberechtigung	
1. Wirtschaftliche Belastung	35
2. Grundsätzlich kein Abzug von Ausgaben des Steuerpflichtigen für Dritte oder Ausgaben Dritter für den Steuerpflichtigen	36
3. Abzugsberechtigung bei den einzelnen Tatbeständen des Abs. 1	37

	Anm.
4. Ausgaben des Steuerpflichtigen als Rechtsnachfolger	38
III. Abfluss; Behandlung von Vorauszahlungen und Erstattungen	
1. Abfluss von Sonderausgaben	40
2. Behandlung von Vorauszahlungen	41
3. Erstattung (Rückzahlung) von Sonderausgaben an den Steuerpflichtigen . . .	42
IV. Mittelherkunft	43
C. „... wenn sie weder Betriebsausgaben noch Werbungskosten sind ...“	45

Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 1: Realsplitting

	Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 1	50
B. Voraussetzungen für den Abzug von Unterhaltsleistungen	
I. Begriff der Unterhaltsleistungen (Nr. 1 Satz 1)	55

	Anm.
II. Anforderungen an die Person des Unterhaltsempfängers	
1. Geschiedener oder dauernd getrennt lebender Ehegatte (Nr. 1 Satz 1)	58

	Anm.		Anm.
2. Frühere Verbindung in einer nichtigen oder aufgehobenen Ehe (Nr. 1 Satz 6)	59	III. Antrag des Gebers (Nr. 1 Sätze 1 und 3)	62
3. Unbeschränkte Steuerpflicht des Unterhaltsempfängers (Nr. 1 Satz 1)	60	IV. Zustimmung des Empfängers (Nr. 1 Sätze 4 und 5)	64
		C. Höchstbetrag für den Abzug (Nr. 1 Sätze 1 und 2)	67

**Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 1a:
Versorgungsleistungen**

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 1a		II. Anforderungen an das übertragene Vermögen (Nr. 1a Sätze 2 und 3)	
I. Überblick und Bedeutung	70	1. Überblick	85
II. Rechtsentwicklung und zeitlicher Anwendungsbereich	71	2. Begriff der „Übertragung“	86
III. Verfassungsmäßigkeit	72	3. Mitunternehmeranteile (Nr. 1a Satz 2 Buchst. a)	87
B. Rechtslage für Verträge, die ab VZ 2008 neu abgeschlossen werden		4. Betriebe oder Teilbetriebe (Nr. 1a Satz 2 Buchst. b)	88
I. Anforderungen an die „Versorgungsleistungen“ (Nr. 1a Satz 1)		5. GmbH-Anteile (Nr. 1a Satz 2 Buchst. c)	
1. Versorgungsleistungen		a) Überblick	89
a) Begriff der Versorgungsleistungen	74	b) Übertragung eines mindestens 50 % betragenden Anteils an einer GmbH	90
b) Art der Versorgungsleistungen	75	c) Übergang der Geschäftsführertätigkeit	91
2. Auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhend	77	6. Wohnteil von Betrieben der Land- und Forstwirtschaft (Abs. 1 Nr. 1a Satz 3)	92
3. Lebenslange Leistungen	78	7. Keine begünstigte Übergabe von Grundbesitz und Geldvermögen	93
4. Wiederkehrende Leistungen	79	8. Nachträgliche Umschichtung des begünstigten Vermögens	94
5. Kein wirtschaftlicher Zusammenhang zu Einkünften, die bei der Veranlagung außer Betracht bleiben	80	III. Rechtsfolgen	
6. Unbeschränkte Einkommensteuerpflicht des Empfängers	81	1. Rechtsfolgen bei nach Nr. 1a begünstigten Vermögensübergaben	97
7. Keine weiteren Anforderungen an den Empfänger der Versorgungsleistungen mehr; Versorgungsleistungen an Vermächtnisnehmer	82	2. Rechtsfolgen bei nicht nach Nr. 1a begünstigten Vermögensübergaben	98

	Anm.
C. Rechtslage für Verträge, die bis VZ 2007 abgeschlossen wurden	
I. Überblick	100
II. Auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhende Renten und dauernde Lasten (Nr. 1a Satz 1 aF)	
1. Begriff der Renten und dauernden Lasten	101
2. Weitere Voraussetzungen	102
3. Kein Abzug nach Nr. 1a aF bei Zusammenhang mit einer Vermögensumschichtung (Gegenleistungs- oder Veräußerungsrenten)	
a) Behandlung von Gegenleistungsrenten	

	Anm.
nach Nr. 1a aF und anderen Vorschriften des EStG	103
b) Wiederkehrende Leistungen, die auf erbrechtlicher Grundlage erbracht werden	104
III. Für Leibrenten Begrenzung des Abzugs auf den Ertragsanteil (Nr. 1a Satz 2 aF)	106
IV. Rechtsinstitut der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen	
1. Begriff und dogmatische Rechtfertigung	107
2. Voraussetzungen	108
3. Rechtsfolgen	109

**Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 1b:
Schuldrechtlicher Versorgungsausgleich 115**

**Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 2:
Beiträge für die Altersvorsorge**

	Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 2	
I. Regelungsinhalt des Abs. 1 Nr. 2	120
II. Rechtsentwicklung, Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit des Abs. 1 Nr. 2	121
III. Verhältnis zu Betriebsausgaben und Werbungskosten	
1. Rechtslage ab VZ 2005	122
2. Rechtslage bis VZ 2004	123
B. Beiträge zu den gesetzlichen Rentenversicherungen und vergleichbaren Einrichtungen (Nr. 2 Satz 1 Buchst. a)	
I. Beiträge	125
II. Gesetzliche Rentenversicherungen	126
III. Landwirtschaftliche Alterskassen	127

	Anm.
IV. Berufsständische Versorgungseinrichtungen	128
C. Beiträge zum Aufbau einer kapitalgedeckten Altersversorgung (Nr. 2 Satz 1 Buchst. b)	
I. Rechtsentwicklung und Bedeutung der Regelungen zur kapitalgedeckten Altersversorgung	130
II. Voraussetzungen für die Begünstigung kapitalgedeckter Altersversicherungen	
1. Beiträge des Steuerpflichtigen zum Aufbau einer eigenen Altersversorgung	132
2. Altersrente als Regelleistung	133
3. Ergänzung der Altersversorgung zur Abdeckung weiterer Risiken	134

Anm.	Anm.
4. Verbot der Übertragung, Beleihung und Kapitalisierung 135	I. Grundsatz: Hinzurechnung der Arbeitgeberleistungen (Nr. 2 Satz 2) 145
D. Hinzurechnung steuerfreier Arbeitgeberanteile oder -zuschüsse (Nr. 2 Sätze 2 und 3)	II. Wahlrecht bei Rentenversicherungsbeiträgen für geringfügig Beschäftigte (Nr. 2 Satz 3) 146

**Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 3:
Beiträge zu Kranken- und Pflegeversicherungen**

Anm.	Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 3 150	2. Bei gesetzlichen Krankenversicherungen Abzug der Beiträge nach dem SGB V (Buchst. a Satz 2) 159
B. Beiträge zu Kranken- und Pflegeversicherungen (Nr. 3 Satz 1)	3. Bei privaten Krankenversicherungen Abzug der Beitragsteile, die auf mit dem SGB V vergleichbare Leistungen entfallen (Buchst. a Satz 3)
I. Beiträge, Versicherungsverhältnis 152	a) Regelungen in § 10 EStG 160
II. Begriff der Kranken- und gesetzlichen Pflegeversicherungen	b) Regelungen in der KVBEVO 161
1. Krankenversicherungen (Nr. 3 Satz 1 Buchst. a) .. 155	c) Ermittlung des individuellen Abschlags (§ 3 Abs. 1, 2 KVBEVO) 162
2. Gesetzliche Pflegeversicherungen (Nr. 3 Satz 1 Buchst. b) 156	4. Kürzung bei Krankengeldanspruch (Buchst. a Satz 4) 166
III. Höhe des abziehbaren Beitragsanteils bei Krankenversicherungen (Nr. 3 Satz 1 Buchst. a Sätze 1–4)	C. Behandlung der für Familienangehörige gezahlten Beiträge (Nr. 3 Sätze 2 und 3) 167
1. Grundsatz: Beiträge, die zur Erlangung eines sozialhilfegleichen Versorgungsniveaus erforderlich sind (Buchst. a Satz 1) ... 158	

**Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 3a:
Beiträge zu sonstigen Versicherungen**

Anm.	Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 3a 170	gen sind 172
B. Begünstigte Versicherungssparten (Nr. 3a Halbs. 1)	II. Versicherungen gegen Arbeitslosigkeit 173
I. Kranken- und Pflegeversicherungen, soweit sie nicht nach Nr. 3 zu berücksichtigen sind	III. Erwerbs- und Berufsunfähigkeitsversicherungen, die nicht unter Nr. 2 Satz 1 Buchst. b fallen 174
	IV. Unfallversicherungen 175

	Anm.
V. Haftpflichtversicherungen . . .	176
VI. Risikoversicherungen, die nur für den Todesfall eine Leistung vorsehen	177
C. Nicht begünstigte Versicherungsarten	180
D. Übergangsregelung für Renten- und Kapitalversicherungen, die vor 2005 abgeschlossen wurden (Nr. 3a Halbs. 2)	
I. Regelungsinhalt und verfassungsrechtliche Beurteilung	190
II. Von der Übergangsregelung erfasste Versicherungsarten	191

	Anm.
III. Zeitliche Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Übergangsregelung	192
IV. Weitere Anwendung der für den Abzug dieser Beiträge bis 2004 geltenden Sonderregelungen	
1. Sonderregelungen nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2–6 aF	193
2. Beschränkungen nach § 10 Abs. 2 Satz 2 aF	
a) Überblick	195
b) Voraussetzungen für das Abzugsverbot	196
c) Ausnahmen vom Abzugsverbot	197
d) Rechtsfolgen bei schädlicher Verwendung	198

**Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 4:
Gezahlte Kirchensteuer**

	Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 4	200
B. Begriff der Kirchensteuer	
I. Steuern öffentlich-rechtlicher Religionsgemeinschaften	203
II. Billigkeitsregelung für Beiträge an sonstige religiöse Gemeinschaften	206

	Anm.
C. Kein Abzug der abgeltenden Kirchensteuer (Nr. 4 Halbs. 2)	207
D. „Gezahlte“ Kirchensteuer, Behandlung von Erstattungen	208

**Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 5 aF:
Betreuungskosten für drei- bis fünfjährige Kinder (VZ 2006–2008)**

	Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 5	210
B. Aufwendungen für Dienstleistungen zur Betreuung eines drei- bis fünfjährigen Kindes (Nr. 5 Satz 1)	212

	Anm.
C. Ausschluss bestimmter Aufwendungen, Auslandskinder, Nachweiserfordernisse (Nr. 5 Sätze 2–4)	215

**Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 6 aF:
Steuerberatungskosten**

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 6	220	C. Verhältnis zum Betriebsausgaben- oder Werbungskostenabzug	225
B. Begriff der Steuerberatungskosten	221		

**Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 7:
Ausbildungskosten**

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 7	230	C. Anwendung der Nr. 7 bei Ehegatten (Nr. 7 Satz 2) . .	240
B. Aufwendungen für die eigene Berufsausbildung (Nr. 7 Satz 1)		D. Aufwendungen für eine auswärtige Unterbringung (Nr. 7 Satz 3)	241
I. Begriff der Berufsausbildung	232	E. Anwendung von Abzugsbeschränkungen (Nr. 7 Satz 4)	242
II. Begünstigte Aufwendungen	235		
III. Begrenzung des Abzugs auf einen Höchstbetrag	238		

**Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 8 aF:
Kinderbetreuungskosten wegen Ausbildung,
Behinderung oder Krankheit (VZ 2006–2008)**

	Anm.		Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 8		oder Krankheit (Nr. 8 Sätze 1 und 2)	256
I. Rechtsentwicklung des Abzugs von Kinderbetreuungskosten	250	III. Art der begünstigten Aufwendungen: Dienstleistungen zur Betreuung (Nr. 8 Sätze 1 und 4)	258
II. Bedeutung von Abs. 1 Nr. 8	251	IV. Höhe des Sonderausgabenabzugs (Nr. 8 Sätze 1 und 5)	260
III. Verhältnis der Vorschriften über Kinderbetreuungskosten zueinander	252	C. Sonderregelung für zusammenlebende Eltern (Nr. 8 Satz 3)	263
B. Aufwendungen für Dienstleistungen zur Betreuung eines Kindes wegen Ausbildung, Behinderung oder Krankheit (Nr. 8 Satz 1)		D. Nachweiserfordernisse (Nr. 8 Satz 6)	264
I. Voraussetzungen in der Person des Kindes: Haushaltzugehörigkeit, Altersgrenze .	255	E. Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 8 in der von 1990 bis 2001 geltenden Fassung: Aufwendungen für hauswirtschaftliche Beschäftigungsverhältnisse	265
II. Voraussetzungen in der Person des Steuerpflichtigen: Ausbildung, Behinderung			

**Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 9:
Schulgeld**

	Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 9	270
B. Voraussetzungen für den Abzug von Schulgeld ab VZ 2008	
I. Kind, für das der Steuerpflichtige Anspruch auf einen Kinderfreibetrag oder Kindergeld hat	275
II. Schulen, die in freier Trägerschaft oder überwiegend privat finanziert sind (Nr. 9 Satz 1)	277
III. Belegenheit der Schule (Nr. 9 Sätze 2 und 4)	278
IV. Anforderungen an den Schulabschluss (Nr. 9 Sätze 2 und 3)	
1. Schulen, die zu einem allgemein bildenden oder berufsbildenden Schul-, Jahrgangs- oder Berufsabschluss führen (Nr. 9 Satz 2)	281
2. Einrichtungen, die auf einen derartigen Abschluss ordnungsgemäß vorbereiten (Nr. 9 Satz 3)	282

	Anm.
V. Anforderungen an die Anerkennung des Schulabschlusses (Nr. 9 Satz 2)	283
C. Umfang des Abzugs ab VZ 2008	
I. Begriff des Schulgelds (Nr. 9 Satz 1)	285
II. Ermittlung des abziehbaren Teils des Schulgelds (Nr. 9 Satz 1)	286
III. Kindbezogener Höchstbetrag (Nr. 9 Satz 5)	287
D. Rechtslage bis VZ 2007	
I. Überblick	290
II. Bis VZ 2007 begünstigte Schulen	
1. Anknüpfung an die landesrechtlichen Schulgesetze	291
2. Staatlich genehmigte oder nach Landesrecht erlaubte Ersatzschulen	292
3. Anerkannte allgemein bildende Ergänzungsschulen	293
4. Schulen im Ausland	294

**Erläuterungen zu Abs. 2, 2a:
Voraussetzungen für den Abzug von Vorsorgeaufwendungen**

	Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 2, 2a	300
B. Kein unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang mit steuerfreien Einnahmen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 1)	305
C. Anforderungen an die Empfänger begünstigter Vorsorgeaufwendungen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2)	310
D. Zertifizierung und Datenübermittlung (Abs. 2 Sätze 2–5, Abs. 2a)	

	Anm.
I. Sachlicher und zeitlicher Anwendungsbereich (Abs. 2 Sätze 2 und 3, § 52 Abs. 24 Satz 2)	315
II. Besondere Voraussetzungen für Beiträge zur kapitalgedeckten Altersvorsorge (Abs. 2 Satz 2)	316
III. Besondere Voraussetzungen für Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge (Abs. 2 Satz 3)	317
IV. Korrekturmöglichkeiten (Abs. 2 Sätze 4 und 5)	318

	Anm.			Anm.
V. Einzelregelungen zur Datenübermittlung (Abs. 2a)				
1. Einwilligung und Widerruf (Abs. 2a Sätze 1–3)		320	2. Vornahme und Korrektur der Datenübermittlung (Abs. 2a Sätze 4–7, 10)	321
			3. Korrektur von Steuerbescheiden, Prüfung, Haftung (Abs. 2a Sätze 8, 9, 11–13)	322

**Erläuterungen zu Abs. 3:
Höchstbeträge für Altersvorsorgeaufwendungen**

	Anm.			Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 3				
I. Regelungsinhalt und Rechtsentwicklung		330	b) Besonderheiten bei Arbeitnehmern	344
II. Verfassungsmäßigkeit der Beschränkung auf einen Höchstbetrag (Abs. 3 Satz 1)		335	c) Besonderheiten bei Selbständigen	345
III. Verfassungsmäßigkeit der Übergangsregel: Begrenzung des Abzugs auf anfänglich 60 % (Abs. 3 Sätze 4, 6)			d) Rechtsschutzmöglichkeit auch gegen die Begrenzung des Sonderausgabenabzugs?	346
1. Überblick		337		
2. Vorgaben des BVerfG, verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstäbe		338	B. Ermittlung und Kürzung des Höchstbetrags	
3. Streit um Begriff und Umfang der Zweifachbesteuerung			I. Berechnungsschema, Beispiele	350
a) Personengruppen, die von Zweifachbesteuerungen betroffen sind		339	II. Allgemeiner Höchstbetrag (Abs. 3 Sätze 1 und 2)	351
b) Gründe für die Unterschiedlichkeit der Ergebnisse		340	III. Kürzung des Höchstbetrags (Abs. 3 Satz 3)	
c) Rechtliche Überprüfung der den Berechnungen zugrunde liegenden Annahmen		341	1. Persönlicher Anwendungsbereich der Kürzungsvorschrift	
d) Eigene Auffassung zum Umfang der Zweifachbesteuerung		342	a) Rechtslage ab VZ 2008	353
4. Verfassungswidrigkeit der fehlenden Abstimmung zwischen Sonderausgabenabzug und späterer Besteuerung			b) Rechtslage bis VZ 2007	354
a) Beurteilung anhand der verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstäbe		343	2. Umfang der Kürzung	356
			IV. Beschränkung des Abzugs während der bis zum Jahr 2024 laufenden Übergangszeit (Abs. 3 Sätze 4 und 6)	357
			V. Abzug des steuerfreien Arbeitgeberanteils (Abs. 3 Sätze 5 und 7)	359
			C. Erläuterungen zu Abs. 3 in der bis VZ 2004 geltenden Fassung	
			I. Ausgestaltung des Abs. 3 bis VZ 2004	
			1. Anwendungsbereich	361
			2. Höchstbeträge nach Abs. 3 Nr. 1–4 aF	362

Anm.	Anm.
3. Kürzung des Vorwegabzugs (Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 aF) 363	II. Verfassungsmäßigkeit des Abs. 3 in den bis VZ 2004 geltenden Fassungen 365

**Erläuterungen zu Abs. 4:
Höchstbeträge für sonstige Vorsorgeaufwendungen**

Anm.	Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 4	C. „Kleiner Höchstbetrag“ (Abs. 4 Satz 2) 388
I. Überblick 380	D. Behandlung von Ehegatten (Abs. 4 Satz 3) 390
II. Verfassungsrechtliche Beurteilung der Abzugsbeschränkung 383	E. Unbeschränkter Abzug von Vorsorgeaufwendungen iSd. Abs. 1 Nr. 3 (Abs. 4 Satz 4) 391
B. „Großer Höchstbetrag“ (Abs. 4 Satz 1) 385	

**Erläuterungen zu Abs. 4a:
Günstigerprüfung von Amts wegen**

Anm.	Anm.
A. Überblick 400	Verträgen“ (Abs. 4a Sätze 1 und 3) 403
B. Abzug nach den allgemeinen Regeln der Abs. 3, 4 nF 402	D. Abzug sämtlicher Vorsorgeaufwendungen (einschließlich der Beiträge zu „Rürup-Verträgen“) nach Abs. 3 aF (Abs. 4a Sätze 1 und 2) 404
C. Abzug der Vorsorgeaufwendungen nach Abs. 3 aF, zusätzlich Abzug der Beiträge zu „Rürup-	

**Erläuterungen zu Abs. 5:
Verordnungsermächtigung**

Anm.	Anm.
A. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 5 420	I. Überblick 425
B. Regelungsinhalt ab VZ 2010 (Aufteilung von Beiträgen zu privaten Krankenversicherungen) 423	II. Voraussetzungen für die Durchführung einer Nachversteuerung 426
C. Fortgeltender Regelungsinhalt des Abs. 5 aF iVm. §§ 29, 30 EStDV	III. Durchführung der Nachversteuerung
	1. Anzeigepflichten (§ 29 EStDV) 430
	2. Festsetzung der Nachsteuer (§ 30 EStDV) 431

ABC der Sonderausgaben 500

Allgemeine Erläuterungen zu § 10

A. Grundinformation zu § 10

1

Inhalt: § 10 Abs. 1 enthält in Nr. 1–9 eine abschließende Aufzählung von SA-Tatbeständen. Eine gesetzliche Definition des Begriffs der SA gibt es nicht; auch im Wege der Auslegung können die einzelnen SA-Tatbestände nicht auf eine gemeinsame begriffliche Wurzel zurückgeführt werden (näher zum Begriff der SA und zu Einteilungsmöglichkeiten s. Anm. 30). Abs. 2–5 enthalten Sonderregelungen für den Abzug von Vorsorgeaufwendungen (s. den Überblick in Anm. 120). Auch außerhalb des § 10 sieht das Gesetz weitere SA-Tatbestände vor (s. Anm. 17).

Bedeutung, Funktion und Rechtsprinzipien: Vorschriften über den Abzug von SA gehören zum Kernbestand des ESt-Rechts; die grundlegenden Tatbestände waren bereits im PrEStG 1891 enthalten (s. Anm. 3). Gleichwohl gehört die Vorschrift zu denjenigen des EStG, die mit am häufigsten geändert worden ist (zur Rechtsentwicklung s. Anm. 4).

SA stellen Aufwendungen außerhalb der Einkunftserzielungssphäre dar. Im Gesetz sind sie daher erst im Anschluss an die Vorschriften über BA und WK geregelt; zur Ermittlung des zu versteuernden Einkommens sind sie vom Gesamtbetrag der Einkünfte abzuziehen (§ 2 Abs. 4). Einzelne SA-Tatbestände dienen der Verwirklichung des subjektiven Nettoprinzips (insbes. Unterhaltsleistungen, Vorsorgeaufwendungen, Ausbildungskosten; näher Anm. 8) und sind damit jedenfalls dem Grunde nach verfassungsrechtl. geboten. Andere der durch § 10 eröffneten Abzugsmöglichkeiten verdanken ihre Existenz schlicht dem politischen Willen des Gesetzgebers, bestimmte von ihm als förderungswürdig erachtete Verhaltensweisen stl. zu privilegieren.

Nicht mehr systemgerecht ist seit VZ 2005 die Einordnung der Altersvorsorgeaufwendungen in § 10, da deren Abzug angesichts der vollen StPflcht der später bezogenen Alterseinkünfte bereits durch das *objektive* Nettoprinzip geboten wird und sie daher ihrer Rechtsnatur nach WK darstellen (näher Anm. 122).

Einstweilen frei.

2

B. Rechtsentwicklung des § 10

I. Entwicklung bis zum EStG 1934

3

PrEStG v. 24.6.1891 (PrGS 1891, 175): § 9 Abs. 1 enthielt – noch ohne systematische Einordnung und vermischt mit BA/WK – Abzugstatbestände für Schuldzinsen, Renten und dauernde Lasten (Nr. 2, 3) und bestimmte Versicherungsbeiträge (Nr. 6, 7). Diese Regelungen wurden weitgehend in § 8 Abs. 2 PrEStG v. 19.6.1906 (PrGS 1906, 259) übernommen. Ausführlich zur Rechtsentwicklung von 1891 bis 1934 SÖHN, StuW 1985, 395.

EStG 1920 v. 29.3.1920 (RGBl. I 1920, 359): In § 13 Satz 1 wurden Schuldzinsen, Renten und dauernde Lasten (Nr. 2), bestimmte Versicherungsbeiträge (Nr. 3–5) und Beiträge an gemeinnützige Vereinigungen (Nr. 7) als abzugsfähig bezeichnet.

EStG 1925 v. 10.8.1925 (RGBl. I 1925, 189): Mit der Einführung des Begriffs der „Sonderleistungen“ wurde erstmals eine systematische Trennung von den

Erwerbsaufwendungen vorgenommen. Abziehbar waren Schuldzinsen, Renten und dauernde Lasten (§ 15 Abs. 1 Nr. 3), Versicherungsbeiträge (§ 17 Abs. 1 Nr. 1–3), Aufwendungen für die Fortbildung im ausgeübten (!) Beruf (§ 17 Abs. 1 Nr. 4) und KiSt. (§ 17 Abs. 1 Nr. 5).

ESTG 1934 v. 16.10.1934 (RGBl. I 1934, 1005; RStBl. 1934, 1261): § 10 Abs. 1 enthielt die SA-Tatbestände, und zwar einen Pauschalabzug für die Beschäftigung von Hausgehilfinnen (Nr. 1), den Abzug aller Schuldzinsen und der auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhenden Renten und dauernden Lasten (Nr. 2), von KiSt. (Nr. 3), bestimmten Versicherungsbeiträgen (Nr. 4) und von Beiträgen an Bausparkassen (Nr. 5). Für die beiden letztgenannten Tatbestände waren in Abs. 2 Höchstbeträge festgelegt. Abs. 3 sah einen SA-Pauschalbetrag von 200 RM und Abs. 4 für den Fall der nicht ganzjährigen StPflcht einen monatsweise anteiligen Ansatz der in Abs. 2 und 3 genannten Beträge vor. SA-Tatbestände außerhalb des § 10 gab es noch nicht.

4

II. Änderungen des ESTG 1934

ÄndG v. 1.2.1938 (RGBl. I 1938, 99; RStBl. 1938, 97): Einschränkung des KiSt-Abzugs der Höhe nach (Abs. 1 Nr. 3) und Einführung eines Verlustabzugs für buchführende Land- und Forstwirte und Gewerbetreibende (Abs. 1 Nr. 6).

ÄndG v. 17.2.1939 (RGBl. I 1939, 283; RStBl. 1939, 305): Streichung der Abzugstatbestände für Hausgehilfinnen (Abs. 1 Nr. 1), KiSt. (Abs. 1 Nr. 3) sowie des Pauschalbetrags (Abs. 3)

ESTG 1939 v. 27.2.1939 (RGBl. I 1939, 297; RStBl. 1939, 337): Mit der Neubekanntmachung des ESTG wurden – ohne inhaltliche Änderung – die Abzugstatbestände des Abs. 1 neu nummeriert und sämtliche Sonderregelungen für Vorsorgeaufwendungen in Abs. 2 zusammengefasst.

KRG Nr. 12 v. 11.2.1946 (StuZBl. BritZ 1946, 2): Streichung des Abzugs von Beiträgen an Bausparkassen (Abs. 1 Nr. 3), Beschränkung des Abzugs von Versicherungsbeiträgen auf Sozialversicherungsbeiträge (Abs. 1 Nr. 2) und Absenkung des entsprechenden Höchstbetrags (Abs. 3); Einführung eines neuen Abzugstatbestands für gezahlte VSt. (Abs. 1 Nr. 3).

MRG Nr. 64 (StNeuordnungsG) v. 22.6.1948 (StuZBl. BritZ 1948, 123): § 10 wurde vollständig neu gefasst. Unverändert abziehbar blieben Schuldzinsen, Renten und dauernde Lasten (Abs. 1 Nr. 1); der Katalog der abziehbaren Versicherungsbeiträge wurde wieder erweitert (Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a), die Abziehbarkeit von Beiträgen an Bausparkassen wieder eingeführt und um Beiträge an Wohnungsgenossenschaften und andere Kapitalsammelstellen ergänzt (Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b–d). Neu war der Abzug von Spenden, Aufwendungen für die Wiederbeschaffung von Hausrat oder Kleidung und Teilen des nicht entnommenen Gewinns (Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e, f, Nr. 3). Der Abzug der VSt. wurde gestrichen und durch den Abzug der KiSt. (Abs. 1 Nr. 5) ersetzt.

2. StNeuordnungsG v. 20.4.1949 (StuZBl. BritZ 1949, 135): Wiedereinführung des VStAbzugs (Abs. 1 Nr. 6), Erweiterung des Verlustabzugs (Abs. 1 Nr. 4) und der Begünstigung des nicht entnommenen Gewinns (Abs. 1 Nr. 3), Anhebung der Höchstbeträge für Vorsorgeaufwendungen (Abs. 2 Nr. 3).

StÄndG v. 29.4.1950 (BGBl. 1950, 95): Der Abzugstatbestand für Wiederbeschaffungsaufwendungen wurde von Abs. 1 Nr. 2 Buchst. f nach § 33 Abs. 2 und die Begünstigung des nicht entnommenen Gewinns von Abs. 1 Nr. 3 nach

§ 10a überführt. Damit begann die „Auslagerung“ von SA-Tatbeständen aus § 10 in eigenständige Paragraphen.

StÄndG v. 27.6.1951 (BGBl. I 1951, 411; BStBl. I 1951, 223): Die Regelungen zum Verlustabzug (Abs. 1 Nr. 4) wurden geändert und die Vorschriften zum Spendenabzug von Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e nach § 10b überführt.

StÄndG v. 24.6.1953 (BGBl. I 1953, 413; BStBl. I 1953, 192): Wegfall des Abzugs für Beiträge an andere Kapitalsammelstellen als Bausparkassen (Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c, d), Einführung eines Kreditaufnahmeverbots und eines Abtretungs- und Beleihungsverbots mit einer Nachversteuerungsregelung für Vorsorgeaufwendungen (Abs. 1 Nr. 2 Sätze 2ff.), Änderung der Höchstbeträge für Vorsorgeaufwendungen (Abs. 2 Nr. 3).

StNeuordnungsG v. 16.12.1954 (BGBl. I 1954, 373; BStBl. I 1954, 575): Abs. 1 wurde neu gefasst und ließ nunmehr Schuldzinsen, Renten und dauernde Lasten (Nr. 1), Beiträge an bestimmte Versicherungen (Nr. 2) und Bausparkassen (Nr. 3), Beiträge an Kapitalsammelstellen bis VZ 1957 (Nr. 4), KiSt. (Nr. 5), VSt. (Nr. 6), Lastenausgleichsabgaben (Nr. 7) und Beiträge nach dem Kindergeldrecht (Nr. 8) zum Abzug zu. Der Nachversteuerungstatbestand wurde vereinfacht und in Abs. 2 überführt; die Regelungen zu den Höchstbeträgen für Vorsorgeaufwendungen wurden nochmals neu gefasst und in Abs. 3 überführt. In § 10c wurde ein SA-Pauschbetrag geschaffen und der Verlustabzug nach § 10d überführt.

StÄndG v. 5.10.1956 (BGBl. I 1956, 781; BStBl. I 1956, 433): Wiedereinführung des erst mit dem StNeuordnungsG abgeschafften Kreditaufnahmeverbots für Vorsorgeaufwendungen (Abs. 1 Satz 2, 3); Abschwächung der Regelungen über die Nachversteuerung (Abs. 2); für die VZ 1956–1958 befristete Anhebung der Höchstbeträge für Vorsorgeaufwendungen (Abs. 3 Nr. 3).

Ges. zur Änd. des StÄndG v. 19.12.1956 (BGBl. I 1956, 918; BStBl. I 1957, 4): An den durch das StÄndG vorgenommenen Änderungen wurden zahlreiche Korrekturen vorgenommen; ferner wurde die Begünstigung von Beiträgen an Kapitalsammelstellen – beschränkt auf den VZ 1956 – erweitert.

StÄndG v. 18.7.1958 (BGBl. I 1958, 473; BStBl. I 1958, 412): Verschärfung der Anforderungen an Versicherungen gegen Einmalbeitrag (Abs. 1 Nr. 2), Änderungen bei den Nachversteuerungstatbeständen (Abs. 2), Anhebung der Höchstbeträge für Vorsorgeaufwendungen auf 1100/2200 DM (Abs. 3), die sich bei über 50-jährigen bis VZ 1963 nochmals verdoppelten; nach dem Auslaufen von Abs. 1 Nr. 4 wurden Abs. 1 Nr. 5–8 zu Nr. 4–7 umgruppiert.

StÄndG 1960 v. 30.7.1960 (BGBl. I 1960, 616; BStBl. I 1960, 514): Die Möglichkeit des Abzugs von Beiträgen an Bausparkassen wurde eingeschränkt (Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Nr. 2).

StÄndG 1961 v. 13.7.1961 (BGBl. I 1961, 981; BStBl. I 1961, 444): Als zusätzlicher Höchstbetrag für Vorsorgeaufwendungen wurde ein Vorwegabzug von 500/1000 DM eingeführt, der bei ArbN um den streifen ArbG-Anteil zum Rentenversicherungsbeitrag gekürzt wurde (Abs. 3 Nr. 3 Buchst. d).

Ges. zur Änd. des EStG v. 25.11.1963 (BGBl. I 1963, 845; BStBl. I 1963, 798): Verlängerung der bis VZ 1963 befristeten Verdoppelung der Höchstbeträge für Vorsorgeaufwendungen für über 50-jährige bis zum 31.12.1964 (Abs. 3 Nr. 3 Buchst. b).

StÄndG 1964 v. 16.11.1964 (BGBl. I 1964, 885; BStBl. I 1964, 553): Die Abzugstatbestände für Lastenausgleichsabgaben und kindergeldrechtl. Beiträge

(Abs. 1 Nr. 6, 7) wurden redaktionell geändert, die ausdrückliche Abzugsmöglichkeit für SA zugunsten des Ehegatten oder der Kinder (Abs. 3 Nr. 1) wurde gestrichen, die bisher befristete Verdoppelung der Höchstbeträge für ältere Stpfl. unbefristet gewährt (Abs. 3 Nr. 2 Buchst. b) und die Höchstbeträge für den Vorwegabzug (Abs. 3 Nr. 2 Buchst. d) auf 1000/2000 DM verdoppelt.

StÄndG 1965 v. 14.5.1965 (BGBl. I 1965, 377; BStBl. I 1965, 217): Verlängerung der für die Begünstigung von Versicherungen auf den Erlebensfall erforderlichen Mindestdauer der laufenden Beitragsleistung von 5 auf 7 Jahre (Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b); Einführung eines neuen Abzugstatbestands für StBeratungskosten ab VZ 1965 (Abs. 1 Nr. 8).

StÄndG 1966 v. 23.12.1966 (BGBl. I 1966, 702; BStBl. I 1967, 2): Für Versicherungen auf den Erlebensfall wurde die Begünstigung an eine Mindestvertragsdauer von 12 Jahren (bei älteren Stpfl. 7 Jahren) geknüpft (Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b), die Sperrfristen des Abs. 2 wurden verlängert, in Abs. 4 wurde ein Kumulierungsverbot eingeführt, das die gleichzeitige Gewährung von Wohnungsbau- oder Sparprämien einerseits und des SA-Abzugs für Bausparbeiträge andererseits ausschloss.

StÄndG 1968 v. 20.2.1969 (BGBl. I 1969, 141; BStBl. I 1969, 116): Einführung eines neuen Abzugstatbestands für Aufwendungen für die Berufsausbildung oder Weiterbildung des Stpfl. ab VZ 1969 (Abs. 1 Nr. 9), Erstreckung der Altersverdoppelung der Höchstbeträge für Vorsorgeaufwendungen auch auf 49-jährige Stpfl. (Abs. 3 Nr. 2 Buchst. b).

2. KVÄndG v. 21.12.1970 (BGBl. I 1970, 1770; BStBl. I 1971, 114): In Abs. 1 und 3 wurden Folgeänderungen wegen Neuregelungen im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung vorgenommen.

StÄndG 1973 v. 26.6.1973 (BGBl. I 1973, 676; BStBl. I 1973, 545): Streichung des Schuldzinsenabzugs ab VZ 1974 (Abs. 1 Nr. 1 aF; s. Anm. 500 „Schuldzinsenabzug“); der Abzug von Renten und dauernden Lasten blieb hingegen möglich.

EStReformG v. 5.8.1974 (BGBl. I 1974, 1769; BStBl. I 1974, 530): In § 10 wurden mit Wirkung ab VZ 1975 erhebliche Änderungen vorgenommen, die der Vorschrift ihre weitgehend bis 2004 geltende Gestalt gaben. In Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b wurden die Abzugsvoraussetzungen für Beiträge zu Versicherungen auf den Erlebens- und Todesfall neu systematisiert; die Abzugstatbestände für VSt. und kindergeldrechtl. Beiträge (Abs. 1 Nr. 5, 7) wurden – unter Aufrücken der folgenden Nummern – gestrichen. Die zusätzlichen Voraussetzungen für den Abzug von Vorsorgeaufwendungen wurden in Abs. 2 zusammengefasst: Kreditaufnahmeverbot (Abs. 2 Nr. 1, bisher Abs. 1 Sätze 2 und 3), kein Zusammenhang mit streifen Einnahmen (Abs. 2 Nr. 2, Teilbereiche bisher in Abs. 1 Satz 4 geregelt), grds. inländ. Sitz der Beitragsempfänger (Abs. 2 Nr. 3, bisher Abs. 3 Nr. 1). Die Vorschrift über die Höchstbeträge für Vorsorgeaufwendungen (Abs. 3) wurde – unter Erhöhung der allgemeinen Höchstbeträge auf 1800/3600 DM und des Vorwegabzugs auf 1500/3000 DM sowie unter Wegfall der bisherigen Altersverdoppelung – neu gefasst. Die Regelungen über das Kumulierungsverbot für Bausparbeiträge wurden von Abs. 4 auf die Abs. 4 und 5 ausgedehnt und die Nachversteuerungstatbestände von Abs. 2 in Abs. 6 überführt.

Mit dem ursprünglichen Gesetzentwurf waren erheblich weitergehende Ziele verfolgt worden, die aber im Gesetzgebungsverfahren aufgegeben worden sind. So war vor allem geplant, Vorsorgeaufwendungen nicht mehr bei der Ermittlung der Bemessungs-

grundlage, sondern erst von der StSchuld abzuziehen, um eine vom persönlichen StSatz unabhängige Entlastungswirkung zu erreichen (BTDrucks. 7/1470, 214; s. auch Anm. 8).

EG-EStReformG v. 21.12.1974 (BGBl. I 1974, 3656; BStBl. I 1975, 2): Schaffung einer weiteren Ausnahme vom Kumulierungsverbot mit Sparprämien (Abs. 5 Satz 2 Nr. 2).

Ges. zur Förderung von Wohnungseigentum v. 23.3.1976 (BGBl. I 1976, 737; BStBl. I 1976, 259): Der Begriff des „Baudarlehens“ und damit die Möglichkeit des Abzugs von Bausparbeiträgen wurde erweitert (Abs. 1 Nr. 3 Satz 2).

StÄndG 1977 v. 16.8.1977 (BGBl. I 1977, 1586; BStBl. I 1977, 442): Anhebung der Grundhöchstbeträge für Vorsorgeaufwendungen auf 2100/4200 DM (Abs. 3 Nr. 1), Erstreckung der Vorschrift über die Kürzung des Vorwegabzugs auch auf Beamte (Abs. 3 Nr. 2 Satz 2), Neufassung des Nachversteuerungstatbestands für Bausparbeiträge (Abs. 6 Nr. 2).

StÄndG 1979 v. 30.11.1978 (BGBl. I 1978, 1849; BStBl. I 1978, 479): Redaktionelle Änderung des Einleitungssatzes des Abs. 1, Einführung eines auf 9000 DM begrenzten Realsplittings für Unterhaltsleistungen an den geschiedenen oder dauernd getrennt lebenden Ehegatten (Abs. 1 Nr. 1; die bisherige Nr. 1 wird Nr. 1a), Ausdehnung der Kinderkomponente des Grundhöchstbetrags für Vorsorgeaufwendungen auf Kinder, die dem anderen Elternteil zugeordnet sind (Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 Buchst. b), Erhöhung des Vorwegabzugs auf 2500/5000 DM (Abs. 3 Nr. 2).

Ges. zur Änd. des EntwLänderStG und des EStG v. 21.5.1979 (BGBl. I 1979, 558; BStBl. I 1979, 288): Redaktionelle Folgeänderung des in Abs. 3 Nr. 2 Buchst. a enthaltenen Verweises auf § 3 Nr. 62.

StEntlG 1981 v. 16.8.1980 (BGBl. I 1980, 1381; BStBl. I 1980, 534): Erhöhung des Grundhöchstbetrags auf 2340/4680 DM und des Vorwegabzugs auf 3000/6000 DM (Abs. 3 Nr. 1, 2).

Ges. zur Änd. und Vereinfachung des EStG v. 18.8.1980 (BGBl. I 1980, 1537; BStBl. I 1980, 581): Versicherungsbeiträge ohne Sparanteil wurden vom Kreditaufnahmeverbot ausgenommen (Abs. 2 Nr. 1); die nachträgliche Änderung der Wahl zwischen dem SA-Abzug für Bausparbeiträge und der Wohnungsbauprämie wurde ermöglicht (Streichung von Abs. 4 Satz 4).

SubvAbG v. 26.6.1981 (BGBl. I 1981, 537; BStBl. I 1981, 523): Ausschluss des Abzugs von Vorsorgeaufwendungen, wenn diese vermögenswirksame Leistungen darstellen, für die eine ArbNSparzulage gewährt wird (Abs. 2 Nr. 4); im Gegenzug Streichung von Abs. 5 Satz 2.

2. HStruktG v. 22.12.1981 (BGBl. I 1981, 1523; BStBl. I 1982, 235): Der Nachversteuerungstatbestand für Bausparbeiträge wurde zugunsten von Mietern gelockert (Abs. 6 Nr. 2 Satz 3).

Ges. zur Förderung der Rückkehrbereitschaft von Ausländern v. 28.11.1983 (BGBl. I 1983, 1377; BStBl. I 1983, 565): Der Nachversteuerungstatbestand für Bausparbeiträge wurde zugunsten ausreisender Ausländer gelockert (Abs. 6 Nr. 2 Satz 2 Buchst. e).

StBereinG 1985 v. 14.12.1984 (BGBl. I 1984, 1493; BStBl. I 1984, 659): Redaktionelle Änderung der in Abs. 2 Nr. 4 enthaltenen Verweisung auf das VermBG.

StSenkG 1986/1988 v. 26.6.1985 (BGBl. I 1985, 1153; BStBl. I 1985, 391): Verdoppelung des Höchstbetrags für das Realsplitting auf 18000 DM (Abs. 1 Nr. 1), Wegfall der Kinderkomponente des Grundhöchstbetrags (Abs. 3 Nr. 1).

Satz 2), Änderungen der Regelungen über das Kumulierungsverbot bei Bausparbeiträgen (Abs. 4 Satz 3, Abs. 5).

WoVereinfG 1985 v. 11.7.1985 (BGBl. I 1985, 1277; BStBl. I 1985, 498): Einschränkung des Begriffs des „Baudarlehens“ (Streichung von Abs. 1 Nr. 3 Satz 2).

Ges. über eine Wiedereingliederungshilfe im Wohnungsbau für rückkehrende Ausländer v. 18.2.1986 (BGBl. I 1986, 280; BStBl. I 1986, 123): Ausdehnung der Ausnahme vom Nachversteuerungstatbestand für Bausparbeiträge zugunsten ausreisender Ausländer (Abs. 6 Nr. 2 Satz 2 Buchst. e).

Zweites VermögensbeteiligungsG v. 19.12.1986 (BGBl. I 1986, 2595; BStBl. I 1987, 231): Redaktionelle Änderung der in Abs. 2 Nr. 4 enthaltenen Verweisung auf das VermBG.

StReformG 1990 v. 25.7.1988 (BGBl. I 1988, 1093; BStBl. I 1988, 224): Mit Wirkung ab VZ 1990 wurden erhebliche Änderungen in § 10 vorgenommen. Die (allerdings nur deklaratorische) Vorschrift des Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 wurde aufgehoben und der SA-Abzug für Bausparbeiträge auf 50 % der Beiträge begrenzt (Abs. 1 Nr. 3). Abs. 1 Nr. 5 begünstigte nun nicht mehr (die bereits weitgehend abgewickelten) Lastenausgleichsabgaben, sondern Nachforderungs-, Stundungs- und Aussetzungszinsen. Die besondere Begünstigung hauswirtschaftlicher Ausbildungen (Abs. 1 Nr. 7 Satz 4) wurde gestrichen, das für Vorsorgeaufwendungen bisher geltende Kreditaufnahmeverbot (Abs. 2 Nr. 1) aufgehoben. Die Vorschrift über die Höchstbeträge für Vorsorgeaufwendungen (Abs. 3) wurde – unter Erhöhung des Vorwegabzugs auf 4000/8000 DM – neu gefasst. Das Kumulierungsverbot für Bausparbeiträge (Abs. 5) wurde aufgehoben, das Wahlrecht in Abs. 4 blieb erhalten.

Ges. zur Änd. des StRefG 1990 v. 30.6.1989 (BGBl. I 1989, 1267; BStBl. I 1989, 251): Einführung eines neuen Abzugstatbestands für rentenversicherungspflichtige hauswirtschaftliche Beschäftigungsverhältnisse (Abs. 1 Nr. 8).

RentenreformG 1992 v. 18.12.1989 (BGBl. I 1989, 2261; BStBl. I 1990, 113): Abs. 3 Nr. 2 Buchst. b wurde redaktionell an Änderungen im Rentenversicherungsrecht angepasst.

WoBauFG v. 22.12.1989 (BGBl. I 1989, 2408; BStBl. I 1989, 505): Die Vorschrift über das Realsplitting wurde unter Erhöhung des Höchstbetrags auf 27000 DM neu gefasst (Abs. 1 Nr. 1); in Abs. 3 und 4 wurden redaktionelle Änderungen vorgenommen.

Ges. über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion v. 25.6.1990 (BGBl. II 1990, 518; BStBl. I 1990, 294): Verschärfung der Nachversteuerungsregelung für Bausparbeiträge (Abs. 5 Nr. 2 Satz 4).

Kultur- und StiftungsförderungsG v. 13.12.1990 (BGBl. I 1990, 2775; BStBl. I 1991, 51): Für ältere Stpfl. aus den neuen Bundesländern wurde die Mindestvertragsdauer für Versicherungen auf den Erlebensfall befristet bis VZ 1996 auf 6 Jahre herabgesetzt (Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b Sätze 2, 3); in Abs. 1 Nr. 9 wurde ab VZ 1991 ein neuer Abzugstatbestand für Schulgeld geschaffen.

StÄndG 1992 v. 25.2.1992 (BGBl. I 1992, 297; BStBl. I 1992, 146): Einschränkungen beim Abzug von Beiträgen zu Renten- oder Kapitalversicherungen, die der Tilgung oder Sicherung eines Darlehens dienen (Abs. 2 Satz 2); Änderungen bei den Nachversteuerungstatbeständen (Abs. 5).

ZinsabschlagG v. 9.11.1992 (BGBl. I 1992, 1853; BStBl. I 1992, 682): In Abs. 3 wurde der Grundhöchstbetrag auf 2610/5220 DM und der Vorweg-

abzug auf 6000/12000 DM erhöht und die Regelung über die Kürzung des Vorwegabzugs weiter ausdifferenziert.

StMBG v. 21.12.1993 (BGBl. I 1993, 2310; BStBl. I 1994, 50): Schaffung der Möglichkeit, begünstigte Vorsorgeaufwendungen auch an Unternehmen aus anderen EG-Staaten zu leisten (Abs. 2 Nr. 2); Vereinfachung der Vorschrift über die Kürzung des Vorwegabzugs für Vorsorgeaufwendungen (Abs. 3 Nr. 2 Satz 2); Änderung beim Nachversteuerungstatbestand für Bausparbeiträge (Abs. 5 Nr. 3 Buchst. e).

PflegeVG v. 26.5.1994 (BGBl. I 1994, 1014; BStBl. I 1994, 531): Erweiterung des Katalogs in Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a auf Pflegeversicherungen, Schaffung einer neuen Abzugsmöglichkeit für Beiträge zu einer zusätzlichen freiwilligen Pflegeversicherung (Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c) mit einem eigenen Höchstbetrag für nach dem 31.12.1957 geborene Stpfl. (Abs. 3 Nr. 4).

Ges. zur Änd. des UmwStR v. 28.10.1994 (BGBl. I 1994, 3267; BStBl. I 1994, 839): Einführung einer Bagatelgrenze für die schädliche Verwendung von Lebensversicherungen (Abs. 2 Satz 2 Buchst. a).

JStG 1996 v. 11.10.1995 (BGBl. I 1995, 1250; BStBl. I 1995, 438): Abs. 1 Nr. 7 wurde unter Verdoppelung der Höchstbeträge auf 1800/2400 DM neu gefasst; die Tatbestände in Abs. 1 Nr. 8 und 9 wurden an die Änderungen beim Familienleistungsausgleich angepasst. In Abs. 3 wurde die Reihenfolge der Höchstbeträge der Nr. 3 und 4 getauscht.

Ges. zur Neuregelung der strechtl. Wohneigentumsförderung v. 15.12.1995 (BGBl. I 1995, 1783; BStBl. I 1995, 775): Streichung des Abzugs für Bausparbeiträge (Abs. 1 Nr. 3) und der dafür geltenden Sonderregelungen in Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b (Einschränkung bei ausländ. Bausparkassen), Abs. 4 (Wahlrecht zwischen SA-Abzug und Wohnungsbauprämie) und Abs. 5 Nr. 3 (Nachversteuerungstatbestand, insoweit bis VZ 2005 Übergangsregelung in § 52 Abs. 12 Satz 6 EStG 1996 = § 52 Abs. 24 Satz 5 EStG 2004).

JStG 1997 v. 20.12.1996 (BGBl. I 1996, 2049; BStBl. I 1996, 1523): Ausschluss der Begünstigung entgeltlich erworbener Lebensversicherungen (Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b Satz 5); entsprechende Anwendung von Abzugsbeschränkungen für BA und WK auf Ausbildungskosten (Abs. 1 Nr. 7 Satz 5); Neufassung von Abs. 1 Nr. 8 und Erhöhung des Höchstbetrags auf 18000 DM.

StEntlG 1999/2000/2002 v. 24.3.1999 (BGBl. I 1999, 402; BStBl. I 1999, 304): In Abs. 1 wurde Nr. 5 (StZinsen) ab VZ 1999 aufgehoben und durch eine Änderung in Nr. 8 Satz 1 sichergestellt, dass geringfügige hauswirtschaftliche Beschäftigungsverhältnisse auch weiterhin nicht begünstigt waren.

StEuglG v. 19.12.2000 (BGBl. I 2000, 1790; BStBl. I 2001, 3): Umstellung der in § 10 enthaltenen DM-Beträge auf Euro (keine materiell-rechtl. Änderungen).

2. Ges. zur Familienförderung v. 16.8.2001 (BGBl. I 2001, 2074; BStBl. I 2001, 533): Streichung von Abs. 1 Nr. 8 (Aufwendungen für hauswirtschaftliche Beschäftigungsverhältnisse) ab VZ 2002.

3. Ges. für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt v. 23.12.2003 (BGBl. I 2003, 2848; BStBl. I 2004, 114): In Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a wurde das Wort „Bundesanstalt“ durch „Bundesagentur“ ersetzt.

HBeglG 2004 v. 29.12.2003 (BGBl. I 2003, 3076; BStBl. I 2004, 120): Begrenzung des Abzugs für Kapitalversicherungen und Rentenversicherungen mit Kapitalwahlrecht auf 88 % der Beiträge (Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b Satz 2).

AltEinkG v. 5.7.2004 (BGBl. I 2004, 1427; BStBl. I 2004, 554): Dieses Gesetz bewirkte ab VZ 2005 erhebliche Änderungen in der stl. Behandlung von Vorsorgeaufwendungen. So wurde eine Differenzierung in begünstigte Altersvorsorgeaufwendungen (Abs. 1 Nr. 2 mit einer neu systematisierten Höchstbetragsregelung in Abs. 3) und sonstige begünstigte Vorsorgeaufwendungen (Abs. 1 Nr. 3 mit eigenen Höchstbeträgen in Abs. 4) eingeführt, wobei bis VZ 2019 noch das bisherige Recht für eine Günstigerprüfung heranzuziehen ist (Abs. 4a). Abs. 2 wurde – unter Wegfall des Ausschlusses der Begünstigung vermögenswirksamer Leistungen – neu gefasst. Die Vorschrift über die Nachversteuerung (Abs. 5) wurde wesentlich vereinfacht und im Anwendungsbereich auf Altverträge beschränkt. Ferner wurde Abs. 1 Nr. 1a Satz 2 an die Neufassung des § 22 Nr. 1 angepasst.

Ges. zur Änd. der AO und weiterer Ges. v. 21.7.2004 (BGBl. I 2004, 1753; BStBl. I 2005, 343): Abs. 1 Nr. 7 (Aufwendungen für die eigene Berufsausbildung) wurde unter Anhebung des Höchstbetrags auf 4000 € mit Rückwirkung auf den 1.1.2004 neu gefasst.

RVOrgG v. 9.12.2004 (BGBl. I 2004, 3242; BStBl. I 2004, 1156): Abs. 3 Satz 3 wurde infolge der Neuorganisation der Rentenversicherungsträger redaktionell angepasst.

Ges. zum Einstieg in ein stl. Sofortprogramm v. 22.12.2005 (BGBl. I 2005, 3682; BStBl. I 2006, 79): Die Vorschrift über den Abzug privater StBeratungskosten (Abs. 1 Nr. 6) wurde mit Wirkung ab VZ 2006 aufgehoben (s. dazu Anm. 220).

Ges. zur stl. Förderung von Wachstum und Beschäftigung v. 26.4.2006 (BGBl. I 2006, 1091; BStBl. I 2006, 350): Der Einleitungssatz des Abs. 1 wurde an die neue Kategorie „Abzug wie BA/WK“ angepasst; in Nr. 5 und 8 wurden mit Wirkung ab VZ 2006 neue Tatbestände zum Abzug von Kinderbetreuungskosten eingeführt.

StÄndG 2007 v. 19.7.2006 (BGBl. I 2006, 1652; BStBl. I 2006, 432): Abs. 1 Nr. 7 wurde an Änderungen in § 9 angepasst; in Abs. 1 Nr. 8 wurde die Altersgrenze für behinderte Kinder vom 27. auf das 25. Lebensjahr abgesenkt.

JSStG 2007 v. 13.12.2006 (BGBl. I 2006, 2878; BStBl. I 2007, 28): redaktionelle Änderungen in Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b, Nr. 3 Buchst. b und Nr. 9; Anfügung von Abs. 2 Nr. 2 Buchst. d; Verbesserungen bei der Günstigerprüfung des Abs. 4a.

RV-AltersgrenzenAnpG v. 20.4.2007 (BGBl. I 2007, 554): Einfügung eines neuen § 52 Abs. 24, der § 10 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b Satz 1 (Eintrittsalter für den Leibrentenbezug) mit Wirkung für Vertragsabschlüsse nach dem 31.12.2011 ändert.

UntStReformG 2008 v. 14.8.2007 (BGBl. I 2007, 1912; BStBl. I 2007, 630): Anfügung eines zweiten Halbsatzes in Abs. 1 Nr. 4 (KiSt. bei AbgeltungSt).

JSStG 2008 v. 20.12.2007 (BGBl. I 2007, 3150; BStBl. I 2008, 218): Neufassung von Abs. 1 Nr. 1a (Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen), Einfügung von Abs. 1 Nr. 1b (schuldrechtl. Versorgungsausgleich), Anfügung von Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 (geringfügige Rentenversicherungsbeiträge), Änderung von Abs. 1 Nr. 5 Satz 4 und Nr. 8 Satz 6 (Lockerung des Nachweiserfordernisses bei Kinderbetreuungskosten), Änderung von Abs. 3 Satz 3 (Kürzung des Höchstbetrags bei rentenversicherungsfreien Personen), Anfügung von Abs. 3 Satz 7 (Minderung des Abzugs bei geringfügigen Rentenversicherungsbeiträgen), Än-

derung von Abs. 4 Satz 2 (gekürzter Höchstbetrag auch bei Krankenversicherungsleistungen der Künstlersozialkasse).

KiFöG v. 10.12.2008 (BGBl. I 2008, 2403; BStBl. I 2009, 3): Änderung von Abs. 4 Satz 2 (gekürzter Höchstbetrag auch bei Krankenversicherungsleistungen für Tagesmütter).

JStG 2009 v. 19.12.2008 (BGBl. I 2008, 2794; BStBl. I 2009, 74): Neufassung von Abs. 1 Nr. 9 (Schulgeld auch für Auslandsschulen); Anfügung von Abs. 2 Sätze 2–10 (zusätzliche Voraussetzungen für Beiträge zu Rürup-Renten).

FamLeistG v. 22.12.2008 (BGBl. I 2008, 2955; BStBl. I 2009, 136): Überführung der Regelungen über Kinderbetreuungskosten von Abs. 1 Nr. 5 und 8 in § 9c.

Ges. zur Fortführung des Gesetzeslage 2006 bei der Entfernungspauschale v. 20.4.2009 (BGBl. I 2009, 774; BStBl. I 2009, 536): Die durch das StÄndG 2007 vorgenommenen Änderungen in Abs. 1 Nr. 7 werden wieder rückgängig gemacht.

BürgEntlG-KV v. 16.7.2009 (BGBl. I 2009, 1959; BStBl. I 2009, 782): Die Abziehbarkeit von Krankenversicherungsbeiträgen wurde aufgrund BVerfG v. 13.2.2008 – 2 BvL 1/06 (BVerfGE 120, 125) umfassend neu geregelt. Dies brachte in Abs. 1 die Einfügung von Nr. 1 Satz 2, die Neufassung von Nr. 3 und die Einfügung der Nr. 3a mit sich. Die technischen Regelungen zur Datenübermittlung bei Vorsorgeaufwendungen wurden weitgehend aus Abs. 2 Sätze 2–10 in den neuen Abs. 2a überführt. In Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 wurde der bisherige Verweis auf § 10c durch Aufnahme des dortigen Regelungswortlauts ersetzt. Die Höchstbeträge des Abs. 4 wurden wesentlich erweitert; in Abs. 5 wurde eine neue Verordnungsermächtigung aufgenommen.

Einstweilen frei.

5

III. Reformüberlegungen

6

Die zahlreichen EStReformvorschläge aus der 15. Legislaturperiode (KIRCHHOF, Einkommensteuergesetzbuch, 2003; LANG u.a., Kölner Entwurf eines Einkommensteuergesetzes, 2005; „Konzept 21“ der CDU/CSU v. 23.3.2004, BT-Drucks. 15/2745; Reformentwurf der FDP v. 14.1.2004, BTDrucks. 15/2349, erneut eingebracht am 15.2.2006 als BTDrucks. 16/679) sahen jeweils eine deutliche Reduzierung oder sogar weitgehende Abschaffung der SA-Tatbestände vor. Diese Entwürfe hatten aber wegen ihrer Einseitigkeit und der dadurch bedingten zu großen Distanz zu den gesellschaftlichen Realitäten keine Aussicht auf politische Umsetzung.

Seit der Bildung der großen Koalition in der 16. Legislaturperiode konzentriert sich die estl. Diskussion weitgehend auf das Unternehmenssteuerrecht. Weder das Steuerkapitel des Koalitionsvertrags zwischen CDU, CSU und SPD vom 11.11.2005 noch die Reformvorschläge der Stiftung Marktwirtschaft (www.neuesteuergesetzbuch.de) und des Sachverständigenrats (www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de) enthalten Aussagen zu geplanten Änderungen bei den SA. Daher wird die Rechtsentwicklung hier weiterhin durch punktuelle Änderungen, die weitgehend von der politischen Opportunität bestimmt werden, gekennzeichnet sein.

Einstweilen frei.

7

C. Bedeutung des § 10, Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

8

I. Bedeutung des § 10

SA stellen Aufwendungen außerhalb der Einkunftserzielungssphäre dar, die ohne die Existenz von Sondertatbeständen als Kosten der Lebensführung (§ 12 Nr. 1, 2) nicht abziehbar wären (BFH v. 4.3.1977 – VI R 168/75, BStBl. II 1977, 503). Sie sind vom Gesamtbetrag der Einkünfte abzuziehen, um das Einkommen zu ermitteln (§ 2 Abs. 4).

Steuersystematische Bedeutung: Zu den außergewöhnlichen Belastungen (§§ 33–33b) besteht systematisch eine große Nähe, die an sich auch in der Stellung der – gegenwärtig weit auseinandergerissenen – Tatbestände im Gesetz ihren Niederschlag finden müsste (ebenso Gutachten der StReformkommission 1971, BMF-Schriftenreihe Heft 17, Rn. II 419 ff.; TIPKE, StuW 1980, 1 [5]). Die Kerntatbestände sowohl der SA als auch der außergewöhnlichen Belastungen dienen der Verwirklichung einer sachgerechten Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, indem bestimmte private Aufwendungen stl. berücksichtigt werden, die der Stpfl. notwendig – oder jedenfalls vernünftigerweise – tätigen muss („indisponibles Einkommen“) und die daher seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit mindern („subjektives Nettoprinzip“, s. Einf. ESt. Anm. 542; BFH v. 9.2.1994 – IX R 110/90, BStBl. II 1995, 47 unter 2.a; mit beachtlichen Gründen kritisch zum Begriff des indisponiblen Einkommens WERNSMANN, StuW 1998, 317).

In diese Kategorie gehören – wobei der Grad der Indisponibilität unterschiedlich ist und das Leistungsfähigkeitsprinzip nicht bei allen genannten Aufwendungen die stl. Berücksichtigung zwingend gebietet (s. Anm. 9) – die Abzugstatbestände für Unterhaltsleistungen an den geschiedenen oder dauernd getrennt lebenden Ehegatten (Abs. 1 Nr. 1), die Weiterleitung von Einkünften im schuldrechtl. Versorgungsausgleich (Abs. 1 Nr. 1b), für Vorsorgeaufwendungen (Abs. 1 Nr. 3, 3a; zur systematischen Einordnung der *Altersvorsorgeaufwendungen* s.u.) und Aufwendungen für die eigene Berufsausbildung (Abs. 1 Nr. 7).

Andere SA-Tatbestände dienen nicht der Verwirklichung des Leistungsfähigkeitsprinzips durch Bereinigung der estl. Bemessungsgrundlage um indisponible Beträge, sondern sollen Verhaltensweisen begünstigen, die aus Sicht des Gesetzgebers förderungswürdig sind (PELKA, DStJG 5 [1982], 209 [229]). Der BFH spricht mitunter von „sozial-, wirtschafts- oder kulturpolitischen Gründen“ (BFH v. 4.3.1977 – VI R 168/75, BStBl. II 1977, 503). Zusammensetzung und Ausgestaltung dieser Tatbestände sind – je nach politischer Opportunität – ständigen Änderungen unterworfen. Insoweit wirken die §§ 10 ff. als Lenkungsnormen.

Hier sind zu nennen die Abzugstatbestände für bestimmte Versorgungsleistungen (Abs. 1 Nr. 1a; ebenso SÖHN, StuW 1985, 395 [403]), KiSt. (aA die wohl hL, s. Anm. 200), StBeratungskosten (Abs. 1 Nr. 6 bis VZ 2005; s. – auch zur Gegenauffassung – Anm. 220), Kinderbetreuungskosten (bis VZ 2008 Abs. 1 Nr. 5 und 8, ab VZ 2009 § 9c Abs. 2; hier steht nach dem erklärten Gesetzeszweck nicht etwa die Kinderbetreuung, sondern die Schaffung von Arbeitsplätzen im Vordergrund, s. Anm. 252), Schulgeld (Abs. 1 Nr. 9), Spenden (§ 10b), selbstbewohnte Baudenkmale (§ 10f) und bestimmte Kulturgüter (§ 10g).

In den Subventionsberichten der BReg. (zuletzt 21. Subventionsbericht v. 21.8.2007, BTDrucks. 16/6275, 87 ff.) sind §§ 10a, 10e–10g unter der Bezeichnung „StVergünstigungen“ und § 10 Abs. 1 Nr. 3, 4, 9 und § 10b unter der Bezeichnung „sonstige steuerliche Regelungen“ aufgeführt.

Seit VZ 2005 passen die Altersvorsorgeaufwendungen (Abs. 1 Nr. 2) systematisch nicht mehr zu den SA (ebenso § 10a seit VZ 2002). Richtigerweise sind diese Aufwendungen angesichts der vollen StPflcht der späteren Alterseinkünfte seither jedenfalls ihrer Rechtsnatur nach der Einkunftserzielungssphäre zuzuordnen (s. Anm. 122).

Die in der ersten Hälfte der 70er Jahre anlässlich des Entwurfs eines 3. StRefG (BTDrucks. 7/1470, dort §§ 89–96) geführte Debatte um die Frage, ob SA angesichts des progressiven Tarifs besser erst von der StSchuld abzuziehen seien, ist mittlerweile zur Ruhe gekommen (umfassend nochmals HAACKE, StKongRep. 1986, 47 [50 ff.]). Eine solche Umstellung wäre ohnehin nur für diejenigen SA-Tatbestände in Betracht gekommen, die Lenkungszwecke verfolgen. Soweit ein Abzugstatbestand hingegen das Leistungsfähigkeitsprinzip verwirklicht, ist die progressive Entlastungswirkung nur die systemnotwendige Kehrseite der progressiven Belastungswirkung auf der Einnahmenseite.

Bedeutung für die öffentlichen Haushalte: Nach der letztverfügbaren EST-Statistik für 2003 beliefen sich die abgezogenen SA auf insgesamt 107 Mrd. € (Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 2008, 599 f.). Sie lagen damit deutlich höher als die Summe aller Einkünfte aus Gewerbebetrieb, was die erhebliche Bedeutung der SA für die öffentlichen Haushalte zeigt.

II. Verfassungsmäßigkeit des § 10

9

Verfassungsrechtliche Pflicht zur Gewährung eines Sonderausgabenabzugs: Einige der in § 10 enthaltenen Tatbestände sind – wenn auch nicht unbedingt in allen Details ihrer gegenwärtigen Fassung, wohl aber dem Grunde nach – verfassungsrechtl. geboten, weil sie für eine gleichheitsgerechte Ausgestaltung der Einkommensbesteuerung am Maßstab des Leistungsfähigkeitsprinzips (subjektives Nettoprinzip) erforderlich sind. Dies gilt vor allem für Unterhaltsaufwendungen (Abs. 1 Nr. 1) und Vorsorgeaufwendungen für das Krankheits- und Pfliegerisiko (Abs. 1 Nr. 3). Der Abzug von *Altersvorsorgeaufwendungen* (Abs. 1 Nr. 2) ist schon deshalb verfassungsrechtl. zwingend, weil die späteren Alterseinkünfte in voller Höhe stpfl. sind; richtigerweise betrifft dies aber bereits das *objektive* Nettoprinzip (s. Anm. 122).

Alle anderen SA-Tatbestände sind uE verfassungsrechtl. nicht gegen eine Abschaffung geschützt. Allein das Kriterium der Unvermeidbarkeit (Indisponibilität) von Aufwendungen zwingt noch nicht zu einer estl. Berücksichtigung (zu weitgehend daher SÖHN, StuW 1985, 395 [401], und KSM/SÖHN, § 10 Rn. A 17). Ansonsten müssten auch Aufwendungen für Personensteuern (vgl. § 12 Nr. 3) sowie für Ernährung, Kleidung, Wohnung und Mobilität in weit größerem Ausmaß als gegenwärtig – diese fließen derzeit nur in die Höhe des Grundfreibetrags ein – berücksichtigt werden. In diesem Sinne hat das BVerfG ausdrücklich entschieden, dass keine verfassungsrechtl. Notwendigkeit für die Beibehaltung des früheren SA-Abzugs von VStZahlungen bestand (BVerfG v. 12.10.1976 – 1 BvR 2328/73, BVerfGE 43, 1 = BStBl. II 1977, 190 unter B.II.). Eine verfassungsrechtl. Pflicht zur estl. Berücksichtigung unvermeidbarer privater Aufwendungen hat das BVerfG bisher vor allem im Einwirkungsbereich des Art. 6 GG – insbes. für Unterhaltsleistungen – bejaht; ferner dann, wenn das Existenzminimum betroffen ist, also Aufwendungen, mit denen sich der Stpfl. Ansprüche auf diejenigen Mindestleistungen sichert, die der Staat im Fall der Bedürftigkeit voraussetzungslos aus allgemeinen Haushaltsmitteln zur Ver-

fügung zu stellen hat (BVerfG v. 13.2.2008 – 2 BvL 1/06, BVerfGE 120, 125, unter D.I.1.). Im Übrigen ist die verfassungsrechtl. Lage hier „wenig geklärt“ (so ausdrücklich BVerfG v. 4.12.2002 – 2 BvR 400/98, BVerfGE 107, 27 = BStBl. II 2003, 534 unter C.I.1.c bb).

Verfassungsrechtliche Einzelfragen zu § 10: Insoweit wird auf die Erläuterungen im Rahmen der gesetzessystematischen Kommentierung verwiesen. Im Einzelnen:

- ▷ *Verfassungsmäßigkeit des Ausschlusses beschränkt Steuerpflichtiger:* s. Anm. 14;
- ▷ *Verfassungsmäßigkeit der Regelungen zum Realsplitting (Abs. 1 Nr. 1):* s. Anm. 50, 60, 67;
- ▷ *Verfassungsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit dem Abzug von Kinderbetreuungskosten (Abs. 1 Nr. 5 und 8 bis VZ 2008):* s. Anm. 252;
- ▷ *Beschränkung des Abzugs von Altersvorsorgeaufwendungen auf Höchstbeträge (Abs. 3 Satz 1):* s. Anm. 335 (zur Rechtslage ab 2005), 365 (zur Rechtslage bis 2004);
- ▷ *übergangsweise Begrenzung des Abzugs von Altersvorsorgeaufwendungen auf anfänglich 60 % trotz voller Steuerpflicht der späteren Alterseinkünfte (Abs. 3 Sätze 4 und 6):* s. Anm. 337–346;
- ▷ *Beschränkung des Abzugs sonstiger Vorsorgeaufwendungen auf Höchstbeträge (Abs. 4):* s. Anm. 383.

10

III. Vereinbarkeit des § 10 mit Europarecht

Mit dem zunehmenden Einfluss des Europarechts auf die nationalen Steuerrechtsordnungen wird erkannt, dass – vor allem angesichts des grds. Ausschlusses beschränkt Stpfl. von der Anwendung des § 10 (s. Anm. 14) – auch die in § 10 enthaltenen Regelungen europarechtl. Probleme aufwerfen können. In einigen Fällen hat der Gesetzgeber bereits offensichtliche Diskriminierungen beseitigt. So können auch Unterhaltsleistungen an den geschiedenen oder dauernd getrennt lebenden Ehegatten mit Wohnsitz in einem anderen EU-/EWR-Mitgliedstaat abgezogen werden (§ 1a Abs. 1 Nr. 1, s. Anm. 60). Gleiches gilt für Versorgungsleistungen nach einer Vermögensübergabe (§ 1a Abs. 1 Nr. 1a, s. Anm. 81). Schulgeldzahlungen können nunmehr auch bei Belegenheit der Schule in einem EU-/EWR-Staat abgezogen werden (Abs. 1 Nr. 9, s. Anm. 278) Begünstigte Vorsorgeaufwendungen können nicht nur an inländ. Unternehmen, sondern auch an Unternehmen in anderen EG-/EWR-Staaten geleistet werden (Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a, s. Anm. 310).

Wegen europarechtl. Einzelfragen zu § 10 wird auf die folgenden Erläuterungen verwiesen:

- ▷ *Ausschluss beschränkt Stpfl. von der Anwendung des § 10:* s. Anm. 14;
- ▷ *Ausschluss von Anteilen an ausländ. KapGes. von der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen:* s. Anm. 90;
- ▷ *Abhängigkeit des Abzugs für hauswirtschaftliche Beschäftigungsverhältnisse (Abs. 1 Nr. 8 aF) von Beitragszahlungen an inländ. Rentenversicherungen:* s. Anm. 265.

11–12 Einstweilen frei.

D. Geltungsbereich des § 10

I. Persönlicher und sachlicher Geltungsbereich

13

Nachrang zu Regelungen über die Einkunftserzielung: § 10 ist im Verhältnis zu BA und WK nachrangig (Einleitungssatz des Abs. 1, s. näher Anm. 45 und die dortigen Verweise).

Anwendung im Körperschaftsteuerrecht: § 8 Abs. 1 Satz 1 KStG verweist für den Begriff des „Einkommens“ und die Einkommensermittlung auf die Vorschriften des EStG; die Ermittlung des „Einkommens“ iSd. § 2 Abs. 4 EStG setzt aber definitionsgemäß den vorherigen Abzug von SA voraus. Daher sind die Regelungen über SA prinzipiell auch im KStRecht anwendbar; die meisten SA-Tatbestände sind aber auf natürliche Personen zugeschnitten (s. auch § 8 KStG Anm. 8). Aus dem Katalog des § 10 Abs. 1 kamen allenfalls StBeratungskosten (bis VZ 2005) sowie Renten und dauernde Lasten (bis VZ 2007) in Betracht, sofern diese Aufwendungen nicht bereits mit der Einkunftserzielung der Körperschaft in Zusammenhang stehen. Zum Spendenabzug enthält § 9 Abs. 1 Nr. 2 KStG eine – weitgehend parallel zu § 10b ausgestaltete – Sonderregelung.

II. Anwendung bei Auslandsbeziehungen

1. Anwendung des § 10 auf beschränkt Steuerpflichtige

14

§ 10 gilt nur für unbeschränkt Stpfl.; die Anwendung zugunsten von beschränkt Stpfl. ist durch § 50 Abs. 1 Satz 3 ausgeschlossen (s. dazu § 50 Anm. 70). Das Abzugsverbot gilt auch dann, wenn der beschränkt Stpfl. die SA als Erbe eines unbeschränkt Stpfl. zahlt (BFH v. 22.1.1992 – I R 55/90, BStBl. II 1992, 550).

Ausnahmen: Bestimmte beschränkt Stpfl. haben die Möglichkeit, auf Antrag nach den Vorschriften über die unbeschränkte Stpfl. besteuert zu werden (§ 1 Abs. 3); dann ist § 10 anwendbar. Darüber hinaus werden bei beschränkt Stpfl. mit inländ. Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit der SA-Pauschbetrag nach § 10c und die Vorsorgepauschale nach § 39b Abs. 2 Satz 5 Nr. 3 (bis VZ 2009: § 10c Abs. 2, 3) abgezogen; eine Möglichkeit zum Nachweis höherer tatsächlicher Aufwendungen besteht allerdings – mit Ausnahme der Spenden – nicht (§ 50 Abs. 1 Satz 4). Ferner war für die von 1990 bis 1998 abziehbaren StZinsen (Abs. 1 Nr. 5 aF) in § 50 Abs. 1 Satz 2 aF eine Ausnahme vorgesehen.

Verfassungsmäßigkeit: Der Ausschluss beschränkt Stpfl. vom Anwendungsbereich der SA-Tatbestände ist verfassungsgemäß, weil bei beschränkt Stpfl. auch auf der Einnahmenseite nicht die volle Leistungsfähigkeit erfasst wird (BFH v. 10.10.1973 – I R 162/71, BStBl. II 1974, 30; BVerfG v. 12.10.1976 – 1 BvR 2328/73, BVerfGE 43, 1 = BStBl. II 1977, 190 unter B.III., ggf. aber Billigkeitsmaßnahmen erforderlich).

Vereinbarkeit mit Europarecht: Hier ist zu differenzieren. Soweit § 10 Tatbestände über persönliche Abzüge enthält, ist der Ausschluss beschränkt Stpfl. grds. zulässig, da insoweit nach der Rspr. des EuGH regelmäßig der Wohnsitzstaat zur Berücksichtigung derartiger Verhältnisse am Besten in der Lage ist (EuGH v. 14.2.1995 – Rs. C-279/93 – „Schumacker“, EuGHE. 1995, I-225, Rn. 32). Falls der Schwerpunkt der Gesamteinkünfte des beschränkt Stpfl. im Inland liegt, ermöglicht – was ebenfalls auf die Rspr. des EuGH zurückgeht – § 1 Abs. 3 ohnehin die Anwendung der für unbeschränkt Stpfl. geltenden Regelungen.

Steht hingegen der vom SA-Abzug durch § 50 Abs. 1 Satz 3 ausgeschlossene Aufwand mit den inländ. Einkünften in „unmittelbarem Zusammenhang“, besteht ein Anspruch auf Gleichbehandlung mit StInländern (EuGH v. 6.7.2006 – Rs. C-346/04 – „Conijn“, EuGHE 2006, I-6137, zum früheren SA-Abzug für StBeratungskosten nach Abs. 1 Nr. 6). Der BFH hatte seine entsprechende Vorlage hingegen – gerade umgekehrt – darauf gestützt, dass es sich bei Nr. 6 um einen Lenkungsstatbestand gehandelt habe (BFH v. 26.5.2004 – I R 113/03, BStBl. II 2004, 994). Weitere SA-Tatbestände, die in einem gewissen Zusammenhang mit inländ. Einkünften stehen und daher nach der Conijn-Entscheidung des EuGH potentiell auch für EU-Ausländer gelten müssten, sind Abs. 1 Nr. 2 (Altersvorsorgeaufwendungen) und Nr. 4 (KiSt.). Der bis VZ 1998 zulässige Abzug von StZinsen (Abs. 1 Nr. 5 aF) fiel ebenfalls in diese Kategorie; hier hatte der Gesetzgeber aber den Abzug auch für beschränkt Stpfl. ausdrücklich zugelassen (§ 50 Abs. 1 Satz 2 aF).

Wechsel zwischen beschränkter und unbeschränkter Steuerpflicht: Besteht während eines Kj. sowohl unbeschränkte als auch beschränkte StPflcht, sind in die Veranlagung zur unbeschränkten StPflcht auch die während der beschränkten StPflcht erzielten inländ. Einkünfte (nicht aber andere Einkünfte!) einzubeziehen (§ 2 Abs. 7 Satz 3 ab VZ 1996). Auch hier können nur die während der Zeit der unbeschränkten StPflcht abgeflossenen (nicht: entstandenen) SA abgezogen werden (ebenso zur früheren Rechtslage BFH v. 6.4.1984 – VI R 162/81, BStBl. II 1984, 587; v. 22.1.1992 – I R 55/90, BStBl. II 1992, 550), weil für die übrige Zeit nicht die volle Leistungsfähigkeit erfasst wird. Umgekehrt sind SA, die während der Zeit der unbeschränkten Stpfl. abfließen, auch dann abziehbar, wenn sie während der Zeit der beschränkten Stpfl. entstanden sind (o.V., HFR 1984, 460).

15 2. Ins Ausland geleistete Sonderausgaben

Grundsatz: SA können auch dann abgezogen werden, wenn sie ins Ausland geleistet werden. Dies gilt zB für Zahlungen an ausländ. Empfänger von Renten und dauernden Lasten (Abs. 1 Nr. 1a bis VZ 2007; zur Rechtslage ab 2008 s.u.), ausländ. StBerater (Abs. 1 Nr. 6 aF) oder Ausbildungseinrichtungen (Abs. 1 Nr. 7). Gleiches gilt, wenn die Aufwendungen aus ausländ. (im Inland nach einem DBA steuerfrei) Einkünften stammen (RFH v. 25.1.1933, RStBl. 1933, 478).

Einschränkungen: Zahlreiche SA-Tatbestände enthalten indes Einschränkungen für Aufwendungen, die an ausländ. Empfänger geleistet werden:

- ▷ *Unterhaltsleistungen:* Der Abzug setzt wegen der korrespondierenden Erfassung der Einnahmen durch § 22 Nr. 1a grds. die unbeschränkte StPflcht des Empfängers voraus (Abs. 1 Nr. 1 mit Ausnahme für EU-/EWR-Ehegatten in § 1a Abs. 1 Nr. 1; zur Vereinbarkeit mit Europarecht s. Anm. 60).
- ▷ *Versorgungsleistungen:* Auch hier ist grds. die unbeschränkte StPflcht des Empfängers erforderlich (Abs. 1 Nr. 1a Satz 1); zugleich gilt aber eine Ausnahme für EU-/EWR-Empfänger (§ 1a Abs. 1 Nr. 1a; s. Anm. 81).
- ▷ *Vorsorgeaufwendungen* können nur abgezogen werden, wenn das Versicherungsunternehmen seinen Sitz in einem EG- oder EWR-Staat hat (Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a; s. Anm. 310).
- ▷ *KiSt.:* Der Abzug ist wegen der Anknüpfung an das deutsche Staatskirchenrecht nur möglich, wenn es sich um eine inländ. Religionsgesellschaft handelt (Abs. 1 Nr. 4; s. Anm. 203).

- ▷ *Schulgeld*: Die begünstigte Schule muss in einem EU-/EWR-Staat belegen sein (Abs. 1 Nr. 9).
- ▷ *Spenden (§ 10b)*: Die empfangende Körperschaft muss nach dem Gesetzeswortlaut eine inländ. sein, der begünstigte Zweck darf allerdings auch im Ausland verwirklicht werden. Die Einschränkung auf inländ. Spendenempfänger hat der EuGH mittlerweile beanstandet (EuGH v. 27.1.2009 – Rs. C-318/07, DSStR 2009, 207 – Persche).
- ▷ *Begünstigungen nach §§ 10f, 10g*: Diese sind tatbestandlich auf inländ. Baudenkmale bzw. Kulturgüter beschränkt.

Einstweilen frei.

16

E. Verhältnis des § 10 zu anderen Vorschriften

I. Sonderausgabentatbestände außerhalb des § 10, Sonderausgabenpauschbeträge

17

Im Laufe der Zeit hat der Gesetzgeber SA-Tatbestände, bei denen sich die Notwendigkeit umfangreicherer Detailregelungen ergeben hatte, aus § 10 ausgegliedert oder bei Schaffung neuer Tatbestände gleich einen eigenen Paragraphen eingeführt.

Sonderausgabentatbestände außerhalb des § 10: Derzeit existieren folgenden SA-Tatbestände außerhalb des § 10 (vgl. auch die amtliche Überschrift zu §§ 10–10i):

- Abzug für zusätzliche Altersvorsorgeaufwendungen/„Riester-Rente“ (§ 10a ab VZ 2002),
- Nicht erwerbsbedingte Kinderbetreuungskosten (§ 9c Abs. 2 ab VZ 2009; zuvor seit VZ 2006 § 10 Abs. 1 Nr. 5, 8),
- Ausgaben zur Förderung sbegünstigter Zwecke (§ 10b ab VZ 1951; zuvor § 10 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e),
- StBegünstigung für Baudenkmale, die zu eigenen Wohnzwecken genutzt werden (§ 10f ab VZ 1990).

Das Gesetz verwendet hier im Gegensatz zu den anderen SA-Tatbeständen allerdings nicht die Formulierung „als Sonderausgaben“, sondern gewährt einen Abzug „wie Sonderausgaben“, weil in den auf das Erstjahr folgenden Jahren des Begünstigungszeitraums keine Ausgaben abfließen, sondern es sich vielmehr um eine Aufwandsverteilungsvorschrift handelt.

Weitere Abzugstatbestände „wie Sonderausgaben“, die der Förderung der Wohneigentumsbildung dienten, waren bis VZ 1995 (für Altfälle anwendbar bis VZ 2002) in §§ 10e, 10h und bis VZ 1998 in § 10i enthalten. Ferner ermöglichte § 7 Abs. 3 Nr. 2 SchutzbauG für Zuschüsse, die vor dem 1.1.1992 geleistet wurden, um die Berechtigung zu erlangen, einen neu errichteten Schutzraum („Bunker“) nutzen zu dürfen, zwölf Jahre lang (dh. längstens bis VZ 2002) einen anteiligen Abzug „wie Sonderausgaben“.

- StBegünstigung für schutzwürdige Kulturgüter, die weder zur Einkunftserzielung noch zu eigenen Wohnzwecken genutzt werden (§ 10g ab VZ 1992; Abzug „wie“ SA).

Der Verlustabzug (§ 10d) ist hingegen nicht mehr als SA-Tatbestand ausgestaltet. Zwar war er bis 1954 in § 10 Abs. 1 Nr. 4 enthalten und führte auch nach seiner Ausgliederung in § 10d von 1955 bis 1998 zu einem Abzug „wie Sonder-

ausgaben“. Seit VZ 1999 ist der Abzug jedoch „vorrangig vor Sonderausgaben“ vorzunehmen, woraus folgt, dass § 10d selbst kein SA-Tatbestand mehr sein kann (s. § 10d Anm. 7).

Pauschbeträge für Sonderausgaben: § 10c (bis VZ 2009: § 10c Abs. 1) enthält einen Pauschbetrag für SA nach § 9c, § 10 Abs. 1 Nr. 1, 1a, 4, 7, 9 sowie § 10b. Der Höhe nach ist dieser Betrag mit 36 € (für zusammenveranlagte Ehegatten Verdoppelung auf 72 €) allerdings so gering, dass in fast allen Fällen die tatsächlichen Aufwendungen höher sein werden. Für Vorsorgeaufwendungen war bis VZ 2009 in § 10c Abs. 2–5 eine besondere Vorsorgepauschale angeordnet, die vom FA angesetzt wurde, wenn der Stpfl. keine höheren Aufwendungen geltend machte. Ab VZ 2010 wird eine solche Vorsorgepauschale nur noch beim LStAbzug berücksichtigt (§ 39b Abs. 2 Satz 5 Nr. 3; hierzu ausführlich HARDER-BUSCHNER/JUNGBLUT, NWB 2009, 2636).

II. Verhältnis zu § 12

Vorrang des § 10 vor den Abzugsverboten des § 12: Die Regelungen des § 12 Nr. 1–3 schließen Lebenshaltungskosten, freiwillige Zuwendungen und Personensteuern grds. vom Abzug aus. Der Einleitungssatz des § 12 nimmt von diesen Abzugsverboten aber (u.a.) die SA-Tatbestände des § 10 Abs. 1 (mit Ausnahme der Nr. 1a) ausdrücklich aus. Damit erhalten die spezielleren Regelungen des § 10 – was auch ohne eine solche ausdrückliche Konkurrenzregelung gelten würde – Vorrang vor den allgemeinen Abzugsverboten des § 12.

Verhältnis zu § 12 Nr. 5: § 12 Nr. 5 ordnet ein Abzugsverbot für Aufwendungen für eine erstmalige Berufsausbildung und ein Erststudium an. Im Zusammenspiel mit dem Einleitungssatz des § 12 und der Regelung in § 10 Abs. 1 Nr. 7 führt dies dazu, dass derartige Aufwendungen in den betragsmäßigen Grenzen des § 10 Abs. 1 Nr. 7 als SA abziehbar sind, andere Ausbildungskosten aber – ohne Beschränkung der Höhe nach – WK nach § 9 Abs. 1 Satz 1 darstellen (s. Anm. 232).

Aufteilungs- und Abzugsverbot bei „gemischten Aufwendungen“: Das aus § 12 Nr. 1 Satz 2 entnommene Aufteilungs- und Abzugsverbot für „gemischte Aufwendungen“ (s. § 12 Anm. 63–68) gilt nicht für Aufwendungen, die sowohl der Einkunftszielungssphäre (BA/WK) als auch einem SA-Tatbestand zuzuordnen sind (BFH v. 10.6.1986 – IX R 11/86, BStBl. II 1986, 894 unter 3.; v. 18.4.1996 – VI R 54/95, BFH/NV 1996, 740 unter 4.; v. 30.4.2008 – X B 263/07, BFH/NV 2008, 1329 unter 1.c). Da nach dem Einleitungssatz des § 12 die Regelungen über den SA-Abzug vorrangig sind, ist der Anwendungsbereich des Aufteilungsverbots nicht eröffnet; beide Teilbeträge derartiger Aufwendungen sind abziehbar. Die Aufteilung ist ggf. im Schätzungsweise vorzunehmen.

Beispiele: Kosten eines Pkw-Unfalls auf dem Weg zum StBerater, wenn die StBeratungskosten sowohl WK als auch SA sind (BFH v. 12.7.1989 – X R 35/86, BStBl. II 1989, 967 unter d); Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer, das sowohl zur Einkunftszielung als auch für eine unter Abs. 1 Nr. 7 fallende Ausbildung genutzt wird (BFH v. 22.6.1990 – VI R 2/87, BStBl. II 1990, 901; v. 29.4.1992 – VI R 33/89, BFH/NV 1992, 733); Beiträge zu Versicherungen, die sowohl berufliche als auch private Risiken abdecken (s. Anm. 150, 160 ff.).

BFH v. 24.11.1983 – IV R 22/81, BStBl. II 1984, 301 unter 1.c (kein anteiliger BA-Abzug für StBeratungskosten, die sowohl betrieblichen als auch privaten Zwecken dienen; in kritischer Abgrenzung dazu BFH v. 6.4.1995 – VIII R 10/94, BFH/NV 1996, 22 unter 3.) dürfte durch die neuere Rspr. überholt sein.

Aufwendungen, die *ununterscheidbar* sowohl mit der Einkunftserzielung als auch mit einer unter Nr. 7 fallenden Ausbildung zusammenhängen, sind wegen des Vorrangs der BA/WK *insgesamt* als Erwerbsaufwendungen zu behandeln (BFH v. 18.4.1996 – VI R 54/95, BFH/NV 1996, 740 unter 4.).

Ob das Aufteilungs- und Abzugsverbot anzuwenden ist, wenn die Aufwendungen teils zu den SA, teils zu den nichtabziehbaren Kosten der Lebensführung gehören, ist umstritten (für Abzugsverbot FG Düss. v. 24.8.1983, EFG 1984, 27, rkr.: AK einer Nähmaschine seien nicht nach Nr. 7 abziehbar, wenn diese sowohl für die Nähausbildung als auch für private Zwecke gebraucht werde). Einerseits beschränkt sich der Wortlaut des § 12 Nr. 1 Satz 2 auf einen Zusammenhang von Lebensführungskosten mit Aufwendungen für die Einkunftserzielung; andererseits könnte man im Wege des Erstrecht-Schlusses aber auch SA darunter fassen. UE sollte das – ohnehin problematische – Aufteilungs- und Abzugsverbot nicht über seinen Wortlaut hinaus ausgeweitet werden.

III. Verhältnis zu anderen Vorschriften des EStG

19

Verhältnis zu § 1a Abs. 1 Nr. 1, 1a: Diese Normen lassen den Abzug von Unterhaltsleistungen an den geschiedenen oder dauernd getrennt lebenden Ehegatten sowie von Versorgungsleistungen abweichend von Abs. 1 Nr. 1, 1a auch dann zu, wenn der Empfänger zwar nicht unbeschränkt stpfl. ist, seinen Wohnsitz aber in einem anderen EU-/EWR-Staat hat (s. Anm. 60, 81).

Verhältnis zu § 2: § 2 Abs. 4 ordnet an, dass SA zur Ermittlung des Einkommens vom Gesamtbetrag der Einkünfte abzuziehen sind. Daher wirken sich (weitere) SA stl. nicht mehr aus, wenn der Gesamtbetrag der Einkünfte bereits 0 € beträgt. Auch eine Auswirkung in Vor- oder Folgejahren im Wege des Verlustabzugs ist ausgeschlossen, weil § 10d an den Gesamtbetrag der Einkünfte, nicht aber an das zu versteuernde Einkommen anknüpft (BFH v. 4.11.1960 – VI 122/60 U, BStBl. III 1961, 6; s. auch § 10d Anm. 166). – Die sich in Fällen des § 10 Abs. 5 ergebende Nachsteuer ist zur tariflichen ESt. hinzuzurechnen, um die festzusetzende ESt. zu ermitteln (§ 2 Abs. 6 Satz 1).

Verhältnis zu § 3c: § 3c ist auf SA nicht anwendbar (s. Anm. 43); § 10 Abs. 2 Nr. 1 enthält jedoch – beschränkt auf Vorsorgeaufwendungen – ein eigenständiges Abzugsverbot für Fälle des Zusammenhangs mit stfreien Einnahmen (s. Anm. 305).

Verhältnis zu § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 5, 6b: Die dort enthaltenen Abzugsbeschränkungen für Mehraufwendungen für Verpflegung und häusliche Arbeitszimmer gelten auch im Rahmen des Abzugs von Ausbildungskosten (§ 10 Abs. 1 Nr. 7 Satz 4).

Verhältnis zu § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4, Nr. 5, Abs. 2: Die dort enthaltenen Regelungen zur Berücksichtigung von Wegen zwischen Wohnung und Arbeitsstätte und Aufwendungen wegen einer doppelten Haushaltsführung gelten auch im Rahmen des Abzugs von Ausbildungskosten (§ 10 Abs. 1 Nr. 7 Satz 4).

Verhältnis zu § 11 Abs. 2: Das Abflussprinzip (s. § 11 Anm. 101 ff.) gilt auch für SA (Einzelfragen s. Anm. 40 ff.).

Verhältnis zu § 22 Nr. 1: Renten und dauernde Lasten, die beim Geber nach der (für Altverträge fortgeltenden) Regelung des Abs. 1 Nr. 1a in der bis VZ 2007 geltenden Fassung abziehbar sind, sind beim Empfänger stpfl. (§ 22 Nr. 1). Rentenleistungen aus den gesetzlichen Rentenversicherungen und bestimmten anderen Altersvorsorgeeinrichtungen und -verträgen unterliegen der (nachgela-

gerter) Besteuerung nach § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. bb; die entsprechenden Beiträge stellen SA nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 dar.

Verhältnis zu § 22 Nr. 1a, 1b, 1c: Soweit Unterhaltsleistungen nach Abs. 1 Nr. 1, Versorgungsleistungen nach Abs. 1 Nr. 1a nF oder Leistungen aufgrund eines schuldrechtl. Versorgungsausgleichs nach Abs. 1 Nr. 1b vom Geber abgezogen werden können, sind sie beim Empfänger nach § 22 Nr. 1a, 1b, 1c stpfl.

Verhältnis zu § 26b: Da die SA systematisch nicht zum Bereich der Einkünfteerzielung gehören, werden zusammenveranlagte Ehegatten insoweit gemeinsam als ein Stpfl. behandelt. Es kommt für den Abzug daher nicht darauf an, welcher Ehegatte die SA leistet (s. auch Anm. 36).

Verhältnis zu § 32 Abs. 4 Satz 2: Wegen der Verwendung des Begriffs der „Einkünfte“ können SA bei der Ermittlung des Grenzbetrags für die Gewährung von Kinderfreibeträgen oder Kindergeld grds. nicht abgezogen werden. Eine Ausnahme gilt aus verfassungsrechtl. Gründen für Sozialversicherungsbeiträge (BVerfG v. 11.1.2005 – 2 BvR 167/02, BVerfGE 112, 164).

Verhältnis zu §§ 33–33b: § 33 Abs. 2 Satz 2 ordnet an, dass Aufwendungen, die zu den SA gehören, bei der Ermittlung der außergewöhnlichen Belastungen (agB) außer Betracht bleiben. Dies bewirkt einen Nachrang der agB gegenüber den SA: Ein Abzug von agB kommt schon dann nicht in Betracht, wenn die entsprechenden Aufwendungen *dem Grunde nach* SA sind, auch wenn sie im konkreten Fall – etwa wegen des Überschreitens von Höchstbeträgen – nicht abgezogen werden können (BFH v. 29.11.1991 – III R 191/90, BStBl. II 1992, 293; v. 7.11.2000 – III R 23/98, BStBl. II 2001, 338). Eine Ausnahme gilt für Aufwendungen nach Abs. 1 Nr. 7, 9 (Ausbildungskosten, Schulgeld): Diese können – bei Erfüllung der sonstigen Voraussetzungen des § 33 und nach Kürzung um die zumutbare Belastung – als agB abgezogen werden, soweit die Höchstbeträge für den SA-Abzug überschritten sind. Einzelheiten s. § 33 Anm. 200–207, insbes. die Verweise in § 33 Anm. 203.

20–21 Einstweilen frei.

22 F. Zurechnung der Sonderausgaben (Abzugsberechtigung)

Die Abzugsberechtigung ergibt sich aus dem im Einleitungssatz des Abs. 1 verwendeten Begriff der „Aufwendungen“; Einzelheiten s. Anm. 35–38.

23–24 Einstweilen frei.

25 G. Verfahrensfragen

Grundsätzlich kein Antragserfordernis: SA sind grds. von Amts wegen abzuzeichnen, wenn dem FA bekannt ist, dass die Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen; ein Verzicht (zB um bei Versäumung der Antragsfrist des § 46 die frühere Veranlagungspflichtgrenze zu überschreiten) ist nicht möglich (BFH v. 14.4.1993 – I R 120/91, BStBl. II 1993, 738). Lediglich Abs. 1 Nr. 1 (Unterhaltsleistungen) enthält wegen der an den SA-Abzug anknüpfenden Versteuerung beim Empfänger ein Antragserfordernis (s. Anm. 62).

Feststellungslast: Weil es sich bei allen SA um steuermindernde Tatbestände handelt, liegt die Feststellungslast beim Stpfl. (BFH v. 27.7.1989 – IX R 35/87, BFH/NV 1990, 98); vgl. auch § 10c Satz 1: „wenn der Stpfl. nicht höhere Aufwendungen *nachweist*“.

Vorauszahlungen/Lohnsteuerermäßigung: SA nach Abs. 1 (ohne Vorsorgeaufwendungen) und § 10b bleiben bei der Ermittlung der Bemessungsgrundlage für Vorauszahlungszwecke außer Ansatz, wenn sie zusammen mit den Aufwendungen und abziehbaren Beträgen nach §§ 33, 33a insgesamt 600 € nicht übersteigen (§ 37 Abs. 3 Satz 4, dazu § 37 Anm. 136 ff.). SA können auch zur Eintragung eines Freibetrags auf der LStKarte führen (§ 39a Abs. 1 Nr. 2, s. § 39a Anm. 17); auch hier gilt aber – mit kleineren Abweichungen im Detail – die 600 €-Grenze (§ 39a Abs. 2 Satz 4, s. § 39a Anm. 44).

Einheitliche und gesonderte Feststellung: Nach § 180 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a AO können auch „andere Besteuerungsgrundlagen“, die mit Einkünften in Zusammenhang stehen, einheitlich und gesondert festgestellt werden. Dies betrifft im SA-Bereich etwa Spenden (§ 10b), die durch eine PersGes. geleistet werden, oder dauernde Lasten (Nr. 1a), die eine Grundstücksgemeinschaft nach dem Erwerb eines vermieteten Grundstücks im Wege der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen an den Übergeber zahlt (zutr. FG München v. 26.7.2005, DStRE 2006, 691, rkr.).

Einstweilen frei.

26–29

Erläuterungen zum Einleitungssatz des Abs. 1

Schrifttum: SÖHN, Sonderausgaben (§ 10 EStG) und Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit, StuW 1985, 395; HAACKE, Steuermindernde Einkommensverwendung als Sonderausgaben und außergewöhnliche Belastungen, StKongrRep. 1986, 47; RAMISCH, Optimierung des Sonderausgabenabzugs durch Wahl der getrennten Ehegattenveranlagung, DB 1991, 1797; LAMMINGER, Geschickte Rechtsgestaltung – wesentlicher Parameter der Abzugsfähigkeit von Versicherungsbeiträgen als Sonderausgaben?, BB 1996, 241; TIEDTKE/WÄLZHOLZ, Der Abzug von Nebenkosten als Sonderausgaben, DStR 1999, 1794; ENDRIS, Der Rücktrag erstatteter Kirchensteuer, DStR 2005, 1171; ORTHEIL, Erstattung von Sonderausgaben als rückwirkendes Ereignis nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO – Herausforderung für steuerliche Berater oder rechtssystematischer Fehlgriff des BFH?, DB 2005, 466; DEMUTH, Erstattung von Sonderausgaben als rückwirkendes Ereignis, NWB (2007) F. 2, 9271; EGGESIECKER/ELLERBECK, Zeitliche Zuordnung von Kirchensteuererstattungen, FR 2008, 1987; THOUET, Rechtswidrige Änderungsbescheide bei Kirchensteuer-Erstattungsüberhängen, DStR 2008, 29; TIEDTKE/SZCZESNY, Behandlung von Aufwendungen, die dem Steuerpflichtigen in späteren Veranlagungszeiträumen ganz oder teilweise erstattet werden, FR 2008, 996.

A. „Sonderausgaben sind ...“

I. Abschließende Aufzählung, Einteilungsmöglichkeiten

30

Keine abstrakte Definition, sondern Kasuistik: Der Begriff der SA wird im EStG – anders als die in ihrer systematisierenden Funktion vergleichbaren Grundbegriffe „Betriebsausgaben“ (§ 4 Abs. 4), „Werbungskosten“ (§ 9 Abs. 1 Satz 1) oder „außergewöhnliche Belastungen“ (§ 33 Abs. 1) – nicht abstrakt definiert (s. auch BFH v. 21.8.1974 – VI R 166/72, BStBl. II 1975, 79). Vielmehr sind SA nur die in der Kasuistik des § 10 Abs. 1 (und ggf. weiterer Tatbestände, s. Anm. 17) abschließend aufgeführten Aufwendungen (BFH v. 12.12.1973 – VI R 23/71, BStBl. II 1974, 300; v. 14.11.2001 – X R 120/98, BStBl. II 2002, 413 unter II.2.a). Eine gemeinsame abstrakte Definition lässt sich für dieses Sammel-

surium von Tatbeständen ohnehin nicht finden (ebenso bereits Bericht der ESt-Kommission, BMF-Schriftenreihe Heft 7, 1964, 139), weshalb der Gesetzgeber dies auch zu keiner Zeit versucht hat (vgl. aber den – untauglichen – Definitivversuch bei KÜCHENHOFF, StuW 1952, Sp. 449).

Einteilung in unbeschränkt und beschränkt abziehbare Sonderausgaben:

Ein Teil der SA-Tatbestände enthält keine Beschränkung der Abzugsbeträge der Höhe nach:

- Renten und dauernde Lasten (Abs. 1 Nr. 1a),
- Leistungen auf Grund eines schuldrechtl. Versorgungsausgleichs (Abs. 1 Nr. 1b),
- Beiträge an Kranken- und Pflegeversicherungen (Abs. 1 Nr. 3),
- Kirchensteuer (Abs. 1 Nr. 4),
- StBeratungskosten (Abs. 1 Nr. 6, anwendbar bis VZ 2005).

In den meisten Tatbeständen ist hingegen eine Begrenzung des Abzugs auf Höchstbeträge vorgesehen:

- Unterhaltsleistungen (Abs. 1 Nr. 1): 13 805 €,
- Altersvorsorgeaufwendungen (Abs. 1 Nr. 2 iVm. Abs. 3): 20 000 €,
- sonstige Vorsorgeaufwendungen (ohne Kranken- und Pflegeversicherung; Abs. 1 Nr. 3a iVm. Abs. 4): 1 900 €/2 800 €,
- Aufwendungen für die Berufsausbildung (Abs. 1 Nr. 7): 4 000 €,
- zusätzliche Altersvorsorge (§ 10a): 2 100 €,
- Aufwendungen für stbegünstigte Zwecke (§ 10b): unterschiedliche Kombinationen aus einkommensabhängigen und absoluten Höchstbeträgen.

Schließlich gibt es Tatbestände, in denen ohne Begrenzung auf einen Höchstbetrag nur ein bestimmter Bruchteil der Aufwendungen zum Abzug zugelassen wird:

- Aufwendungen für Baudenkmale und bestimmte Kulturgüter (§ 10f, § 10g): 90 % der Aufwendungen.

Andere Tatbestände lassen nur einen Bruchteil der Aufwendungen unter zusätzlicher Begrenzung auf einen Höchstbetrag zum Abzug zu:

- Kinderbetreuungskosten (§ 9c Abs. 2; bis VZ 2008 Abs. 1 Nr. 5 und 8): zwei Drittel der Aufwendungen, höchstens 4 000 € je Kind,
- Schulgeld (Abs. 1 Nr. 9): 30 % des Entgelts, höchstens 5 000 € je Kind,

Sonderausgabentatbestände innerhalb bzw. außerhalb von § 10: s. Anm. 17.

II. Kein Abzug von Nebenkosten zu Sonderausgaben

Angesichts des abschließenden Charakters der Tatbestände des § 10 Abs. 1 können Nebenkosten, die mit SA in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, grds. nicht ihrerseits als SA abgezogen werden. Dies betrifft vor allem Prozess- und Beratungskosten zur Abwehr von Ansprüchen auf Zahlung von SA (BFH v. 22.3.1957 – VI 102/55 U, BStBl. III 1957, 191) oder zur Erlangung des SA-Abzugs (BFH v. 10.3.1999 – XI R 86/95, BStBl. II 1999, 522: Prozesskosten für die Erzwingung der Zustimmung zum Realsplitting), aber auch Zinsen für Darlehen, die der Finanzierung von SA dienen (BFH v. 25.7.2000 – VIII R 35/99, BFH/NV 2001, 242 unter 4.: Finanzierung von Lebensversicherungsbeiträgen;

v. 14.11.2001 – X R 120/98, BStBl. II 2002, 413 unter II.2.a, 3.: Finanzierung von Renten und dauernden Lasten).

Die insoweit nicht ganz einheitliche Rspr. hat bei Abs. 1 Nr. 6 aF (Abzug von Unfallkosten auf der Fahrt zum StBerater, BFH v. 12.7.1989 – X R 35/86, BStBl. II 1989, 967 unter c) und Abs. 1 Nr. 7 (Abzug von Schuldzinsen für ein Darlehen zur Finanzierung von Ausbildungskosten, BFH v. 25.9.1992 – VI R 90/90, BFH/NV 1993, 164) allerdings Nebenkosten ebenfalls zum Abzug als SA zugelassen. Begründet wurde dies mit Besonderheiten dieser Tatbestände (finale Formulierung der Nr. 7 im Gegensatz zu den anderen SA-Tatbeständen; s. zur Abgrenzung BFH v. 14.11.2001 – X R 120/98, BStBl. II 2002, 413 unter 2.a). UE ist dies nicht zwingend (zur Kritik an diesen Entscheidungen s. Anm. 221). Teile des Schrifttums folgern aus diesen Entscheidungen hingegen, dass Nebenkosten bei *sämtlichen* SA-Tatbeständen abziehbar sein müssen, weil für eine Differenzierung kein Grund erkennbar ist (TIEDTKE/WÄLZHOLZ, DStR 1999, 1794).

Schuldzinsen für ein Darlehen, mit dem Rentenversicherungsbeiträge finanziert werden, sind von der Rspr. auch schon vor 2005 den WK bei § 22 zugewiesen worden (BFH v. 21.7.1981 – VIII R 32/80, BStBl. II 1982, 41). Dies muss erst recht für Nebenkosten gelten, die ab 2005 zu Altersvorsorgeaufwendungen geleistet werden, da diese nunmehr ihrem Rechtscharakter nach WK darstellen (s. Anm. 123).

Einstweilen frei.

32

B. „... die folgenden Aufwendungen, ...“

I. Überblick

33

Der Begriff der Aufwendungen verlangt in diesem Zusammenhang einen tatsächlichen Abfluss (eine Vermögensminderung). Er ist daher vom bilanzstretchl. Begriff des „Aufwands“ – der eine buchmäßige Gewinnminderung bezeichnet, die nicht notwendig mit einem tatsächlichen Güterabfluss verbunden sein muss – zu unterscheiden. Treffender wäre hier der Begriff „Ausgaben“. Wünschenswert wäre ohnehin eine terminologische Vereinheitlichung, da in § 10 unterschiedliche Begriffe offenbar synonym gebraucht werden (Überschrift: „Ausgaben“; Einleitungssatz: „Aufwendungen“; Nr. 6 aF: „Kosten“; Nr. 5 aF, 7, 8 aF: „Aufwendungen“; vgl. auch TIPKE, StuW 1980, 1 [5]). Auf die Herkunft der Mittel (zB aus stfreien Einnahmen) kommt es grds. nicht an (s. Anm. 43).

Zeitliche Zuordnung der Sonderausgaben: Hier gilt das Abflussprinzip des § 11 Abs. 2. Zu den Besonderheiten hinsichtlich des Abflusses von SA und der Behandlung von Erstattungen s. Anm. 40 ff.

Rechtliche Schuld: Für die meisten SA-Tatbestände genügt nicht allein der tatsächliche Vermögensabfluss beim Stpfl. Vielmehr setzt die Abzugsberechtigung zusätzlich noch die Rechtsposition als zivilrechtl. oder öffentlich-rechtl. Schuldner der SA voraus (s. Anm. 36, 37).

Sachleistungen: SA können auch in Form von Sachleistungen erbracht werden, was in der Praxis aber nur ausnahmsweise der Fall sein dürfte (zB bei Unterhaltsleistungen in Form der Überlassung einer Wohnung, s. Anm. 55). Für die *Bewertung* solcher Sachleistungen fehlt eine Regelung im EStG, so dass für die Hingabe von WG gem. § 1 Abs. 1, § 9 Abs. 1 BewG der gemeine Wert und für die Zuwendung von Nutzungen und Leistungen der übliche Mittelpreis des

Verbrauchsorts (§ 15 Abs. 2 BewG; vgl. BFH v. 12.4.2000 – XI R 127/96, BStBl. II 2002, 130 unter II.1.) anzusetzen ist. Teilweise wird auch die für die Bewertung von *Einnahmen* geltende Vorschrift des § 8 Abs. 2 Satz 1 – Ansatz der üblichen Endpreise am Abgabeort – analog angewendet (KSM/SÖHN, § 10 Rn. B 7; BLÜMICH/HUTTER, § 10 Rn. 28), wofür angesichts der unmittelbar anwendbaren Regelung im BewG zwar kein Bedarf besteht, was aber im Regelfall zum gleichen Ergebnis führen wird.

34 Einstweilen frei.

II. Abzugsberechtigung

35 1. Wirtschaftliche Belastung

Das Vorliegen von „Aufwendungen“ setzt eine wirtschaftliche Belastung voraus (BVerfG v. 18.2.1988 – 1 BvR 930/86, HFR 1989, 271). Daran fehlt es,

- wenn die Zahlung unmittelbar durch Dritte geleistet wird (s. Anm. 36),
- wenn Dritte Ersatz für die vom Stpfl. gezahlten Beträge leisten,

Beispiel: Zweckgebundene Zuschüsse der Arbeitsagentur für Lehrgangsgebühren und Lernmittel, die an sich Ausbildungskosten iSd. Abs. 1 Nr. 7 darstellen (vgl. den Sachverhalt in BFH v. 4.3.1977 – VI R 168/75, BStBl. II 1977, 503); Schadensersatzzahlungen für Erhaltungsaufwendungen, die Vorkosten iSd. § 10e Abs. 6 aF darstellen (BFH v. 28.2.1996 – X R 65/93, BStBl. II 1996, 566).

- wenn schon im Zeitpunkt der Zahlung offensichtlich ist, dass diese zurückgefordert werden wird,

Beispiel: KiStFestsetzung trotz fehlender persönlicher KiStPflicht (BFH v. 22.11.1974 – VI R 138/72, BStBl. II 1975, 350; v. 26.6.1996 – X R 73/94, BStBl. II 1996, 646), nicht hingegen, solange die endgültige Rückforderung noch nicht feststeht (BFH v. 24.4.2002 – XI R 40/01, BStBl. II 2002, 569; v. 2.9.2008 – X R 46/07, BStBl. II 2009, 229; s. Anm. 208; nach endgültiger Erstattung aber Korrektur nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO; s. Anm. 42),

- soweit einer SA-Zahlung Erstattungen des Gläubigers gegenüber stehen (s. Anm. 42).

Im Anwendungsbereich von Abs. 1 Nr. 1a in der für bis 2007 geschlossene Verträge fortgeltenden Fassung scheidet ein SA-Abzug auch dann aus, wenn den Renten oder dauernden Lasten eine Gegenleistung gegenüber steht (s. Anm. 103).

36 2. Grundsätzlich kein Abzug von Ausgaben des Steuerpflichtigen für Dritte oder Ausgaben Dritter für den Steuerpflichtigen

Für die meisten SA-Tatbestände verlangt die Rspr., dass der Stpfl. die Aufwendungen als deren zivilrechtl. oder öffentlich-rechtl. Schuldner leistet. Im Anwendungsbereich des § 10 eröffnet Drittaufwand daher grds. keine Abzugsmöglichkeiten (BFH v. 26.3.1965 – VI 313/63, HFR 1965, 411: KiStZahlung des Sohnes für die Mutter; v. 19.4.1989 – X R 2/84, BStBl. II 1989, 683: Versicherungsbeiträge).

Kein Abzug bei Drittaufwand: Werden die Aufwendungen nicht von derjenigen Person geleistet, die sie rechtl. schuldet, sondern von einem Dritten, ist keinem der beiden Beteiligten der SA-Abzug zu gewähren: Der Schuldner ist mangels eigener Aufwendungen nicht selbst wirtschaftlich belastet (vgl. BFH v. 19.4.1989 – X R 2/84, BStBl. II 1989, 683: Zahlung von Versicherungsbeitragsschulden des Stpfl. durch dessen Vater); der Dritte hat zwar Ausgaben, mit denen er

wirtschaftlich belastet ist, ist aber rechtl. nicht zur Zahlung verpflichtet (BFH v. 19.4.1989 – X R 28/86, BStBl. II 1989, 862: die Kfz-Haftpflichtversicherung für den Pkw des Sohnes ist wegen des größeren Schadensfreiheitsrabatts vom Vater abgeschlossen worden, der Sohn trägt aber alle Aufwendungen für das Fahrzeug). Die Rspr. lehnt auch eine Anwendung von § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 AO (Treuhandverhältnisse) ab, weil diese Vorschrift nur die Zurechnung von WG, nicht aber von Aufwendungen regelt. In der neueren Rspr. wird als zusätzliches Argument angeführt, diese Auslegung vermeide, dass derselbe Aufwand von mehreren Stpfl. geltend gemacht werden könne (BFH v. 8.3.1995 – X R 80/91, BStBl. II 1995, 637).

Die ganz überwiegende Auffassung im Schrifttum kritisiert dieses *Ergebnis*, ohne allerdings *systematisch* durchschlagende Gegenargumente zu liefern; vgl. SCHMIDT, FR 1989, 498; LAMMINGER, BB 1996, 241; SCHMIDT/HEINICKE XXVIII. § 10 Rn. 24 („lebensfremd“); KSM/SÖHN, § 10 Rn. E 157 f.; KORN/BAUSCHATZ, § 10 Rn. 156 (Abzug, wenn eine Unterhaltspflicht besteht); differenzierend BRANDIS, StuW 1990, 57 (62f.). UE ist der Rspr. hingegen zuzustimmen (ebenso FROTSCHER/LINDBERG, § 10 Rn. 14). Sie stimmt mit den allgemeinen Grundsätzen zum Drittaufwand und zum SA-Abzug überein, die zudem auch Möglichkeiten offen lassen, dennoch den Abzug zu erreichen (s. nächster Abs.). Ihr Ergebnis ist auch nicht unbillig, da das StRecht nicht gehalten ist, Spargestaltungen von Versicherungskunden zu prämiieren, die einer Hochrisikogruppe angehören, aber dennoch nur die Beiträge für „gute Risiken“ zahlen wollen. Schließlich ist das Argument, es könnte zu Doppelabzügen kommen, nicht von der Hand zu weisen. – Die praktische Bedeutung dieser Frage ist weit geringer als der literarische Aufwand, der um sie getrieben wird, weil Beiträge zu Haftpflichtversicherungen sich wegen des geringen Höchstbetrags nach Abs. 4 idR ohnehin nicht auswirken.

Ausnahmen: Wendet der Dritte dem Stpfl. *Geld* zu, mit dem dieser die von ihm geschuldeten SA bezahlt, ist ein SA-Abzug beim Stpfl. möglich, weil es auf die Herkunft der Mittel nicht ankommt (s. Anm. 43). Eine solche „Zuwendung“ ist allerdings von einer „Ersatzleistung“ oder „Erstattung“ durch den Dritten abzugrenzen, bei der es an einer wirtschaftlichen Belastung des Stpfl. fehlt (s. Anm. 35, 42). – Eine Ausnahme lässt die FinVerw. zu, wenn ein Geschäftsherr für seinen selbständigen Handelsvertreter eine Lebensversicherung abschließt und die Beiträge bezahlt: Hier hat der Handelsvertreter die Beiträge als Betriebs-einnahmen zu versteuern, kann sie aber im Gegenzug als SA abziehen (OFD Frankfurt v. 23.1.1995, FR 1995, 287; ebenso für sonstige selbständig Tätige FG Berlin v. 2.2.1967, EFG 1967, 505, rkr.). Gleiches gilt, wenn der ArbG Gruppen-Versicherungsverträge für seine ArbN abschließt und dieser Lohnbestandteil als Arbeitslohn des ArbN (entweder pauschal oder regulär) versteuert wird (für eine Direktversicherung BMF v. 24.5.1978, FR 1978, 320). Beitragsschuldner ist hier zwar der ArbG, wirtschaftlich mit den Beiträgen belastet ist allerdings der ArbN. Näher zur Behandlung von Gruppen-Versicherungsverträgen s. Anm. 305 „Pauschal versteuerte Einnahmen“.

Abzugsberechtigung unter Familienangehörigen: Da zusammenveranlagte Ehegatten für den SA-Abzug als *ein* Stpfl. behandelt werden (§ 26b), steht es dem Abzug nicht entgegen, wenn SA, die der eine Ehegatte schuldet, vom anderen Ehegatten bezahlt werden.

BFH v. 24.1.1958 – VI 9/56 S, BStBl. III 1958, 77; v. 22.3.1967 – VI R 300/66, BStBl. III 1967, 596; v. 19.4.1989 – X R 2/84, BStBl. II 1989, 683; v. 3.8.2005 – XI R 76/03, BStBl. II 2006, 121 unter 5.; BVerfG v. 25.1.1972 – 1 BvL 30/69, BVerfGE 32, 260 = BStBl. II 1972, 325 unter C.I.2.b; R 10.1 EStR 2008. Zum SA-Abzug bei getrennter Veranlagung ausf. RAMISCH, DB 1991, 1979.

Hingegen können Eltern Leistungen, die sie auf Schulden ihrer *Kinder* erbringen, nicht als SA abziehen (häufig bei eigenen Versicherungsverhältnissen der Kin-

der; BFH v. 9.5.1974 – VI R 147/71, BStBl. II 1974, 545); ggf. können allerdings Unterhaltsaufwendungen iSd. § 33 Abs. 1, § 33a Abs. 1 vorliegen (FG Rhld.-Pf. v. 6.4.1981, EFG 1982, 28, rkr.). Davon zu unterscheiden ist die Mitversicherung der Kinder aufgrund eines *eigenen* Versicherungsverhältnisses eines Elternteils; die entsprechenden Beiträge, die der Elternteil als Versicherungsnehmer (bzw. gesetzlich Versicherter) selbst schuldet, kann dieser auch insoweit als SA abziehen, als die Versicherungsleistungen dem Kind zugute kommen. Ab VZ 2010 enthält Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 zudem eine gesetzliche Ausnahme von den hier dargestellten Grundsätzen zur Abzugsberechtigung: Eltern können Krankenversicherungsbeiträge eines Kindes, die sie im Rahmen der Unterhaltsverpflichtung tragen, selbst als SA abziehen (s. Anm. 167). Diese gesetzliche Ausnahme zeigt zugleich, dass der Gesetzgeber sich der oben dargestellten Rspr. angeschlossen hat.

37 3. Abzugsberechtigung bei den einzelnen Tatbeständen des Abs. 1

Nr. 1 (Unterhaltsleistungen): Hier folgt schon aus dem Wortlaut, dass nur der geschiedene oder dauernd getrennt lebende Ehegatte abzugsberechtigt ist. Andererseits sind bei diesem aber auch Unterhaltsleistungen, die er rechtl. nicht „schuldet“, sondern über eine rechtl. Verpflichtung hinaus *freiwillig* erbringt, abziehbar (s. Anm. 55).

Nr. 1a (Renten und dauernde Lasten): Nach dem Wortlaut müssen die Renten und dauernden Lasten „auf besonderen Verpflichtungsgründen“ beruhen. Abzugsberechtigt ist daher nur der rechtl. zur Erbringung der Leistungen Verpflichtete.

Nr. 1b (schuldrechtlicher Versorgungsausgleich): Abzugsberechtigt ist der Ausgleichsverpflichtete, der Teile der von ihm bezogenen Einnahmen auskehren muss.

Nr. 2, 3, 3a (Vorsorgeaufwendungen): Zum Abzug von Vorsorgeaufwendungen ist grds. nur berechtigt, wer die Tatbestandsvoraussetzungen in der Weise selbst verwirklicht, dass er die Versicherungsbeiträge als deren Schuldner leistet und mit den Aufwendungen tatsächlich selbst belastet ist, weil dieser Tatbestand nur die Minderung der *eigenen* wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit berücksichtigen soll (mit ausführlicher Begründung BFH v. 19.4.1989 – X R 2/84, BStBl. II 1989, 683). Zu der ab VZ 2010 geltenden Ausnahme für Krankenversicherungsbeiträge (Abs. 1 Nr. 3 Satz 2) s. Anm. 167.

► *Privatrechtliche Versicherungsverträge:* Hier ist abzugsberechtigt, wer die Beiträge als Versicherungsnehmer (Vertragspartner des Versicherungsunternehmens) selber schuldet. Es kommt im Gegenzug nicht darauf an, auf wessen Leben ein Lebensversicherungsvertrag abgeschlossen (versicherte Person) oder wer aus ihm bezugsberechtigt ist (BFH v. 20.11.1952 – IV 6/52 U, BStBl. III 1953, 36; v. 9.5.1974 – VI R 137/72, BStBl. II 1974, 633). Allein die wirtschaftliche Belastung einer Person, die die Beiträge zwar zahlt, aber nicht schuldet, führt nicht zur Abzugsberechtigung (BFH v. 19.4.1989 – X R 28/86, BStBl. II 1989, 862; vom Vater abgeschlossene Kfz-Haftpflichtversicherung für den Pkw des Sohnes, der die Beiträge bezahlt; ebenso BFH v. 8.3.1995 – X R 80/91, BStBl. II 1995, 637); zur Kritik und den zugelassenen Ausnahmen s. auch Anm. 36.

► *Öffentlich-rechtliche Versicherungsverhältnisse (gesetzliche Renten-, Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung):* Abzugsberechtigt ist der Versicherte (BFH v. 7.3.2002 – III R 42/99, BStBl. II 2002, 473, verwendet – terminologisch unzutreffend – den Begriff des „Versicherungsnehmers“, den es im Recht der gesetzlichen Sozi-

alversicherung nicht gibt, s. Anm. 155); bei eigenen öffentlich-rechtl. Versicherungsverhältnissen von Kindern des Stpfl. also nur das Kind selbst, nicht hingegen der Elternteil, der die Beiträge im Wege des abgekürzten Zahlungswegs zahlt (BFH v. 9.5.1974 – VI R 147/71, BStBl. II 1974, 545; v. 9.5.1974 – VI R 233/71, BStBl. II 1974, 546). Hingegen kann hier nicht auf die Person des Beitragsschuldners abgestellt werden, da dies der ArbG ist (§ 28e Abs. 1 SGB IV).

Nr. 4 (Kirchensteuer): Hier muss es sich um eine eigene StSchuld des Zahlenden handeln (BFH v. 10.6.1952 – IV 82/52 U, BStBl. III 1952, 198; v. 11.7.1969 – VI R 265/67, BStBl. II 1969, 650; beide zum früheren VStAbzug). Abzugsberechtigt ist daher der – nach den maßgebenden öffentlich-rechtl. Regelungen zu ermittelnde – StSchuldner, soweit er die Aufwendungen getragen hat.

Nr. 5 und 8 (Kinderbetreuungskosten): Die (bis VZ 2008 anwendbaren) Regelungen begrenzen den Abzug auf Aufwendungen für die Betreuung eines „zum Haushalt des Stpfl.“ gehörenden Kindes. Aufwendungen für die Kinder *Dritter* können daher nicht abgezogen werden.

Nr. 6 (Steuerberatungskosten): Der Wortlaut der (bis VZ 2005 anwendbaren) Nr. 6 sah keine besondere Beschränkung vor; dennoch waren auch hier im Ergebnis nur StBeratungskosten aus einem *eigenen* Vertragsverhältnis begünstigt, da die Bezahlung von StBeratungskosten *Dritter* letztlich eine – estl. grds. unbeachtliche – Zuwendung an den *Dritten*, nicht aber das Aufwenden von StBeratungskosten darstellt. In Übertragung der Grundsätze der Rspr. zu den Versicherungsbeiträgen stand es dem Abzug aber nicht entgegen, wenn Begünstigter aus einem vom Stpfl. mit seinem StBerater abgeschlossenen Beratungsvertrag ein *Dritter* war (ebenso KK, KÖSDI 1990, 8047; aA SCHOOR, DStZ 1999, 325 [327]).

Nr. 7 (Ausbildungskosten): Der Wortlaut begrenzt den Abzug auf „Aufwendungen für die *eigene* Berufsausbildung“ und schließt Ausbildungskosten, die für *Dritte* übernommen werden, damit vom Abzug aus. Soweit es sich bei den *Dritten* um die eigenen Kinder handelt, gelten insoweit die Vorschriften über den Familienleistungsausgleich (§ 33a Abs. 2).

Nr. 9 (Schulgeld): Aus dem Wortlaut folgt, dass nur der das Schulgeld leistende Elternteil abzugsberechtigt ist. Auch hier muss es sich um eine rechtl. Verpflichtung aus dem – idR privatrechtl. – Schulvertrag handeln; darüber hinausgehende freiwillige Zahlungen sind nicht nach Nr. 9 abziehbar (s. Anm. 285).

4. Ausgaben des Steuerpflichtigen als Rechtsnachfolger

38

Gesamtrechtsnachfolge: Da der Erbe in die Rechtsstellung des Erblassers eintritt und damit auch alle dessen Schulden übernimmt (§§ 1922, 1967 BGB), kann er Zahlungen, die er auf entsprechende Rückstände des Erblassers leistet, grds. als SA abziehen, wenn in seiner Person alle Voraussetzungen für den Sonderausgabenabzug vorliegen. Gleiches gilt für Zahlungen auf Schulden aus einem vom Erblasser begründeten Rechtsverhältnis, die erst nach dem Erbfall fällig werden; auch insoweit handelt es sich aufgrund des Eintritts des Erben in das Rechtsverhältnis im Fälligkeitszeitpunkt um eine *eigene* Schuld des Erben. Bei einem nicht unbeschränkt stpfl. Erben ist der SA-Abzug allerdings wegen § 50 Abs. 1 Satz 3 ausgeschlossen (s. Anm. 14). Ausf. zu SA-Zahlungen eines Gesamtrechtsnachfolgers GÖRING, Die Gesamtrechtsnachfolge im EStRecht, Diss. 1986, 213 ff.

► *Öffentlich-rechtliche Verbindlichkeiten:* Auch die KiStVerbindlichkeiten des Erblassers sind beim Erben als SA abziehbar, soweit dieser sie nach dem Tod des Erblassers tilgt (BFH v. 1.3.1957 – VI 57/55 U, BStBl. III 1957, 135; v. 5.2.1960 –

VI 204/59 U, BStBl. III 1960, 140; MEIER, FR 1987, 31; kritisch RING, DStZ 1981, 24). Gleiches galt – solange es entsprechende SA-Tatbestände gab – für die Bezahlung von VSt., Lastenausgleichsabgaben sowie StZinsen des Erblassers. Denn der Erbe ist mit dem Erbfall auch in die stschuldrechtl. Position des Erblassers eingetreten (§ 45 Abs. 1 AO) und nunmehr *selbst* StSchuldner hinsichtlich der vom Erblasser hinterlassenen StRückstände. Daraus folgt zugleich, dass sich der Erbe auch Erstattungen überzahlter KiSt. des Erblassers auf seine eigenen Zahlungen anrechnen lassen muss (dazu auch RICHTER, FR 1987, 377; allgemein zur Behandlung von Erstattungen s. Anm. 42). An dieser Rspr. hat der BFH auch nach der Änderung der Rspr. zum Eintritt des Erben in den Verlustabzug nach § 10d festgehalten (vgl. ausdrücklich BFH v. 17.12.2007 – GrS 2/04, BStBl. II 2008, 608 unter D.III.5.c), weil es sich in den SA-Fällen um *eigene* Aufwendungen des Erben handelt, der damit *selbst* wirtschaftlich belastet ist.

► *Erbengemeinschaft*: Erbringt eine Erbengemeinschaft Leistungen aus dem Nachlass, ist den einzelnen Miterben der SA-Abzug im Verhältnis ihrer Erbteile zu gewähren (VG Berlin v. 8.11.1961, EFG 1962, 348, rkr.).

Tatbestände mit zusätzlichen Voraussetzungen, die beim Erben idR nicht gegeben sind: Dem Erben bleibt ein Abzug bei denjenigen SA-Tatbeständen versagt, die – über das allgemeine Merkmal der Zahlung als Schuldner hinaus – zusätzliche Voraussetzungen aufstellen, die nur in der Person des Erblassers erfüllt waren, beim Erben jedoch nicht gegeben sind:

► *Unterhaltsleistungen* (Nr. 1): Nach überwiegender – uE nicht zwingender – Auffassung scheidet der Abzug von Unterhaltszahlungen durch den (nach § 1586b BGB dazu weiterhin verpflichteten) Erben daran, dass der Unterhaltsempfänger nicht der (frühere) Ehegatte des *Erben* ist (näher s. Anm. 58).

► *Ausbildungskosten* (Nr. 7): Hier scheidet der Abzug aus, weil es sich bei der Tilgung von Schulden aus vom Erblasser begründeten Verträgen nicht um Aufwendungen für die *eigene* Berufsausbildung (des Erben) handelt.

► *Kinderbetreuungskosten* (Nr. 5, 8 aF bzw. § 9c Abs. 2 nF) und *Schulgeld* (Nr. 9): Der Abzug wird hier häufig daran scheitern, dass das betreute Kind des Erblassers nicht zum Haushalt des Erben gehört (Nr. 5, 8 aF) bzw. der Erbe für das Kind des Erblassers kein Kindergeld erhält (Nr. 9). Der Abzug beim Gesamtrechtsnachfolger ist jedoch möglich, wenn der andere Elternteil des Kindes Erbe des Stpfl. ist.

Einzelrechtsnachfolge: Tritt der Stpfl. in einen Vertrag ein, den ein Dritter abgeschlossen hatte, kann er nur diejenigen Zahlungen abziehen, die auf die Zeit nach seinem Eintritt entfallen, nicht aber Zahlungen auf Rückstände des früheren Verpflichteten (BFH v. 9.5.1974 – VI R 137/72, BStBl. II 1974, 633 unter II.3., betr. Eintritt in einen Versicherungsvertrag). Seit VZ 1997 hat der Gesetzgeber im Fall des entgeltlichen Erwerbs von Lebensversicherungsverträgen jedoch auch den weiteren Abzug *laufender* Zahlungen ausgeschlossen (Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b nF iVm. Abs. 1 Nr. 2 Satz 6 aF; s. Anm. 178).

39 Einstweilen frei.

III. Abfluss; Behandlung von Vorauszahlungen und Erstattungen

40 1. Abfluss von Sonderausgaben

Für SA gilt das Abflussprinzip des § 11 Abs. 2, was bereits aus Wortlaut und systematischer Stellung des § 11 folgt (BFH v. 22.1.1992 – I R 55/90, BStBl. II

1992, 550). Es kommt weder darauf an, in welchem VZ die Einkünfte, aus denen die SA bestritten werden, erzielt werden (BFH v. 24.2.1961 – VI 194/60 U, BStBl. III 1961, 190), noch darauf, ob die SA als Voraus- oder Nachzahlungen wirtschaftlich auf andere VZ entfallen (BFH v. 24.9.1985 – IX R 2/80, BStBl. II 1986, 284; v. 7.11.2000 – III R 23/98, BStBl. II 2001, 338; v. 8.10.2007 – XI B 112/06, BFH/NV 2008, 43; im Jahr des Abflusses einer SA-Nachzahlung keine stl. Auswirkung mangels positiver Einkünfte); dies rechtfertigt grds. auch keinen Billigkeitserlass (FG Nürnberg v. 22.11.2007, EFG 2008, 520, rkr.). Auch die Erstattung der gezahlten SA in einem späteren VZ steht dem vollen Abzug im Jahr der Zahlung nicht entgegen (BFH v. 23.2.1951 – IV 150/50 S, BStBl. III 1951, 79; s. auch Anm. 42).

Soweit ein SA-Tatbestand einen Höchstbetrag vorsieht, ist dieser auch dann nur ein Mal zu gewähren, wenn eine einheitliche Nachzahlung wirtschaftlich auf *mehrere* Vorjahre entfällt (BFH v. 12.11.1976 – VI R 167/74, BStBl. II 1977, 154; v. 15.10.2008 – X B 60/07, BFH/NV 2009, 205 unter II.3.a, beide betr. Nachzahlung von Rentenversicherungsbeiträgen; v. 7.11.2000 – III R 23/98, BStBl. II 2001, 338 betr. Nachzahlung von Unterhalt; kritisch – uE zu Unrecht – PAUS, DStZ 2001, 591). Bei Kreditfinanzierung von SA kommt es auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Verausgabung der SA, nicht auf den der Darlehensrückzahlung an (BFH v. 15.3.1974 – VI R 252/71, BStBl. II 1974, 513; v. 7.2.2008 – VI R 41/05, BFH/NV 2008, 1136 unter II.2.; zu § 33 BFH v. 10.6.1988 – III R 248/83, BStBl. II 1988, 814).

2. Behandlung von Vorauszahlungen

41

Vorauszahlungen grundsätzlich abziehbar: Der Stpfl. kann grds. auch freiwillige Vorauszahlungen auf noch nicht fällige SA im Zeitpunkt ihres Abflusses abziehen, soweit sie dem tatsächlich geschuldeten Betrag entsprechen (BFH v. 22.11.1983 – VIII R 37/79, BFHE 140, 63 unter 2.; v. 7.11.2001 – XI R 24/01, BStBl. II 2002, 351). Die Rspr. lässt die sich daraus ergebenden Gestaltungsmöglichkeiten (Ausnutzung von Progressionsunterschieden; Vorauszahlungen bei bevorstehendem Wegfall eines SA-Tatbestands) ausdrücklich zu.

Versicherungsbeiträge, die zunächst auf ein Prämiendepot eingezahlt werden, können erst dann als SA abgezogen werden, wenn sie dem Depot entnommen und mit fälligen Beiträgen verrechnet werden (OFD Münster v. 24.2.1970, BB 1970, 476; ebenso zur Zahlung auf ein Depositenkonto mit späterer Umbuchung auf Vorsorgeaufwendungen BFH v. 6.5.1977 – VI R 178/75, BStBl. II 1977, 758). Wenn sich die Vorauszahlung auf ein einziges Jahr beschränkt und nicht verzinslich angelegt wird, ist allerdings der sofortige Abzug möglich (OFD Köln v. 24.3.1970, DB 1970, 660; v. 5.5.1971, DB 1971, 1186).

Ausnahme bei willkürlichen Vorauszahlungen: Stellt sich die Vorauszahlung indes als willkürlich dar, verneint die Rspr. bereits den Tatbestand einer SA-Zahlung oder wendet § 42 AO an. „Willkür“ in diesem Sinne ist allerdings bisher nie *allein* wegen eines langen zeitlichen Abstands zwischen Vorauszahlung und Fälligkeit angenommen worden, sondern nur, wenn die Vorauszahlung den geschuldeten Betrag deutlich überstieg.

BFH v. 25.1.1963 – VI 69/61 U, BStBl. III 1963, 141 (Vorauszahlung von KiSt. 16 Monate vor ihrer Festsetzung in fünffacher Höhe des tatsächlich geschuldeten Betrags); BFH v. 18.5.2000 – IV R 28/98, BFH/NV 2000, 1455 unter 1.

Auch im WKBereich wurden Vorauszahlungen von der Rspr. vereinzelt unter Berufung auf § 42 AO nicht im Jahr des Abflusses berücksichtigt, wenn sie als willkürlich eingestuft wurden (BFH v. 13.12.1983 – VIII R 64/83, BStBl. II 1984, 426; Zahlung eines Damnums mehr als einen Monat vor Auszahlung des Darlehens; BFH v. 23.9.

1986 – IX R 113/82, BStBl. II 1987, 219: Vorauszahlung von Treuhandgebühren für die Verwaltung von Finanzmitteln auf 30 Jahre). Nach neuerer Rspr. soll ein sachlicher Grund für eine langfristige Vorauszahlung jedoch schon darin zu sehen sein, dass dadurch künftige Kostensteigerungen vermieden werden (BFH v. 23.9.2003 – IX R 65/02, BStBl. II 2005, 159). § 11 Abs. 2 Satz 3 Halbs. 2 zeigt indes, dass der Gesetzgeber weiterhin prinzipiell von der Anwendbarkeit des § 42 AO auf Vorauszahlungen ausgeht.

Die neuere Rspr. hat diese Problematik dadurch entschärft, dass sie bei Erstattungen, die die im selben Jahr geleisteten Zahlungen übersteigen, den SA-Abzug des früheren Abzugsjahres rückgängig macht (s. Anm. 42).

Vorauszahlungen im Hinblick auf den Wegfall eines Sonderausgabentatbestands: Diese stellen jedenfalls dann keinen Gestaltungsmissbrauch dar, wenn Gläubiger und Schuldner sich zivilrechtl. auf eine Vorverlegung der Fälligkeit geeinigt haben, auch wenn diese Vereinbarung mit Rücksicht auf die strechtl. Änderungen getroffen wurde (BFH v. 24.9.1985 – IX R 2/80, BStBl. II 1986, 284, m. Anm. OFFERHAUS, StBp. 1986, 140; v. 24.9.1985 – IX R 22/85, BFH/NV 1986, 733, beide betr. bevorstehender Wegfall des Schuldzinsenabzugs nach Abs. 1 Nr. 1 aF). Bei öffentlich-rechtl. Schulden (insbes. Steuern und Nebenleistungen) genügt es, wenn die Verpflichtung dem Grunde nach entstanden ist und die Höhe der Zahlung nicht über die entstandene, aber noch nicht festgesetzte Schuld hinaus geht (BFH v. 7.11.2001 – XI R 24/01, BStBl. II 2002, 351; v. 16.10.2002 – XI R 51/01, BFH/NV 2003, 597, jeweils betr. Wegfall des Abzugs für stl. Nebenleistungen nach Abs. 1 Nr. 5 aF). Diese Rspr. eröffnet Stpfl. jedenfalls für eine Übergangszeit Gestaltungsmöglichkeiten, wenn es in Zukunft zu weiteren Streichungen von SA-Tatbeständen kommen sollte (s. auch Anm. 220 zur Streichung von Abs. 1 Nr. 6).

42 3. Erstattung (Rückzahlung) von Sonderausgaben an den Steuerpflichtigen

Der Begriff der „Erstattung“ wird von der Rspr. weit ausgelegt und erfasst insbes. Boni, nachträgliche Schadensfreiheitsrabatte und Beitragsermäßigungen (BFH v. 27.2.1970 – VI R 314/67, BStBl. II 1970, 422). Bei Versicherungsverträgen auf Gegenseitigkeit sind auch Zahlungen, die als „Gewinnbeteiligung“ bezeichnet werden, als Erstattung von Beiträgen anzusehen, nicht hingegen als Einnahmen aus Kapitalvermögen, weil der Versicherte nicht am Kapital beteiligt ist (RFH v. 20.12.1933, RStBl. 1934, 429; BFH v. 20.2.1970 – VI R 11/68, BStBl. II 1970, 314; v. 11.10.1974 – VI R 173/71, BStBl. II 1975, 275).

Gegenrechnung von Erstattungen: Erhält der Stpfl. im Jahr der Zahlung von SA auch eine Erstattung, mindert diese den stl. berücksichtigungsfähigen Betrag. Die Rspr. leitet dieses Ergebnis zutreffend aus dem im Einleitungssatz des Abs. 1 verwendeten Begriff der „Aufwendungen“ her, nicht hingegen aus dem einzelnen SA-Tatbestand.

BFH v. 27.9.1963 – VI 123/62 U, BStBl. III 1963, 536 unter I.; v. 2.2.1996 – X B 54/95, BFH/NV 1996, 472; Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen (BVerfG v. 14.8.1996 – 2 BvR 674/96, StE 1996, 714). Jedenfalls aus Gründen der Praktikabilität und Rechtskontinuität werden auch Erstattungen für Vorjahre grds. mit den *laufenden* Aufwendungen verrechnet (BFH v. 26.6.1996 – X R 73/94, BStBl. II 1996, 646; aA DEMUTH, NWB F. 2, 9271: Wahlrecht des Stpfl. auf Korrektur im VZ der Zahlung).

Es kommt daher nicht darauf an, dass nur Abs. 1 Nr. 4 („gezahlte Kirchensteuer“) einen ausdrücklichen Hinweis auf die Zahlung enthält, zumal auch die übrigen SA-Tatbestände einen Abfluss voraussetzen. Auch kommt es nicht darauf

an, ob die erstatteten Beträge sich im VZ ihrer Verausgabung als SA tatsächlich stmindernd ausgewirkt haben. Auch die Umbuchung überzahlter KiSt. auf andere Steuerarten stellt eine Erstattung dar (BFH v. 18.5.2000 – IV R 28/98, BFH/NV 2000, 1455 unter 1.).

Beschränkung der Gegenrechnung auf gleichartige Sonderausgaben: Erstattungen führen nur dann zu einer Verrechnung, wenn ihnen im selben VZ Abflüsse gleichartiger SA gegenüberstehen (BFH v. 28.5.1998 – X R 7/96, BStBl. II 1999, 95 unter 3.c). Dabei sind als „gleichartig“ die in der jeweiligen Nr. des Abs. 1 bezeichneten SA anzusehen.

Beispiel: Gezahltes Schulgeld für das Kind A ist mit einer Erstattung überzahlten Schulgelds für das Kind B durch einen anderen Schulträger zu verrechnen, nicht aber mit erstatteter KiSt.; Verrechnung von LandesKiSt. mit OrtsKiSt. (FG Ba.-Württ. v. 29.9.1961, EFG 1962, 56, rkr.).

Bei den in Abs. 1 Nr. 2, 3 aufgeführten unterschiedlichen Versicherungsbeiträgen wird in der Praxis eine weitere Untergliederung vorgenommen: Hier sieht der amtliche Vordruck der EStErklärung vor, nur solche Erstattungen gegenzurechnen, die denselben Versicherungstyp betreffen. Diese Verfahrensweise ist uE aber rechtl. nicht zwingend.

Beispiel: Erstattete Krankenversicherungsbeiträge werden zwar mit gezahlten Krankenversicherungsbeiträgen verrechnet, nicht aber mit gezahlten Unfallversicherungsbeiträgen (ebenso Anm. HFR 1970, 267; FG Schl.-Holst. v. 10.7.2007, EFG 2007, 1590, nrkr., Rev. Az. BFH X R 32/07; anders allerdings OFD Frankfurt v. 6.5.2003, DStR 2003, 1705; v. 19.6.2006, DStZ 2006, 673).

Die Erstattung übersteigt die Zahlung gleichartiger Sonderausgaben im jeweiligen Veranlagungszeitraum: In diesem Fall ist im VZ des Zuflusses der Erstattung kein SA-Abzug mehr möglich; der überschießende Erstattungsbetrag wirkt sich aber in diesem VZ nicht einkommenserhöhend aus (BFH v. 27.9.1963 – VI 123/62 U, BStBl. III 1963, 536 unter I.; aA neuerdings EGGESIECKER/ELLERBECK, FR 2008, 1087). Jedoch ist nach neuerer Rspr. der SA-Abzug im VZ des Abflusses der früheren Zahlung nachträglich zu versagen; verfahrensrechtl. Grundlage für die Änderung des StBescheids ist § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO. Diese Rspr. ist vor allem zum Abzug von KiSt. entwickelt worden (zum Abzug von KiSt. bei von vornherein fehlender KiStPflicht s. Anm. 208).

BFH v. 28.5.1998 – X R 7/96, BStBl. II 1999, 95 unter 3.; v. 7.7.2004 – XI R 10/04, BStBl. II 2004, 1058; v. 23.2.2005 – XI R 68/03, BFH/NV 2005, 1304; v. 2.9.2008 – X R 46/07, BStBl. II 2009, 229; v. 26.11.2008 – X R 24/08, BFH/NV 2009, 568; BMF v. 11.7.2002, BStBl. I 2002, 667; kritisch dazu ENDRISS, DStR 2005, 1171; ORT-HEIL, DB 2005, 466; TIEDTKE/SZCZESNY, FR 2008, 996; diese Frage ist jedoch aus Sicht der Rspr. geklärt (BFH v. 16.9.2008 – X B 267/07, BFH/NV 2009, 5; v. 8.1.2009 – X B 256/07, BFH/NV 2009, 548). Das rückwirkende Ereignis (das gem. § 175 Abs. 1 Satz 2 AO zu einem Neubeginn der Festsetzungsfrist führt) tritt erst ein, wenn feststeht, dass im VZ der Erstattung keine Gegenrechnung erfolgen kann (FG Hamb. v. 31.1.2006, EFG 2006, 1132, rkr.).

Eine Änderung nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO ist allerdings ausgeschlossen, wenn nach dem Entstehen des Erstattungsüberhangs (= Erlass des StBescheids für den VZ der Erstattung) ein StBescheid für den früheren VZ der Zahlung ergangen ist, in dem das rückwirkende Ereignis nicht berücksichtigt wurde (zutr. FG Düss. v. 23.3.2004, EFG 2004, 1223, rkr.; FG Köln v. 19.12.2008, EFG 2009, 544, unter I.2.b, nrkr., Rev. Az. BFH X R 4/09). Denn nur solche Ereignisse, die nach Ergehen des letzten StBescheids eingetreten sind, berechtigen zur Änderung nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO (BFH v. 19.7.1993 – GrS 2/92, BStBl. II 1993, 897). UE nicht zutr. wäre es hingegen, für die Frage des Verlusts der Änderungsbefugnis bereits auf den Ablauf des VZ des Entstehens des Erstattungsüberhangs (so aber wohl FG Münster v. 30.9.2005, EFG 2006, 10, rkr.) bzw. sogar bereits auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Erstattung im

laufenden VZ (so THOUET, DStR 2008, 29) abzustellen. Davon unberührt bleibt natürlich, dass (erst) mit Ablauf des VZ der Erstattung feststeht, ob überhaupt ein Erstattungsüberhang angefallen ist (vgl. BFH v. 2.9.2008 – X R 46/07, BStBl. II 2009, 229 unter II.2.b bb; v. 16.9.2008 – X B 267/07, BFH/NV 2009, 5); dieser Zeitpunkt ist aber für die Frage der Änderungsbefugnis ohne Belang.

Ausf. zu Konstellationen, in denen Erstattungen für *mehrere* frühere VZ vorgenommen wurden, OFD Frankfurt v. 6.5.2003, DStR 2003, 1705 (aA allerdings FG Münster v. 31.7.2008, EFG 2008, 1873, rkr., m. Anm. PFÜTZENREUTER); zu Erstattungsfällen, bei denen weder im Erstattungsjahr noch im Rücktragsjahr genügend Gegenrechnungsvolumen vorhanden ist, s. OFD Frankfurt v. 19.6.2006, DStZ 2006, 673.

Erstattung nicht geschuldeter Sonderausgaben an den Steuerpflichtigen:

Da der Abfluss von Mitteln, die zwar als SA geleistet, aber zu keinem Zeitpunkt als solche geschuldet wurden, nicht zum SA-Abzug führt (s. Anm. 35 ff.), ist auch die spätere Erstattung solcher Beträge stl. ohne Belang.

43

IV. Mittelherkunft

Für den Abzug von SA kommt es grds. nicht darauf an, wie diese finanziert werden. Insbes. müssen sie nicht aus dem laufenden Einkommen des Abzugszeitraums geleistet werden; sie können vielmehr auch stammen

- ▶ *aus dem vorhandenen Vermögen des Stpfl.* (RFH v. 19.11.1936, RStBl. 1937, 426; BFH v. 13.8.1971 – VI R 171/68, BStBl. II 1972, 57 unter 1.);
- ▶ *aus unentgeltlichen Zuwendungen Dritter* (zB Erbschaft oder Schenkung);
- ▶ *aus streifen Einnahmen*; § 3c ist nicht auf SA anwendbar.

BFH v. 27.9.1963 – VI 123/62 U, BStBl. III 1963, 536 unter II. (SA, die aus dem nicht stbaren Teil einer Leibrente geleistet werden); v. 4.3.1977 – VI R 168/75, BStBl. II 1977, 503 (Leistung von Ausbildungskosten aus streifem Unterhaltsgeld des Arbeitsamts); v. 8.12.1978 – VI R 26/76, BStBl. II 1979, 212 (Leistung von Ausbildungskosten aus Zuschüssen nach dem BAföG).

Für Vorsorgeaufwendungen enthält Abs. 2 Nr. 1 allerdings ein dem § 3c nachgebildetes Abzugsverbot bei einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit streifen Einnahmen (s. Anm. 305). Insoweit hatte der BFH auch schon vor Schaffung der gesetzlichen Regelung ein Abzugsverbot angenommen (BFH v. 13.8.1971 – VI R 171/68, BStBl. II 1972, 57).

- ▶ *aus der Aufnahme eines Darlehens* (RFH v. 19.11.1936, RStBl. 1937, 426; BFH v. 15.3.1974 – VI R 252/71, BStBl. II 1974, 513); nur für Vorsorgeaufwendungen galt bis VZ 1987 ein Kreditaufnahmeverbot (Abs. 2 Nr. 1 aF).

44 Einstweilen frei.

45

C. „... wenn sie weder Betriebsausgaben noch Werbungskosten sind ...“

Die Zuordnung der Aufwendungen zur Sphäre der Einkunftserzielung einerseits oder zu einem der SA-Tatbestände andererseits ist nach dem Veranlassungsprinzip vorzunehmen. Zur Abgrenzung bei den einzelnen SA-Tatbeständen s. Anm. 80, 98 (Versorgungsleistungen), 122, 123 (Altersvorsorgeaufwendungen), 160–167 (sonstige Vorsorgeaufwendungen), 200 (KiSt.), 225 (StBeratungskosten), 232 (Ausbildungskosten).

Nachrang von Sonderausgaben im Verhältnis zu Betriebsausgaben und Werbungskosten: Dieser würde sich auch ohne ausdrückliche Regelung bereits

aus der Systematik der Einkommensermittlung ergeben (so zu Recht bereits RFH v. 19.10.1927, RStBl. 1928, 44; v. 29.2.1928, RStBl. 1928, 113). Entsprechend lehnt der BFH es ab, SA-Tatbeständen – nach dem Grundsatz des Vorrangs des spezielleren Gesetzes – eine Sperrwirkung im Hinblick auf die Möglichkeit des allg. BA/WKAbzugs beizumessen (BFH v. 4.12.2002 – VI R 120/01, BStBl. II 2003, 403 unter II.3.c; v. 17.12.2002 – VI R 137/01, BStBl. II 2003, 407 unter II.3.c; v. 22.6.2006 – VI R 5/03, BStBl. II 2007, 4; alle betr. Ausbildungskosten; anders allerdings BFH v. 1.2.2006 – X B 166/05, BStBl. II 2006, 420 unter II.5., betr. Altersvorsorgeaufwendungen).

Stehen Aufwendungen ununterscheidbar sowohl mit einer Erwerbstätigkeit als auch mit einer Ausbildung iSd. Nr. 7 in Zusammenhang, wirkt sich der Vorrang der WK dahingehend aus, dass die Aufwendungen *insgesamt* als WK abziehbar sind (BFH v. 18.4.1996 – VI R 54/95, BFH/NV 1996, 740 unter 4.).

Nicht abziehbare Betriebsausgaben/Werbungskosten: Ein SA-Abzug ist auch dann ausgeschlossen, wenn Aufwendungen im konkreten Fall wegen eines Abzugsverbots (zB § 4 Abs. 5, § 9 Abs. 5) oder einer Höchstgrenze nicht als BA/WK abgezogen werden können, gleichwohl aber dem Grunde nach der Sphäre der Einkunftserzielung zuzuordnen sind (BFH v. 21.7.1966 – IV 170/61, BStBl. III 1966, 646; v. 10.6.1986 – IX R 11/86, BStBl. II 1986, 894 unter 2.; beide zum Zusammentreffen von Begrenzungen beim WKAbzug von Schuldzinsen mit dem früheren SA-Tatbestand für Schuldzinsen).

Abzug „wie“ Betriebsausgaben/Werbungskosten: Ab VZ 2006 ist in § 4f und § 9 Abs. 5 für Kinderbetreuungskosten die neue Kategorie „Abzug wie BA/WK“ eingeführt worden; diese Regelungen sind ab VZ 2009 in § 9c Abs. 1 überführt worden. Der Eingangssatz des Abs. 1 trägt dem Rechnung, indem auch solche Aufwendungen für vorrangig gegenüber den SA-Tatbeständen erklärt werden.

Einstweilen frei.

46–49

Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 1: Realsplitting

Schrifttum: BUOB, Anmerkungen und Berechnungen zum Realsplitting, DStR 1979, 610; DIEBOLD, Weitere Überlegungen zum begrenzten Realsplitting, DStR 1979, 344; STRECK, Steuerfolgen und Steuergestaltungen bei Ehescheidungen, KÖSDI 1980, 3778; BORGGREVE, Realsplitting – weiterhin ein Problem der Praxis, Inf. 1982, 638; VOGT, Nachteilsausgleich und Vorteilsteilhabe bei der Zustimmung zum Realsplitting, NJW 1983, 1525; ARENS, Neue und alte Praxisprobleme im Zusammenhang mit dem sogenannten begrenzten Realsplitting, FamRZ 1999, 1558; MELLINGHOFF, Steuerrechtliche Probleme bei Trennung und Scheidung von Ehegatten, Sibg. 1999, 60; RISTHAUS, Realsplitting – Vorteile für den unterhaltsverpflichteten und Nachteile für den unterhaltsempfangenden Ehegatten, FR 1999, 650; PAUS, Nachzahlung von Unterhalt an den geschiedenen oder dauernd getrennt lebenden Ehegatten, DStZ 2001, 591; SÖHN, Besteuerung von Unterhaltsleistungen an getrennt lebende und geschiedene Ehegatten, StuW 2005, 109.

A. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 1

50

Überblick und Bedeutung: Nr. 1 ermöglicht auch dann, wenn der Splittingvorteil durch die Trennung der Eheleute weggefallen ist, eine stl. günstige Verteilung der Einnahmen in Abbildung der zivilrechtl. Unterhaltspflichten durch

ein „begrenzt Realsplitting“. Die Inanspruchnahme der Abzugsmöglichkeit nach Nr. 1 durch den Geber korrespondiert dabei mit der StPflcht der Bezüge beim Empfänger als sonstige Einkünfte nach § 22 Nr. 1a. Durch die Antragsabhängigkeit und die Möglichkeit, den Antrag auf einen Teil der Aufwendungen zu beschränken (s. Anm. 62), kann der Umfang des Realsplitting auf die individuellen stl. Verhältnisse zugeschnitten werden.

Der Begriff „Realsplitting“ beruht darauf, dass die Besteuerung der nicht intakten Ehe durch Nr. 1 faktisch (real) an die Wirkungen des Splitting-Verfahrens angenähert wird (BFH v. 12.4.2000 – XI R 127/96, BStBl. II 2002, 130 unter II.4.).

Rechtswicklung (Einzelheiten s. Anm. 4): Bis VZ 1978 war in Nr. 1 die Abziehbarkeit von Renten und dauernden Lasten (heute Nr. 1a; s. Anm. 70 ff.), bis VZ 1973 zusätzlich auch die von privaten Schuldzinsen (s. Anm. 500 „Schuldzinsenabzug“) geregelt. Durch das StÄndG 1979 v. 30.11.1978 (BGBl. I 1978, 1849; BStBl. I 1978, 479) wurde in Nr. 1 mit Wirkung ab VZ 1979 die Möglichkeit des Abzugs von Unterhaltsleistungen an den geschiedenen oder dauernd getrennt lebenden Ehegatten eingeführt, die der Höhe nach zunächst auf 9000 DM begrenzt war.

Zuvor gab es keinen eigenständigen Abzugstatbestand für derartige Leistungen. Allerdings konnten Unterhaltszahlungen eines „nicht schuldig geschiedenen“ Ehegatten bis zu einer mit Wirkung ab VZ 1975 vorgenommenen Änderung des § 12 Nr. 2 als Renten bzw. dauernde Lasten abgezogen werden. In allen anderen Fällen blieb nur der – unzureichende – Abzug nach § 33a Abs. 1. Umfassend zu der rechtspolitischen Situation vor und kurz nach der Einführung der Nr. 1 Bericht der BReg., BTDrucks. 9/1772.

Das StSenkG 1986/1988 v. 26.6.1985 (BGBl. I 1985, 1153; BStBl. I 1985, 391) brachte ab VZ 1986 eine Verdoppelung des Höchstbetrags auf 18000 DM, das StReformG 1990 v. 25.7.1990 (BGBl. I 1988, 1093; BStBl. I 1988, 224) eine Klarstellung zum Ausschluss der Rücknahme des Antrags. Mit dem WoBauFG v. 22.12.1989 (BGBl. I 1989, 2408; BStBl. I 1989, 505) wurde Nr. 1 ab VZ 1990 neu gefasst und erhielt seine heutige Gestalt; ua. wurde die Dauerwirkung der Zustimmung eingeführt und der Höchstbetrag weiter auf 27000 DM angehoben. Das StEuglG v. 19.12.2000 (BGBl. I 2000, 1790; BStBl. I 2001, 3) vollzog – ohne materiell-rechtl. Änderung – die rechnerische Umstellung des Höchstbetrags von DM auf €. Mit dem BürgEntlG-KV v. 16.7.2009 (BGBl. I 2009, 1959; BStBl. I 2009, 782) wurde Satz 2 eingefügt (erhöhter Höchstbetrag bei Zahlung von Krankenversicherungsbeiträgen).

Verfassungsmäßigkeit: Eine volle Gewährung der Vorteile des Splitting-Tarifs ist bei geschiedenen Ehegatten wegen der Aufhebung der Erwerbsgemeinschaft nicht geboten (BVerfG v. 4.7.1988 – 1 BvR 729/88, HFR 1989, 442 mwN). Zur Ungleichbehandlung zwischen inländ. und ausländ. Empfängern s. Anm. 60; zur Verfassungsmäßigkeit der Höchstbeträge s. Anm. 67. Eine Ausdehnung von Nr. 1 auf Unterhaltsleistungen an den nicht mit dem Unterhaltspflichtigen verheirateten Elternteil aus Anlass der Geburt eines gemeinsamen Kindes (§ 1615l BGB) ist verfassungsrechtl. nicht geboten, weil diesen Personen niemals das Ehegatten-Splitting zugestanden hat (BFH v. 13.3.1995 – X B 158/94, BFH/NV 1995, 777, bestätigt durch BVerfG v. 30.4.1998 – 2 BvR 1033/95, StE 1998, 386). Erst recht ist dann nicht die – von Teilen der Lit. geforderte (LANG, StW 1983, 103 [110]) – Ausdehnung des Realsplitting auf Unterhaltsleistungen an andere Personen geboten (BFH v. 14.5.2007 – III B 98/06, BFH/NV 2007, 1528, betr. Kinder; ebenso bereits FinAussch., BTDrucks. 8/2201, 4, gegen die Bedenken des BRats, BTDrucks. 8/2118, 69). Zu verfassungsrechtl. Fragen des Abzugs bei eingetragenen Lebenspartnerschaften s. Anm. 58.

Verfahrensfragen: Hinsichtlich der verfahrensrechtl. Bedeutung des Antrags des Gebers und der Zustimmung des Empfängers s. Anm. 62 ff.

Einstweilen frei.

51–54

B. Voraussetzungen für den Abzug von Unterhaltsleistungen

I. Begriff der Unterhaltsleistungen (Nr. 1 Satz 1)

55

Der Begriff der Unterhaltsleistungen ist weit auszulegen. Unter Nr. 1 fallen sowohl laufende als auch gelegentliche oder einmalige Leistungen (vgl. § 1585b Abs. 1 BGB, der ausdrücklich den Unterhalt wegen eines „Sonderbedarfs“ erwähnt; H 10.2 „Allgemeines“ EStH 2008; ebenso zu § 33a Abs. 1 auch BFH v. 5.9.1980 – VI R 75/80, BStBl. II 1981, 31). Nachzahlungen für die Vergangenheit sind ebenfalls erfasst, ohne dass es darauf ankommt, ob die Zahlungen einen Unterhaltszeitraum vor Beginn des VZ betreffen (BFH v. 7.11.2000 – III R 23/98, BStBl. II 2001, 338). Auch wenn der laufende Unterhalt grds. durch Zahlung einer Geldrente zu gewähren ist (§ 1585 Abs. 1 Satz 1 BGB für den Geschiedenenunterhalt, § 1361 Abs. 4 BGB für den Unterhalt bei Getrenntleben), können die Parteien sich darauf einigen (§ 1585c BGB), den Unterhalt in Form von Sachleistungen zu erbringen. Wegen der Einzelheiten kann auf die Erl. zum Begriff der „Aufwendungen für den Unterhalt“ in § 33a Abs. 1 verwiesen werden (s. § 33a Anm. 38–42), den auch die Rspr. heranzieht (zB BFH v. 18.10.2006 – XI R 42/04, BFH/NV 2007, 1283). Danach sind Unterhaltsleistungen iSd. Nr. 1 die typischen Aufwendungen zur Bestreitung der Lebensführung, zB für Ernährung, Kleidung, Wohnung (BFH v. 12.4.2000 – XI R 127/96, BStBl. II 2002, 130 unter II.1.), idR jedoch nicht Zins- und Tilgungszahlungen auf ein gemeinsam aufgenommenes Darlehen (BFH v. 17.5.2006 – XI B 128/05, BFH/NV 2006, 2053; s. aber unten zur Überlassung einer Wohnung). Zu den Unterhaltsleistungen gehört auch der Ausgleich, den der Geber für die beim Empfänger infolge der Besteuerung eintretenden Nachteile zahlt (BFH v. 28.11.2007 – XI B 68/07, BFH/NV 2008, 372). Zahlungen im Rahmen der Vermögensauseinandersetzung der Eheleute sind hingegen auch dann kein Unterhalt iSd. Nr. 1, wenn der andere Ehegatte ohne diese Zahlungen einen Unterhaltsanspruch hätte (BFH v. 8.3.1989 – X B 203/88, BFH/NV 1989, 779); Gleiches gilt für Nebenkosten zu Unterhaltsleistungen (BFH v. 10.3.1999 – XI R 86/95, BStBl. II 1999, 522: Kosten des Zivilprozesses zur Erzwingung der Zustimmung des Unterhaltsempfängers; s. auch Anm. 31).

Freiwillige Leistungen: Nr. 1 knüpft nur für die Bestimmung des Unterhaltsempfängers an die zivilrechtl. Begriffe der Scheidung und des Getrenntlebens an. Hingegen ist nicht erforderlich, dass der geltend gemachte Betrag auch *der Höhe nach* genau dem gesetzlichen Unterhaltsanspruch entspricht. Daher sind auch freiwillig erbrachte Unterhaltsleistungen (nicht jedoch echte Schenkungen) abziehbar (aA KSM/SÖHN, § 10 Rn. C 21, auf der Grundlage der von ihm durchgängig vertretenen Sonderlehre, entscheidendes – sowohl abzugsbegründendes als auch abzugsbegrenzendes – Kriterium für die Abziehbarkeit von Aufwendungen als SA sei ihre Unvermeidbarkeit).

Überlassung einer Wohnung: Die Rspr. erkennt Unterhaltsleistungen iSd. Nr. 1 zutreffend auch insoweit an, als eine im Miteigentum der Eheleute stehende Wohnung dem unterhaltsberechtigten Ehegatten zur alleinigen unentgeltli-

chen Nutzung überlassen wird (BFH v. 12.4.2000 – XI R 127/96, BStBl. II 2002, 130). In solchen Fällen ist ein Betrag in Höhe des auf den überlassenen Miteigentumsanteil entfallenden Mietwerts anzusetzen. Problematisch ist hier vor allem, ob „Aufwendungen“ iSd. Eingangssatzes des Abs. 1 vorliegen, weil der Verzicht auf Mieteinnahmen nicht den Begriff der Aufwendungen erfüllt. Der BFH hat insoweit die Rspr. zu § 33a Abs. 1 herangezogen, die zu den Unterhaltsaufwendungen auch Sachleistungen zählt. Zudem wird die Überlassung des Miteigentumsanteils auch zivilrechtl. ohne weiteres als Unterhaltsleistung angesehen. Hingegen können nach der endgültigen *Übertragung* des Miteigentumsanteils auf den unterhaltsberechtigten Ehegatten beim Verpflichteten keine Unterhaltsleistungen in Form einer Nutzungsüberlassung mehr abfließen (BFH v. 23.10.2002 – XI B 55/02, BFH/NV 2003, 167). Hat sich der Stpfl. jedoch verpflichtet, weiterhin die Zins- und Tilgungsleistungen für die nunmehr dem geschiedenen Ehegatten gehörende Wohnung zu erbringen, handelt es sich insoweit um Unterhalt (BFH v. 18.10.2006 – XI R 42/04, BFH/NV 2007, 1283).

Unterhaltsleistungen, die zugleich die Voraussetzungen anderer Sonderausgabentatbestände erfüllen: Übernimmt der Stpfl. zugunsten seines geschiedenen Ehegatten zB die Zahlung von KiSt., StBeratungskosten oder Ausbildungskosten, ist ein Abzug nach den entsprechenden Tatbeständen nicht möglich, da der Stpfl. nicht gegenüber dem Gläubiger schuldrechtl. zur Zahlung verpflichtet ist (s. Anm. 36). Jedoch fallen derartige Zahlungen unter Nr. 1, weil Unterhalt auch dadurch geleistet werden kann, dass der Unterhaltsverpflichtete eine bei einem Dritten bestehende Verbindlichkeit des Unterhaltsberechtigten erfüllt. Bei Vorsorgeaufwendungen kann hingegen ein Wahlrecht zwischen dem Abzug nach Nr. 3 und Nr. 1 bestehen, wenn der Stpfl. selbst als Versicherungsnehmer Versicherungsverträge schließt, aus denen sein geschiedener Ehegatte begünstigt ist (zB im Rahmen des Krankheitsvorsorgeunterhalts).

Einheitliche Unterhaltszahlung für den Ehegatten und Kinder: Unterhaltsleistungen, die zu Händen des geschiedenen oder dauernd getrennt lebenden Ehegatten gezahlt werden, aber für die gemeinsamen minderjährigen (und daher rechtl. nicht empfangszuständigen) Kinder bestimmt sind, fallen nicht unter Nr. 1, weil wirtschaftliche Unterhaltsempfänger hier die Kinder sind (BFH v. 3.2.2000 – XI B 35, 36/99, BFH/NV 2000, 841). Im amtlichen Vordruck der Anlage U verlangt die FinVerw. vom Stpfl. eine ausdrückliche Bestätigung, dass im geltend gemachten Betrag keine Unterhaltsleistungen für Kinder enthalten sind. Die Ermittlung des auf den Ehegatten entfallenden Teils einer einheitlichen Unterhaltszahlung für mehrere Personen richtet sich nach den zivilrechtl. Grundsätzen (BFH v. 12.12.2007 – XI R 36/05, BFH/NV 2008, 792 unter II.3.: nicht etwa Aufteilung nach Köpfen).

Abzug bei Vorausleistungen des Sozialamts: Wenn ein Unterhaltsschuldner seiner Unterhaltungspflicht nicht nachkommt, tritt das Sozialamt nach dem UnterhaltsvorschussG in Vorleistung, fordert den Betrag später aber vom Unterhaltsschuldner zurück. Im VZ der Zahlung des Sozialamts kann der Stpfl. (Unterhaltsschuldner) keine SA abziehen, weil bei ihm nichts abfließt (Saarl. FG v. 18.12.1996, EFG 1997, 657, rkr.). Im VZ der Erstattung an das Sozialamt sind die Voraussetzungen der Nr. 1 uE ebenfalls nicht erfüllt, weil es sich nicht um Unterhaltszahlungen „an den ... Ehegatten“ handelt.

II. Anforderungen an die Person des Unterhaltsempfängers

1. Geschiedener oder dauernd getrennt lebender Ehegatte (Nr. 1 Satz 1) 58

Geschiedener Ehegatte: Die gesetzliche Unterhaltspflicht beruht hier auf den Regelungen der §§ 1569–1586b BGB. Vertragliche Vereinbarungen über die Ausgestaltung der Unterhaltspflicht sind zulässig (§ 1585c BGB).

Die Unterhaltspflicht gegenüber dem geschiedenen Ehegatten erlischt nicht mit dem Tod des Verpflichteten, sondern geht – anders als die Unterhaltspflichten in einer intakten Ehe (§ 1360a Abs. 3 BGB), bei Getrenntleben und gegenüber Verwandten in gerader Linie (§ 1615 BGB) – auf den Erben als Nachlassverbindlichkeit bis zur Höhe des fiktiven Pflichtteils eines nicht geschiedenen Ehegatten über (§ 1586b BGB). Gleichwohl vertritt der BFH die Auffassung, der Abzug von Unterhaltszahlungen scheitere daran, dass der Unterhaltsempfänger nicht der (frühere) Ehegatte des *Erben* sei und der Wortlaut der Nr. 1 einem Abzug daher entgegen stehe (BFH v. 12.11.1997 – X R 83/94, BStBl. II 1998, 148; Verfassungsbeschwerde durch BVerfG v. 14.3.2002 – 2 BvR 324/98, StE 2002, 302, nicht zur Entscheidung angenommen; zustimmend STÖCKER in B/B, § 10 Rn. 114).

Die vom BFH hier herangezogenen Argumente sind zwar beachtlich, uE aber nicht zwingend: Die Leistungsfähigkeit des Erben ist durch die Erfüllung der ihn treffenden Unterhaltsverpflichtung im selben Maße gemindert wie beim Eintritt in Verpflichtungen, die die Voraussetzungen anderweitiger SA-Tatbestände erfüllen und nach den in Anm. 38 dargestellten Grundsätzen zum Abzug beim Erben führen. Zudem hat die Abziehbarkeit der Leistungen und die korrespondierende StPflcht der Bezüge beim Empfänger idR Einfluss auf die Bemessung der Höhe des Unterhalts gehabt; der Wegfall von Abziehbarkeit und StPflcht müsste daher zu aufwändigen Neuberechnungen führen, die bei einer Fortführung der bisherigen stl. Behandlung entbehrlich wären.

Ist die Ehe geschieden, kommt es auf ein Getrenntleben nicht mehr an. Leben geschiedene Ehegatten wieder zusammen, können sie daher weiterhin das Realsplitting in Anspruch nehmen.

Dauernd getrennt lebender Ehegatte: Zum Begriff des Getrenntlebens vgl. die Definition in § 1567 BGB und § 26 Anm. 28 ff. Die Unterhaltspflicht zwischen getrennt lebenden Ehegatten folgt aus § 1361 BGB; abweichende Vereinbarungen zwischen den Eheleuten sind auch hier zulässig. Unterhaltsleistungen fallen ab dem Zeitpunkt der Trennung – nicht aber für den gesamten VZ, in dem die Trennung erfolgte – unter Nr. 1.

Im Jahr der Trennung kann es dazu kommen, dass für diesen VZ sowohl die Voraussetzungen für eine Zusammenveranlagung noch erfüllt sind als auch – ab dem Zeitpunkt der Trennung – Unterhalt gezahlt wird, der unter Nr. 1 fällt. Der Gesetzeswortlaut schließt eine Geltendmachung der Unterhaltsaufwendungen trotz Zusammenveranlagung mit dem Unterhaltsempfänger zwar nicht aus. Jedoch wird Nr. 1 durch die – auch noch für den gesamten VZ der Trennung anwendbaren – Vorschriften über die Ehegattenbesteuerung verdrängt (BFH v. 31.5.1989 – III R 16/86, BStBl. II 1989, 658, allerdings zum Abzug von Unterhaltsleistungen nach § 33a Abs. 1; LBP/RINDERMANN, § 10 Rn. 17a; aA KSM/SÖHN, § 10 Rn. C 53). Auch der Zweck der Nr. 1 (Ausgleich für den Wegfall des Splittingtarifs) ist noch nicht gegeben.

Die Auswirkungen der unterschiedlichen Antworten auf diese Frage sind gering. Denn das Realsplitting würde einerseits zwar zu einer entsprechenden Erhöhung des SA-Abzugs, andererseits aber auch zu einer Erhöhung des gemeinsamen Gesamtbetrags der Einkünfte (durch die StPflcht nach § 22 Nr. 1a) führen. Geringfügige stl. Auswirkungen können sich durch den Freibetrag nach § 9a Satz 1 Nr. 3 und – aufgrund der Erhöhung des Gesamtbetrags der Einkünfte – für die Höhe des Spendenabzugs nach § 10b und der zumutbaren Belastung nach § 33 Abs. 3 ergeben.

Eingetragene Lebenspartnerschaft: Obwohl auch in einer eingetragenen gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft Trennungs- und Scheidungsunter-

halt zu leisten ist (§§ 12, 16 LPartG), ist ein SA-Abzug nach dem klaren Wortlaut der Nr. 1 nicht möglich, weil ein Lebenspartner kein „Ehegatte“ iSd. ESt-Rechts ist (aA offenbar KORN/BAUSCHATZ, § 10 Rn. 50). Dieses Ergebnis verstößt zwar nicht gegen Art. 6 Abs. 1 GG, da der Gesetzgeber nicht gezwungen ist, die Lebenspartnerschaft der Ehe vollständig gleichzustellen. Bedenken bestehen aber im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG, weil die zivilrechtl. Regelungen über die Unterhaltspflicht zwischen Lebenspartnern identisch sind mit den Regelungen, die für Eheleute gelten, die stl. Leistungsfähigkeit daher im selben Maße gemindert ist und sich die in Nr. 1 enthaltene Beschränkung auf Ehegatten unter diesem Aspekt nicht als folgerichtig darstellt. Andererseits dient Nr. 1 (auch) dem Ausgleich der durch den Wegfall des Splitting eintretenden Nachteile. Da Lebenspartner aber – verfassungsrechtl. unbedenklich – nicht zusammenveranlagt werden können (BFH v. 26.1.2006 – III R 51/05, BStBl. II 2006, 515, Verfassungsbeschwerde unter dem Az. 2 BvR 909/06 anhängig), könnte man sich auf den Standpunkt stellen, dass es dieses Ausgleichs nicht bedarf. Das BVerfG (v. 17.7.2002 – 1 BvF 1/01, BVerfGE 105, 313 unter B.II.3.c) hat in seiner verfassungsrechtl. Prüfung des LPartG ausdrücklich offen gelassen, ob die estl. Berücksichtigung der zwischen den Lebenspartnern bestehenden Unterhaltspflichten im Vergleich zur Behandlung von Ehegatten ausreichend ist; der BFH (v. 20.7.2006 – III R 8/04, BStBl. II 2006, 883) sieht die Ungleichbehandlung wegen Art. 6 Abs. 1 GG als gerechtfertigt an.

59 2. Frühere Verbindung in einer nichtigen oder aufgehobenen Ehe (Nr. 1 Satz 6)

Den Unterhaltsleistungen an einen geschiedenen oder dauernd getrennt lebenden Ehegatten werden Zahlungen an eine Person gleichgestellt, mit der der Stpfl. in einer nichtigen oder aufgehobenen Ehe verbunden war.

Aufgehobene Ehe: Die – praktisch wenig bedeutsame – Eheaufhebung ist in §§ 1313–1318 BGB (bis 30.6.1998 §§ 28–37 EheG) geregelt. In bestimmten Fällen (vor allem bei Unkenntnis des Aufhebungsgrundes im Zeitpunkt der Eheschließung) hat ein Ehegatte nach Aufhebung der Ehe einen gesetzlichen Unterhaltsanspruch, der dem eines geschiedenen Ehegatten entspricht (§ 1318 Abs. 2 iVm. §§ 1569–1586b BGB).

Nichtige Ehe: Diese ist im geltenden Zivilrecht nicht mehr vorgesehen; entsprechende Regelungen waren bis zum 30.6.1998 in §§ 16–26 EheG aF enthalten. Auch hier bestand ein gesetzlicher Unterhaltsanspruch wie im Fall der Scheidung, der in bestimmten Fällen allerdings ausgeschlossen war (§ 26 EheG aF).

Die nichtige Ehe ist von der „Nicht-Ehe“ zu unterscheiden, bei der es von vornherein an einer wirksamen Eheschließung fehlt und die daher auch keine Unterhaltsansprüche auslöst (vgl. PALANDT/BRUDERMÜLLER, BGB, 68. Aufl. 2009, Einf. § 1313 BGB Rn. 5 ff.).

60 3. Unbeschränkte Steuerpflicht des Unterhaltsempfängers (Nr. 1 Satz 1)

Der Unterhaltsempfänger muss – im Zeitpunkt der Gewährung der einzelnen Unterhaltsleistung – unbeschränkt estpfl. sein. Zuwendungen an nicht unbeschränkt stpfl. Empfänger können grds. nicht nach Nr. 1, sondern nur unter den Voraussetzungen und in den – engen – Grenzen des § 33a Abs. 1 abgezogen werden. Hintergrund ist, dass bei den zuletzt genannten Empfängern die korrespondierende Erfassung der Bezüge nach § 22 Nr. 1a nicht möglich ist.

Verfassungsmäßigkeit: Der Zusammenhang mit § 22 Nr. 1a rechtfertigt jedenfalls am Maßstab des deutschen Verfassungsrechts die Ungleichbehandlung

zwischen inländ. und ausländ. Empfängern (BFH v. 25.3.1986 – IX R 4/83, BStBl. II 1986, 603, m. krit. Anm. HENNECKE, DStZ 1986, 334; bestätigt durch BVerfG v. 21.11.1986 – 1 BvR 840/86, HFR 1988, 35, m. krit. Anm. HENNECKE, DStZ 1988, 490).

Die dagegen unter Hinweis auf die in beiden Fällen vergleichbare Leistungsfähigkeit der Unterhaltsschuldner erhobenen Bedenken sind uE nicht überzeugend, weil Art. 3 Abs. 1 GG für eine Berücksichtigung des Gedankens der Korrespondenz und Kohärenz im Rahmen der Prüfung der Sachgerechtigkeit einer Gesamtregelung offen ist. Auch der Splitting-Tarif kommt grds. nur zur Anwendung, wenn beide Ehegatten unbeschränkt stpfl. sind.

Ausnahme für EU-/EWR-Ehegatten: Ist der Unterhaltspflichtige Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats der EU oder des EWR (dies ist selbstverständlich auch bei Deutschen der Fall) und hat der Unterhaltsempfänger seinen Wohnsitz in einem solchen Staat, hindert das Fehlen der unbeschränkten StPfl. des Empfängers die Abziehbarkeit des Unterhaltsleistungen nicht, sofern die Besteuerung der Unterhaltsleistungen beim Empfänger durch eine Bescheinigung der ausländ. StBehörde nachgewiesen wird (§ 1a Abs. 1 Nr. 1; s. § 1a Anm. 25 ff.). Der EuGH hat diese Regelung insoweit gebilligt, als Unterhaltsleistungen nicht abgezogen werden können, wenn der Wohnsitzstaat des Unterhaltsempfängers keinen StTatbestand für Unterhaltsbezüge kennt (EuGH v. 12.7.2005 – Rs. C-403/03, EuGHE 2005, I-6421; ergangen auf Vorabentscheidungsersuchen des BFH v. 22.7.2003 – XI R 5/02, BStBl. II 2003, 851; nachfolgend BFH v. 13.12.2005 – XI R 5/02, BFH/NV 2006, 1069).

Der EuGH hat in dieser Entscheidung allerdings ausdrücklich offen gelassen, ob die Regelung auch dann den europarechtl. Anforderungen entspricht, wenn die Bezüge im Empfängerstaat zwar dem Grunde nach stpfl. sind, im konkreten Fall wegen Unterschreitens des Grundfreibetrags aber keine ESt. anfällt (EuGH v. 12.7.2005 – Rs. C-403/03 aaO, Rn. 37 f.; vgl. dazu auch KANZLER, FR 2003, 1192). Da bei einem reinen Inlandsfall der Abzug beim Geber auch dann möglich ist, wenn beim Empfänger konkret keine Steuer anfällt, muss § 1a Abs. 1 Nr. 1 uE europarechtskonform dahin ausgelegt werden, dass der Abzug zu gewähren ist, wenn sich aus der Bescheinigung der ausländ. StBehörde ergibt, dass die Unterhaltsbezüge zwar in eine Veranlagung einbezogen worden sind, sich aber dennoch kein zu zahlender StBetrag ergeben hat.

Hat der Empfänger hingegen nicht die Staatsangehörigkeit eines EU-/EWR-Staats, ist ein Abzug der Unterhaltsleistungen selbst dann nicht möglich, wenn diese vom Wohnsitzstaat des Empfängers ungeachtet der fehlenden Abzugsmöglichkeit beim Geber besteuert werden.

Weitere Ausnahme in bestimmten DBA: In den DBA mit Dänemark, Kanada, den USA und der Schweiz ist vorgesehen, dass auch Unterhaltszahlungen an nicht unbeschränkt stpfl. Empfänger mit Wohnsitz in einem dieser Staaten abgezogen werden können (Nachweise s. H 10.2 EStH 2008 „nicht unbeschränkt estpfl. Empfänger“; zu Empfängern mit Wohnsitz in der Schweiz s. auch BMF v. 5.11.1998, BStBl. I 1998, 1392).

Unbeschränkte Steuerpflicht des Gebers: Auch der *Geber* muss unbeschränkt stpfl. sein; dieses Erfordernis folgt aus § 50 Abs. 1 Satz 3 (s. Anm. 14). Es genügt die fiktive unbeschränkte StPfl. nach § 1 Abs. 3. Ist der Geber nicht unbeschränkt stpfl., sind die Unterhaltsbezüge bei einem unbeschränkt stpfl. Empfänger weder nach § 22 Nr. 1a noch – als wiederkehrende Bezüge – nach § 22 Nr. 1 stbar (BFH v. 31.3.2004 – X R 18/03, BStBl. II 2004, 1047, unter Aufgabe gegenteiliger früherer Rspr.; zu Unrecht krit. dazu SÖHN, StuW 2005, 109).

Einstweilen frei.

61

III. Antrag des Gebers (Nr. 1 Sätze 1 und 3)

Als einziger SA-Tatbestand setzt Nr. 1 für den Abzug einen Antrag des StPfl. voraus. Hintergrund ist die mit dem Abzug eintretende korrespondierende StPflcht beim Empfänger der Bezüge (§ 22 Nr. 1a).

Antragserfordernis: Der Antrag ist nicht nur eine reine Verfahrenshandlung, sondern selbst Merkmal des gesetzlichen StTatbestands (BFH v. 12.7.1989 – X R 8/84, BStBl. II 1989, 957). Er ändert den Rechtscharakter des – zuvor stl. unbeachtlichen – Aufwands beim Geber und bewirkt gleichzeitig die StPflcht beim Empfänger (BFH v. 22.9.1999 – XI R 121/96, BStBl. II 2000, 218; v. 12.12.2007 – XI R 36/05, BFH/NV 2008, 792 unter II.1.a). Stellt der Geber keinen Antrag nach Nr. 1a, kann er die Unterhaltsleistungen nach § 33a Abs. 1 als agB geltend machen. Dies setzt allerdings voraus, dass die eigenen Einkünfte und Bezüge des Empfängers die dort bezeichneten – sehr geringen – Grenzen nicht übersteigen.

Formlosigkeit des Antrags: Der Antrag kann formlos gestellt werden; es genügt die Geltendmachung von Unterhaltsleistungen in der StErklärung. Die Fin-Verw. hält für Antragstellung und Zustimmung allerdings ein eigenes Formular vor („Anlage U“).

Teilbarkeit: Der Antrag kann auf einen Teilbetrag der Unterhaltsleistungen beschränkt werden (BFH v. 22.9.1999 – XI R 121/96, BStBl. II 2000, 218 unter II.1.a; v. 14.4.2005 – XI R 33/03, BStBl. II 2005, 825; R 10.2 Abs. 1 EStR 2008). Dies bietet sich vor allem dann an, wenn die StSätze von Unterhaltsschuldner und -empfänger sich nur geringfügig unterscheiden, so dass der Abzug der vollen Unterhaltsleistungen zu einer Progressionswirkung beim Empfänger führen würde, die die StVorteile des Gebers überkompensiert. Auch wenn der Unterhaltsempfänger eine betragsmäßig unbeschränkte Zustimmung mit Dauerwirkung erteilt hat, kann der Unterhaltsgeber in jedem Jahr neu entscheiden, ob er nur einen Teil der Unterhaltsleistungen geltend machen will; nur dieser Teil ist vom Empfänger zu versteuern (OFD Koblenz v. 30.7.2007, DStR 2007, 1820)

Jährlichkeitsprinzip: Der Antrag kann jeweils nur für ein Kj. gestellt werden (Nr. 1 Satz 3). Im Gegensatz zur Zustimmung des Empfängers (Sätze 4 und 5) hat er also keine Dauerwirkung.

Keine Rücknahme: Ein einmal gestellter Antrag – maßgebend ist der Zeitpunkt des Eingangs beim FA – kann nicht zurückgenommen werden (Nr. 1 Satz 3). Dies gilt auch im Einspruchsverfahren oder bei einer Veranlagung, die unter dem Vorbehalt der Nachprüfung steht. Besonders misslich ist dies, wenn sich aufgrund späterer Änderungsbescheide zeigt, dass die ursprünglich angenommene günstige stl. Auswirkung des Antrags wegen eines nunmehr höheren Einkommens des Unterhaltsempfängers nicht mehr eintreten kann. Auch eine nachträgliche *Beschränkung* des Antrags auf einen geringeren als den zunächst angegebenen Betrag ist nicht zulässig (BFH v. 22.9.1999 – XI R 121/96, BStBl. II 2000, 218). Hingegen ist eine *Erhöhung* des beantragten Abzugsbetrags – wenn zunächst nur ein Teilbetrag der Unterhaltsleistungen geltend gemacht worden ist – nicht ausgeschlossen (ebenso BFH v. 28.6.2006 – XI R 32/05, BFH/NV 2006, 1985).

Antragstellung nach Bestandskraft der Veranlagung: Der BFH sieht den Antrag jedenfalls dann als rückwirkendes Ereignis an, das zur Änderung der für Geber und Empfänger ergangenen bestandskräftigen EStBescheide nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO führt, wenn auch die Zustimmung erst nach Bestands-

kraft der Veranlagung des Gebers erteilt wurde (BFH v. 12.7.1989 – X R 8/84, BStBl. II 1989, 957; zur nachträglichen Erweiterung einer zunächst beschränkt erteilten Zustimmung BFH v. 28.6.2006 – XI R 32/05, BFH/NV 2006, 1985).

Dem ist im Ergebnis (Bestehen einer Korrekturmöglichkeit) zuzustimmen; problematisch ist jedoch die mit der Bejahung der Anwendbarkeit des § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO verbundene Rechtsfolge des § 175 Abs. 1 Satz 2 AO: Denn es gibt wegen des mit der Antragstellung eintretenden Neubeginns der Festsetzungsfrist keine zeitliche Grenze für die Ausübung des Antragsrechts. Dieses Ergebnis ist nicht sachgerecht und zeigt, dass die Rechtsfolgen des § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO auf diesen Fall eigentlich nicht passen. Sachgerecht wäre hier an sich die Anwendung des § 173 Abs. 1 Nr. 2 AO. Die Rspr. hat sich diesen Weg jedoch verbaut, weil sie nachträglich *entstandene* Tatsachen (hier: die nachträglich erteilte Zustimmung) nicht unter diese Norm fallen lässt (vgl. LOOSE in TIPKE/KRUSE, § 173 AO Tz. 25 mwN).

Die mit Wirkung ab dem 29.10.2004 vorgenommene Anfügung des § 175 Abs. 2 Satz 2 AO hat an dieser Rspr. nichts geändert. Denn Antrag und Zustimmung sind aufgrund ihrer materiell-rechtl. Bedeutung nicht lediglich als „Bescheinigung oder Bestätigung“ zu beurteilen.

Die vom BFH offen gelassene Frage, ob der Antrag auch dann ein rückwirkendes Ereignis darstellt, wenn die Zustimmung des Empfängers bereits *vor* dem Eintritt der Bestandskraft der Veranlagung des Gebers erteilt worden war, ist uE zu verneinen, weil kein Bedürfnis dafür besteht, die Veranlagung auch über den Zeitpunkt der Erteilung der Zustimmung hinaus offen zu halten. Für die Veranlagung des *Empfängers* ist der vom Geber nachträglich gestellte Antrag allerdings auch dann ein rückwirkendes Ereignis, wenn die Zustimmung schon früher erteilt wurde, da es vorher an den Voraussetzungen für die Steuerbarkeit fehlt (FG Hamb. v. 13.7.1993, EFG 1994, 298 aE, rkr.; FG Köln v. 27.4.1995, EFG 1995, 893, rkr.; FG Hamb. v. 13.6.1995, EFG 1995, 894, rkr.).

Einstweilen frei.

63

IV. Zustimmung des Empfängers (Nr. 1 Sätze 4 und 5)

64

Rechtscharakter und Zweck des Zustimmungserfordernisses: Die Zustimmung stellt eine öffentlich-rechtl. Willenserklärung dar (BFH v. 25.10.1988 – IX R 53/84, BStBl. II 1989, 192); sie ist materielles Merkmal des gesetzlichen Tatbestands. Nach allg. Grundsätzen ist die Zustimmung als einseitige rechtsgestaltende Willenserklärung bedingungsfeindlich (so auch BMF v. 7.12.1978, BStBl. I 1978, 539). Sie kann – anders als ihr Widerruf – nicht nur gegenüber dem FA, sondern auch gegenüber dem Geber erklärt werden. Das Zustimmungserfordernis soll dem Schutz des – regelmäßig einkommenschwächeren – Unterhaltsberechtigten dienen. Dieser soll die Möglichkeit haben, sich vor stl. und außerstl. Nachteilen (zB bei Sozialleistungen, die an die Höhe des stl. Einkommens anknüpfen; dazu ausf. BUOB, DStR 1979, 610) zu schützen und darf zu diesem Zweck seine Zustimmung auch davon abhängig machen, dass der Geber die beim Empfänger infolge der Unterhaltsleistung anfallenden Steuern übernimmt und etwaige sozialrechtl. Nachteile ausgleicht (dazu ausf. ARENS, FamRZ 1999, 1558). Es kommt allein auf das objektive Vorliegen der Zustimmung an; ob die Verweigerung der Zustimmung im Verhältnis zwischen den Ehegatten rechtsmissbräuchlich ist, brauchen FA und FG nicht zu prüfen (BFH v. 25.7.1990 – X R 137/88, BStBl. II 1990, 1022; v. 2.7.2003 – XI R 8/03, BStBl. II 2003, 803). Kritisch zum Erfordernis der Zustimmung KSM/SÖHN, § 10 Rn. C 55 ff.

Erzwingung der Zustimmung: Im Verhältnis zwischen den Ehegatten ist der Unterhaltsempfänger nach den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflicht-

tet, die Zustimmung zu erteilen, wenn er dadurch entweder – mangels stl. und äußerstl. Auswirkung bei ihm – gar keine Nachteile erleidet oder aber der Unterhaltspflichtige zugleich eine bindende Erklärung abgibt, den Zustimmungsenden von den dadurch eintretenden finanziellen Nachteilen freizustellen (BGH v. 11.5.2005 – XII ZR 108/02, NJW 2005, 2223); ggf. ist auch bereits eine Sicherheitsleistung in Höhe des StNachteils zu erbringen (OLG Schl.-Holst. v. 27.9.2006, Inf. 2007, 13).

Eine Pflicht des Unterhaltsleistenden zur Auskehrung des hälftigen bei ihm eintretenden StVorteils an den Zustimmungsenden besteht hingegen nicht (BGH v. 23.3.1983 – IVb ZR 369/81, NJW 1983, 1545); eine Pflicht zur Übernahme von StBeratungskosten des Zustimmungsenden nur bei Unzumutbarkeit (BGH v. 12.6.2002 – XII ZR 288/00, NJW 2002, 2319 unter II.6.). Zu den zivilrechtl. Aspekten s. auch Vogt, NJW 1983, 1525.

Der Anspruch auf Zustimmung muss vor den Zivilgerichten durchgesetzt werden. Mit der Rechtskraft des Zivilurteils gilt die Zustimmungserklärung als abgegeben (§ 894 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Wird – in der Praxis häufig – im Urteil ausgesprochen, dass der Unterhaltspflichtige Zug um Zug gegen Abgabe der Zustimmungserklärung eine Sicherheitsleistung für die entstehenden StNachteile des Empfängers erbringen muss, gilt die Zustimmungserklärung erst mit Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils als abgegeben (§ 894 Abs. 1 Satz 2 ZPO; dazu BFH v. 25.10.1988 – IX R 53/84, BStBl. II 1989, 192).

Dauerwirkung der Zustimmung (Nr. 1 Satz 4): Im Gegensatz zum – jahresbezogenen – Antrag hat die Zustimmung des Empfängers seit VZ 1990 Dauerwirkung (zuvor galt auch hier das Jährlichkeitsprinzip; zur Rechtsentwicklung s. Anm. 50; zum zeitlichen Anwendungsbereich der Gesetzesänderung BMF v. 19.9.1990, BStBl. I 1990, 569). Der Unterhaltspflichtige muss die Zustimmung also nicht jedes Jahr erneut einholen. Ist die Zustimmung allerdings betragsmäßig beschränkt erteilt worden, entfaltet sie auch nur in diesem Umfang Dauerwirkung (BFH v. 14.4.2005 – XI R 33/03, BStBl. II 2005, 825, m. krit. Anm. KANZLER, FR 2006, 40, der – wie bereits RISTHAUS, FR 1999, 650 – auf die seit 1998 anderslautende vorgedruckte Erklärung in der amtlichen Anlage U hinweist, die für den Unterhaltsempfänger durchaus gefährlich ist). Eine einmal erteilte Zustimmung kann nur für die Zukunft widerrufen werden; eine Rücknahme für die Vergangenheit ist nicht möglich (BFH v. 7.11.2000 – III R 23/98, BStBl. II 2001, 338). Zur Berücksichtigung der Unterhaltsbezüge bei der Bemessung der Vorauszahlungen des Unterhaltsempfängers s. OFD Frankfurt v. 19.5.1998, StE 1998, 523; Ströcker in B/B, § 10 Rn. 151 ff.

Keine Dauerwirkung der gerichtlich ersetzten Zustimmung: In den Fällen des § 894 Abs. 1 ZPO (dh. wenn die Zustimmungserklärung des Empfängers auf eine entsprechende Klage des Unterhaltsverpflichteten hin durch gerichtliches Urteil als abgegeben gilt) sieht Nr. 1 Satz 4 keine Dauerwirkung der Zustimmung vor; diese gilt dann nur für den VZ, der Gegenstand des Zivilprozesses war (H 10.2 EStH 2008 „Zustimmung“). Eine Dauerwirkung wäre hier nicht zu rechtfertigen, weil die Zustimmung nicht auf einer freien Willensentscheidung beruht und die Verhältnisse sich im nächsten VZ ändern können. Kommt es hingegen nicht zu einer *Verurteilung*, sondern wird die Zustimmung im Rahmen eines (gerichtlichen oder außergerichtlichen) *Vergleichs* erteilt, bleibt es bei der Dauerwirkung (R 10.2 Abs. 2 EStR 2008).

Teilbarkeit der Zustimmung, Blanko-Zustimmung: Ebenso wie der Antrag (s. Anm. 62) kann auch die Zustimmung auf einen *Teilbetrag* des geleisteten Unterhalts beschränkt werden (ebenso KSM/SÖHN, § 10 Rn. C 82 f. mit Nachweisen zur Gegenauffassung). Umgekehrt ist aber auch eine Blanko-Zustimmung (der Unterhaltsempfänger leistet die Unterschrift auf der Anlage U, noch bevor

der Geber den geltend zu machenden Betrag eingetragen hat) wirksam (BFH v. 12.12.2007 – XI R 36/05, BFH/NV 2008, 792).

Widerruf der Zustimmung (Nr. 1 Satz 5): Der Widerruf ist *vor* Beginn des KJ, für das die Zustimmung erstmals *nicht* gelten soll, zu erklären. Ein während des laufenden VZ abgegebener Widerruf wirkt also nicht mehr für diesen VZ, sondern erst für den nächsten. Dies gilt auch dann, wenn für den VZ, für den die Zustimmung erstmals gelten soll, letztlich gar keine Unterhaltsleistungen geltend gemacht werden (BFH v. 8.2.2007 – XI B 124/06, BFH/NV 2007, 903).

Beispiel: Der Geber gibt seine StErklärung für 2005 – einschließlich der Anlage U mit der Zustimmungserklärung des Unterhaltsempfängers – im Jahr 2007 ab. Selbst wenn der Empfänger die Zustimmung sofort widerrufen würde, wäre er auch für die VZ 2006 und 2007 daran gebunden.

Die Widerrufserklärung muss „gegenüber dem FA“ abgegeben werden; eine Erklärung gegenüber dem Unterhaltsverpflichteten genügt nicht. Nach Auffassung des BFH folgt aus dem systematischen Zusammenhang zwischen § 10 Abs. 1 Nr. 1 und § 22 Nr. 1a, dass der Widerruf nicht nur gegenüber dem FA des Unterhaltsleistenden, sondern auch gegenüber dem für den Unterhaltsempfänger zuständigen FA erklärt werden kann. Im Gegenzug ist jedoch für Zwecke der Änderungsbefugnis nach § 173 AO das Wissen des FA des Unterhaltsempfängers nicht dem FA des Unterhaltsleistenden zuzurechnen (BFH v. 2.7.2003 – XI R 8/03, BStBl. II 2003, 803); Gleiches gilt, wenn beide Stplf. zwar bei demselben FA veranlagt werden, jedoch verschiedene Sachgebietsleiter zuständig sind (BFH v. 14.11.2007 – XI R 48/06, BFH/NV 2008, 367).

Einstweilen frei.

65–66

C. Höchstbetrag für den Abzug (Nr. 1 Sätze 1 und 2)

67

Der Abzug von Unterhaltsleistungen ist nicht unbegrenzt zulässig, sondern auf einen Höchstbetrag begrenzt, der seit 2002 bei 13 805 € liegt. Bei der Einführung von Nr. 1 im VZ 1979 lag der Höchstbetrag zunächst bei nur 9 000 DM, wurde ab VZ 1986 auf 18 000 DM verdoppelt und ab VZ 1990 weiter auf 27 000 DM erhöht (Nachweise zur Rechtsentwicklung s. Anm. 50).

Mehrere Höchstbeträge bei mehreren Unterhaltsempfängern: Leistet der Stplf. mehreren Personen iSd. Nr. 1 Unterhalt, gilt für jeden Unterhaltsempfänger ein eigener Höchstbetrag (R 10.2 Abs. 3 EStR 2008; ebenso bereits BMF v. 7.12.1978, BStBl. I 1978, 539). Wird dieser Betrag für einen der Unterhaltsberechtigten nicht ausgeschöpft, kann der übersteigende Teil nicht auf einen anderen „übertragen“ werden.

Ganzjahresbetrag: Auch wenn nur für einen Teil des Jahres die Voraussetzungen der Nr. 1 vorliegen (zB bei nicht ganzjährigem Getrenntleben oder nicht ganzjähriger unbeschränkter StPflcht des Empfängers), mindert sich der Höchstbetrag nicht (BFH v. 7.11.2000 – III R 23/98, BStBl. II 2001, 338 unter II.2.c). Zu Nachzahlungen für mehrere Jahre s. Anm. 40.

Verfassungsmäßigkeit: Der Höchstbetrag ist zwar seit 1990 unverändert (zur Pflicht zur Anpassung von Unterhaltshöchstbeträgen an die wirtschaftliche Entwicklung BVerfG v. 22.2.1984 – 1 BvL 10/80, BVerfGE 66, 214 = BStBl. II 1984, 357; v. 4.10.1984 – 1 BvR 789/79, BVerfGE 67, 290 = BStBl. II 1985, 22, beide betr. § 33a Abs. 1), deckt aber in den meisten Fällen noch den vollen oder zumindest wesentlichen Betrag der Unterhaltszahlungen ab. Eine volle Berücksichtigung der Unterhaltsleistungen an den geschiedenen Ehegatten ist nach der

Rspr. des BVerfG, das auch insoweit nur auf den Sozialhilfesatz abstellt, ohnehin nicht von Verfassungen wegen geboten (BVerfG v. 19.8.1986 – 1 BvR 694/85, DSz 1988, 489; v. 15.7.1987 – 1 BvR 54/87, HFR 1988, 242; v. 4.7.1988 – 1 BvR 729/88, HFR 1989, 442; BFH v. 24.7.1996 – X R 152/90, BFH/NV 1996, 889, bestätigt durch BVerfG v. 11.10.1996 – 2 BvR 1929/96, StE 1996, 746; aA KSM/SÖHN, § 10 Rn. C 111 f.). Umgekehrt könnten verfassungsrechtl. Bedenken gerade wegen der – vor allem im Vergleich zu § 33a Abs. 1 – *beachtlichen* Höhe des Höchstbetrags erhoben werden. Solche überzeugen aber ebenfalls nicht, weil der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten auch zivilrechtl. gegenüber den Ansprüchen der in § 33a Abs. 1 erfassten Unterhaltsempfänger (vor allem volljährige Abkömmlinge, Eltern, Großeltern) vorrangig ist (§§ 1609, 1582 BGB).

Erhöhung um Kranken-/Pflegeversicherungsbeiträge (Satz 2): Ab VZ 2010 erhöht sich der in Satz 1 genannte Höchstbetrag von 13805 € noch um diejenigen Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge, die für den unterhaltsberechtigten Ehegatten aufgewendet werden und die Voraussetzungen der Nr. 3 erfüllen. Insbes. muss es sich um *eigene* Beiträge des Stpfl. handeln, also nicht lediglich um die Erstattung von Beiträgen, zu deren Zahlung der unterhaltsberechtigten Ehegatte verpflichtet ist. Korrespondierend dazu kann der Unterhaltspflichtige diese Beiträge selbst nicht nach Nr. 3 abziehen; diese Abzugsmöglichkeit steht allerdings dem Unterhaltsempfänger zu (vgl. Nr. 3 Satz 3; ausführlich Anm. 167).

68–69 Einstweilen frei.

Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 1a: Versorgungsleistungen

Schrifttum: FISCHER, Renten und dauernde Lasten bei Vermögensübertragungen, DStR 1992, Beihefter zu Heft 17; BIERGANS, Renten und Raten in der Einkommensteuer, 4. Aufl. 1993; KORN, Vermögensübertragungen gegen Renten, Raten und Nutzungsrechte, StVj. 1993, 133; MARTIN, Renten und andere wiederkehrende Leistungen bei Vermögensübertragungen, BB 1993, 1773; SEITHEL, Versorgungsleistungen bei Ablösung eines Vorbehalts- oder Vermächtnisnießbrauchs, DStR 1993, 674; MÜLLER, Die Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten infolge der Scheidung und ihre steuerrechtlichen Folgen, DSz 1995, 265; BEISER, Unterhaltersatzrenten in der Einkommensteuer, DB 2001, 1900; BRINKMANN, Voraussetzungen einer Betriebsübergabe gegen Versorgungsleistungen nach den Beschlüssen des Großen Senats des BFH v. 12.5.2003 GrS 1/00 u. GrS 2/00, FR 2003, 1261; FISCHER, Private Versorgungsrente – Schlusssteine einer Dogmatik der dauernden Last, NWB (2003) F. 3, 12655; GECK, Die Beschlüsse des Großen Senats des BFH zur Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen – Folgerungen für die Beratungspraxis, ZEV 2003, 441; KEMPERMANN, Versorgungsleistungen bei Vermögensübergabe zur Vorwegnahme der Erbfolge: Sonderausgaben nur bei voraussichtlich ausreichenden Nettoerträgen, DStR 2003, 1736; RISTHAUS, Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen, DB 2003, 2190; SCHOOR, Betriebsübertragung von Eltern auf Kinder im Wege vorweggenommener Erbfolge, StBp. 2004, 131, 169; SCHWENKE, Das Rechtsinstitut der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen im Wandel, DStR 2004, 1679; SCHWIND/BÄUML, Vermögensübertragung gegen Versorgungsleistungen im Lichte der neuen Rechtsprechung des Großen Senats – Konsequenzen für die Gestaltungspraxis, BB 2004, 74; SPIEGELBERGER, Die Renaissance der vorweggenommenen Erbfolge, DStR 2004, 1105; GECK, Probleme des Rentenerlasses III aus Sicht der Beratungspraxis, DStR 2005, 85; JANSEN/WREDE, Renten, Raten, Dauernde Lasten, 13. Aufl. 2006; RICHTER, Handbuch der Rentenbesteuerung, Loseblatt, Fach 3.2; FLEISCHER, Vermögensübergabe gegen (private) Versorgungsleistung nach dem JStG 2008, ZEV 2007, 475; RISTHAUS, Ist das Rechts-

institut der unentgeltlichen Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen noch praktikabel?, DB 2007, 240; SCHULZE ZUR WIESCHE, Vermögensübertragungen gegen Versorgungsleistungen nach dem Entwurf des Jahressteuergesetzes 2008, BB 2007, 2379; SPIEGELBERGER, Das Ende der privaten Versorgungsrente, DStR 2007, 1277; HILLER, Die zurückgeführten wiederkehrenden Leistungen, BB 2008, 2097; KIRNBERGER, Vermögensübertragung gegen Versorgungsleistungen, EStB 2008, 114; RÖDER, Das Rechtsinstitut der Vermögensübertragung gegen Versorgungsleistungen nach dem JStG 2008, DB 2008, 146; SPIEGELBERGER, Die Irrfahrt der privaten Versorgungsrente, DB 2008, 1063; WÄLZ-HOLZ, Versorgungsleistungen nach dem JStG 2008, DStR 2008, 273; GECK, Beratungsrelevante Hinweise zur Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen im Ertrag- und Erbschaftsteuerrecht mit zivilrechtlichen Bezügen, KÖSDI 2009, 16444; VON OERTZEN/STEIN, Sonderausgabenabzug bei Übertragung von Mitunternehmeranteilen gegen Versorgungsleistungen, DStR 2009, 1117.

A. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 1a

I. Überblick und Bedeutung

70

Überblick: Nr. 1a ermöglicht den Abzug bestimmter Versorgungsleistungen (s. Anm. 74–82), die mit der Übertragung von Betrieben, Teilbetrieben, Mitunternehmeranteilen oder qualifizierten GmbH-Anteilen in Zusammenhang stehen (s. Anm. 86–94). Hingegen sind Zahlungen, die als Gegenleistung für eine Vermögensübertragung oder aber als Unterhaltsleistungen anzusehen sind, vom Abzug nach Nr. 1a ausgeschlossen (s. Anm. 74, 98). Diese „Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen“ war zugleich der Hauptanwendungsfall der bis VZ 2007 geltenden – wesentlich weiter gehenden – Fassung der Nr. 1a (Erläuterungen zu diesem – für Altverträge auch in Zukunft fortgeltenden – Recht s. Anm. 100–109). Eine Differenzierung zwischen Leibrenten einerseits und dauernden Lasten andererseits hinsichtlich der Höhe des Abzugs wird seit VZ 2008 nicht mehr vorgenommen (s. Anm. 97).

Bedeutung und Rechtfertigung der Nr. 1a: Der Abzug von Renten und dauernden Lasten wurde bei seiner Einführung zunächst mit der Erwägung begründet, dass derartige Ausgaben die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Stpfl. mindern (BECKER, Die Grundlagen der ESt., 1940, 336). Dieser Rechtfertigungsgrund ist im Laufe der Zeit zunehmend zweifelhaft geworden, da der „besondere Verpflichtungsgrund“ auch freiwillig eingegangen sein kann. Im früheren Hauptanwendungsfall der Nr. 1a bzw. ihrem heutigen alleinigen Anwendungsbereich, der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen, stehen die Renten und dauernden Lasten zudem im Zusammenhang mit dem Erwerb von Vermögen. Bei der Gesamtbetrachtung einer solchen Vermögensübergabe wird deutlich, dass die Leistungsfähigkeit des Vermögensübernehmers durch den Vollzug der Vereinbarungen nicht gemindert, sondern – im Gegenteil – erhöht wird. In diesen Fällen mag man den Abzug nach Nr. 1a allerdings dadurch als gerechtfertigt ansehen, dass es wirtschaftlich zu einer „Weiterleitung“ der aus dem übertragenen Vermögen erzielten Einkünfte an den Vermögensübergeber kommt, der diese nach § 22 Nr. 1b (für Altverträge: § 22 Nr. 1) zu versteuern hat (s. Anm. 97, 109).

Der Anwendungsbereich des Rechtsinstituts der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen war von der Rspr. zuletzt sehr ausgeweitet worden (s. Anm. 108; § 22 Anm. 128 ff.). Dem Gesetzgeber ging dies zu weit; er hat die Einschränkungen durch das JStG 2008 mit der „Rückführung des Rechtsinstituts auf seinen Kernbereich“ begründet (BRDrucks. 544/07, 66). Der Bundes-

rechnungshof hatte zuvor sogar die ersatzlose Abschaffung des SA-Abzugs wegen der übergroßen Kompliziertheit und der zahlreichen Anwendungsfehler gefordert (BTDrucks. 16/160, 30, 171 ff.).

II. Rechtsentwicklung und zeitlicher Anwendungsbereich

Rechtsentwicklung: Der Abzugstatbestand gehört zum Kernbestand des ESt-Rechts; er war – als Abzug für „Renten und dauernde Lasten“ – bereits in § 9 Abs. 1 Nr. 2, 3 PrEStG v. 24.6.1981 (PrGS 1981, 175) enthalten und ist seit dem EStG 1920 ununterbrochen Teil aller reichs- bzw. bundeseinheitlichen EStG (s. Anm. 3, 4). Von den SA-Tatbeständen der §§ 10–10i kann allein der Abzug von Versicherungsbeiträgen auf eine vergleichbare ununterbrochene Rechtstradition zurückblicken. Im EStG 1934 v. 16.10.1934 (RGBl. I 1934, 1005; RStBl. 1934, 1261) war der Abzug in § 10 Abs. 1 Nr. 2 – damals noch im Zusammenhang mit dem Abzug privater Schuldzinsen – geregelt und wurde mit dem EStG 1939 v. 27.2.1939 (RGBl. I 1939, 297; RStBl. 1939, 337) in Nr. 1 überführt. Das StNeuordnungsg v. 16.12.1954 (BGBl. I 1954, 373; BStBl. I 1954, 575) führte für Leibrenten die Begrenzung auf den Ertragsanteil ein. Mit dem StÄndG 1973 v. 26.6.1973 (BGBl. I 1973, 676; BStBl. I 1973, 545) wurde der bis dahin ebenfalls in Nr. 1 aF enthaltene Schuldzinsenabzug ab VZ 1974 gestrichen; der Abzug von Renten und dauernden Lasten blieb hingegen – trotz der Vergleichbarkeit dieser Aufwendungen mit privaten Schuldzinsen – bestehen. Das StÄndG 1979 v. 30.11.1978 (BGBl. I 1978, 1849; BStBl. I 1978, 479) überführte die bisher in Nr. 1 enthaltene Regelung ohne inhaltliche Änderung in Nr. 1a. Mit dem AltEinkG v. 5.7.2004 (BGBl. I 2004, 1427; BStBl. I 2004, 554) wurde die Verweisung des Satzes 2 auf Regelungen des § 22 Nr. 1 an die dort vorgenommenen Änderungen angepasst. Das JStG 2008 v. 20.12.2007 (BGBl. I 2007, 3150; BStBl. I 2008, 218) brachte dann eine Reduzierung des Anwendungsbereichs auf den Kernbereich der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen mit sich.

Zeitlicher Anwendungsbereich der Änderung durch das JStG 2008: Die Neuregelung ist grds. nur auf solche Versorgungsleistungen anzuwenden, die auf nach dem 31.12.2007 vereinbarten Vermögensübertragungen beruhen (§ 52 Abs. 23a Satz 1). Anders als im RegE (BRDrucks. 544/07, 13, 90) fehlt eine ausdrückliche Anwendungsregelung für Versorgungsleistungen, die aufgrund von Vermögensübertragungen erbracht werden, die bis zum 31.12.2007 vereinbart wurden. Im Umkehrschluss aus § 52 Abs. 23a Satz 1 bleiben diese daher auch in VZ ab 2008 (ohne zeitliche Begrenzung) weiterhin nach den bisherigen (größzügigeren) Grundsätzen abziehbar (ebenso FinAussch., BTDrucks. 16/7036, 18).

Nach dem Willen des Gesetzgebers (BRDrucks. 544/07, 91, BTDrucks. 16/7036, 18) soll sich der Abzug ab VZ 2008 jedoch nicht mehr nach den bisherigen Grundsätzen richten, wenn das übertragene Vermögen nur deshalb einen ausreichenden Ertrag bringt, weil ersparte Aufwendungen (mit Ausnahme des Nutzungsvorteils eines zu eigenen Zwecken vom Vermögensübernehmer genutzten Grundstücks) zu den Erträgen des Vermögens gerechnet werden. Damit will der Gesetzgeber verhindern, dass die Übergabe von Geldbeträgen zur Schuldentilgung weiterhin als Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen ausgestaltet werden kann (so die Rspr. zu Abs. 1 Nr. 1a aF; vgl. BFH v. 1.3.2005 – X R 45/03, BStBl. II 2007, 103, unter II.3.b bb; dagegen jedoch BMF v. 16.9.2004, BStBl. I 2004, 922 Rn. 21, v. 19.1.2007, BStBl. I 2007, 188; s. auch Anm. 108).

Die Umsetzung dieses gesetzgeberischen Willens durch die Anwendungsregelung in § 52 Abs. 23e Satz 2 ist jedoch misslungen: Der Einleitungssatz dieser Vorschrift („Für

Versorgungsleistungen, die auf vor dem 1.1.2008 vereinbarten Vermögensübertragungen beruhen, gilt dies nur, ...“) weist ins Leere, weil sein Bezugsobjekt („dies“) nach der systematischen Stellung nur § 52 Abs. 23e Satz 1 sein kann, dieser Satz 1 aber ausschließlich Versorgungsleistungen erfasst, die auf „nach dem 31.12.2007 vereinbarten Vermögensübertragungen beruhen“. Hingegen erfasst Satz 2 ausschließlich Versorgungsleistungen, die auf „vor dem 1.1.2008 vereinbarten Vermögensübertragungen beruhen“. Weil der gesetzgeberische Wille aber aus dem missglückten Gesetzeswortlaut noch mit hinreichender Eindeutigkeit abgeleitet werden kann, ist die Übergangsregelung uE in dem vom Gesetzgeber gewollten Sinne anzuwenden.

III. Verfassungsmäßigkeit

72

Die Begünstigung durch den SA-Tatbestand als solche ist durch den Gedanken der Weiterleitung vorbehaltenen Vermögenserträge an den Übergeber gerechtfertigt (s. Anm. 70).

Die Beschränkung des SA-Abzugs auf die Übergabe betrieblicher Einheiten ist uE verfassungsrechtl. zulässig (ebenso BLÜMICH/HUTTER, § 10 Rn. 160). Zu verfassungsrechtl. Sonderfragen bei der Übergabe von GmbH-Anteilen s. Anm. 90 f. Auch der Ausschluss der Übergabe von Grundstücken aus der Begünstigung ist verfassungsrechtl. hinzunehmen, da der historische Kern dieses Rechtsinstituts die Übergabe von (auf.) *Betrieben* war (zu der Beurteilung der diesbezüglichen Erwägungen des Gesetzgebers s. auch Anm. 93). Gerade bei Grundstücken kann – anders als bei Betrieben (hierzu RISTHAUS, DB 2007, 240 [244]; SPIEGELBERGER, DStR 2007, 1277 [1279]) – durch Nießbrauchsvereinbarungen stl. weitgehend dasselbe Ergebnis wie durch eine Vermögensübergabe erreicht werden (ebenso Bundesrechnungshof, BTDrucks. 16/160, 30), so dass die Folgen der Abschaffung des SA-Abzugs insoweit im Regelfall nicht allzu gravierend sein werden. Im Übrigen bestanden sogar gewisse Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der bisherigen Rechtslage, weil Stpfl., die wirtschaftlich in der Lage waren, insbes. Kapitalvermögen auf ihre Kinder zu übertragen, gegenüber allen anderen Stpfl. durch die Einräumung zusätzlicher steuersparender Gestaltungsmöglichkeiten begünstigt wurden.

Vertrauensschutz: Angesichts der Fortgeltung des bisherigen Rechts für alle Vermögensübergaben, die bis zum 31.12.2007 vereinbart werden (s. Anm. 71), ist der Vertrauensschutz in größtmöglichem Umfang gewahrt.

Soweit bei der Übergabe eines Geldbetrags zur Schuldentilgung das neue Recht ohne Übergangsfrist bereits ab dem 1.1.2008 anzuwenden ist, handelt es sich zwar um eine unechte Rückwirkung, weil bereits abgeschlossene Verträge für die Zukunft stl. anders beurteilt werden als bisher. Diese Rückwirkung ist verfassungsrechtl. aber gerechtfertigt: Zum einen konnte kein allzu starker Vertrauensschutz entstehen, weil derartige Gestaltungen von der Rspr. erst seit 2004 akzeptiert wurden, die FinVerw. aber so gleich mit Nichtanwendungserlassen reagiert hatte (s. Anm. 71). Zum anderen sind die Dispositionen der Stpfl. im Fall der Übergabe von Geld zur Schuldentilgung ungleich weniger gravierend als bei der Übergabe von Grundstücken oder gar Betrieben.

Einstweilen frei.

73

B. Rechtslage für Verträge, die ab VZ 2008 neu abgeschlossen werden

I. Anforderungen an die „Versorgungsleistungen“ (Nr. 1a Satz 1)

1. Versorgungsleistungen

74 a) Begriff der Versorgungsleistungen

Dieses Merkmal dient vor allem der Abgrenzung der unter Nr. 1a fallenden Leistungen von Veräußerungsentgelten einerseits und Unterhaltsleistungen andererseits (s. Anm. 98; § 22 Anm. 132). Die Abgrenzung ist weiterhin erforderlich; dies folgt schon daraus, dass der Gesetzgeber ausdrücklich den in ständiger Rspr. mit einem bestimmten Inhalt gefüllten Begriff der „Versorgungsleistungen“ verwendet hat (ebenso SCHULZE ZUR WIESCHE, BB 2007, 2379 [2380]).

► *Abgrenzung zu Veräußerungsentgelten:* Hier ist entscheidend, ob der Kapitalwert der wiederkehrenden Leistungen nach der Vorstellung der Vertragsparteien im Wege kaufmännischer Ausgewogenheit dem Verkehrswert des übertragenen Vermögens entspricht. Bei der Vermögensübergabe an Abkömmlinge besteht eine widerlegbare Vermutung dafür, dass es sich nicht um ein Veräußerungsgeschäft handelt (BFH v. 3.6.1992 – X R 14/89, BStBl. II 1993, 23; v. 5.11.2003 – X R 55/99, BStBl. II 2004, 706 unter II.2.), die durch den Nachweis der kaufmännischen Ausgewogenheit der beiderseitigen Leistungen widerlegt werden kann (zu einem solchen Ausnahmefall BFH v. 29.1.1992 – X R 193/87, BStBl. II 1992, 465). In allen anderen Fällen besteht eine widerlegbare Vermutung für eine kaufmännische Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung (BFH v. 16.12.1997 – IX R 11/94, BStBl. II 1998, 718 unter 3.). Wenn diese Vermutung nicht widerlegt werden kann (zu einem solchen Fall s. BFH v. 20.6.2007 – X R 2/06, BStBl. II 2008, 99 unter II.2.), ist der Vorgang stl. als (entgeltliches) Veräußerungsgeschäft zu beurteilen.

► *Abgrenzung zu Unterhaltsleistungen:* Hier kann uE weiterhin auf die zu Nr. 1a aF ergangene Rspr. zurückgegriffen werden, wonach Versorgungsleistungen vorliegen (und als Spezialtatbestand die Zuordnung zu den allgemeinen Unterhaltsleistungen verdrängen), wenn die Zahlungen aus den langfristig erzielbaren Nettoerträgen des übergebenen Vermögens erbracht werden können (zu Nr. 1a aF s. BFH v. 12.5.2003 – GrS 1/00, BStBl. II 2004, 95 unter C.II.6.a; zur Ertragsprognose BFH v. 21.7.2004 – X R 44/01, BStBl. II 2005, 133 betr. Anteile an KapGes.; OFD München v. 4.4.2005, ZEV 2005, 300 betr. § 13a-Landwirte; KEMPERMANN, DStR 2003, 1736). Bei der Übergabe betrieblicher Einheiten – auf die sich der Anwendungsbereich der Nr. 1a nF beschränkt – ist dies nach der bisherigen Rspr. zu vermuten (BFH v. 12.5.2003 – GrS 1/00, BStBl. II 2004, 95, unter C.II.6.d bb), so dass die Abgrenzung zu Unterhaltsleistungen in der Praxis nicht mehr von großer Bedeutung sein wird.

Zur Auslegung der Nr. 1a nF wie hier WÄLZHOZ, DStR 2008, 273 (274 Fn. 20). Gegen das Erfordernis einer Prüfung der erzielbaren Nettoerträge bei Nr. 1a nF aber SCHMIDT/HEINICKE XXVIII. § 10 Rn. 61.

Mindestinhalt: Auch nach neuem Recht muss die Vereinbarung einen Mindestbestand an bürgerlich-rechtl. Rechtsfolgen enthalten, die die Qualifikation als Versorgungsvertrag ermöglicht (vgl. zu Nr. 1a aF BFH v. 3.3.2004 – X R 14/01, BStBl. II 2004, 826 unter II.5.a).

b) Art der Versorgungsleistungen

75

Diese werden in der Praxis zumeist in Form einer regelmäßigen Geldzahlung gewährt, können aber – insbes. in der Landwirtschaft – auch in Natural- oder Sachleistungen bestehen.

Sachleistungen: Pflegeleistungen sind jedenfalls insoweit abziehbar und stbar, als Aufwendungen für die Pflege des Übergebers durch Dritte entstehen (BFH v. 22.1.1992 – X R 35/89, BStBl. II 1992, 552). Bei einem zugunsten des Übergebers bestehenden Wohnrecht sind auch Instandhaltungsaufwendungen des Vermögensübernehmers abziehbar (BFH v. 25.3.1992 – X R 196/87, BStBl. II 1992, 1012; v. 31.3.2004 – X R 32/02, BFH/NV 2004, 1248); außergewöhnliche Aufwendungen jedoch „allenfalls“ bei ausdrücklicher Vereinbarung im Versorgungsvertrag (BFH v. 25.8.1999 – X R 38/95, BStBl. II 2000, 21; v. 1.10.2003 – X B 75/02, BFH/NV 2004, 44 unter 3.; dazu auch OFD München v. 1.10.2004, DStR 2005, 27).

Einmalige Zusatzleistungen sowie Ablösezahlungen: s. Anm. 79.

Einstweilen frei.

76

2. Auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhend

77

Die Voraussetzung eines „besonderen Verpflichtungsgrundes“ war bereits in Nr. 1a aF enthalten. Die Verpflichtung muss auf einer gesetzlichen oder einer wirksamen vertraglichen Verpflichtung oder einer wirksamen letztwilligen Verfügung (hierzu noch Anm. 82, 86) beruhen. Insoweit sind vor allem die Formvorschriften des Zivilrechts zu beachten.

Dieses Merkmal dient hauptsächlich der Abgrenzung zu § 12 Nr. 2: Danach sind Renten und dauernde Lasten, die freiwillig oder aufgrund einer freiwillig begründeten Rechtspflicht oder an eine dem Stplf. oder seinem Ehegatten gesetzlich unterhaltsberechtigzte Person oder an deren Ehegatten geleistet werden, grds. nicht abziehbar. Die Norm des § 12 Nr. 2 ist im Verhältnis zu § 10 Abs. 1 Nr. 1a vorrangig, weil im Eingangssatz des § 12 („Soweit in den §§ 9c, 10 Abs. 1 Nr. 1, 2 bis 4, 7 und 9 ... nichts anderes bestimmt ist ...“) zwar alle anderen SA-Tatbestände des § 10 Abs. 1 genannt sind, nicht jedoch Nr. 1a.

So die Rechtslage bis zum Inkrafttreten des AltEinkG v. 5.7.2004 (BGBl. I 2004, 1427; BStBl. I 2004, 554), mit dem im Eingangssatz des § 12 irrtümlich auch Nr. 1a erwähnt wurde, und erneut seit Inkrafttreten des Ges. zur stl. Förderung von Wachstum und Beschäftigung v. 26.4.2006 (BGBl. I 2006, 1091; BStBl. I 2006, 350), mit dem dieses Versehen bereinigt wurde. Für den dazwischenliegenden VZ 2005 wäre es nach dem Gesetzeswortlaut hingegen theoretisch möglich gewesen, freiwillige Leistungen nach Nr. 1a abzuziehen, ohne dass diese (wegen § 22 Nr. 1 Satz 2) vom Empfänger versteuert werden mussten. Es ist aber nicht damit zu rechnen, dass die Rspr., die den Anwendungsbereich der Nr. 1a schon vor 2008 weitestgehend auf den Spezialfall der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen beschränkt hat, dies akzeptieren wird.

Außerdem fließen über dieses Merkmal die Grundsätze über die Beurteilung von Verträgen zwischen nahen Angehörigen in den Tatbestand der Nr. 1a ein (BFH v. 16.7.1985 – IX R 1/78, BFH/NV 1985, 33).

3. Lebenslange Leistungen

78

Die Voraussetzung lebenslanger Leistungen war bisher nicht im Gesetzestext enthalten, wurde von der Rspr. aber – zu Recht – aus dem Charakter der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen hergeleitet (zB BFH v. 31.8.1994 – X R 58/92, BStBl. II 1996, 672; s. auch § 22 Anm. 136). Eine materielle

Rechtsänderung ist mit der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung daher nicht verbunden.

79 4. Wiederkehrende Leistungen

Auch dieses Merkmal war bisher nicht im Gesetzestext enthalten, wurde von der Rspr. zur Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen aber daraus abgeleitet, dass *einmalige* Leistungen grds. nicht der Versorgung dienen können.

Einmalige Zusatzleistungen: Aufwendungen, die zu den typischen Anteil-/Versorgungsleistungen gehören, sind auch dann abziehbar, wenn sie – bei isolierter Betrachtung – ihrer Natur nach nur einmalig anfallen, weil auf das Bündel sämtlicher Versorgungsleistungen abzustellen ist (zutreffend BFH v. 15.2.2006 – X R 5/04, BStBl. II 2007, 1607 unter II.5.a, betr. Kosten der Beerdigung des Versorgungsberechtigten; die gegenteilige Beurteilung durch BFH v. 20.3.1984 – IX R 8/80, BStBl. II 1985, 43, ist aufgegeben). Diese Beurteilung gilt im Hinblick auf den Zweck des Rechtsinstituts uE auch für Nr. 1a nF fort. Speziell bei der Übernahme von Beerdigungskosten treten allerdings Probleme im Hinblick auf das Korrespondenzprinzip (§ 22 Nr. 1b; s. Anm. 97) auf, weil hier möglicherweise keine Person mehr vorhanden ist, der man die korrespondierenden Einkünfte zurechnen kann. Im Fall des oben angeführten BFH-Urt. v. 15.2.2006 konnte dies offen bleiben, weil die Versorgungsleistungen an Ehegatten als Gesamtberechtigte zu erbringen waren und die Beerdigungskosten den Erstversterbenden betrafen, so dass die korrespondierenden Einnahmen dem überlebenden Ehegatten zugerechnet werden konnten. Die erforderliche Korrespondenz spricht uE dafür, Beerdigungskosten beim Tod des letztversterbenden Ehegatten (oder eines alleinigen Berechtigten) als nicht abziehbar zu beurteilen (aA FG Münster v. 4.12.2008, EFG 2009, 1377, nrkr., Rev. Az. BFH X R 32/09; FG München v. 11.2.2009, EFG 2009, 1455, nrkr., Rev. Az. BFH X R 17/09).

Einmalige Ablösezahlung: Werden die künftig zu erbringenden Versorgungsleistungen durch eine Einmalzahlung abgelöst, kann diese nicht nach Nr. 1a abgezogen werden (BFH v. 31.3.2004 – X R 66/98, BStBl. II 2004, 830 unter II.4.).

80 5. Kein wirtschaftlicher Zusammenhang zu Einkünften, die bei der Veranlagung außer Betracht bleiben

Dieses Merkmal, das vor allem Leistungen in Zusammenhang mit streifen Einkünften vom SA-Abzug ausschließen soll, war bereits in Nr. 1 aF enthalten.

Fehlende Bedeutung dieses Merkmals: Nach der seit VZ 2008 geltenden Fassung der Nr. 1a (ebenso bereits seit der Beschränkung der bis VZ 2007 geltenden Fassung auf die Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen durch die Rspr.) hat das Merkmal des wirtschaftlichen Zusammenhangs mit Einkünften, die bei der Veranlagung außer Betracht bleiben, keine Bedeutung mehr. Denn Versorgungsleistungen werden per definitionem unentgeltlich erbracht. Von Bedeutung war dieses Merkmal vor allem für den bis VZ 1973 zulässigen Abzug privater Schuldzinsen (s. Anm. 500 „Schuldzinsenabzug“).

Durch die Einführung der Abgeltungsteuer ab 2009 unterliegen künftig allerdings auch Dividendeneinnahmen nicht mehr der Veranlagung. Dies müsste nach dem Gesetzeswortlaut dazu führen, dass Versorgungsleistungen für die Übergabe eines GmbH-Anteils nicht mehr abgezogen werden können, soweit (vgl. die entsprechende Auslegung des § 3c Abs. 1; s. § 3c Anm. 36 ff. mwN) in demselben VZ Dividenden gezahlt werden (SCHULZE ZUR WIESCHE, BB 2007, 2379 [2380 f.]). Dass der Gesetzgeber dieses Er-

gebnis gewollt hat, muss uE bezweifelt werden (ebenso WÄLZHOLZ, DStR 2008, 273 [274]). Im Übrigen bleiben Dividendeneinnahmen nicht *generell* bei der Veranlagung außer Betracht, sondern können wahlweise darin einbezogen werden (vgl. § 32d Abs. 6; s. auch RÖDER, DB 2008, 146 [149]).

Wirtschaftlicher Zusammenhang mit steuerpflichtigen Einkünften: In diesem Fall stellen die Leistungen BA/WK dar und fallen wegen des Nachrangs der SA-Tatbestände (s. Anm. 45) nicht unter Nr. 1a.

Wirtschaftlicher Zusammenhang mit steuerfreien Einkünften: Mit dem Tatbestandsmerkmal „Einkünfte, die bei der Veranlagung außer Betracht bleiben“ sind allein die stfreien Einkünfte gemeint, dh. solche, die zwar im Prinzip unter eine der Einkunftsarten des EStG fallen, aber durch eine Sondervorschrift stfrei gestellt sind. Insbes. sind Versorgungsleistungen, die mit Einkünften in Zusammenhang stehen, die nach einem DBA stbefreit sind, nicht als SA abziehbar (R 10.3 Abs. 1 EStR 2008).

Wirtschaftlicher Zusammenhang mit nicht steuerbaren Einnahmen: Hier greift das Abzugsverbot nicht ein, da es voraussetzt, dass zumindest „Einkünfte“ iSd. EStG vorliegen (so zu Recht bereits RFH v. 6.10.1937, RStBl. 1937, 1167).

Nach der bis VZ 2007 geltenden Rechtslage traf dies insbes. auf wiederkehrende Leistungen zu, die in Zusammenhang mit Wertpapieren standen, aus denen keine laufenden Einkünfte, sondern ausschließlich nicht stbare Kursgewinne erzielt wurden (BFH v. 27.11.1964 – VI 26/62 S, BStBl. III 1965, 164; v. 26.11.1974 – VIII R 266/72, BStBl. II 1975, 331).

6. Unbeschränkte Einkommensteuerpflicht des Empfängers

81

Mit dieser Voraussetzung ist ab VZ 2008 eine materielle Rechtsänderung eingetreten. Zuvor wurde die unbeschränkte EStPflcht des Empfängers weder von Nr. 1a aF noch von der Rspr. zur Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen gefordert.

Staatsangehörige eines Mitgliedstaats der EU oder des EWR können Versorgungsleistungen allerdings auch dann abziehen, wenn der Empfänger nicht unbeschränkt estpfl. ist. Voraussetzung ist, dass der Empfänger seinen Wohnsitz in einem EU-/EWR-Mitgliedstaat hat und die Besteuerung der Versorgungsleistungen beim Empfänger durch eine Bescheinigung der ausländ. StBehörde nachgewiesen wird (§ 1a Abs. 1 Nr. 1a idF des JStG 2008). Diese Regelung entspricht derjenigen, die für Unterhaltsleistungen nach Nr. 1 bereits seit 1996 anwendbar ist. Zu den europarechl. Problemen, die auftreten, wenn der Wohnsitzstaat des Empfängers keinen Steuertatbestand für Versorgungsbezüge kennt oder die Bezüge im konkreten Fall wegen Unterschreitens des Grundfreibetrags keine ausländ. ESt. auslösen, s. Anm. 60 (zur parallelen Problematik bei Unterhaltszahlungen an ausländ. Empfänger).

7. Keine weiteren Anforderungen an den Empfänger der Versorgungsleistungen mehr; Versorgungsleistungen an Vermächtnisnehmer

82

Der Gesetzgeber hat insoweit nicht an die bisherige Rspr. zur Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen angeknüpft, als diese neben Zahlungen an den Übergeber selbst nur Zahlungen an solche Personen zum Abzug zuließ, die zum sog. „Generationennachfolge-Verbund“ gehörten (s. Anm. 108 mwN; § 22 Anm. 135). Versorgungsleistungen aufgrund von Verträgen, die ab VZ 2008 abgeschlossen werden, können daher nicht nur abgezogen werden, wenn sie an pflichtteilsberechtigte Personen (Abkömmlinge, Ehegatte) erbracht werden.

Vielmehr sind auch Zahlungen an alle anderen Empfänger begünstigt (in der Praxis insbes. Geschwister oder nichteheliche Lebensgefährten des Übergebers). Insbes. sind nun auch solche Versorgungsleistungen abziehbar, die der Erbe von Vermögen iSd. Nr. 1a Satz 2 aufgrund letztwilliger Verfügung des Erblassers an einen Vermächtnisnehmer aus den erzielbaren Nettoerträgen des erlangten Vermögens zu leisten hat. Es kommt nicht mehr darauf an, ob der Vermächtnisnehmer zum „Generationennachfolge-Verbund“ gehört. Insoweit ist durch Nr. 1a nF eine Erweiterung der Abzugsmöglichkeiten eingetreten (zur früheren Rechtslage s. Anm. 104).

83–84 Einstweilen frei.

II. Anforderungen an das übertragene Vermögen (Nr. 1a Sätze 2 und 3)

85 1. Überblick

Der Kern der seit 2008 geltenden Neuregelung der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen liegt darin, dass der Gesetzgeber nur noch die Übertragung betrieblicher Einheiten (Betriebe, Teilbetriebe, Mitunternehmeranteile, bestimmte GmbH-Anteile) begünstigen will (Einzelheiten s. Anm. 87–92). Hingegen fällt insbes. die Übertragung von Grundbesitz und Geldvermögen nicht mehr in den Anwendungsbereich der Nr. 1a (s. Anm. 93). Zur nachträglichen Umschichtung des übertragenen begünstigten Vermögens s. Anm. 94.

86 2. Begriff der „Übertragung“

Alle in Satz 2 aufgeführten Tatbestände setzen eine „Übertragung“ voraus. Üblicherweise wird es sich um rechtsgeschäftliche Übertragungsvorgänge handeln (Schenkung, ggf. in der Sonderform der vorweggenommenen Erbfolge). UE sind aber auch Übertragungen von Todes wegen nicht ausgeschlossen (ebenso WÄLZHOLZ, FR 2008, 641 [642]; WÄLZHOLZ, DStR 2008, 273 [278]). Dies ist vor allem dann von Bedeutung, wenn der Erbe Versorgungsleistungen an einen Dritten, die ihm durch eine Verfügung von Todes wegen auferlegt worden sind, als SA abziehen will (s. Anm. 82).

Übertragung von Todes wegen: Unter den Begriff der „Übertragung“ fällt – jedenfalls bei Heranziehung von Sinn und Zweck der Vorschrift – auch noch die Vereinbarung von Versorgungsleistungen in Zusammenhang mit einer Erbausschlagung. Dies kommt in Betracht, wenn der eigentliche Erbe begünstigtes Vermögen iSd. Satz 2 erben würde, aber zugunsten seiner Abkömmlinge die Erbschaft ausschlägt und diese daher unmittelbar vom Erblasser erwerben, aber an den Ausschlagenden Versorgungsleistungen zahlen (ebenso zu Nr. 1a nF SCHMIDT/HEINICKE XXVIII. § 10 Rn. 65 „Erbschaft“; WÄLZHOLZ, FR 2008, 641 [647]; zu Nr. 1a aF BFH v. 17.4.1996 – X R 160/94, BStBl. II 1997, 32). Zahlungen, die für einen – bereits im Vorhinein vereinbarten – Erb- oder Pflichtteilsverzicht geleistet werden, fallen hingegen mangels konkreten Zusammenhangs mit der Übertragung eines WG nicht unter Nr. 1a.

Wenn im Rahmen der Gestaltung des Sachverhalts die Abziehbarkeit und korrespondierende Stbarkeit von Versorgungsleistungen gewünscht wird, sollte daher die Variante der Ausschlagung gegen Versorgungsleistungen anstelle eines – wirtschaftlich hier durchaus vergleichbaren – Erbverzichts gegen wiederkehrende Abfindungszahlungen gewählt werden.

Übertragung und Nießbrauch: Behält sich der Übergeber den Nießbrauch am übergebenen Vermögen vor, ist das zivilrechtl. und wirtschaftliche Eigentum

zwar übertragen worden; die Einkünfte sind aufgrund des Nießbrauchs aber ohnehin weiter dem Übergeber zuzurechnen (BFH v. 14.7.1993 – X R 54/91, BStBl. II 1994, 19 unter 4.). In solchen Fällen werden daher keine zusätzlichen Versorgungsleistungen vereinbart. Deren stl. Abzug würde ohnehin daran scheitern, dass sie nicht *zusätzlich* aus den Nettoerträgen des übergebenen Vermögens erbracht werden können. – Mitunter kommt es dann später zur *Ablösung* des zuvor vorbehaltenen Nießbrauchsrechts gegen Gewährung wiederkehrender Leistungen („gleitende Vermögensübergabe“). Diese kann unter Nr. 1a Satz 2 nF fallen, weil der Nießbraucher (trotz fehlenden wirtschaftlichen Eigentums am betrieblichen Vermögen) weiterhin einen Betrieb führt bzw. als Mitunternehmer anzusehen sein kann (im Ergebnis ebenso SCHMIDT/HEINICKE XXVIII. § 10 Rn. 60; WÄLZHOLZ, FR 2008, 641 [646]; zu Nr. 1a aF BFH v. 3.6.1992 – X R 147/88, BStBl. II 1993, 98; dazu SEITHEL, DStR 1993, 674).

Wirtschaftsüberlassungsverträge in der LuF (ausführlich § 13 Anm. 98 ff.) führen – anders als nach Nr. 1a aF – nicht mehr zu abziehbaren Versorgungsleistungen. Denn die bloße Nutzungsüberlassung ohne jede Substanzübertragung erfüllt die Voraussetzungen von Nr. 1a Satz 2 nF nicht.

3. Mitunternehmeranteile (Nr. 1a Satz 2 Buchst. a)

87

„**Mitunternehmeranteil an einer Personengesellschaft**“: Der Wortlaut deutet darauf hin, dass nicht jeder Mitunternehmeranteil begünstigt ist, sondern es sich (zivilrechtl.) um eine PersGes. handeln muss. Die Übertragung von Anteilen an Innengesellschaften (zB atypisch stille Gesellschaft) wäre damit ausgeschlossen. UE ist der für die Auslegung entscheidende Begriff aber nicht derjenige der „PersGes.“, sondern der des „Mitunternehmeranteils“. Dafür spricht auch die Auslegung des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, in dessen Wortlaut ebenfalls der Begriff der „PersGes.“ verwendet wird; gleichwohl wird dieser Begriff auch dort iSv. „Mitunternehmerschaft“ verstanden. Daher sind – bei Erfüllung der weiteren Voraussetzungen – sämtliche Mitunternehmerschaften iSd. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 begünstigt. Nicht dazu gehört aber die Beteiligung an einer *typisch* stillen Gesellschaft.

Übertragung von Teilanteilen: Die Begünstigung der Übertragung lediglich eines *Teils* eines bestehenden Mitunternehmersanteils ist nach dem Wortlaut des Buchst. a nicht ausgeschlossen (vgl. demgegenüber den strengeren Wortlaut des § 16 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2: „des *gesamten* Anteils“; s. auch WÄLZHOLZ, DStR 2008, 273 [275]). Auch der Zweck der Regelung spricht für die Einbeziehung von Teilanteilsübertragungen, da beim Vorhandensein mehrerer Abkömmlinge mitunter eine Aufteilung des Anteils stattfinden muss (VON OERTZEN/STEIN, DStR 2009, 1117; GECK, KÖSDI 2009, 16444 [16448]; aA SCHMIDT/HEINICKE XXVIII. § 10 Rn. 60).

Mitübertragung des Sonderbetriebsvermögens wird man auch hier fordern müssen, da der Mitunternehmeranteil im stl. Sinne nicht nur aus dem Gesamtvermögen, sondern auch aus dem SonderBV besteht (s. § 16 Anm. 229 mwN)

AA zu Nr. 1a SCHMIDT/HEINICKE XXVIII. § 10 Rn. 60; WÄLZHOLZ, DStR 2008, 273 (275); GECK, KÖSDI 2009, 16444 (16448), die sich für die Anwendung der zu § 6 Abs. 3 geltenden Grundsätze aussprechen (unklar insoweit VON OERTZEN/STEIN, DStR 2009, 1117 [1120]). Dies würde uE jedoch auch eine Anwendung der besonderen Bindungen des § 6 Abs. 3 Satz 2 voraussetzen, was indes nur der Gesetzgeber anordnen könnte.

Erzielung originär betrieblicher Einkünfte: Der Mitunternehmeranteil fällt nur dann unter Buchst. a, wenn die Gesellschaft eine „Tätigkeit“ iSd. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ausübt; sie muss also *originäre* Einkünfte aus gewerblichen Unternehmen erzielen. Eine lediglich gewerblich geprägte, aber vermögensverwaltend tätige PersGes. iSd. § 15 Abs. 3 Nr. 2 ist nicht begünstigt. Dies soll der Vermeidung von Umgehungen dienen (mittelbare Erlangung der – vom Gesetzgeber nicht gewollten – Begünstigung der Übertragung von Geld-, Wertpapier- oder Grundvermögen durch vorherige Einbringung in eine gewerblich geprägte PersGes.). Da auch im Rahmen einer Betriebsaufspaltung oder Betriebsverpachtung im Ganzen aufgrund einer Auslegung des Tatbestands des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 gewerbliche Einkünfte erzielt werden, ist die Übertragung von Anteilen an derartigen PersGes. ebenfalls begünstigt (zutr. WÄLZHOLZ, FR 2008, 641 [648]). Auch steht es der Begünstigung des *gesamten* Mitunternehmeranteils nicht entgegen, wenn die PersGes. nur *teilweise* eine originär gewerbliche Tätigkeit ausübt und daher unter die Abfärberegelung des § 15 Abs. 3 Nr. 1 fällt. Denn es heißt nicht: „*soweit* die PersGes. eine Tätigkeit ... ausübt“, sondern: „*die* eine Tätigkeit ... ausübt“. Durch die Aufnahme einer originär gewerblichen *Teil*tätigkeit kann daher auch ein Anteil an einer im Übrigen vermögensverwaltend tätigen PersGes. begünstigt übertragen werden.

Einkünfte aus §§ 13, 18: Ebenso begünstigt wie eine originär gewerblich tätige Mitunternehmerschaft sind Mitunternehmerschaften, die Einkünfte aus LuF iSd. § 13 oder aus selbständiger Arbeit iSd. § 18 Abs. 1 erzielen.

88 4. Betriebe oder Teilbetriebe (Nr. 1a Satz 2 Buchst. b)

Betrieb: Die Übertragung eines Betriebs (Einzelunternehmens) ist begünstigt, ohne dass weitere Voraussetzungen zu erfüllen wären. Erfasst sind gewerbliche und luF. Betriebe sowie Betriebe der selbständigen Arbeit.

Teilbetrieb: Die Übertragung eines Teilbetriebs ist der eines Betriebs gleichgestellt. Zum Begriff des Teilbetriebs s. zunächst § 16 Anm. 140 ff. UE kommt es für Nr. 1a allerdings bei Prüfung der Vorfrage, ob es sich bei einem WG um eine wesentliche Betriebsgrundlage handelt, – wie bei der systematisch eng verwandten Vorschrift des § 6 Abs. 3 (s. dazu § 6 Anm. 1355) – auf das Vorhandensein erheblicher stiller Reserven nicht an (ebenso WÄLZHOLZ, DStR 2008, 273 [275]).

5. GmbH-Anteile (Nr. 1a Satz 2 Buchst. c)

89 a) Überblick

Die Einbeziehung der Übertragung von GmbH-Anteilen war eine der umstrittensten Fragen im Rahmen der Beratungen des JStG 2008. Während der RegE hier keinerlei Begünstigung vorgesehen hatte (BRDrucks. 544/07, 3, 66), hatte der BRat für eine weitgehende Einbeziehung plädiert (BTDrucks. 16/6739, 8). Die letztlich Gesetz gewordene Fassung beruht auf den Empfehlungen des Fin-Aussch. (BTDrucks. 16/6981, 11; 16/7036, 11). Sie setzt sowohl eine (hohe) Mindestbeteiligung an der GmbH (s. Anm. 90) als auch den gleichzeitigen Übergang des Geschäftsführeramts (s. Anm. 91) voraus.

90 b) Übertragung eines mindestens 50 % betragenden Anteils an einer GmbH

Beschränkung der Begünstigung auf GmbH-Anteile: Anteile an anderen KapGes. als der GmbH sind nicht begünstigt. Eine Übergabe von Anteilen an

einer AG, KGaA, einer Europäischen Gesellschaft oder einer KapGes. ausländ. Rechts kann die Rechtsfolgen der Nr. 1a daher auch dann nicht herbeiführen, wenn die übergebene Beteiligung mindestens 50 % beträgt und der Übergeber zugleich die Geschäftsleitung auf den Übernehmer überträgt (kritisch hierzu RÖDER, DB 2008, 146 [149]).

► *Verfassungsrechtlich* ist diese Differenzierung uE noch zulässig. Denn der Gesetzgeber durfte typisierend davon ausgehen, dass die GmbH diejenige Rechtsform unter den KapGes. ist, bei der die engste Verknüpfung zwischen Kapitalbeteiligung und tatsächlicher Geschäftsführungstätigkeit gegeben ist (aA WÄLZHOLZ, DStR 2008, 273 [276]: Einbeziehung anderer Rechtsformen im Wege verfassungskonformer Auslegung).

► *Europarechtlich* ist hingegen zumindest der Ausschluss der KapGes. ausländ. Rechts zweifelhaft, sofern die ausländ. KapGes. in ihrer Ausgestaltung der deutschen GmbH vergleichbar ist. Ein Grund für die Differenzierung zwischen in- und ausländ. Rechtsformen ist nicht erkennbar. Für eine Gleichstellung spricht auch, dass Erträge aus KapGes. nach den einschlägigen DBA grds. dem Wohnsitzstaat des Anteilseigners zur Besteuerung zugewiesen sind (zB Art. 10 OECD-MA). Da Versorgungsleistungen aber systematisch als typisierte Weiterleitung der Nettoerträge anzusehen sind, besteht in Bezug auf Versorgungsleistungen aus Anteilen an KapGes. auch dann eine enge Verknüpfung zum deutschen Steuerrechtskreis, wenn es sich um ausländ. Gesellschaften handelt.

Übertragung eines mindestens 50 % betragenden Anteils: Dieses Erfordernis schließt nicht nur Beteiligungen von weniger als 50 % von der Begünstigung aus, sondern auch die „gleitende Vermögensübergabe“ einer mindestens 50 % betragenden Beteiligung, sofern bei einer solchen Übergabe nicht auch ein 50 %-Anteil *auf einmal* übertragen wird. Nach dem Gesetzeswortlaut und dem Gesetzeszweck (Vermögensbezug der Regelung) kommt es uE allein auf den Anteil am Stammkapital an, nicht aber auf ggf. abweichende Stimmrechtsverhältnisse.

Allerdings erwähnt der FinAussch. in seinem Bericht (BTDrucks. 16/7036, 11) die „Beschlussmehrheit iSd. § 47 Abs. 1 GmbHG“, was darauf hindeuten könnte, dass die Mehrheit der *Stimmrechte* maßgeblich sein soll. Diese – in ihrer Beziehung zum Gesetzeswortlaut und -zweck nicht näher begründete – Äußerung des FinAussch. ist allerdings wohl schon deshalb nicht ganz korrekt, weil eine Beteiligung von genau 50 % (die nach Buchst. c begünstigt ist) noch keine Beschlussmehrheit vermittelt.

Die 50 %-Grenze gilt auch für Anteile an der Betriebs-KapGes. im Rahmen einer Betriebsaufspaltung (aA WÄLZHOLZ, FR 2008, 641 [643]; WÄLZHOLZ, DStR 2008, 273 [276]: diese Übertragung soll stets begünstigt sein). Spätere Kapitalmaßnahmen oder Verschmelzungen, die (ohne dass es sich um eine Veräußerung des übertragenen Vermögens handelt) zu einem Absinken unter die 50 %-Grenze führen, stehen der weiteren Berechtigung zum Abzug der Versorgungsleistungen nicht entgegen (zutr. WÄLZHOLZ, FR 2008, 641 [644]).

c) Übergang der Geschäftsführertätigkeit

91

Auch die Übertragung eines 50 %-Anteils ist nur begünstigt, wenn der Übergeber als Geschäftsführer tätig war und der Übernehmer diese Tätigkeit nach der Übertragung übernimmt.

Bisherige Geschäftsführertätigkeit des Übergebers: Diese Voraussetzung soll sicherstellen, dass nur solche GmbH in den Anwendungsbereich der Nr. 1a fallen, bei denen der Anteilseigner (Übergeber) – ähnlich wie der Inhaber eines Einzelunternehmens und wie typischerweise auch ein Mitunternehmer – *persön-*

lich in der Geschäftsführung tätig ist. Es ist nicht erforderlich, dass der Übergeber *einzigster* Geschäftsführer der GmbH ist.

Übernahme der Geschäftsführertätigkeit nach der Übertragung durch den Übernehmer: Nach dem Wortlaut ist die Begünstigung ausgeschlossen, wenn der Übernehmer bereits vor der Übertragung als Mit-Geschäftsführer amtierte, zB um Erfahrungen in der Unternehmensführung zu sammeln. Denn in solchen Fällen fehlt es an der geforderten „Übernahme“ der Geschäftsführertätigkeit „nach der Übertragung“. Ein Grund dafür, Übertragungen auszuschließen, denen eine – wirtschaftlich nicht nur sinnvolle, sondern geradezu gebotene – Erprobung des in Aussicht genommenen Unternehmensnachfolgers vorangegangen ist, ist uE nicht ersichtlich (ebenso GECK, KÖSDI 2009, 16444 [16451]). Sofern der Gesetzgeber hier nicht kurzfristig eine „Gesetzesreparatur“ vornimmt, sollte zumindest die FinVerw. im Auslegungswege klarstellen, dass es der Begünstigung nicht entgegensteht, wenn der Übernehmer die Geschäftsführertätigkeit schon vor der Übertragung – gemeinsam mit dem Übergeber – ausgeübt hat. Solange hier keine Rechtssicherheit besteht, sollten Stpfl., die einen „gleitenden Übergang“ der Geschäftsführung wünschen, zuvor einen Formwechsel in die Mitunternehmerschaft erwägen (WÄLZHOLZ, DStR 2008, 273 [276]).

92 6. Wohnteil von Betrieben der Land- und Forstwirtschaft (Abs. 1 Nr. 1a Satz 3)

Gemäß Satz 3 sind auch Versorgungsleistungen begünstigt, die auf den Wohnteil eines luf. Betriebs entfallen.

Bedeutung: Diese Regelung stellt sicher, dass die genannten Leistungen nicht etwa deshalb vom Abzug ausgeschlossen sind, weil es sich bei dem Wohnteil estl. nicht um ein WG des luf. BV, sondern um PV handelt. UE muss Gleiches bei der Übergabe von Mitunternehmeranteilen an einer luf. PersGes. gelten. Eine isolierte Übertragung des Wohnteils ohne den Betrieb ist nach Wortlaut und Zweck des Satzes 3 nicht begünstigt.

Verfassungsmäßigkeit: Die Regelung bewirkt zwar eine Ungleichbehandlung, weil sie die Übertragung der selbstgenutzten Wohnung nur bei Landwirten, nicht aber bei sonstigen Stpfl. begünstigt. UE ist sie aber gerechtfertigt, weil die landwirtschaftliche Hofübergabe der Ausgangspunkt und Kernbereich des traditionellen Rechtsinstituts der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen ist. Zu einer solchen Hofübergabe gehört aber auch die Übergabe der Altenteilerwohnung, ohne dass es darauf ankommt, welcher Vermögensart diese Wohnung estl. zugeordnet wird.

93 7. Keine begünstigte Übergabe von Grundbesitz und Geldvermögen

Grundbesitz und Geldvermögen fallen bei Verträgen, die ab VZ 2008 abgeschlossen werden, nicht mehr in den Anwendungsbereich der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen. Der Gesetzgeber hat diese Differenzierung damit begründet, dass beim Grundvermögen – im Gegensatz zu betrieblichen Einheiten – dem Gesichtspunkt der Sicherung von Arbeitsplätzen typischerweise keine Bedeutung zukomme. Ferner verursache ein Betrieb einen ungleich höheren Bewirtschaftungsaufwand als ein Grundstück; der Übergeber habe daher ein Interesse daran, den Betrieb im Alter nicht mehr selbst bewirtschaften zu müssen. Vermögensverwaltende Tätigkeiten könne er hingegen auch im Alter noch selbst durchführen. Schließlich seien beim Grundbesitz Teilübertragungen

leichter möglich als bei Betrieben (zum Ganzen BRDrucks. 544/07 [Beschluss], 66; ähnlich bereits RISTHAUS, DB 2007, 240 [244]).

Stellungnahme: Verfassungsrechtl. sind diese Überlegungen uE hinreichend tragfähig, so dass insbes. der Ausschluss des Grundvermögens nicht verfassungswidrig ist (s. Anm. 72). Rechtspolitisch wäre aber auch eine andere Lösung denkbar gewesen. Denn das Grundvermögen gehört – anders als Geldvermögen – durchaus noch zum „erweiterten Kernbereich“ des Rechtsinstituts der Vermögensübergabe; auch das Missbrauchspotential ist hier eher gering.

8. Nachträgliche Umschichtung des begünstigten Vermögens

94

Nach den Rechtsgrundsätzen, die für Versorgungsleistungen aufgrund von bis VZ 2007 vereinbarten Vermögensübergaben galten, durfte der Übernehmer das begünstigte Vermögen in anderes, ebenfalls begünstigtes (dh. nach bisheriger Rechtslage: ausreichend ertragbringendes) Vermögen umschichten, ohne dass dadurch der SA-Abzug verloren ging (s. BMF v. 16.9.2004, BStBl. I 2004, 922, Tz. 31–33; Anm. 108; § 22 Anm. 140). Eine ausdrückliche Regelung dieses Problemkreises in Nr. 1a nF fehlt. UE steht eine nachträgliche Umschichtung der weiteren Abziehbarkeit der Versorgungsleistungen nicht entgegen, wenn auch das neue Vermögen die in Nr. 1a Satz 2 genannten Anforderungen erfüllt (zB Verkauf des übertragenen Betriebs und Erwerb eines Mitunternehmeranteils an einer gewerblich tätigen PersGes.). In einem solchen Fall stehen auch die künftigen Versorgungsleistungen bei wertender Betrachtung noch „im Zusammenhang mit der Übertragung eines Betriebs“. Hingegen dürfte der erforderliche Zusammenhang entfallen, wenn das begünstigte Vermögen in solche WG umgeschichtet wird, die als solche nicht Gegenstand einer Vermögensübergabe iSd. Nr. 1a nF sein können (zB Verkauf des übertragenen Betriebs und Erwerb einer 25 %-Beteiligung an einer GmbH; ebenso SPIEGELBERGER, DB 2008, 1063 [1068]; WÄLZHOLZ, FR 2008, 641 [644]).

Einstweilen frei.

95–96

III. Rechtsfolgen

1. Rechtsfolgen bei nach Nr. 1a begünstigten Vermögensübergaben

97

Abzug in voller Höhe: Der SA-Abzug ist bei Erfüllung der Voraussetzungen nach Nr. 1a nF stets in voller Höhe der Versorgungsleistungen zu gewähren. Eine Differenzierung zwischen Leibrenten – die gem. Nr. 1a Satz 2 aF nur mit dem Ertragsanteil abgezogen werden konnten – und in voller Höhe abziehbaren dauernden Lasten sieht die Neuregelung nicht mehr vor. Der Gesetzgeber hat hierfür Vereinfachungsgründe angeführt (BRDrucks. 544/07, 67) Ohnehin hatte die Rspr. Leibrenten in Fällen der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen nur noch ausnahmsweise angenommen (s. Anm. 106, 109 mwN). Eine Begrenzung auf einen absoluten Höchstbetrag enthält Nr. 1a – wie bisher – nicht. Zur Höhe des Abzugs bei Altanteilsleistungen in Form von Sachleistungen (Verpflegung, Heizung, Nebenkosten) s. BayLfS v. 25.2.2009, DB 2009, 583.

Korrespondierende Besteuerung beim Empfänger: Die neue Regelung in § 22 Nr. 1b stellt sicher, dass die Versorgungsleistungen beim Empfänger in der Höhe besteuert werden, in der sie beim Zahlungsverpflichteten nach § 10 Abs. 1 Nr. 1a abgezogen werden können. Der Wortlaut dieses Besteuerungstatbestands entspricht dem des – für Unterhaltsleistungen iSd. § 10 Abs. 1 Nr. 1 geltenden –

§ 22 Nr. 1a und bewirkt eine volle materiell-rechtl. Korrespondenz zwischen der Abzugs- und der Empfängerseite (zu § 10 Abs. 1 Nr. 1/§ 22 Nr. 1a s. Anm. 50). Eine solche Korrespondenz war bereits von der bisherigen Rspr. zur Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen angenommen worden (s. Anm. 109 mwN). Im Ergebnis ähneln die stl. Rechtsfolgen einer Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen daher einer Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt (s. zu Nr. 1a aF auch Anm. 107).

98 2. Rechtsfolgen bei nicht nach Nr. 1a begünstigten Vermögensübergaben

Bei der Übergabe von Vermögen, das nicht unter Nr. 1a fällt (zB Grundbesitz, gewerblich geprägte, aber vermögensverwaltend tätige PersGes., GmbH-Anteile unterhalb von 50 %) sind künftig statt des Sonderrechts der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen die allgemeinen Grundsätze anzuwenden. Dabei ist zum einen danach zu differenzieren, ob die im Gegenzug zur Übergabe zugesagten Leistungen als Unterhaltsleistungen oder als Veräußerungsentgelt anzusehen sind, zum anderen danach, ob der übergebene Gegenstand PV oder BV darstellt (s. auch § 22 Anm. 166–187; RISTHAUS, DB 2007, 240 [243 f.]; FLEISCHER, ZEV 2007, 475 [477]; RÖDER, DB 2008, 146 [150]; zu Gestaltungsmöglichkeiten SPIEGELBERGER, DB 2008, 1063 [1067 ff.]). Dieselben Differenzierungen gelten, wenn zwar Vermögen übergeben wird, das unter Nr. 1a fallen könnte, die wiederkehrenden Leistungen aber nicht als „Versorgungsleistungen“, sondern im stl. Sinne als Unterhaltszahlungen oder Veräußerungsentgelt anzusehen sind.

Unterhaltsleistungen: Wird zB ein Betrieb, Mitunternehmeranteil, Grundstück oder sonstiges WG übergeben und sagt der Übernehmer im Gegenzug wiederkehrende Leistungen zu, die nicht aus den Nettoerträgen des (der) übergebenen WG erbracht werden können, wohl aber nach dem Versorgungsbedürfnis des Übergebers bemessen sind, ist der gesamte Vorgang als unentgeltlich anzusehen.

► *Übergabe von Privatvermögen:* Wird zB ein vermietetes Grundstück gegen eine solche Unterhaltsrente übergeben, hat der Übernehmer im stl. Sinne unentgeltlich erworben und die AfA des Rechtsvorgängers fortzuführen (§ 11d Abs. 1 EStDV). Die Zahlungen an den Übergeber stellen Unterhaltsleistungen dar, die stl. grds. nicht abziehbar sind.

► *Übergabe betrieblicher Einheiten:* Hier sind nach § 6 Abs. 3 die Buchwerte des Betriebs fortzuführen; die Zahlungen des Übernehmers an den Übergeber werden stl. als Unterhaltsleistungen gewertet, die grds. unbeachtlich sind. Der Übergeber hat keinen Veräußerungsgewinn zu versteuern.

Veräußerungsentgelt: Wird bei der Übergabe eines Betriebs (Grundstücks usw.) der Kapitalwert der wiederkehrenden Leistungen im Großen und Ganzen nach dem Wert der übergebenen WG bemessen, handelt es sich nicht um „Versorgungsleistungen“, sondern um ein Veräußerungsgeschäft. Wiederkehrende Bezüge, die vom Stpfl. im Austausch gegen den Erwerb eines WG geleistet werden, sind aufzuteilen in einen Tilgungsanteil (Kapitalzahlung) einerseits und einen Zinsanteil andererseits (BFH v. 14.11.2001 – X R 39/98, BStBl. II 2002, 246 unter II.3.b). Ausf. zum Erwerb von BV oder PV gegen Zahlung einer Rente oder dauernden Last s. § 22 Anm. 166–187.

► *Übergabe von Privatvermögen:* Der Übergeber erzielt in Höhe des Kapitalwerts einen Veräußerungserlös (ggf. § 23); den in den laufenden Zahlungen enthaltenen

Ertragsanteil hat er nach § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. bb zu versteuern. Dem Übernehmer entstehen in Höhe des Barwerts der wiederkehrenden Leistungen AK. Setzt er das erworbene WG zur Einkunftserzielung ein, kann er von diesen AK AfA vornehmen; den in den laufenden Zahlungen enthaltenen Zinsanteil kann er als WK abziehen (§ 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1). Soweit es sich um einen teilentgeltlichen Vorgang handelt (der Kapitalwert der wiederkehrenden Leistungen bleibt hinter dem Wert des übertragenen Vermögens zurück), gilt das Vorstehende lediglich für den entgeltlichen Teil der Übertragung.

► *Übergabe betrieblicher Einheiten:* Hier erzielt der Übergeber (Veräußerer) nach den allgemeinen Regeln (§ 16) einen Veräußerungsgewinn, dem Übernehmer entstehen AK.

Einstweilen frei.

99

C. Rechtslage für Verträge, die bis VZ 2007 abgeschlossen wurden

I. Überblick

100

Wurde die Vermögensübertragung bis einschließlich VZ 2007 vereinbart, bleiben darauf beruhende Versorgungsleistungen auch in Zukunft nach den bisher geltenden Regeln abziehbar (zum zeitlichen Anwendungsbereich s. Anm. 71). Nach Nr. 1a aF waren (sind) abziehbar Renten und dauernde Lasten (zum Begriff s. Anm. 101), die auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhen (s. Anm. 77) und nicht mit Einkünften in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, die bei der Veranlagung außer Betracht bleiben (s. Anm. 80). Der Höhe nach wird zwischen dauernden Lasten (Abzug in voller Höhe) und Leibrenten (gem. Nr. 1a Satz 2 aF Abzug nur mit dem Ertragsanteil, s. Anm. 106) differenziert. Hauptanwendungsfall auch von Nr. 1a aF war die Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen (s. Anm. 107 ff.); außerhalb dieses Sonderrechts kam ein Abzug nach Nr. 1a aF nach Auffassung der Rspr. „grundsätzlich nicht in Betracht“ (BFH v. 26.11.2003 – X R 11/01, BStBl. II 2004, 820 unter II.2.c; vgl. aber BFH v. 18.9.2003 – X R 152/97, BStBl. II 2007, 749 unter B.II.2.c, wonach Nr. 1a aF immer dann anwendbar war, wenn nach der Wertung des Gesetzgebers ein Transfer von Einkünften stattfinden sollte).

II. Auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhende Renten und dauernde Lasten (Nr. 1a Satz 1 aF)

1. Begriff der Renten und dauernden Lasten

101

Begriff der Rente: Entscheidend ist, dass es sich um regelmäßig wiederkehrende sowie gleichmäßige Zahlungen handelt. Der estl. Begriff der Rente/Leibrente ist nicht deckungsgleich mit dem zivilrechtl. Begriff (§§ 759 ff. BGB). Ausf. zum Rentenbegriff s. § 22 Anm. 262–274.

Begriff der dauernden Last: Eine dauernde Last ist ebenso wie die Rente durch eine regelmäßige Wiederkehr gekennzeichnet, unterscheidet sich von der Rente aber dadurch, dass die einzelnen Leistungen nicht in gleichmäßiger Höhe anfallen. Nach einer von der Rspr. verwendeten Definition handelt es sich um wiederkehrende, nach Zahl oder Wert nicht gleichmäßige Aufwendungen, die

ein Stplf. für längere Zeit einem anderen gegenüber in Geld oder Sachwerten aufgrund einer rechtl. Verpflichtung zu erbringen hat (BFH v. 17.4.1980 – IV R 207/75, BStBl. II 1980, 639; v. 7.12.1982 – VIII R 166/80, BStBl. II 1983, 660 unter 1.c; v. 13.8.1985 – IX R 10/80, BStBl. II 1985, 709). Die Verwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs „dauernde Last“ verstößt nicht gegen das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot (BVerfG v. 18.2.1988 – 1 BvR 930/86, HFR 1989, 271).

Die Voraussetzung, dass die dauernde Last „einem anderen gegenüber“ erbracht werden müsse, also einen Berechtigten voraussetzt, ist problematisch, wenn es um die Übernahme von Aufwendungen geht, die erst nach dem Tod des Berechtigten entstehen (dazu BFH v. 4.4.1989 – X R 14/85, BStBl. II 1989, 779 unter 1.; v. 15.2.2006 – X R 5/04, BStBl. II 2007, 160 unter II.5.a; beide betr. Grabpflegeaufwendungen; s. auch Anm. 79).

Entwicklung der Rechtsprechung: Was im estl. Sinne unter den Tatbestand der Rente oder dauernden Last fiel, bestimmte sich zunächst allein nach der äußeren Form der Wiederkehr (ausf. zur Entwicklung der Behandlung von Renten und wiederkehrenden Leistungen im EStRecht mit zahlreichen Nachweisen s. § 22 Anm. 56, 114, 166). Dies musste jedoch zu unbefriedigenden Ergebnissen führen, da damit auch in Raten gezahlte *Kaufpreise* abziehbar (Nr. 1a) bzw. stbar (§ 22 Nr. 1) wurden. Daher bemühte sich bereits der RFH um eine Einschränkung des estl. Rentenbegriffs und um ein Ausscheiden bloßer ratenweiser Kapitalzahlungen, was aber nicht überzeugend gelang. Der BFH begrenzte daraufhin in der ersten Phase seiner Rspr. den Abzug und die Versteuerung wiederkehrender Bezüge, die im Zusammenhang mit einer Vermögensumschichtung standen, auf denjenigen Betrag, der den Wert des hingegebenen WG überstieg (Wertverrechnung; BFH v. 18.9.1952 – IV 70/49 U, BStBl. III 1952, 290; v. 13.8.1985 – IX R 10/80, BStBl. II 1985, 709). Später wurde dann zunächst die Doktrin von der „regelmäßigen Wiederkehr“ ausdrücklich aufgegeben: Zahlungen, die in der Form eines Einmalbetrags nicht stbar wären, werden nicht allein dadurch stbar, dass sie in Form wiederkehrender Bezüge geleistet werden (BFH v. 25.10.1994 – VIII R 79/91, BStBl. II 1994, 121 unter II.1.c); Entsprechendes gilt für den SA-Abzug nach Nr. 1a (BFH v. 15.2.2006 – X R 5/04, BStBl. II 2007, 160 unter II.5.a mwN). Die „Wertverrechnungslehre“ ist – was in Teilen des Schrifttums immer noch verkannt wird – ebenfalls aufgegeben (BFH v. 25.11.1992 – X R 91/89, BStBl. II 1996, 666; v. 14.11.2001 – X R 39/98, BStBl. II 2002, 246 unter II.5.c; vorbereitet bereits durch BFH v. 27.2.1992 – X R 136/88, BStBl. II 1992, 609). Leistungen, die im Zusammenhang mit einer Vermögensumschichtung stehen, sind daher – mit Ausnahme des Spezialfalls der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen – nicht nach Nr. 1a abziehbar (s. Anm. 103).

102 2. Weitere Voraussetzungen

Nach Nr. 1a aF mussten die Zahlungen auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhen; sie durften nicht in wirtschaftlichem Zusammenhang mit Einkünften stehen, die bei der Veranlagung außer Betracht bleiben. Da diese Merkmale unverändert in Nr. 1a nF übernommen wird, wird auf die Darstellung bei Anm. 77, 80 verwiesen.

Unterhaltersatzrenten: Nach zutreffender Auffassung im Schrifttum waren auch Unterhaltersatzrenten, die der Verursacher eines – bei ihm privat veranlassten – Unfalls gem. § 844 Abs. 2 BGB an die unterhaltsberechtigten Hinterbliebenen des Geschädigten zahlen muss, abziehbar (BEISER, DB 2001, 1900; KORN/BAUSCHATZ, § 10 Rn. 141). Alle Voraussetzungen der Nr. 1a aF liegen vor:

Es handelt sich um eine auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhende Rente, die nicht mit Einkünften in Zusammenhang steht. § 12 Nr. 2 ist nicht einschlägig, da der Empfänger der Rente gegenüber dem Schädiger nicht gesetzlich unterhaltsberechtig (sondern lediglich schadensersatzberechtig) ist.

3. Kein Abzug nach Nr. 1a aF bei Zusammenhang mit einer Vermögensumschichtung (Gegenleistungs- oder Veräußerungsrenten)

a) Behandlung von Gegenleistungsrenten nach Nr. 1a aF und anderen Vorschriften des EStG

103

Kein Abzug von Gegenleistungsrenten nach Nr. 1a: Nach einigem Schwanken geht die mittlerweile gefestigte Rspr. (zu deren Entwicklung s. Anm. 101) davon aus, dass wiederkehrende Leistungen, die mit einer Vermögensumschichtung in Zusammenhang stehen – mit Ausnahme des Spezialfalls der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen (s. Anm. 108) – nicht als SA abgezogen werden können (BFH v. 14.11.2001 – X R 39/98, BStBl. II 2002, 246). Hier hat das Merkmal der „Aufwendungen“ (s. Anm. 33 ff.) besondere Bedeutung gewonnen, weil wiederkehrende Leistungen im Zusammenhang mit einer Vermögensumschichtung im Ergebnis keine wirtschaftliche Belastung (Minderung der Leistungsfähigkeit) mit sich bringen (BFH v. 24.10.1990 – X R 43/89, BStBl. II 1991, 175; Erbbauzins keine dauernde Last). Diese Einschränkung folgt auch aus dem subjektiven Nettoprinzip, dessen Verwirklichung § 10 im Kern dienen soll (BFH v. 9.2.1994 – IX R 110/90, BStBl. II 1995, 47 unter 2.a). Die dargestellte Rspr. ist vom BVerfG gebilligt worden (BVerfG v. 18.2.1988 – 1 BvR 930/86, HFR 1989, 271).

Stellungnahme: UE ist dies – entgegen der bisweilen geäußerten Kritik – zutreffend. Denn im Hinblick auf das Leistungsfähigkeitsprinzip wäre es problematisch, einem *Teil* der Stpfl. eine Abzugsmöglichkeit für Zahlungen zum Erwerb von Privatvermögen zu eröffnen, nur weil diese Zahlungen in einer bestimmten *Form* erbracht werden. Der Tatbestand der Nr. 1a wird durch diese Auslegung auch nicht funktionslos, weil er für das Sonderrecht der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen weiterhin von Bedeutung ist.

Beurteilung von Gegenleistungsrenten nach anderen Vorschriften als Nr. 1a: Die Beurteilung wiederkehrender Bezüge, die vom Stpfl. im Austausch gegen den Erwerb eines WG geleistet werden, hat sich durch die Neufassung der Nr. 1a nicht geändert. Zu den Einzelheiten s. daher Anm. 98.

b) Wiederkehrende Leistungen, die auf erbrechtlicher Grundlage erbracht werden

104

Renten an Vermächtnisnehmer: Renten und dauernde Lasten, die dem Erben zugunsten eines Vermächtnisnehmers durch testamentarische Anordnung auferlegt werden, können grds. nicht abgezogen werden, da der Erbe mit der Erbschaft einen Gegenwert erlangt hat und es daher auch hier an einer wirtschaftlichen Belastung des Stpfl. fehlt (BFH v. 27.2.1992 – X R 139/88, BStBl. II 1992, 612 unter 4.b; v. 26.1.1994 – X R 54/92, BStBl. II 1994, 633). Eine Ausnahme gilt – wegen der Nähe zum Institut der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen – nur dann, wenn der Vermächtnisnehmer zugleich Pflichtteilsberechtigter ist und damit zum „Generationennachfolge-Verbund“ (s. Anm. 108) gehört. Nach der für Verträge, die ab VZ 2008 abgeschlossen worden sind, geltenden Rechtslage sind diese Zahlungen hingegen unabhängig von

der verwandtschaftlichen Stellung des Versorgungsberechtigten abziehbar, sofern es sich um „echte“ Versorgungsleistungen handelt (s. Anm. 82).

Abfindungsleistungen für Erb- und Pflichtteilsverzicht: Auch wiederkehrende Abfindungsleistungen, die der Testierwillige oder der Erbe einem Dritten für dessen Erb- und Pflichtteilsverzicht zahlt, fallen grds. nicht unter Nr. 1a, weil hier die – allerdings widerlegliche – Vermutung besteht, dass mit den Leistungen erbrechtl. Ansprüche zeitlich gestreckt abgegolten werden (BFH v. 20.10.1999 – X R 132/95, BStBl. II 2000, 82; v. 20.10.1999 – X R 86/96, BStBl. II 2000, 602); die frühere gegenteilige Rspr. (ua. BFH v. 7.4.1992 – VIII R 59/89, BStBl. II 1992, 809) ist aufgegeben. Schlägt der Erbe jedoch die Erbschaft aus, um zu erreichen, dass die Erbschaft unmittelbar seinen Abkömmlingen anfällt, können diese mit dem Ausschlagenden im Gegenzug begünstigte Versorgungsleistungen vereinbaren (näher s. Anm. 86).

Verrentete Erbschaftsteuer: ErbSt., die von dem Kapitalwert von wiederkehrenden Nutzungen und Leistungen zu entrichten ist, kann nach § 23 ErbStG statt in einer Einmalzahlung wahlweise auch in Form jährlicher Zahlungen entrichtet („verrentet“) werden. Die Rspr. hatte zunächst den Abzug der einzelnen ErbStZahlungen nach Nr. 1a zugelassen (RFH v. 14.8.1935, RStBl. 1935, 1496; BFH v. 15.11.1957 – VI 79/55 U, BStBl. III 1958, 103; v. 5.4.1965 – VI 339/63 U, BStBl. III 1965, 360); nach neuerer Rspr. soll dies nur noch gelten, soweit die Nutzungen und Leistungen tatsächlich der ErbSt. unterlegen haben (BFH v. 23.2.1994 – X R 123/92, BStBl. II 1994, 690).

UE ist die verrentete ErbSt. spätestens seit der mit Wirkung ab VZ 1999 erfolgten Aufhebung des § 35 Satz 3 aF, der auf § 10 Abs. 1 Nr. 1a verwies, nicht mehr abziehbar (glA Nds. FG v. 12.6.2008, EFG 2008, 1697, nrkr., Rev. Az. BFH X R 63/08; aA KORN/BAUSCHATZ, § 10 Rn. 142). Da die in einem Einmalbetrag zu entrichtende ErbSt. bei der ESt. nicht abziehbar wäre (§ 12 Nr. 3), bedeutet der Abzug der verrenteten ErbSt. eine Differenzierung allein aufgrund der äußeren Form der regelmäßigen Wiederkehr, die nicht sachgerecht ist (vgl. Anm. 75). Die FinVerw. hat den Abzug – unter Berufung auf BFH v. 23.2.1994 X R 123/92 aaO – gleichwohl bis VZ 2004 zugelassen (H 87 „Erbschaftsteuer“ EStH bis 2004); seit H 10.3 EStH 2005 ist der entsprechende Passus indes entfallen. Unklar ist die Bedeutung des mit Wirkung ab VZ 2009 neu geschaffenen § 35b Satz 3. Dort scheint der Gesetzgeber davon auszugehen, dass ErbSt. nach § 10 Abs. 1 Nr. 1a abgezogen werden kann. Gerade im Hinblick auf den ab 2008 geltenden Wortlaut der Nr. 1a dürfte dies aber ausscheiden (ebenso § 35b Anm. 37; zweifelnd auch SCHMIDT/HEINICKE XXVIII. § 10 Rn. 65 „ErbSt.“).

105 Einstweilen frei.

106 III. Für Leibrenten Begrenzung des Abzugs auf den Ertragsanteil (Nr. 1a Satz 2 aF)

Besteht die vereinbarte Leistung in einer Leibrente, kann im zeitlichen Anwendungsbereich von Nr. 1a aF lediglich der Ertragsanteil abgezogen werden (so auch BTDrucks. 15/2150, 33). Bei der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen stellt die Leibrente allerdings die Ausnahme dar; regelmäßig sind die Versorgungsleistungen abänderbar und damit in voller Höhe als dauernde Last abziehbar (so auch die Rspr.; Nachweise s. Anm. 109).

Im WKBereich (§ 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1) geht die Rspr. hingegen davon aus, dass auch eine dauernde Last nur in Höhe des Ertragsanteils abziehbar ist (BFH v. 9.2.1994 – IX R 110/90, BStBl. II 1995, 47).

Reichweite des Verweises auf § 22: Die Verweisungsnorm nimmt in ihrer ab VZ 2005 geltenden Fassung § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. bb *insgesamt* in Bezug. Dieser Verweis beinhaltet sowohl die allgemeine Ertragsanteilstabelle (§ 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. bb Satz 4) als auch die besondere Tabelle für Fälle des § 55 EStDV (§ 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. bb Satz 5). Zu weiteren Einzelheiten s. die Erl. zu § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. bb (§ 22 Anm. 301 ff.).

Änderungen ab 2005: Der Höhe nach ist mit der seit VZ 2005 geltenden neuen Ertragsanteilstabelle eine deutliche Reduzierung des SA-Abzugs bei Leibrenten verbunden. Der Bemessung der Ertragsanteile liegt seitdem nur noch die Annahme eines typisierenden Kapitalertrags von 3 % (zuvor 5,5 %) zugrunde (BTD Drucks. 15/2150, 42). Die geringeren Ertragsanteile sind ohne Übergangsregelung auch dann zugrunde zu legen, wenn die Leibrente bereits vor dem 1.1.2005 vereinbart worden ist. Ggf. kann hier zivilrechtl. ein Anspruch auf Anpassung der Höhe des Zahlbetrags (§ 323 ZPO) bestehen.

IV. Rechtsinstitut der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen

1. Begriff und dogmatische Rechtfertigung

107

Hauptanwendungsfall der Nr. 1a aF war das – von der Rspr. als solches bezeichnete – „Sonderrecht“ der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen (ausf. dazu § 22 Anm. 128–146; nachstehend wird nur ein Kurzüberblick gegeben). Die FinVerw. hat umfangreiche Verwaltungsanweisungen zur Behandlung dieses Instituts herausgegeben (zuletzt BMF v. 16.9.2004, BStBl. I 2004, 922, mit zahlreichen Übergangsregelungen aufgrund geänderter Rspr. in Rn. 65–76; dazu GECK, DStR 2005, 85). Zur Rechtslage in Österreich s. DORALT, FR 2001, 576 (zunächst Aufgabe der Rspr. zur Abziehbarkeit von Versorgungsleistungen durch den VwGH, weil es sich um freiwillige Leistungen handele; danach gesetzliche Verankerung der Abziehbarkeit, jedoch beschränkt auf die Übertragung von Betrieben).

Begriff: Eine Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen ist dadurch gekennzeichnet, dass ertragbringendes Vermögen des Übergebers auf einen Übernehmer übertragen wird, der im Gegenzug an den Übergeber Versorgungsleistungen erbringt. Die Vereinbarung muss einen Mindestbestand an bürgerlich-rechtl. Rechtsfolgen enthalten, die die Qualifikation als Versorgungsvertrag erst ermöglicht (BFH v. 3.3.2004 – X R 14/01, BStBl. II 2004, 826 unter II.5.a).

Rechtsdogmatische Begründung dieses Instituts: Die stl. Zuordnung der Versorgungsleistungen zu den wiederkehrenden Bezügen einerseits und den SA andererseits beruht auf dem Umstand, dass sich der Vermögensübergeber in Gestalt der Versorgungsleistungen typischerweise Erträge seines Vermögens vorbehält, die nunmehr vom Vermögensübernehmer erwirtschaftet werden müssen (BFH v. 12.5.2003 – GrS 1/00, BStBl. II 2004, 95 unter C.II.2.). Die Qualifizierung als „vorbehaltene Vermögenserträge“ verhindert eine Behandlung als entgeltliches Veräußerungsgeschäft und als Unterhaltsleistungen (s. Anm. 109). Abzug und Versteuerung der Versorgungsleistungen führen hierbei zu einem ähnlichen Ergebnis wie der Vorbehalt eines Nießbrauchs durch den Übergeber (BFH v. 5.7.1990 – GrS 4–6/89, BStBl. II 1990, 847 unter C.II.1.; v. 16.6.2004 – X R 50/01, BStBl. II 2005, 130 unter II.1.b). In Grenzfällen zeigt

die Rspr. daher die Tendenz, sich an der stl. Behandlung des Vorbehaltsnießbrauchs zu orientieren.

108 2. Voraussetzungen

Bei der Entwicklung dieses Instituts stand der landwirtschaftliche Hofübergabe-/Altenteilsvertrag Pate; es wurde aber schon früh auf die Übergabe von Gewerbebetrieben, Mitunternehmeranteilen oder Grundstücken ausgedehnt. Während der Anwendungsbereich zunächst auf „Wirtschaftseinheiten“ beschränkt war, die die Existenz wenigstens teilweise sicherstellen konnten (vgl. grundlegend BFH v. 5.7.1990 – GrS 4–6/89, BStBl. II 1990, 847 unter C.II.1.), nimmt die Rspr. mittlerweile hinsichtlich der Art des übergebenen Vermögens praktisch keine Einschränkungen mehr vor.

Übergabe von ertragbringendem Vermögen: Es kommt nur noch darauf an, dass das Vermögen ertragbringend ist und die Versorgungsleistungen aus den langfristig erzielbaren Nettoerträgen des übergebenen Vermögens erbracht werden können (BFH v. 12.5.2003 – GrS 1/00, BStBl. II 2004, 95 unter C.II.6.a; dazu FISCHER, NWB F. 3, 12655; RISTHAUS, DB 2003, 2190; SPIEGELBERGER, DStR 2004, 1105; zur Ertragsprognose BFH v. 16.6.2004 – X R 50/01, BStBl. II 2005, 130 unter II.4. betr. Grundstück; v. 21.7.2004 – X R 44/01, BStBl. II 2005, 133 betr. Anteile an KapGes.; OFD München v. 4.4.2005, ZEV 2005, 300 betr. § 13a-Landwirte; KEMPERMANN, DStR 2003, 1736). Daher fällt auch die Übergabe von selbstgenutzten Immobilien sowie von Geld- oder Wertpapiervermögen (BFH v. 16.6.2004 – X R 22/99, BStBl. II 2004, 1053 unter II.3.; anders noch BFH v. 27.2.1992 – X R 136/88, BStBl. II 1992, 609; v. 26.11.1997 – X R 114/94, BStBl. II 1998, 190) unter den Begriff der „Vermögensübergabe“.

Nießbrauch: Behält sich der Übergeber den Nießbrauch am übergebenen Vermögen vor, ist das Sonderrecht der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen nicht anwendbar; die Einkünfte sind aufgrund des Nießbrauchs ohnehin weiter dem Übergeber zuzurechnen (BFH v. 14.7.1993 – X R 54/91, BStBl. II 1994, 19 unter 4.). Die spätere Ablösung des zuvor vorbehaltenen Nießbrauchsrechts gegen Gewährung von Versorgungsleistungen stellt jedoch eine Vermögensübergabe im Sinne dieses Rechtsinstituts dar (BFH v. 3.6.1992 – X R 147/88, BStBl. II 1993, 98; dazu SEITHEL, DStR 1993, 674). Der BFH erkennt Versorgungsleistungen sogar an, wenn zunächst der spätere *Übernehmer* dem versorgungsbedürftigen Vertragspartner einen Nießbrauch an ihm bereits gehörendem Vermögen zuwendet und später – allerdings ohne nachweisbaren Gesamtplan – der Nießbrauchsberechtigte gegen die Zusage von Versorgungsleistungen auf sein Nießbrauchsrecht verzichtet (BFH v. 13.12.2005 – X R 61/01, BStBl. II 2008, 16).

Umschichtung: Die spätere Umschichtung des zunächst *nicht* ausreichend ertragbringenden übergebenen Vermögens in hinreichend ertragbringendes Vermögen steht der Abziehbarkeit der Versorgungsleistungen nicht entgegen, wenn die Umschichtung bereits im Übergabevertrag zugelassen worden war (Einzelheiten in BMF v. 16.9.2004, BStBl. I 2004, 922 Rn. 13–17). Aus Vertrauensschutzgründen lässt der BFH für Zeitpunkte vor Bekanntwerden der Entscheidung GrS 1/00 auch Vereinbarungen *außerhalb* des Übergabevertrags zu (BFH v. 31.3.2005 – X R 26/04, BFH/NV 2005, 1789). Die spätere Umschichtung ausreichend ertragbringenden Vermögens in anderes, ebenfalls ausreichend ertragbringendes Vermögen ist ebenfalls unschädlich (BMF v. 16.9.2004, BStBl. I 2004, 922 Tz. 31–33).

Verwendung des übertragenen Geldvermögens zur Schuldentilgung: Auch in diesem Fall sollte nach der zu Nr. 1a aF ergangenen Rspr. eine „Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen“ vereinbart werden können (BFH v. 1.3.2005 – X R 45/03, BStBl. II 2007, 103 unter II.3.b bb). Die Fin-Verw. hat diese Auffassung von Anfang an abgelehnt (BMF v. 16.9.2004, BStBl. I 2004, 922 Rn. 21; Nichtanwendungserlass BMF v. 19.1.2007, BStBl. I

2007, 188). In derartigen Fällen hat der Gesetzgeber durch § 52 Abs. 23e Satz 2 angeordnet, dass entsprechende Leistungen ab VZ 2008 selbst dann nicht mehr als SA abgezogen werden können, wenn sie auf einer bis VZ 2007 vereinbarten „Vermögensübergabe“ beruhen (s. Anm. 71).

Versorgungsleistungen: Da sich der Inhalt dieses Begriffs durch die Neufassung der Nr. 1a nicht geändert hat, wird auf Anm. 75 verwiesen.

Empfänger der Versorgungsleistungen muss grds. der Übergeber selbst sein. Daneben kommt auch eine Zahlung an Personen in Betracht, die zum „Generationennachfolge-Verbund“ gehören. Dieser umfasst alle pflichtteilsberechtigten Personen, dh. den Ehegatten und die Abkömmlinge des Übergebers (BFH v. 26.11.2003 – X R 11/01, BStBl. II 2004, 820; v. 17.12.2003 – X R 31/00, BFH/NV 2004, 1083), nicht jedoch andere Personen (insbes. Geschwister oder Lebensgefährten des Übergebers); kritisch dazu PAUS, DStZ 2004, 724 (Eintritt einer Übermaßbesteuerung). Insoweit hat die gesetzliche Neuregelung ab VZ 2008 eine Erweiterung der Abzugsmöglichkeiten gebracht (s. Anm. 82).

Person des Übernehmers: Das Institut ist nicht auf Vermögensübergaben an die gesetzlichen Erben (insbes. die Abkömmlinge) beschränkt, sondern kann auch bei Übergaben an entfernte Verwandte oder gar Dritte Anwendung finden. Während bei einer Vermögensübergabe an Abkömmlinge aber die Unentgeltlichkeit zu vermuten ist, besteht bei einer Übergabe an Dritte eine Vermutung für die kaufmännische Ausgewogenheit der Leistungen und damit für das Vorliegen eines Veräußerungsvorgangs (Einzelheiten und Nachweise s. Anm. 74).

3. Rechtsfolgen

109

Durch die stl. Charakterisierung der Versorgungsleistungen als „vorbehaltene Vermögenserträge“ wird gleichzeitig eine Abgrenzung zu zwei anderen Instituten erreicht: Es handelt sich stl. weder um Veräußerungsentgelt (BFH v. 12.5.2003 – GrS 1/00, BStBl. II 2004, 95 unter C.II.1.) noch um Unterhaltsleistungen. Die Rspr. begründet dies im Kern hauptsächlich mit der Rechtstradition (vgl. die Darstellung der Rspr. in BFH v. 15.7.1991 – GrS 1/90, BStBl. II 1992, 78 unter C.I., und die Ausführungen in BFH v. 14.7.1993 – X R 54/91, BStBl. II 1994, 19 unter 3.c); letztlich handelt es sich mittlerweile um Gewohnheitsrecht. Das BVerfG (BVerfG v. 17.12.1992 – 1 BvR 4/87, DStR 1993, 315 m. Anm. FISCHER) hat die Grundsätze dieser Rspr. verfassungsrechtl. nicht beanstandet.

Kein Veräußerungsentgelt: Die vorstehend dargestellte Beurteilung hat zur Folge, dass beim Übergeber kein Veräußerungsgewinn entsteht, der Unternehmer aber im Gegenzug auch keine eigenen Anschaffungskosten hat, von denen er AfA vornehmen könnte. Da es sich um einen im stl. Sinne unentgeltlichen Vorgang handelt, führt der Erwerber im Betriebsvermögen die Buchwerte (§ 6 Abs. 3) und im Privatvermögen die AfA (§ 11d EStDV) des Übergebers fort. Zur Vermutung der Unentgeltlichkeit s. Anm. 74.

Diese Betrachtungsweise wird für das ErbStRecht jedoch nicht übernommen; der II. Senat des BFH sieht die Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen im Anwendungsbereich des § 13a ErbStG als teilentgeltliches Geschäft an (BFH v. 2.3.2005 – II R 11/02, BStBl. II 2005, 532 unter II.1.a).

Keine Unterhaltsleistungen: Die Qualifizierung als Unterhalt würde bedeuten, dass die Leistungen beim Unternehmer wegen § 12 Nr. 2 nicht abziehbar wären. Liegen aber die Voraussetzungen des – gegenüber § 12 Nr. 2 spezielleren – Instituts der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen vor, handelt es sich im stl. Sinne nicht um Unterhaltsleistungen (BFH v. 14.11.2001 – X R

39/98, BStBl. II 2002, 246 unter II.3.a). Dies gilt selbst dann, wenn der Empfänger der Versorgungsleistungen daraus tatsächlich seinen Unterhalt bestreitet.

Abzug beim Übernehmer und korrespondierende Besteuerung vorbehaltenener Vermögenserträge beim Übergeber:

► *Beim Vermögensübernehmer* sind die gezahlten Versorgungsleistungen nach Nr. 1a als SA abziehbar. In aller Regel handelt es sich um eine dauernde Last, was den Abzug in voller Höhe eröffnet (BFH v. 15.7.1991 – GrS 1/90, BStBl. II 1992, 78 unter C.II.3.; v. 11.3.1992 – X R 141/88, BStBl. II 1992, 499; v. 31.3.2004 X R 3/01, BFH/NV 2004, 1386; s. auch Anm. 98). Nur ausnahmsweise – bei vertraglichem Ausschluss der Abänderbarkeit der Leistungen – handelt es sich um eine Leibrente (zu einem solchen Ausnahmefall BFH v. 31.3.2004 – X R 11/03, BFH/NV 2004, 1389), bei der nach Satz 2 nur der Ertragsanteil abziehbar ist; in einem solchen Fall kann nachträglich die Abänderbarkeit der Leistungen vereinbart werden (BFH v. 3.3.2004 – X R 135/98, BStBl. II 2004, 824).

► *Der Vermögensübergeber* hat die bezogenen Leistungen in demselben Umfang nach § 22 Nr. 1 zu versteuern. Insoweit besteht ein gegenständlich auf den Transfer von Einkünften beschränkter Grundsatz der materiell-rechtl. Korrespondenz (BFH v. 26.7.1995 – X R 113/93, BStBl. II 1996, 157; v. 31.3.2004 – X R 18/03, BStBl. II 2004, 1047 unter II.2.c bb mwN). *Verfahrensrechtl.* besteht allerdings keine zwingende Korrespondenz, so dass eine übereinstimmende stl. Behandlung beim Übergeber und Übernehmer nicht durch Anwendung der Korrekturvorschrift des § 174 Abs. 1 AO erreicht werden kann (BFH v. 26.1.1994 – X R 57/89, BStBl. II 1994, 597; BFH v. 7.7.2004 – X R 26/01, BStBl. II 2005, 145 unter II.1.f).

110–114 Einstweilen frei.

115

Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 1b: Schuldrechtlicher Versorgungsausgleich

Allgemeine Erläuterungen: Nach Abs. 1 Nr. 1b sind SA auch Leistungen auf Grund eines schuldrechtl. Versorgungsausgleichs, soweit die ihnen zugrunde liegenden Einnahmen beim Ausgleichsverpflichteten der Besteuerung unterliegen. Die gesetzliche Regelung ist durch das JStG 2008 v. 20.12.2007 (BGBl. I 2007, 3150; BStBl. I 2008, 218) mit Wirkung ab VZ 2008 geschaffen worden, gibt aber nur die Grundsätze der schon zuvor bestehenden Rspr. wieder.

Leistungen auf Grund eines schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs: Die Regelungen über den schuldrechtl. Versorgungsausgleich nach einer Ehescheidung sind in §§ 1587f–1587n BGB (bis 31.8.2009) bzw. §§ 20–26 VersorgungsausgleichsG (ab 1.9.2009; hierzu BERGNER, NJW 2009, 1169) enthalten. Hier werden nicht – wie im Regelfall des Versorgungsausgleichs – im Wege der Realteilung Anwartschaften umgebucht, aus denen jeder Versorgungs- oder Rentenempfänger später seine *eigenen* Alterseinkünfte bezieht. Vielmehr fließen die Alterseinkünfte weiterhin in voller Höhe demjenigen zu, der die Anwartschaften ursprünglich erworben hat; der Ehegatte mit den höheren Versorgungsansprüchen ist aber verpflichtet, den auf den anderen Ehegatten entfallenden Anteil an diesen auszukehren.

Steuerliche Behandlung der bezogenen Alterseinkünfte beim unmittelbaren Inhaber der Versorgungsanwartschaft: Der (Erst-)Empfänger der Al-

terseinkünfte hat diese zunächst nach dem jeweiligen Rechtsregime (§ 19 oder § 22 Nr. 1) auch insoweit als Einkünfte anzusetzen, als er infolge des schuldrechtl. Versorgungsausgleichs zur anteiligen Auskehrung an seinen geschiedenen Ehegatten verpflichtet ist.

Steuerliche Behandlung des auszukehrenden Betrags beim Zahlenden: Der Erstempfänger der Alterseinkünfte kann den auszukehrenden Anteil nach Nr. 1b als SA abziehen. Die *Höhe* des Abzugs richtet sich nach dem Umfang der StPfllicht:

▶ *Versorgungsbezüge iSd. § 19:* Da diese in voller Höhe stpfl. sind, ist der *gesamte* an den ausgleichsberechtigten Ehegatten gezahlte Betrag nach Nr. 1b abzuziehen.

▶ *Leibrenten:* Nach dem Gesetzeswortlaut ist allein auf den Umfang der Besteuerung beim Ausgleichsverpflichteten (Erstempfänger der Alterseinkünfte) abzustellen, der sich bei ihm für den Rentenbezug nach § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. aa ergibt. Dies gilt auch dann, wenn eine Leibrente, die *unmittelbar* vom Ausgleichsberechtigten (Empfänger der Versorgungsausgleichszahlungen) bezogen würde, mit einem anderen Anteil zu versteuern wäre.

Steuerliche Behandlung beim Empfänger der Versorgungsausgleichszahlungen: In Ergänzung zum SA-Abzug ist in § 22 Nr. 1c ein – materiell-rechtl. mit dem Abzug dem Grunde und der Höhe nach korrespondierender – Besteuerungstatbestand eingeführt worden. Der Empfänger versteuert Zahlungen in genau der Höhe, wie sie beim Zahlungsverpflichteten als SA abziehbar waren. Dies gilt auch für den Anteil des stpfl. Betrags bei Leibrenten.

Für den SA-Abzug ist es nicht erforderlich, dass die Versorgungsausgleichsbezüge beim Empfänger tatsächlich der (deutschen) Besteuerung unterliegen. Daher sind auch Zahlungen an einen mittlerweile im Ausland lebenden früheren Ehegatten abziehbar.

Beurteilung von Versorgungsausgleichsleistungen bis 2007: Hier sind die Ausgleichsleistungen im selben Umfang, wie er sich nach Nr. 1b nF ergibt, auf der Grundlage von Nr. 1a aF als abziehbar beurteilt worden (BFH v. 18.9.2003 – X R 152/97, BStBl. II 2007, 749 unter B.II.4.; v. 15.10.2003 – X R 29/01, BFH/NV 2004, 478; ebenso bereits BMF v. 20.7.1981, BStBl. I 1981, 567 Tz. II.3.; anders zur Rechtslage vor Inkrafttreten der §§ 1587 ff. BGB noch BFH v. 16.9.1986 – IX R 1/82, BFH/NV 1987, 233). Der Gesetzgeber wollte mit dem JStG 2008 einerseits diese Abziehbarkeit erhalten, andererseits aber die Regelung in Abs. 1 Nr. 1a auf die Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen in Fällen der Übergabe betrieblicher Einheiten reduzieren. Daher hat er für die Leistungen auf Grund eines schuldrechtl. Versorgungsausgleichs in der neuen Nr. 1b eine spezialgesetzliche Regelung geschaffen.

Einstweilen frei.

116–119

Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 2: Beiträge für die Altersvorsorge

Schrifttum: SÖHN, Abzug von Rentenversicherungsbeiträgen als Sonderausgaben (§ 10 Abs. 1 Nr. 2 EStG) und Ertragsanteilsbesteuerung von Leibrenten (§ 22 Nr. 1 Satz 3 Buchstabe a EStG), *StuW* 1986, 324; SEER, Die Besteuerung der Alterseinkünfte und das Gleichbehandlungsgebot (Art. 3 Abs. 1 GG), *StuW* 1996, 323; WERNSMANN, Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Abzugsfähigkeit von Vorsorgeaufwendungen, *StuW* 1998, 317; SÖHN/MÜLLER-FRANKEN, Vorgelagerte und/oder nachgelagerte Besteuerung

von Altersbezügen?, *StuW* 2000, 442; v. EICHBORN, Zur (steuerlichen) Berücksichtigung von Vorsorgeaufwendungen am Beispiel Selbstständiger, *DB* 2000, 944; Besteuerung von Beiträgen und Leistungen in der Altersvorsorge, *DRV-Schriften* Band 29, 2001; BALL/BRUNO-LATOCHA/LOHMANN, Steuerliche Behandlung von Beiträgen zur und Leistungen der gesetzlichen Rentenversicherung – Konsequenzen aus dem Urteil des BVerfG, *DRV* 2002, 420; FISCHER, Gleichheitsgerechte Besteuerung von Pensionen und Renten, *NWB* F. 3, 11985; Abschlussbericht der Sachverständigenkommission zur Neuordnung der steuerrechtlichen Behandlung von Altersvorsorgeaufwendungen und Altersbezügen, *BMF-Schriftenreihe* Band 74, 2003; BALL/BRUNO-LATOCHA/LOHMANN, Abschlussbericht der Rentenkommission – Kritik und Lösungsvorschläge, *DRV* 2003, 465; BALL/BRUNO-LATOCHA/LOHMANN, Steuerliche Behandlung der Altersvorsorge nach dem Entwurf des Alterseinkünftegesetzes, *DRV* 2003, 673; FISCHER, Mehr Schatten als Licht im Steuerrecht der Altersvorsorgeaufwendungen und Altersbezüge, *BB* 2003, 873; FISCHER, Vorsorgeaufwendungen zwischen Verfassungsrecht und Rechtspolitik, *FR* 2003, 770; RULAND, Die Besteuerung von Alterseinkünften, *StB* 2003, 42; SÖHN, Altersvorsorgeaufwendungen als vorweggenommene (vorweggenommene) Werbungskosten, *StuW* 2003, 332; WREDE, Nachgelagerte Besteuerung der Altersvorsorge und „vorgelagerte“ Besteuerung anderer Ersparnisse: Konsequenzen für die Vorsorge- und Nachlassplanung, *Schmollers Jahrbuch* 123 (2003), 579; BALL/BRUNO-LATOCHA/LOHMANN, Neuordnung der Rentenbesteuerung, *DRV* 2004, 409; BROER, Ein Ansatz zur verfassungsgemäßen Besteuerung der Sozialversicherungsrenten, *BB* 2004, 527; DAHR/HILGER, Einkommensteuerliche Behandlung von Altersvorsorgeaufwendungen und Altersbezügen, 2004; EISGRUBER, Die Änderung der Einkommensteuer durch das Alterseinkünftegesetz, in KNOLL, *Das Alterseinkünftegesetz und steuerliche Einzelthemen*, 2004, 1; FLORE, *Das Alterseinkünftegesetz – was kommt auf die Anwaltschaft zu?*, *AnwBl.* 2004, 343; FLORE, *Das Alterseinkünftegesetz, Auswirkungen – auch – auf den GmbH-Geschäftsführer*, *GmbH-StB* 2004, 272; HEIDRICH, *Der Sonderausgabenabzug nach dem Alterseinkünftegesetz – ein steuersystematischer Irrweg?*, *FR* 2004, 1321; HEY, *Verfassungswidrige Doppelbesteuerungen im Übergang zur nachgelagerten Besteuerung?*, *DRV* 2004, 1; HOHAUS/MITTELSTEN SCHEID, *Reform der Altersbesteuerung: Das neue Alterseinkünftegesetz*, *DStZ* 2004, 591; HORLEMANN, *Überblick über das Alterseinkünftegesetz*, *FR* 2004, 1049; KRATZSCH, *Die Neuregelung der Alterseinkünftebesteuerung*, *StB* 2004, 406; KORN/STRAHL, *Alterseinkünftegesetz: Änderungen und Empfehlungen*, *KOSDI* 2004, 14360; MARX, *Wesentliche Steueränderungen durch das Alterseinkünftegesetz*, *StB* 2004, 717; MELCHIOR, *Das Alterseinkünftegesetz im Überblick*, *DStR* 2004, 1061; MESSNER, *Alterseinkünftegesetz*, *AktStR* 2004, 393; MITTELSTEN SCHEID, *Reform der Altersbesteuerung*, 2004; MYSSSEN, *Das Alterseinkünftegesetz. Die steuerliche Berücksichtigung von Vorsorgeaufwendungen nach § 10 EStG*, *NWB* (2004) F. 3, 13095; NEUFANG, *Das Alterseinkünftegesetz*, *Stbg.* 2004, 551; PAUS, *Steuerliche Vorteilhaftigkeit und verfassungsrechtliche Probleme der neuen privaten Altersvorsorgerente*, *DStZ* 2004, 760; RISTHAUS, *Die Änderungen in der privaten Altersversorgung durch das Alterseinkünftegesetz*, *DB* 2004, 1329, 1383; RULAND, *Zur Neuordnung der steuerrechtlichen Behandlung von Altersvorsorgeaufwendungen und Altersbezügen*, *FS Selmer*, 2004, 889; SCHNEIDER, *Neuordnung der einkommensteuerrechtlichen Behandlung von Altersvorsorgeaufwendungen und Altersbezügen*, *StWa* 2004, 151; WAGNER-JUNG, *Die neue Rentenbesteuerung nach dem Alterseinkünftegesetz*, 2004; WEBER-GRELLET, *Das Alterseinkünftegesetz*, *DStR* 2004, 1721; WELLING/SCHNITTKER, 12. *Berliner Steuergespräch: „Das Alterseinkünftegesetz“*, *FR* 2004, 1353; BALKE, *Rentenversicherungsbeiträge als vorab veranlassete Werbungskosten unbeschränkt abziehbar*, *FR* 2005, 1143; BOLZ, *BMF-Schreiben zum Alterseinkünftegesetz*, *AktStR* 2005, 357; DOMMERMUTH/HAUER, *Ist die neue „Rürup“-Versicherung steuerlich und wirtschaftlich wirklich sinnvoll?*, *FR* 2005, 57; DOMMERMUTH/HAUER, *Besteuerung der „Rürup-Rente“ – es bleibt beim Verpuffungseffekt*, *FR* 2005, 297; FISCHER/HOBERG, *Die „Rürup-Rente“: Wen begünstigt sie wirklich? – Die Besteuerung von Renten nach dem Alterseinkünftegesetz*, *DB* 2005, 1285; GOVERTS/KNOLL, *Anforderungen an Basisrentenprodukte („Rürup-Rente“) vor dem Hintergrund des BMF-Schreibens vom 24.2.2005*, *DStR* 2005, 946; HEGEMANN/HEGEMANN/QUERBACH, *Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung als vorweggenommene Werbungskosten*, *Stbg.* 2005, 245; HEIDRICH, *Gesetzliche Renteneinzahlungen als vorweggenommene Werbungskosten*, *DStR* 2005, 861; INTEMANN/CÖSTER, *Altersvorsorgeaufwendungen als Werbungskosten? – Eine Diskussion aus steuersystematischer Sicht*, *DStR* 2005, 1921; KREFT, *Nochmals: Ren-*

tenversicherungsbeiträge als Werbungskosten abzugsfähig, GStB 2005, 279; MUSIL, Verfassungs- und europarechtliche Probleme des Alterseinkünftegesetzes, StuW 2005, 278; NIEMANN/RISTHAUS, Zwei wichtige Verwaltungsanweisungen zu den steuerlichen Änderungen bei der privaten Altersvorsorge sowie der betrieblichen Altersvorsorge durch das Alterseinkünftegesetz, DB 2005, Beil. 2; NÜSSGENS, Das Alterseinkünftegesetz – ein erster Überblick, Inf. 2005, 535; PAUS, Die kreditfinanzierte Altersvorsorge, DStZ 2005, 554; PREISSER/SIEBEN, Alterseinkünftegesetz, 2. Aufl. 2005; RISTHAUS, Besteuerung der „Rürup-Rente“ – auch für Experten schwer durchschaubar?, FR 2005, 295; SEIFERT, Rentenversicherungsbeiträge als vorweggenommene Werbungskosten, GStB 2005, 240; WERNSMANN/NIPPERT, Altersbesteuerung beim Wegzug und Europäisches Gemeinschaftsrecht, FR 2005, 1123; WIEGELMANN, Beitragsbemessungsgrenzen, Bezugsgrößen, Beitragssätze in der Sozialversicherung 2005, BB 2005, Beil. zu Heft 1; GÜNTHER, Neuregelungen ab 2005 durch das Alterseinkünftegesetz, EStB 2006, 21; HEUERMANN, Altersvorsorgeaufwendungen und objektives Nettoprinzip, DB 2006, 688; HORLEMANN, Gedanken zur dogmatischen Einordnung nachgelagerter Besteuerung, FR 2006, 1075; MYSSEN, Private Altersvorsorge – Soziale Absicherung contra selbstverantwortlicher Altersvorsorge, DStJG 26 (2006), 249; SCHNEIDER/BAHR, Abzug von Beiträgen zur gesetzlichen Rentenversicherung als Werbungskosten oder Sonderausgaben, Inf. 2006, 386; SÖHN, Abzugsfähigkeit von Altersvorsorgeaufwendungen als Werbungskosten oder Sonderausgaben?, FR 2006, 905; WAGNER, Das Alterseinkünftegesetz, DStZ 2006, 580; FISCHER, Die Rechtsnatur von Aufwendungen zur Altersvorsorge, FR 2007, 76; WESSELBAUM-NEUGEBAUER, Berücksichtigung von Altersvorsorgeaufwendungen, FR 2007, 683; RISTHAUS, Steuerrechtliche Behandlung von Altersvorsorgeaufwendungen und Altersbezügen nach dem Alterseinkünftegesetz, DStR 2008, 797; DOMMERMUTH/RISTHAUS, Die Basis- oder „Rürup“-Rente ohne Versicherungsvertrag – ist der rechtliche Rahmen belastbar?, DB 2009, 812.

A. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 2

I. Regelungsinhalt des Abs. 1 Nr. 2

120

Abs. 1 Nr. 2 regelt die stl. Behandlung von Beiträgen zur Altersvorsorge und wird durch die Abs. 2, 3 und 4a ergänzt.

Zuordnung zu den Sonderausgaben: Nr. 2 ordnet bestimmte Aufwendungen für die Altersvorsorge – ungeachtet der vollen Versteuerung der späteren Leistungen, die den Beiträgen uE den Charakter von Erwerbсаufwendungen geben (s. Anm. 122) – den SA zu. Dies gilt uneingeschränkt für die Beiträge zu den gesetzlichen Rentenversicherungen, denen die Beiträge zu landwirtschaftlichen Alterskassen und berufsständischen Versorgungseinrichtungen gleichgestellt werden (Nr. 2 Satz 1 Buchst. a, s. Anm. 126 ff.). Beiträge zum Aufbau einer privaten Altersvorsorge sind hingegen nur begünstigt, wenn sie die strengen Voraussetzungen nach Nr. 2 Satz 1 Buchst. b erfüllen (s. Anm. 130 ff.). Regelungen zum Abzug solcher Vorsorgeaufwendungen, die nicht der Altersvorsorge dienen, sind seit VZ 2005 in Nr. 3, seit VZ 2010 zusätzlich noch in Nr. 3a ausgelagert (s. Anm. 150 ff.).

Weitere Regelungen für den Abzug von Vorsorgeaufwendungen: Abs. 2 enthält einige zusätzliche Voraussetzungen für den Abzug von Vorsorgeaufwendungen, die für Aufwendungen iSd. Nr. 2–3a gleichermaßen gelten. So dürfen die Beträge nicht in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang mit stfreien Einnahmen stehen (Abs. 2 Nr. 1, s. Anm. 305); die Versicherungsunternehmen müssen grds. im Inland zum Geschäftsbetrieb zugelassen sein (Abs. 2 Nr. 2, s. Anm. 310). Abs. 3 begrenzt den Abzug von Altersvorsorgeaufwendungen auf bestimmte Höchstbeträge (s. Anm. 330 ff.); Abs. 4 enthält Höchstbetragsregelungen für die sonstigen Vorsorgeaufwendungen iSd. Abs. 1 Nr. 3, 3a (s. Anm. 380 ff.).

Nach Abs. 4a wird bis VZ 2019 geprüft, ob der Abzug von Vorsorgeaufwendungen nach der bis VZ 2004 geltenden Rechtslage zu einem für den Stpfl. günstigeren Ergebnis führt (s. Anm. 400 ff.). Abs. 5 sieht eine Verordnungsermächtigung für die Aufteilung von Krankenversicherungsbeiträgen vor bzw. ordnete in seiner früheren, für Altfälle aber fortgeltenden Fassung für die schädliche Verwendung von Ansprüchen aus Lebensversicherungs-Altverträgen eine Nachversteuerung an (s. Anm. 420 ff.). Gemäß § 39b Abs. 2 Satz 5 Nr. 3 ist bereits im LStAbzugsverfahren eine Vorsorgepauschale zu berücksichtigen, die bei ArbN die gesetzlichen Abzüge weitgehend zutreffend abbildet.

II. Rechtsentwicklung, Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit des Abs. 1 Nr. 2

Rechtsentwicklung: Die Möglichkeit des Abzugs von Vorsorgeaufwendungen, insbesondere bestimmter Versicherungsbeiträge, gehört seit dem EStG 1920 zum Kernbestand des deutschen EStRechts, ebenso wie die Begrenzung des Abzugs dieser Aufwendungen auf bestimmte Höchstbeträge. Seit 1939 ist der Abzug von Versicherungsbeiträgen – wenn auch mit vielen zwischenzeitlichen Änderungen im Detail (dazu im Einzelnen s. Anm. 4) – in Abs. 1 Nr. 2 geregelt. Angesichts der Kapital- und Wohnungsknappheit der Nachkriegszeit wurden zeitweise auch Beiträge zu bestimmten Kapitalsammelstellen (u.a. Wohnungsgenossenschaften, Bausparkassen) als Vorsorgeaufwendungen begünstigt. Im Jahr 2002 verpflichtete das BVerfG den Gesetzgeber, die zwischen Sozialversicherungsrenten und beamtenrechtl. Versorgungsbezügen bestehenden Besteuerungsunterschiede zu beseitigen (BVerfG v. 6.3.2002 – 2 BvL 17/99, BVerfGE 105, 73 = BStBl. II 2002, 618). Daraufhin wurde mit dem AltEinkG v. 5.7.2004 (BGBl. I 2004, 1427; BStBl. I 2004, 554) ab VZ 2005 die nachgelagerte Besteuerung von Altersbezügen eingeführt. In Abs. 1 Nr. 2 verblieben nur die Regelungen über Altersvorsorgeaufwendungen, die nach Ablauf einer langen Übergangszeit mit weit größeren Beträgen als zuvor abziehbar sein werden. Diejenigen Vorschriften, die sonstige Vorsorgeaufwendungen betreffen, wurden in Abs. 1 Nr. 3 überführt.

Bedeutung des Abzugs von Vorsorgeaufwendungen: Bis VZ 2004 wurde der Abzug von Vorsorgeaufwendungen von Teilen der Rspr. – im Anschluss an die Auffassung des Gesetzgebers (vgl. BTDrucks. 7/1470, 214) – nur als „eine aus sozialpolitischen Gründen gewährte StVergünstigung“ angesehen (BFH v. 12.11.1976 – VI R 167/74, BStBl. II 1977, 154; v. 30.1.1980 – VI B 114/79, BStBl. II 1980, 320; ähnlich BFH v. 17.3.1961 – VI 86/60, HFR 1961, 200: stl. Förderung der Vorsorge); diese Sichtweise galt sowohl für Altersvorsorgeaufwendungen als auch für sonstige Vorsorgeaufwendungen. Richtigerweise war aber auch nach der früheren Rechtslage jedenfalls ein Mindestabzug für Vorsorgeaufwendungen durch das subjektive Nettoprinzip verfassungsrechtl. geboten. Denn kein Stpfl. kann sich derartigen Aufwendungen entziehen, so dass seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit durch sie gemindert wird (BFH v. 14.12.2005 – X R 20/04, BStBl. II 2006, 312, unter B.VIII.2.). Hinsichtlich der Voraussetzungen und der betragsmäßigen Grenzen für den Abzug stand dem Gesetzgeber uE jedoch trotz der Verankerung im Leistungsfähigkeitsprinzip – insbes. angesichts der weitgehenden StFreiheit der Versicherungsleistungen – ein Gestaltungsspielraum zu (zur Verfassungsmäßigkeit der früheren Höchstbeträge s. Anm. 365). Diese Betrachtungsweise gilt ab VZ 2005 für die sonstigen Vorsor-

geaufwendungen iSd. Abs. 1 Nr. 3, 3a fort, während der Abzug der Altersvorsorgeaufwendungen angesichts der vollen Erfassung der Altersbezüge nunmehr durch das *objektive* Nettoprinzip geboten wird (zur systematischen Einordnung der Altersvorsorgeaufwendungen ab VZ 2005 s. Anm. 123).

Verfassungsmäßigkeit: Zur Verfassungsmäßigkeit der Zuordnung dieser Beiträge zu den SA s. Anm. 122 f.; zur Verfassungsmäßigkeit der Höchstbeträge des Abs. 3 s. Anm. 335 ff. (Fassung ab VZ 2005) bzw. Anm. 365 (Fassung bis VZ 2004). Das BVerfG hat es nicht beanstandet, dass Vorsorgeaufwendungen progressionsabhängig von der Bemessungsgrundlage anstatt von der StSchuld abgezogen werden (BVerfG v. 31.10.1996 – 2 BvR 40, 41/91, HFR 1997, 250).

III. Verhältnis zu Betriebsausgaben und Werbungskosten

1. Rechtslage ab VZ 2005

122

Gesetzestechisch weiterhin Zuordnung zu den Sonderausgaben: Der Gesetzgeber hat an der formellen Zuordnung der Altersvorsorgeaufwendungen zu den SA festgehalten. Ob er sich über die systematischen Konsequenzen der nunmehr grds. vollen StPflcht der später zufließenden Leistungen für den Abzug der Aufwendungen im Klaren war, lässt sich den Gesetzesmaterialien nicht entnehmen. Der Abzug der Altersvorsorgeaufwendungen ist zudem weiterhin auf einen Höchstbetrag beschränkt (Abs. 3; s. Anm. 330 ff.). Die nach dem Urteil des BVerfG zur Vorbereitung des AltEinkG eingesetzte Sachverständigenkommission hatte hingegen sowohl die Zuordnung zu den WK als auch den Verzicht auf einen Höchstbetrag vorgeschlagen (Abschlussbericht, BMF-Schriftenreihe Band 74, 2003, 21 ff.).

Auffassung der Rechtsprechung: Der X. Senat des BFH lässt die Frage nach der nunmehrigen Rechtsnatur der Altersvorsorgeaufwendungen offen, akzeptiert aber die in § 10 hinlänglich zum Ausdruck kommende konstitutive Entscheidung des Gesetzgebers, diese Aufwendungen den SA zuzuordnen (BFH v. 1.2.2006 – X B 166/05, BStBl. II 2006, 420 unter II.5.; FG Köln v. 20.12.2006, EFG 2007, 836, nrkr., Rev. Az. BFH X R 9/07; Nds. FG v. 28.8.2007, DStRE 2008, 1372, nrkr., Rev. Az. BFH X R 34/07; FG Berlin-Brandenb. v. 14.11.2007, EFG 2008, 1037, nrkr., Rev. Az. BFH X R 45/07; zustimmend SÖHN, FR 2006, 905; WERNSMANN, DStR 2008, Beihefter zu Heft 17, 37 [46]; kritisch dazu PAUS, FR 2006, 584). Diese Zuweisung gehe auch dem Eingangssatz des Abs. 1 vor (anders zu Ausbildungskosten iSd. Abs. 1 Nr. 7 BFH v. 4.12.2002 – VI R 120/01, BStBl. II 2003, 403 unter II.3.c; v. 17.12.2002 – VI R 137/01, BStBl. II 2003, 407 unter II.3.c).

Gegenauffassung: Weite Teile des Schrifttums vertreten hingegen, dass sich seit dem Inkrafttreten des AltEinkG und der grds. vollen Besteuerung der späteren Altersbezüge die Zuordnung zu den SA und die damit verbundene Abzugsbeschränkung systematisch nicht mehr rechtfertigen lässt.

Ausführlich HEIDRICH, FR 2004, 1321, und DStR 2005, 861; ebenso BALL/BRUNO-LATOCHA/LOHMANN, DRV 2003, 673 (674); HEY, DRV 2004, 1 (9); NEUFANG, Stbg. 2004, 551 (555); HEGEMANN/QUERBACH, Stbg. 2005, 245; BALKE, FR 2005, 1143; INTEMANN/CÖSTER, DStR 2005, 1921 (1923); SCHNEIDER/BAHR, INF 2006, 386 (das objektive Nettoprinzip ist gegenüber der einfachgesetzlichen Zuweisung zu den SA höherrangig); FROTSCHER/LINDBERG, § 10 Rn. 57, und die Stellungnahmen zahlreicher Sachverständiger in der Anhörung des FinA (vgl. Prot. FinA 15/47, 313, 426, 444); in der Tendenz ebenso WEBER-GRELLET, DStR 2004, 1721 (1725); aA RISTHAUS, DB 2004, 1329 (1330); FISCHER, BB 2003, 873 (877), FR 2007, 76, und in KIRCHHOF VIII. § 10 Rn. 11; dagegen

wiederum SÖHN, StW 2003, 332; dem BFH nur für die Übergangszeit, nicht aber für die Zeit der Vollbesteuerung zustimmend HEUERMAN, DB 2006, 688; ausführlich und differenzierend MYSEN, DStJG 29 (2006), 249, 269 ff.

Stellungnahme: Zutreffend ist, dass die für VZ bis 2004 ergangene Rspr., die einen WKAbzug ablehnte (s. Anm. 123), auf die seit 2005 geltende Rechtslage nicht übertragbar ist, da ihre Grundlage weggefallen ist. Die Zuordnung zu den SA beruhte auf der Unterscheidung zwischen dem Rückfluss des „eingezahlten Kapitals“ einerseits und dem Zufluss der (allein stpfl.) „Erträge“ des Kapitals andererseits. Solange der Rückfluss des Kapitals nicht stbar war, wurde ein WKAbzug der gezahlten Beiträge zu Recht verneint. Da ab 2005 Leistungen aus gesetzlichen und privaten Rentenversicherungen bzw. Versorgungseinrichtungen aber grds. in voller Höhe – ohne Differenzierung zwischen einem Kapitalanteil und einem Ertragsanteil – der Besteuerung unterliegen, trägt diese Unterscheidung nicht mehr. Sämtliche Altersvorsorgebeiträge gehören nunmehr ihrer Rechtsnatur nach zu den WK iSd. § 9 Abs. 1 Satz 1 („Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung der Einnahmen“).

Die Auffassung des X. Senats des BFH schließt zudem eine sachgerechte Prüfung der Einkunftszielungsabsicht bei sofort beginnenden Rürup-Renten gegen kreditfinanzierten Einmalbeitrag aus (vgl. dazu PAUS, DStZ 2005, 554): Da die stpfl. Einnahmen sehr hoch sind, die Beiträge aber wegen der Zuweisung zu den SA nach Auffassung des BFH nicht als WK angesetzt werden können, ergibt sich in der Prognoserechnung in jedem Fall ein Überschuss, was den tatsächlichen Verhältnissen – insbes. bei Zahlung überhöhter Provisionen – indes nicht in jedem Fall gerecht werden muss.

Gleichwohl ist dem X. Senat zuzugeben, dass den entsprechenden Vorschriften des § 10, insbes. den vom Gesetzgeber gewollten Abzugsbeschränkungen des Abs. 3, bei Zugrundelegung der Auffassung im Schrifttum kein relevanter Anwendungsbereich mehr verbliebe, was eine solche Auslegung nach allgemeinen methodologischen Grundsätzen ausschließt (der VI. Senat sieht dies allerdings ausdrücklich anders; vgl. BFH v. 27.5.2003 – VI R 33/01, BStBl. II 2004, 884 unter II.1.d; Anm. MIT, DStR 2003, 1612).

Eine im Auslegungswege vorgenommene Zuordnung der Altersvorsorgeaufwendungen zu den WK hätte den Fachgerichten die Möglichkeit eröffnet, ohne Anrufung des BVerfG im Wege verfassungskonformer Auslegung die Doppelbelastungen zu vermeiden, die durch die mangelnde Abstimmung der Prozentsätze des Abs. 3 mit denen des § 22 Nr. 1 Satz 3 entstehen werden.

Ob bei Zugrundelegung dieses rechtl. Ausgangspunkts der Höhe nach eine Begrenzung des WKAbzugs auf den stpfl. Anteil der späteren Bezüge, der sich für den Zeitpunkt des zu erwartenden Renteneintritts ergibt (§ 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. aa), vorzunehmen wäre, wäre eine Frage der Anwendung des § 3c Abs. 1. Prinzipiell wäre § 3c Abs. 1 hier anwendbar, weil der in der Übergangszeit unversteuert bleibende Teil der Rente ausdrücklich als „steuerfreier Teil“ (§ 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. aa Satz 4) bezeichnet wird, es sich also nicht um Bezüge handelt, die – wie bis VZ 2004 – bereits nicht stbar sind. Angesichts der sehr restriktiven Rspr. zum Merkmal des „unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhangs“ (s. § 3c Anm. 36 ff.) dürfte eine Begrenzung des WKAbzugs nach gegenwärtiger Rechtslage jedoch zu verneinen sein (aA INTEGANN/CÖSTER, DStR 2005, 1921 [1924]), so dass der Gesetzgeber nochmals hätte tätig werden müssen.

123 2. Rechtslage bis VZ 2004

Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung: Diese waren weder als WK bei den Einkünften aus § 22 noch (bei Selbständigen) als BA abziehbar. Formell konnte dies damit begründet werden, dass der Gesetzgeber diese Beiträge ausschließlich dem Abzug als SA zugeordnet hatte. Materiell war diese Zuordnung (und die damit verbundene Beschränkung des Abzugs auf Höchstbeträge) da-

durch gerechtfertigt, dass bis 2004 nur der Ertragsanteil, nicht aber die Kapitalrückzahlung stbar war.

BFH v. 29.7.1986 – IX R 206/84, BStBl. II 1986, 747; v. 28.1.1992 – IX R 144/86, BFH/NV 1992, 587; v. 14.5.1998 – X R 38/93, BFH/NV 1999, 163 (betr. zusätzliche Altersvorsorge); v. 18.3.2003 – X B 144/99, BFH/NV 2003, 1048 (betr. Beiträge zu einer Pensionskasse); v. 17.6.2003 – X B 173/02, BFH/NV 2003, 1325 mwN; v. 21.7.2004 – X R 72/01, BFH/NV 2005, 513 unter II.5.; v. 6.3.2006 – X B 5/05, BFH/NV 2006, 1091 (Beiträge zu einem Versorgungswerk); ausführlich nochmals BFH v. 8.11.2006 – X R 45/02, BStBl. II 2007, 574; zustimmend INTEMANN/CÖSTER, DStR 2005, 1921 (1925). Vom BVerfG ist diese Rspr. als Frage der Auslegung einfachen Rechts nicht beanstandet worden (BVerfG v. 2.5.1978 – 1 BvR 136/78, HFR 1978, 293; v. 31.10.1984 – 1 BvR 100/82, Inf. 1985, 87; v. 22.10.1986 – 1 BvR 982/86, Inf. 1987, 70, jeweils betr. Selbständige; v. 28.12.1984 – 1 BvR 1472, 1473/84, HFR 1985, 337; v. 30.12.1986 – 1 BvR 1053/86, DB 1987, 1560; v. 20.8.1997 – 1 BvR 1523/88, HFR 1998, 397, jeweils betr. ArbN). Das BVerfG sieht die Rechtslage für VZ bis 2004 im Hinblick auf die zwischenzeitlich ergangenen grundlegenden Entscheidungen als geklärt an (vgl. zB BVerfG v. 25.2.2008 – 2 BvR 555/07, HFR 2008, 754). Entsprechenden StBescheiden wird kein Vorläufigkeitsvermerk mehr beigefügt (BMF v. 20.6.2008, BStBl. I 2008, 678).

Eine Ausnahme nehmen Rspr. und FinVerw. für den Anteil des Auftraggebers von Hausgewerbetreibenden zur gesetzlichen Rentenversicherung vor (s. Anm. 126; dort auch zur Kritik).

Beiträge zu den Altersversorgungssystemen Selbständiger waren keine BA, sofern sie auch der Versorgung des Betriebsinhabers dienten (BFH v. 17.3.2004 – IV B 185/02, BFH/NV 2004, 1245). Dies galt auch dann, wenn ein erheblicher Teil der Beiträge im Wege eines Solidarausgleichs für die Versorgung *anderer* Personen derselben Berufsgruppe verwendet wurde.

RFH v. 19.11.1936, RStBl. 1937, 110; v. 9.6.1937, RStBl. 1937, 988; BFH v. 14.3.1958 – VI 41/55 U, BStBl. III 1958, 256; v. 29.10.1962 – IV 298/59, HFR 1963, 103; v. 13.4.1972 – IV R 88, 89/69, BStBl. II 1972, 730; v. 9.5.2007 – XI R 43/06, BFH/NV 2007, 1859.

Sterbegeldumlagen einer Berufskammer waren daher nicht als BA abziehbar (BFH v. 28.4.1960 – IV 300/57, BB 1960, 1085). Ein einheitlicher Beitrag zu einer Berufskammer, in dem auch Abgaben für die Altersversorgung enthalten waren, war in BA und SA aufzuteilen (zB FM Sachsen v. 15.11.2000, DStR 2000, 2133). Soweit jedoch der Beitrag zu einer Berufskammer auch zur Tragung alter Lasten aus früheren Versorgungssystemen verwendet wurde, aus denen der beitragszahlende Stpfl. *keine* Ansprüche erworben hat, ließ dies den Charakter des Gesamtbeitrags zur Berufskammer als BA unberührt (BFH v. 13.4.1972 – IV R 119/67, BStBl. II 1972, 728). Solidarbeiträge von Ärzten, die durch die Kassenärztliche Vereinigung zwangsweise von den Honoraren einbehalten wurden, flossen den Stpfl. allerdings gar nicht erst zu (BFH v. 6.3.1959 – VI 130/55 U, BStBl. III 1959, 231), so dass es auf die Abgrenzung zwischen BA und SA hier nicht ankam.

Ausf. zum WKAbzug s. auch § 22 Anm. 81.

Einstweilen frei.

124

B. Beiträge zu den gesetzlichen Rentenversicherungen und vergleichbaren Einrichtungen (Nr. 2 Satz 1 Buchst. a)

I. Beiträge

125

Zum Begriff der Beiträge und zu sonstigen versicherungsrechtl. Begriffen s. Anm. 152.

II. Gesetzliche Rentenversicherungen

Die gesetzliche Rentenversicherung gliedert sich seit der mit Wirkung ab dem 1.1.2005 vorgenommenen Organisationsreform in die „allgemeine Rentenversicherung“ (bis 2004: „Rentenversicherung der Arbeiter und Angestellten“) und die „knappschaftliche Rentenversicherung“ (§ 125 Abs. 1 SGB VI). Träger sind die „Deutsche Rentenversicherung Bund“ und die „Deutsche Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See“ (§ 125 Abs. 2 SGB VI).

Es handelt sich um eine *Pflichtversicherung* vor allem für ArbN (§ 1 SGB VI) und bestimmte – vom Gesetzgeber als besonders schutzbedürftig angesehene – Gruppen von Selbständigen (§ 2 SGB VI). Andere Personen können sich *freiwillig* versichern (§ 7 SGB VI). Neben den Pflichtbeiträgen sind auch freiwillig geleistete Beiträge stl. begünstigt. Die Beitragssätze (Prozentsätze der beitragspflichtigen Einnahmen) und Beitragsbemessungsgrenzen (höchstmöglicher Betrag, aus dem Beiträge berechnet werden können) werden jährlich durch RechtsVO aufgrund von § 160 SGB VI festgesetzt. Der Beitragssatz in der allg. Rentenversicherung beträgt z. Zt. 19,9 % (seit 2007), der Beitragssatz in der knappschaftlichen Rentenversicherung liegt jeweils höher. Die Beitragsbemessungsgrenze (West) liegt für 2009 bei 64 800 €; in den neuen Bundesländern ist die Beitragsbemessungsgrenze niedriger, in der knappschaftlichen Rentenversicherung höher. Die Beiträge für ArbN werden grds. von den Versicherten und ihren ArbG je zur Hälfte getragen (§ 168 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI). Zu den Besonderheiten bei geringfügigen Beschäftigungsverhältnissen s. DAHR/HILGER, Einkommensteuerliche Behandlung von Altersvorsorgeaufwendungen und Altersbezügen, 2004, 45 ff.

Steuerfreie Beiträge: Nach § 3 Nr. 62 sind die Beiträge des *ArbG* für die Zukunftssicherung des ArbN stfrei (BFH v. 6.6.2002 – VI R 178/97, BStBl. II 2003, 34, hält diese Vorschrift für deklaratorisch und verneint bereits das Vorliegen von Arbeitslohn). Dies betrifft den hälftigen vom ArbG zu tragenden Beitragsanteil, der damit nicht nach Nr. 2 Satz 1 Buchst. a vom ArbN als SA geltend gemacht werden kann. Für die Ermittlung des abziehbaren Höchstbetrags ist der stfreie ArbG-Anteil allerdings hinzuzurechnen (Nr. 2 Satz 2; s. Anm. 145). Beiträge, die der Dienstherr ausscheidender Beamter an die gesetzliche Rentenversicherung zum Zwecke der Nachversicherung zahlt (§§ 8, 181–186 SGB VI), sind in vollem Umfang stfrei (§ 3 Nr. 62) und eröffnen daher im Ergebnis keinen SA-Abzug (Abs. 1 Nr. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 5; zur Problematik der Minderung des für *andere* Beiträge zur Verfügung stehenden abziehbaren Betrags s. Anm. 357; vgl. auch FG Berlin v. 28.6.1966, EFG 1967, 9, rkr.). Pflichtbeiträge, die eine KG für die Tätigkeit eines ArbN-Kommanditisten zahlt, fallen hingegen nicht unter § 3 Nr. 62, sondern sind in voller Höhe Sonderbetriebseinnahmen nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 (BFH v. 19.10.1970 – GrS 1/70, BStBl. II 1971, 177; v. 8.4.1992 – XI R 37/88, BStBl. II 1992, 812; v. 27.4.1993 – VIII B 38/92, BFH/NV 1993, 599), so dass auch der SA-Abzug in vollem Umfang eröffnet ist.

Beiträge bei Versorgungsausgleich: Der sog. öffentlich-rechtl. Versorgungsausgleich durch Übertragung von Anwartschaften aus der gesetzlichen Rentenversicherung (Rentensplitting) wirkt sich estl. nicht aus; es handelt sich um Verschiebungen auf der Vermögensebene. Hingegen sind Beiträge, die der Ausgleichsverpflichtete in die gesetzliche Rentenversicherung einzahlt, um eine Minderung seiner *eigenen* Rentenansprüche durch das Rentensplitting zu vermeiden, im Rahmen der Höchstbeträge des Abs. 3 als SA abziehbar. Leistet ein *Beamter* entsprechende Beträge an seinen Dienstherrn, um spätere Pensionskürzungen zu vermeiden, handelt es sich um vorweggenommene WK (BFH v. 8.3.2006 – IX R 107/00, BStBl. II 2006, 446). Wird im Fall des schuldrechtl. Versorgungsausgleichs ausnahmsweise die vorzeitige Abfindung der künftigen Aus-

gleichansprüche des Ausgleichsberechtigten angeordnet, indem der Ehegatte mit den höheren Versorgungsansprüchen zur Zahlung von Beiträgen in eine Rentenversicherung zugunsten des anderen Ehegatten verpflichtet wird (§ 1587l BGB), stellen diese Zahlungen keine SA dar (ebenso BFH v. 21.10.1983 – VI R 198/79, BStBl. II 1984, 106, allerdings betr. § 1587b Abs. 3 aF und Abzug als WK bzw. agB). Hier wird es idR schon daran fehlen, dass der Zahlende *selbst* (gegenüber dem Versicherer) zur Zahlung verpflichtet ist.

Hausgewerbtreibende sind estl. Gewerbetreibende, werden aber sozialversicherungsrechtl. als besonders schutzbedürftig angesehen, so dass der Auftraggeber Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung abführen (§ 2 Satz 1 Nr. 6 SGB VI) und die Hälfte des Gesamtbeitrags selbst tragen muss (§ 169 Nr. 3, § 174 Abs. 1 SGB VI). Da die StBefreiung des § 3 Nr. 62 auf Gewerbetreibende nicht anwendbar ist, stellen auch die vom Auftraggeber getragenen Beiträge Betriebseinnahmen des Hausgewerbtreibenden dar. FinVerw. und Rspr. lassen es zu, dass der Hausgewerbtreibende diesen Beitragsanteil nicht als SA, sondern als BA behandelt.

Die Rspr. hat dies zunächst für Fälle entschieden, in denen der Hausgewerbtreibende die Beiträge selbst abführt (§ 28m SGB IV) und sie ihm dann vom Auftraggeber ersetzt werden. Bei einem bilanzierenden Hausgewerbtreibenden soll sich der Erhalt und die Abführung des Anteils des *Auftraggebers* weder auf der Einnahmen- noch auf der Ausgabe-seite auswirken (BFH v. 20.7.1982 – VIII R 143/77, BStBl. II 1983, 196 unter I.). Ermittelt der Hausgewerbtreibende seinen Gewinn nach § 4 Abs. 3, soll die Weiterleitung des vereinnahmten Beitragsanteils des Auftraggebers an den Sozialversicherungsträger nicht zu SA, sondern zu BA führen, weil damit eine betrieblich veranlasste Verpflichtung gegenüber den Auftraggebern erfüllt werde (BFH v. 20.7.1982 – VIII R 143/77, BStBl. II 1983, 196 unter II.; v. 4.8.1982 – I R 101/77, BStBl. II 1983, 200). Die FinVerw. hat die Ergebnisse dieser Rspr. aus Gleichbehandlungsgründen auch auf den Normalfall erstreckt, in dem der Auftraggeber die Beiträge unmittelbar an den Sozialversicherungsträger abführt (BMF v. 5.4.1983, BStBl. I 1983, 266).

UE steht diese Sachbehandlung nicht mit der ansonsten streng durchgehaltenen Rspr. in Einklang, wonach Altersvorsorgeaufwendungen für Zeiträume bis VZ 2004 keine BA darstellen (s. Anm. 123). Bei Zugrundelegung der Auffassung von FinVerw. und Rspr. müssten die späteren Auszahlungen aus der gesetzlichen Rentenversicherung bei Hausgewerbtreibenden zudem zur Hälfte nachträgliche Betriebseinnahmen darstellen.

Beiträge des Arbeitgebers zu den gesetzlichen Rentenversicherungen: Der ArbG-Anteil zur Sozialversicherung wird im Allgemeinen zu dessen BA gehören. Sofern das Beschäftigungsverhältnis aber nicht in Zusammenhang mit einer Einkunftsart steht (zB bei Beschäftigten im Privathaushalt), stellt sich die Frage, ob der SA-Abzug eröffnet ist.

Diese Frage wird überwiegend verneint. BFH v. 20.10.1961 – VI 137/61 U (BStBl. III 1961, 567) führt zur Begründung den Vorrang der jeweiligen Spezialvorschriften für die stl. Begünstigung hauswirtschaftlicher Beschäftigungsverhältnisse an. Dies ist uE zweifelhaft, weil die Spezialvorschriften (§ 33a Abs. 3 aF, § 35a) gegenüber dem SA-Abzug idR nachrangig sind. Der Wortlaut der Regelung in Nr. 2 Buchst. a schließt (anders als bei Buchst. b) Beiträge, die der Stpfl. zwar kraft eigener rechtl. Verpflichtung zahlt, die aber im Ergebnis Dritten zugute kommen, nicht vom Abzug aus. Zudem wird auch bei anderen Versicherungssparten (zB Krankenversicherung) der SA-Abzug nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Beiträge Dritten zugute kommen (ebenso BROCKHOFF, BB 1961, 635).

Beiträge an ausländische gesetzliche Rentenversicherungen sind ebenfalls erfasst (BMF v. 30.1.2008, BStBl. I 2008, 390 Rn. 4; aA noch BFH v. 22.4.1966 – VI 51/64, BFHE 86, 139). Ansonsten liefe der in Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c ohne räumliche Beschränkung zugelassene Abzug an Sozialversicherungsträger insoweit leer.

III. Landwirtschaftliche Alterskassen

Rechtsgrundlage für die Entrichtung von Beiträgen zu den landwirtschaftlichen Alterskassen ist das Gesetz über die Alterssicherung der Landwirte v. 29.7.1994 (BGBl. I 1994, 1890), das eine Pflichtversicherung für Landwirte und mitarbeitende Familienangehörige anordnet.

Derartige Beiträge waren bis VZ 2004 nicht in Nr. 2 Buchst. a aF erwähnt. Die ausdrückliche Aufnahme in den Gesetzeswortlaut ist aber lediglich klarstellend; entsprechende Beiträge wurden auch zuvor unter den Begriff der „gesetzlichen Rentenversicherung“ gefasst (so zutreffend BTDrucks. 15/2150, 34).

Landwirte mit geringem und mittlerem Einkommen erhalten aus Bundesmitteln Zuschüsse zum Beitrag, die sich auf bis zu 80 % des Beitrags belaufen können. Diese Zuschüsse sind nach § 3 Nr. 17 stfrei; insoweit können die Beiträge wegen Abs. 2 Nr. 1 nicht als SA abgezogen werden (aA BLÜMICH/HUTTER, § 10 Rn. 203). Zur Ermittlung des abziehbaren Höchstbetrags in diesen Fällen s. Anm. 357.

IV. Berufsständische Versorgungseinrichtungen

Berufsständische Versorgungseinrichtungen sind – wie die landwirtschaftlichen Alterskassen – erst seit 2005 ausdrücklich im Gesetz erwähnt; der Abzug der Beiträge wurde aber auch zuvor zugelassen.

Berufsständische Versorgungseinrichtungen: Diese sind von vielen freien Berufen und solchen Berufsgruppen, die den freien Berufen nahe stehen, errichtet worden (zB Ärzte-, Apotheker-, Architekten-, Anwalts-, Journalisten- und StBerater-Versorgungswerke). Der Kreis der Mitglieder ist nicht auf Selbständige beschränkt, sondern umfasst auch die berufsangehörigen *ArbN* (idR gekoppelt mit einer Pflichtmitgliedschaft in einer entsprechenden Berufskammer). Kammerangehörige *ArbN*, die in der gesetzlichen Rentenversicherung pflichtversichert bleiben, haben idR einen Zusatzbeitrag an ihre berufsständische Versorgungseinrichtung zu erbringen. Sie können sich aber auch von der Pflichtversicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung befreien lassen (§ 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI) und müssen dann mindestens Beiträge in Höhe des gesetzlichen Rentenversicherungsbeitrags an das Versorgungswerk leisten. In allen genannten Fällen sind die geleisteten Beiträge nach Nr. 2 Satz 1 Buchst. a abziehbar.

Leistungen, die denen der gesetzlichen Rentenversicherungen vergleichbar sind: Die gesetzlichen Rentenversicherungen erbringen Leistungen zur Teilhabe (insbes. medizinische Rehabilitationsleistungen, §§ 9–32 SGB VI), Altersrenten (§§ 35–42 SGB VI), Renten wegen verminderter *Erwerbsfähigkeit* (§§ 43, 45 SGB VI; *Berufsunfähigkeitsrenten* werden hingegen gem. § 240 SGB VI nur noch für Übergangsjahrgänge geleistet) und Hinterbliebenenrenten (§§ 46–49 SGB VI). Während die berufsständischen Versorgungseinrichtungen traditionell im Bereich der Berufs- und Erwerbsunfähigkeitsrenten bessere Leistungen als die gesetzlichen Rentenversicherungen vorsehen, können ihre Rehabilitationsleistungen dahinter zurückbleiben. Dies allein hindert die Annahme „vergleichbarer“ Leistungen aber nicht. Das Vergleichbarkeitserfordernis ist hingegen nicht erfüllt, wenn das Versorgungswerk die Möglichkeit einer Kapitalabfindung der Ansprüche oder des Bezugs von Altersrenten vor Vollendung des 60. Lebensjahrs einräumt (MYSEN, NWB F. 3, 13095 [13103]). Die FinVerw. hat eine

Liste der Versorgungseinrichtungen veröffentlicht, die „vergleichbare“ Leistungen erbringen (BMF v. 7.2.2007, BStBl. I 2007, 262).

Kapitaldeckung nicht erforderlich: Bei Beiträgen zu berufsständischen Versorgungseinrichtungen kommt es – anders als bei der privaten Altersvorsorge (s. Anm. 132) – in Ermangelung einer entsprechenden gesetzlichen Anordnung nicht darauf an, ob die Ansprüche in *voller* Höhe oder nur *teilweise* kapitalgedeckt sind (so auch BTDrucks. 15/2563, 10). Aus historischen Gründen arbeiten etliche Versorgungswerke nicht vollständig kapitalgedeckt, sondern mit einem Mischsystem aus Umlage- und Kapitaldeckungsverfahren (zu diesen Begriffen s. Anm. 132).

Einstweilen frei.

129

C. Beiträge zum Aufbau einer kapitalgedeckten Altersversorgung (Nr. 2 Satz 1 Buchst. b)

I. Rechtsentwicklung und Bedeutung der Regelungen zur kapitalgedeckten Altersversorgung

130

Beiträge zum Aufbau einer eigenen (*privaten*) kapitalgedeckten Altersversorgung sind nur abziehbar, wenn der mit dem Anbieter geschlossene Vertrag den besonderen Anforderungen des Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b genügt („Rürup-Rente“).

Rechtsentwicklung: Die Regelung wurde mit Wirkung ab VZ 2005 durch das AltEinkG v. 5.7.2004 (BGBl. I 2004, 1427; BStBl. I 2004, 554) eingefügt. Mit dem JStG 2007 (BGBl. I 2006, 2878; BStBl. I 2007, 28) wurde in Buchst. b eine redaktionelle Änderung vorgenommen. Das RV-AltersgrenzenAnpG v. 20.4.2007 (BGBl. I 2007, 554) hat in der Übergangsregelung des § 52 Abs. 24 mit Wirkung für Verträge, die ab 2012 neu abgeschlossen werden, das Mindestalter für den Bezug von „Rürup-Renten“ um zwei Jahre angehoben (s. Anm. 133). Mit dem JStG 2008 v. 20.12.2007 (BGBl. I 2007, 3150; BStBl. I 2008, 218) wurde Nr. 2 Satz 3 (Wahlrecht für geringfügig Beschäftigte) angefügt (s. Anm. 146).

Sinn und Zweck der Regelung: Die strengen Anforderungen bezwecken, dass Beiträge vom SA-Abzug ausgeschlossen sind, die nicht allein dem Aufbau einer ausschließlich in laufenden Zahlungen bestehenden lebenslangen persönlichen Altersvorsorge dienen, sondern auch anderweitig verwendet werden können. Die Voraussetzungen sind teilweise dem für die „Riester-Rente“ (§§ 79–99) geltenden § 1 Abs. 1 Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetz (AltZertG) entlehnt. Im Ergebnis soll eine weitgehende Angleichung an den Charakter der Leistungen aus der gesetzlichen Rentenversicherung erreicht werden.

Die Einbeziehung privater Vorsorgeformen in das System der nachgelagerten Besteuerung hat der Gesetzgeber uE zu Recht von der Erfüllung der in Buchst. b geforderten strengen Voraussetzungen abhängig gemacht.

Teile des Finanzdienstleistungsgewerbes haben allerdings die Forderung erhoben, auch Einzahlungen auf solche Sparformen zu begünstigen, deren Kapital weitgehend frei verfügbar ist. Dabei wird verkannt, dass nach der Systematik des deutschen EStRechts Vermögensumschichtungen im Bereich der Geldanlage grds. keine stl. abziehbareren Aufwendungen darstellen, weil mit ihnen keine Minderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verbunden ist (ähnlich WEBER-GRELLET, DStR 2004, 1721 [1724 Fn. 30]; FISCHER, Prot. FinA 15/47, 520; BFH v. 14.12.2005 – X R 20/04, BStBl. II 2006, 312, unter B.VIII.3.). Auch der Deutsche Juristentag hat die genannten Voraussetzungen

mit breiter Mehrheit gefordert und allenfalls ein Teilkapitalisierungsrecht iHv. 25–30 % des Rentenwerts in Erwägung gezogen (Beschlüsse des 65. Deutschen Juristentags, Abteilung Altersvorsorge, Beschluss I.3, 4, NJW 2004, 3241 [3248]; ebenso bereits Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim BMF zur einkommensteuerlichen Behandlung von Alterseinkünften, 1986, BMF-Schriftenreihe Heft 38, 43).

Fehlende Eignung zur Förderung der privaten Altersvorsorge während der Übergangszeit: Die Bereitschaft zum Abschluss privater Vorsorgeverträge wird allerdings durch die nicht abgestimmte gesetzliche Regelung in der Übergangszeit (bei jüngeren Stpfl. spätere Besteuerung zu 100 % trotz zunächst nur zu 60 % abziehbarer Beiträge; s. Anm. 357, zur Verfassungsmäßigkeit s. Anm. 337–346) gehemmt. Die gesetzliche Regelung wirkt insoweit prohibitiv. Wenn mit ihr auch Lenkungseffekte verfolgt werden sollten (Förderung der privaten Altersvorsorge), ist sie daher ungeeignet (ebenso FISCHER/HOBERG, DB 2005, 1285).

Dies erstaunt um so mehr, weil der Gesetzgeber die Auffassung vertritt, dass gerade jüngere Menschen, die die Absenkung des Rentenniveaus am stärksten zu spüren bekommen werden, besonders frühzeitig und umfangreich privat für den Ruhestand vorsorgen müssen. Der BRat hatte hierzu vergeblich vorgeschlagen, „Rürup“-Neuverträge wegen des Fehlens der Altfallproblematik von der allgemeinen Begrenzung des Abzugs-Prozentsatzes auszunehmen (BTDrucks. 15/2563, 10). Angesichts dieser gesetzlichen Vorgaben muss jüngeren Menschen aus stl. Sicht derzeit vom Abschluss einer eigenen kapitalgedeckten Altersvorsorge eher abgeraten werden.

Bei bestimmten Personengruppen (ArbN mit niedrigem Arbeitslohn, Selbständige) wirkt sich die Abzugsmöglichkeit nach Buchst. b zudem faktisch nicht aus, weil für sie die weitere Anwendung der bis 2004 geltenden Höchstbetragsregelung über Abs. 4a in jedem Fall günstiger ist (s. Anm. 400 ff.; ausf. DOMMERMUTH/HAUER, FR 2005, 57).

Behandlung der späteren Auszahlungen: Die stl. Abziehbarkeit der Beiträge hat zur Folge, dass die späteren Auszahlungen in voller Höhe stpfl. sind (§ 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. aa). Damit wird das Konzept der „nachgelagerten Besteuerung“ nicht nur für die gesetzliche Basisversorgung (Nr. 2 Satz 1 Buchst. a), sondern auch für bestimmte Formen der zusätzlichen privaten Altersvorsorge verwirklicht. Auszahlungen aus privaten Vorsorgeverträgen, die *nicht* den Anforderungen des Buchst. b genügen, unterliegen – korrespondierend zur fehlenden StBegünstigung der Einzahlungen – nicht der vollen Besteuerung nach § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. aa, sondern nur der geringen Ertragsanteilsbesteuerung nach § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. bb.

131 Einstweilen frei.

II. Voraussetzungen für die Begünstigung kapitalgedeckter Altersversorgungen

132 1. Beiträge des Steuerpflichtigen zum Aufbau einer eigenen Altersversorgung

Zu den Einzelvoraussetzungen der „Rürup-Rente“ s. ausf. auch BMF v. 30.1. 2008, BStBl. I 2008, 390 Rn. 8–24; MYSSSEN, NWB F. 3, 13095; GOVERTS/KNOLL, DStR 2005, 946; NIEMANN/RISTHAUS, DB 2005, Beil. 2. Ob die in Nr. 2 Buchst. b genannten Voraussetzungen eingehalten sind, ist ab VZ 2010 nicht mehr bei der Veranlagung des einzelnen Stpfl. zu prüfen, sondern in einem vorgeschalteten Zertifizierungsverfahren für das jeweilige Altersvorsorge-„produkt“; die Zertifizierung gilt als Grundlagenbescheid (Abs. 2 Satz 2 Nr. 1).

Eigene Altersversorgung: Der Stpfl. muss Beiträge zum Aufbau einer eigenen Altersversorgung leisten (zur eigenen Belastung s. Anm. 37). Beiträge, die im wirtschaftlichen Ergebnis *Dritten* zugute kommen, fallen nicht unter Buchst. b (zB nach der Trennung der Eheleute schließt der unterhaltspflichtige Ehegatte einen Rürup-Vertrag zugunsten des unterhaltsberechtigten Ehegatten ab und leistet die Beiträge). Insofern unterscheidet sich diese Regelung von der bis VZ 2004 geltenden Begünstigung von Lebensversicherungsverträgen, bei der es nicht darauf ankam, ob Bezugsberechtigter der Stpfl. selbst oder ein Dritter war (s. Anm. 176). Die Zulässigkeit der ergänzenden Absicherung von Hinterbliebenen (s. Anm. 134) stellt die einzige gesetzliche Ausnahme von dieser Voraussetzung dar; darüber hinaus beanstandet die FinVerw. bei Ehegatten auch die Vereinbarung einer lebenslangen Leibrente bis zum Tod des letztversterbenden Ehegatten nicht (BMF v. 30.1.2008, BStBl. I 2008, 390 Rn. 18).

Kapitaldeckung: Die Begünstigung setzt ferner die Anwendung des Kapitaldeckungsverfahrens voraus. Im Gegensatz zum Umlageverfahren, bei dem die von den gegenwärtigen Beitragszahlern eingenommenen Beiträge sogleich wieder an die gegenwärtigen Rentenbezieher ausgezahlt werden, wird beim Kapitaldeckungsverfahren ein Kapitalstock angespart. Es kommt daher nicht zu einer Umverteilung zwischen den Generationen, sondern lediglich zum Ausgleich des Langlebkeitsrisikos innerhalb eines Abrechnungsverbands.

In Staaten mit niedriger Geburtenrate, in denen das Umlageverfahren – wie in Deutschland – an seine Grenzen stößt, hat das Kapitaldeckungsverfahren wegen seiner weitgehenden Unabhängigkeit von der demografischen Entwicklung erhebliche Vorteile. In Krisenzeiten (Inflation, Krieg, politische Systemwechsel) ist es allerdings wegen der Gefährdung der vorhandenen Geldanlagen deutlich anfälliger. Die Tendenz des Gesetzgebers, in der Altersvorsorge ein Mischsystem aus einer umlagefinanzierten und einer kapitalgedeckten Säule zu installieren, ist daher wegen der damit verbundenen Risikostreuung zu begrüßen.

2. Altersrente als Regelleistung

133

Die für die Auszahlungsphase versprochene Leistung aus dem Altersvorsorgevertrag muss grds. in einer monatlichen, auf das Leben des Stpfl. bezogenen, lebenslangen Leibrente bestehen, die nicht vor Vollendung des 60./62. Lebensjahres beginnen darf.

Lebenslange, monatliche Auszahlungen: Um eine möglichst weitgehende Vergleichbarkeit mit den Leistungen aus der gesetzlichen Rentenversicherung sicherzustellen, sind nur lebenslange monatliche Auszahlungen begünstigt. Würden die Auszahlungen bei Erreichen eines bestimmten Lebensalters oder bei Verzehr des eingezahlten Kapitals (Auszahlungsplan; s. BMF v. 30.1.2008, BStBl. I 2008, 390 Rn. 10; ausführlich, auch zu Kombinationsprodukten der Investmentfondsbranche DOMMERMUTH/RISTHAUS, DB 2009, 812) enden oder nicht monatlich, sondern nur unregelmäßig geleistet werden, wäre die Erreichung des Versorgungszwecks gefährdet. Gewisse Schwankungen, die auf der unterschiedlichen Höhe von Überschussanteilen beruhen, sind allerdings zulässig (BMF v. 30.1.2008, BStBl. I 2008, 390 Rn. 11).

Die *Beiträge* müssen hingegen nicht laufend entrichtet werden; vielmehr sind auch Einmalbeiträge – im Rahmen des Höchstbetrags nach Abs. 3 – begünstigt (ebenso RISTHAUS, DB 2004, 1329 [1331]; s. auch die Nachweise in Anm. 155).

Dies eröffnet in der Übergangszeit günstige Gestaltungsmöglichkeiten (s. auch WREDE, Schmollers Jahrbuch 123 [2003], 579; PAUS, DSStZ 2004, 760; FISCHER/HOBERG, DB 2005, 1285; zur kreditfinanzierten Rürup-Rente PAUS, DSStZ 2005, 554): So kann ein Gewerbetreibender, der im Jahr 2005 einen Vertrag über eine nach Buchst. b begünstigte, so-

fort beginnende Leibrente gegen Zahlung eines Einmalbeitrags iHv. 40000 € schließt, gem. § 10 Abs. 3 im Jahr 2005 60 % des Einmalbeitrags (24000 €) als SA abziehen. Dafür steht ihm für die gesamte Rentenbezugsdauer ein Freibetrag von 50 % der Auszahlungen des Erstjahrs zu. Wird die Rente so gestaltet, dass die erwarteten Überschussanteile sofort ausgezahlt werden (Verzicht auf die Dynamisierung), ist die Auszahlung im Erstjahr – und damit der lebenslange Rentenfreibetrag – besonders hoch. Diese Gestaltungen stehen allerdings nur Personen offen, die das 60. Lebensjahr bereits vollendet haben, da ein Rentenbeginn auf einen früheren Zeitpunkt ausgeschlossen ist.

Beginn der Auszahlungen nicht vor Vollendung des 60./62. Lebensjahres:

Die Auszahlung der Rente darf bei Verträgen, die bis zum 31.12.2011 geschlossen werden, nicht vor Vollendung des 60. Lebensjahrs beginnen. Bei Verträgen, die ab dem 1.1.2012 geschlossen werden, ist sogar die Vollendung des 62. Lebensjahrs erforderlich (§ 52 Abs. 24). Dieses Merkmal schließt einen frühzeitigen Rentenbeginn – insbes. die sich angesichts der nicht abgestimmten Übergangsregelung (dazu ausf. Anm. 337–346) aufdrängende Gestaltung einer sofort beginnenden „Rürup-Rente“ für unter 60-jährige – aus. Dies ist konsequent, da bei einem frühzeitigen Rentenbeginn die monatlichen Leistungen nur gering sein könnten und ihren Versorgungszweck verfehlen würden. Selbstverständlich können die Auszahlungen auch erst zu einem späteren Zeitpunkt als dem 60./62. Lebensjahr beginnen.

Die Altersgrenze von 60 Jahren ist ebenfalls dem Recht der gesetzlichen Rentenversicherungen entlehnt; sie bezeichnet dort den frühestmöglichen Zeitpunkt, von dem an eine Altersrente bezogen werden kann (vgl. § 37 Satz 2, § 40 SGB VI und die Übergangsregelungen in §§ 236a, 237, 237a SGB VI).

Insofern ist es konsequent, dass das RV-AltersgrenzenAnpG v. 20.4.2007 (BGBl. I 2007, 554) nicht nur die Regelaltersgrenze für die Inanspruchnahme von Sozialversicherungsrenten von der Vollendung des 65. Lebensjahrs auf die Vollendung des 67. Lebensjahrs hinausgeschoben hat (§ 35 SGB VI), sondern auch den frühestmöglichen Renteneintritt bei neu (ab VZ 2012) abgeschlossenen „Rürup-Verträgen“ um zwei Jahre nach hinten verlegt hat.

Auf das Leben des Steuerpflichtigen bezogene Rente: Dieses Merkmal stellt zum einen sicher, dass die laufenden Zahlungen nicht bereits vor dem Tod des Stpfl. enden, bewirkt andererseits aber auch, dass nach seinem Tod Dritte keine Rentenansprüche mehr haben.

134 **3. Ergänzung der Altersversorgung zur Abdeckung weiterer Risiken**

Ergänzend zur Grundleistung „Altersrente“ sind bestimmte Leistungserweiterungen zulässig.

Berufsunfähigkeit, verminderte Erwerbsfähigkeit: Hier handelt es sich um eine Ausnahme vom Verbot des Leistungsbeginns vor Vollendung des 60. Lebensjahrs.

Nach der für das Recht der gesetzlichen Rentenversicherung geltenden Definition ist (teilweise) Erwerbsminderung eingetreten, wenn der Versicherte wegen Krankheit oder Behinderung auf nicht absehbare Zeit außerstande ist, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes mindestens sechs Stunden täglich erwerbstätig zu sein (§ 43 Abs. 1 Satz 2 SGB VI). In privaten Altersvorsorgeverträgen können abweichende Definitionen vereinbart werden.

Die *Berufsunfähigkeit* unterscheidet sich von der Erwerbsunfähigkeit bzw. -minderung dadurch, dass nicht auf *irgendeine* Erwerbstätigkeit, sondern die konkrete Berufstätigkeit des Versicherten abgestellt wird. ZB ist ein Konzertpianist auch dann berufsunfähig (aber nicht erwerbsgemindert), wenn er wegen einer dauerhaften Handverletzung zwar nicht mehr als Pianist, wohl aber noch als Pfortner tätig sein könnte.

Hinterbliebenenrenten: Hier handelt es sich um eine Ausnahme sowohl vom Gebot, die Beiträge zum Aufbau einer „eigenen“ Altersversorgung zu verwen-

den (s. Anm. 132), als auch vom Verbot der Vererblichkeit und Übertragbarkeit (s. Anm. 135). Das Gesetz begünstigt als Hinterbliebene nur den Ehegatten des Stpfl. und solche Kinder, für die der Stpfl. Anspruch auf Kindergeld oder einen Kinderfreibetrag hat. Der Anspruch eines Kindes auf Waisenrente muss spätestens enden, wenn das Kind nicht mehr die Voraussetzungen für die Berücksichtigung als Kind iSd. § 32 erfüllt. Letzteres entspricht weitgehend den Regelungen des für die gesetzliche Rentenversicherung geltenden § 48 Abs. 4 SGB VI. Die FinVerw. lässt es aber genügen, wenn der Anspruch auf einen Kinderfreibetrag *dem Grunde nach* besteht; die Versagung des Kinderfreibetrags allein wegen zu hoher Einkünfte und Bezüge des Kindes ist unschädlich (BMF v. 30.1.2008, BStBl. I 2008, 390 Rn. 21 Satz 3). Die Absicherung des Partners einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft oder einer eingetragenen Lebenspartnerschaft ist nach dem klaren Gesetzeswortlaut nicht begünstigt.

Mit dem StÄndG 2007 v. 19.7.2006 (BGBl. I 2006, 1652; BStBl. I 2006, 432) wurde die Altersgrenze für den Bezug von Kindergeld mit Wirkung ab VZ 2007 vom 27. auf das 25. Lebensjahr herabgesetzt. Rürup-Verträge, die vor dem 1.1.2007 abgeschlossen worden sind und noch die Altersgrenze von 27 Jahren enthalten, bleiben aber auch weiterhin begünstigt (§ 52 Abs. 40 Satz 7, 8 EStG 2007; dazu TAUSCH/PLENER, DB 2006, 1512 [1517]).

„**Ergänzung**“: Die zur Finanzierung der genannten Risiken bestimmten Beitragsanteile dürfen nicht im Vordergrund stehen. Erreichen sie 50 % des Gesamtbeitrags, handelt es sich nicht mehr um eine „Ergänzung“; diese Beitragsanteile fallen dann als sonstige Vorsorgeaufwendungen unter Nr. 3 (zutreffend BMF v. 30.1.2008, BStBl. I 2008, 390 Rn. 15, mit ausführlichen Einzelregelungen). Dies hat zur Folge, dass insoweit nur die niedrigen Höchstbeträge des Abs. 4 zur Anwendung kommen. Soweit Beiträge zur Berufs- oder Erwerbsunfähigkeitsversicherung dazu verwendet werden, die Weiterzahlung des Beitrags für die *Altersrente* nach Eintritt der Berufsunfähigkeit sicherzustellen, zählen sie im Rahmen der Anwendung der 50 %-Grenze allerdings zur Altersvorsorge; Gleiches gilt, wenn eine Hinterbliebenenrente erst nach Vollendung des 60. Lebensjahrs des Hinterbliebenen ausgezahlt werden kann (OFD Frankfurt v. 17.5.2006, DB 2006, 1347).

4. Verbot der Übertragung, Beleihung und Kapitalisierung

135

Alle genannten Ansprüche (dh. sowohl auf die Altersrente als auch auf die ergänzenden Renten; sowohl die Anwartschaften als auch die Rentenansprüche) dürfen weder vererblich noch übertragbar, beleihbar oder veräußerbar sein. Dies entspricht grds. dem Rechtscharakter der Ansprüche aus der gesetzlichen Rentenversicherung; für diese ist allerdings gem. § 53 Abs. 3 SGB I die Möglichkeit der Übertragung oder Verpfändung in Höhe des die Pfändungsfreigrenze für Arbeitseinkommen übersteigenden Betrags zugelassen. Die Regelungen zur „Rürup-Rente“ sind daher in dieser Beziehung strenger als die der gesetzlichen Rentenversicherung. Die FinVerw. lässt allerdings eine Übertragbarkeit zur Regelung von Scheidungsfolgen zu (BMF v. 30.1.2008, BStBl. I 2008, 390 Rn. 22; vgl. für die „Riester-Rente“ die gesetzliche Regelung des § 93 Abs. 1a). Aus der fehlenden Übertragbarkeit folgt auch die fehlende Pfändbarkeit der Ansprüche (§ 851 Abs. 1 ZPO).

Das Verbot der Übertragung, Beleihung und Veräußerung soll sicherstellen, dass die Versorgungsansprüche dem Stpfl. *selbst* in Form monatlicher Zahlungen zugute kommen, nicht aber vorzeitig in Höhe ihres Barwerts „flüssig“ gemacht werden können. Der Ausschluss der Vererblichkeit dient ebenfalls dem Ziel, die gesamten eingezahlten Beiträge dem Stpfl. selbst, nicht aber dessen Erben zugute kommen zu lassen. Die

Möglichkeit einer ergänzenden Absicherung von Hinterbliebenen stellt insoweit eine (sinnvolle) Ausnahme dar.

Verboten sind ferner Kapitalisierungen und anderweitigen Auszahlungen. Während das Verbot der Übertragung, Beleihung und Veräußerung eine indirekte Kapitalisierung durch Übertragung der Rentenanwartschaften auf *Dritte* verhindern soll, geht es hier um den Ausschluss einer unmittelbaren Kapitalisierung durch den *Anbieter* des Altersvorsorgeprodukts. Beide Einschränkungen verfolgen denselben Zweck.

Insoweit ist allerdings zu erwarten, dass der Gesetzgeber – entsprechend der ab 1.1.2005 geltenden Regelung des § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 AltZertG für die sog. „Riester-Rente“ – auf den Druck der Interessenvertreter hin eine teilweise Kapitalauszahlung von 30 % des zu Beginn der Auszahlungsphase zur Verfügung stehenden Kapitals zulassen wird. Systemgerecht wäre dies nicht, da in den anderen Versorgungssystemen (gesetzliche Rentenversicherung, Beamtenversorgung, berufsständische Versorgungswerke) eine solche Teilkapitalisierung nicht vorgesehen ist. Die FinVerw. (BMF v. 30.1.2008, BStBl. I 2008, 390 Rn. 22) lässt derzeit nur die Kapitalisierung von Kleinbetragsrenten (entsprechend § 93 Abs. 3 EStG iVm. § 3 Abs. 2 BetrAVG 1 % der monatlichen Bezugsgröße des § 18 SGB IV, dh. bis 24 € monatlich) zu, was als Vereinfachungsregelung gerechtfertigt ist.

136–144 Einstweilen frei.

D. Hinzurechnung steuerfreier Arbeitgeberanteile oder -zuschüsse (Nr. 2 Sätze 2 und 3)

145 **I. Grundsatz: Hinzurechnung der Arbeitgeberleistungen (Nr. 2 Satz 2)**

Gemäß Nr. 2 Satz 2 ist zu den (eigenen) Altersvorsorgebeiträgen der nach § 3 Nr. 62 stfreie ArbG-Anteil bzw. -zuschuss hinzuzurechnen.

Diese Regelung ist für sich genommen wenig sinnvoll, da Vorsorgeaufwendungen, die in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang mit stfreien Einnahmen stehen, von vornherein nicht zum SA-Abzug führen können (Abs. 2 Nr. 1). Der ArbG-Anteil bzw. -zuschuss wird jedoch für die Berechnung des abziehbaren Höchstbetrags nach Abs. 3 benötigt (s. Anm. 359). Dort – und nicht in Abs. 1 Nr. 2 – wäre dann auch der vorzugswürdige systematische Standort dieser Regelung zu sehen.

Nach seinem Wortlaut findet Satz 2 keine Anwendung auf den nach § 3 Nr. 57 stfreien Zuschuss der Künstlersozialkasse zu den Sozialversicherungsbeiträgen selbständiger Künstler und Publizisten. Derartige Zuschüsse erhöhen daher weder die berücksichtigungsfähigen Aufwendungen nach Abs. 1 Nr. 2 noch sind sie bei der Ermittlung des Höchstbetrags nach Abs. 3 Satz 5 abzuziehen (s. auch BMF v. 30.1.2008, BStBl. I 2008, 390 Rn. 3).

146 **II. Wahlrecht bei Rentenversicherungsbeiträgen für geringfügig Beschäftigte (Nr. 2 Satz 3)**

Der ab VZ 2008 anwendbare Satz 3 bestimmt, dass die (gem. Satz 2 grds. zwingende) Hinzurechnung bei (ArbG- und ggf. auch ArbN-)Beiträgen, die für geringfügig Beschäftigte (§ 168 Abs. 1 Nr. 1b, 1c, § 172 Abs. 3, 3a SGB VI) geleistet werden, nur auf Antrag des Stpfl. stattfindet. Korrespondierend dazu ist auch die Minderung der Altersvorsorgeaufwendungen nach Abs. 3 Satz 5 von diesem Antrag abhängig (Abs. 3 Satz 7 nF; s. Anm. 359).

Sozialversicherungsrechtliche Grundlagen: In § 168 Abs. 1 Nr. 1b SGB VI ist bestimmt, dass die ArbG geringfügig versicherungspflichtig Beschäftigter einen Beitrag iHv. 15 % des Arbeitsentgelts tragen, den Rest trägt der Versicherte. Versicherungspflicht trotz geringfügiger Beschäftigung kann sich insbes. durch eine Zusammenrechnung mit einer anderen versicherungspflichtigen Tätigkeit oder durch einen Verzicht des ArbN auf die Versicherungsfreiheit (§ 5 Abs. 2 SGB VI) ergeben. Nach § 168 Abs. 1 Nr. 1c SGB VI tragen die ArbG bei geringfügig versicherungspflichtigen Beschäftigten in *Privatbahalten* einen Beitrag iHv. 5 % des Arbeitsentgelts, den Rest trägt der Versicherte. § 172 Abs. 3 SGB VI ordnet an, dass der ArbG auch für *nicht* versicherungspflichtige geringfügig Beschäftigte einen Beitrag von 15 % des Arbeitsentgelts zu zahlen hat; gem. § 172 Abs. 3a SGB VI beläuft sich dieser Beitrag für nicht versicherungspflichtige geringfügig Beschäftigte in Privathaushalten auf 5 %.

Hintergrund des durch Satz 3 eingeräumten Wahlrechts: Der BRat (BT-Drucks. 16/6739, 9) hat die auf seine Anregung zurückgehende Regelung damit begründet, dass die pauschalen Rentenversicherungsbeiträge für geringfügig Beschäftigte sich kaum in einem höheren Rentenanspruch niederschlagen, bei einer zwingenden Hinzurechnung nach Satz 2 aber gleichwohl aufgrund der Wirkungsweise des Übergangsfaktors (Abs. 3 Sätze 4, 6) im Ergebnis zu einer Minderung der abziehbaren *eigenen* Vorsorgeaufwendungen führen (zur Wirkungsweise s. Anm. 357 mit Beispiel). Ferner stelle sich ein Vollzugsproblem, weil geringfügige Beschäftigungsverhältnisse der FinVerw. häufig nicht bekannt würden und die Rentenversicherungsbeiträge in der EStErklärung nicht angegeben würden.

Stellungnahme: Die Argumentation des BRat ist zutreffend. Allerdings gibt es weitere Fallgruppen, in denen der Übergangsfaktor nicht zu rechtfertigende Auswirkungen auf die *eigenen* Beiträge hat (s. Anm. 357). Hier wurde keine Abhilfe geschaffen. Auch das vom BRat angesprochene Vollzugsproblem dürfte tatsächlich bestehen; allerdings darf nicht jedes Vollzugsproblem die generelle Streichung einer – materiell-rechtl. und systematisch gebotenen oder zumindest gerechtfertigten – Steuernorm bewirken.

Kriterien für die Ausübung des Wahlrechts: Leistet ausschließlich der ArbG Rentenversicherungsbeiträge für den geringfügig Beschäftigten, ist es sinnvoll, den in Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 vorgesehenen Antrag auf Hinzurechnung der Beiträge *nicht* zu stellen, weil die Hinzurechnung zu einer Kürzung des Höchstbetrags führen würde. Hat sich der ArbN hingegen für die Entrichtung auch eines Eigenbeitrags entschieden (§ 5 Abs. 2 SGB VI), kann der Antrag trotz der dann eintretenden Kürzung des Höchstbetrags sinnvoll sein, weil dieser Eigenbeitrag ansonsten nicht als Altersvorsorgeaufwand berücksichtigt werden könnte (s. auch RISTHAUS, DStR 2007, 802, [809 f.]).

Einstweilen frei.

147–149

Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 3: Beiträge zu Kranken- und Pflegeversicherungen

Schrifttum: KOTTKE, Versicherungsprämien und Versicherungsleistungen, DStZ 1987, 585 (605); WESSELBAUM-NEUGEBAUER, Steuerliche Berücksichtigung von Sozialversicherungsbeiträgen, FR 2007, 911; GRÜN, Die Absetzbarkeit von Vorsorgeaufwendungen nach dem Bürgerentlastungsgesetz Krankenversicherung, DStR 2009, 1457; GUNTER, Der Regierungsentwurf zum Bürgerentlastungsgesetz Krankenversicherung, DStR 2009, 565; KANZLER, Entwurf eines Bürgerentlastungsgesetzes, NWB 2009, 684; MYSSSEN/WOLTER, Neuordnung des Sonderausgabenabzugs für sonstige Vorsorgeaufwendungen, NWB

2009, 2313; RISTHAUS, Neuregelung zum Sonderausgabenabzug für Krankenversicherungsbeiträge, DStZ 2009, 669.

150

A. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 3

Regelungsinhalt: Nr. 3 enthält die Voraussetzungen für den Abzug von Beiträgen zu Krankenversicherungen und den gesetzlichen Pflegeversicherungen. Die mit Wirkung ab VZ 2010 erfolgte Verselbständigung als eigener Tatbestand wurde erforderlich, weil die zuvor geltenden Höchstbeträge nach Abs. 3, 4 aF den verfassungsrechtl. Anforderungen nicht genügten (s. Anm. 383). Die in Nr. 3 genannten Aufwendungen sind nunmehr grds. unbeschränkt abziehbar (Abs. 4 Satz 4); die Abziehbarkeit aller anderen Vorsorgeaufwendungen (mit Ausnahme der in Nr. 2 geregelten Altersvorsorgeaufwendungen) ist dem Grunde nach in Abs. 1 Nr. 3a geregelt, die Höhe des Abzugs folgt hier aus Abs. 4 Sätze 1–3.

Rechtsentwicklung: Von 1954 bis 1995 regelte Nr. 3 den SA-Abzug von Beiträgen an Bausparkassen (s. Anm. 500 „Bausparkassen“); dieser Tatbestand wurde durch das Gesetz zur Neuregelung der strechtl. Wohneigentumsförderung v. 15.12.1995 (BGBl. I 1995, 1783; BStBl. I 1995, 775) gestrichen. Durch das Alt-EinkG v. 5.7.2004 (BGBl. I 2004, 1427; BStBl. I 2004, 554) wurden diejenigen Vorsorgeaufwendungen, die nicht dem Bereich der begünstigten Altersvorsorge zuzurechnen sind, aus Nr. 2 in Nr. 3 überführt (zur Rechtsentwicklung hinsichtlich der Vorsorgeaufwendungen allgemein s. Anm. 121). Mit dem JStG 2007 (BGBl. I 2006, 2878; BStBl. I 2007, 28) wurde im damaligen Buchst. b eine redaktionelle Änderung vorgenommen (s. Anm. 195). Das BürgEntlG-KV v. 16.7.2009 (BGBl. I 2009, 1959; BStBl. I 2009, 782) überführte sodann mit Wirkung ab VZ 2010 diejenigen Vorsorgeaufwendungen, die nicht dem Bereich der Kranken- und Pflege-Grundvorsorge zuzurechnen sind, in die neu geschaffene Nr. 3a und fasste Nr. 3 vollständig neu.

Rechtslage bis VZ 2009: Beiträge zu Kranken- und Pflegeversicherungen waren auch bis VZ 2009 dem Grunde nach gem. Nr. 3 abziehbar; die frühere Regelung fasste die Inhalte der heutigen Nr. 3 und 3a zusammen. Unterschiede zur ab VZ 2010 geltenden Rechtslage ergaben sich bei den Höchstbeträgen des Abs. 4, die bis VZ 2009 auch für Krankenversicherungsbeiträge stark begrenzt waren (s. Anm. 380 ff.).

Abgrenzung zu Betriebsausgaben und Werbungskosten: s. Anm. 155 f. (für Kranken- und Pflegeversicherungen) bzw. Anm. 170 ff. (für sonstige Versicherungen).

Besteuerung der Versicherungsleistungen: Leistungen aus Kranken- und Pflegeversicherungen sind steuerfrei (§ 3 Nr. 1 Buchst. a); s. auch Anm. 170 (dort insb. zum Krankengeld).

151 Einstweilen frei.

B. Beiträge zu Kranken- und Pflegeversicherungen (Nr. 3 Satz 1)

152

I. Beiträge, Versicherungsverhältnis

Beiträge sind alle aufgrund Gesetz oder Vertrag vom Stpfl. erbrachten Geldleistungen zu den begünstigten Versicherungen (zur tatsächlichen eigenen Belas-

tung s. Anm. 37, zu Beitragsersstattungen s. Anm. 42). Neben den „Beiträgen“ im engeren Sinne (zB § 220 SGB V für die Beiträge zur gesetzlichen Krankenversicherung) fallen darunter auch „Prämien“ (§ 33 VVG für privatrechtl. Versicherungsverträge). Sowohl laufende Beiträge als auch Einmalbeiträge sind begünstigt (BFH v. 1.2.1957 – VI 78/55 U, BStBl. III 1957, 103), sofern das Gesetz keine ausdrückliche Einschränkung vorsieht (so für Einmalbeiträge § 10 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b Doppelbuchst. cc, dd in der bis VZ 2004 geltenden Fassung, für Altverträge gem. Nr. 3a Halbs. 2 weiterhin anwendbar; s. Anm. 191). Laufende Beiträge müssen in ihrer Höhe nicht notwendig konstant bleiben. Zu den Beiträgen gehören auch Abschlussgebühren, Ausfertigungsgebühren und die VersicherungSt. (BFH v. 1.2.1957 – VI 78/55 U, BStBl. III 1957, 103). Eine vereinbarte Selbstbeteiligung, die der Versicherungsnehmer an den Versicherer zahlt, nachdem dieser den Schaden in voller Höhe reguliert hat, stellt keinen Beitrag (keine SA) dar, sondern eine Minderung der Versicherungsleistung (Hess. FG v. 12.12.1974, EFG 1975, 200, rkr.). Umgekehrt stellen Bonusleistungen für gesundheitsbewusstes Verhalten (die in letzter Zeit bei den gesetzlichen Krankenversicherungen aus Marketinggründen häufiger zu beobachten sind) keine Versicherungsleistungen dar, sondern Beitragsersstattungen, die von den geleisteten Beiträgen abzuziehen sind (zutr. LFD Thüringen v. 16.1.2007, NWB [2007] F. 1, 68).

Die Beiträge sind nur begünstigt, wenn sie an Versicherungsunternehmen gezahlt werden. Dies folgt mittelbar bereits aus Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a. Beiträge aufgrund von Verträgen mit Personen, die nicht Versicherungsunternehmen sind, fallen daher auch dann nicht unter Nr. 2–3a, wenn die Verträge der Vorsorge dienen (BFH v. 10.10.1963 – VI 233–235/62, HFR 1964, 7).

Versicherungsverhältnis: Unter Nr. 2, 3 und 3a fallen sowohl gesetzliche als auch privatrechtl. (vertragliche) Versicherungsverhältnisse.

Das Begriffspaar „gesetzlich“/„vertraglich“ korreliert nicht notwendig mit dem Begriffspaar „Pflichtversicherung“/„freiwillige Versicherung“. So können Selbstständige der *gesetzlichen* Rentenversicherung *freiwillig* beitreten (§ 7 SGB VI); umgekehrt besteht für Kfz-Halter eine *gesetzliche* Pflicht zum Abschluss eines *privatrechtl.* Haftpflichtversicherungsvertrags (§ 1 PflichtVG).

Jedes unter Nr. 2, 3 oder 3a fallende Versicherungsverhältnis ist dadurch gekennzeichnet, dass gegen eine Geldleistung (privatrechtl. Entgelt oder öffentlich-rechtl. Beitrag) ein wirtschaftliches Risiko übernommen wird (so § 1 VVG). Bei privaten Versicherern werden die Versicherungsverträge nach einem festen Geschäftsplan (§ 5 Abs. 2–4 VAG) aufgrund einer Wahrscheinlichkeitsrechnung abgeschlossen, nach der Risiko, Leistung und Gegenleistung bemessen werden.

Bei privatrechtl. Versicherungsverhältnissen wird der Vertragspartner des Versicherungsunternehmens als „Versicherungsnehmer“ bezeichnet. Bei gesetzlichen Versicherungen werden hingegen die Begriffe „Mitglied“ (so in der gesetzlichen Krankenversicherung nach dem SGB V) oder „Versicherter“ (so in der gesetzlichen Rentenversicherung nach dem SGB VI, der gesetzlichen Unfallversicherung nach dem SGB VII und der gesetzlichen Pflegeversicherung nach dem SGB XI) verwendet.

Wirksamkeit des Versicherungsverhältnisses: Zahlungen stellen grds. erst ab dem Zeitpunkt begünstigte „Versicherungsbeiträge“ dar, in dem das Versicherungsverhältnis wirksam geworden ist. Dies ist bei privatrechtl. Versicherungsverträgen mit der Annahme des Antrags des Versicherungsnehmers durch das Versicherungsunternehmen der Fall. Die Rspr. lässt aber auch den Abzug solcher Beiträge zu, die vor der Annahme des Antrags geleistet werden, sofern der Versicherungsnehmer von sich aus alles getan hat, um den Vertragsschluss herbeizuführen und keine begründeten Zweifel am Zustandekommen des Ver-

trages – insbes. aufgrund einer noch ausstehenden Risikoprüfung – bestehen (BFH v. 25.2.1972 – VI R 104/69, BStBl. II 1972, 484).

153–154 Einstweilen frei.

II. Begriff der Kranken- und gesetzlichen Pflegeversicherungen

155 1. Krankenversicherungen (Nr. 3 Satz 1 Buchst. a)

Begriff: Der Begriff der „Krankenversicherungen“ schließt sowohl die gesetzliche Krankenversicherung nach dem SGB V (insbes. für ArbN und Rentner) als auch private Krankenversicherungsverträge (§§ 192–208 VVG 2008; §§ 178a–178o VVG aF) ein. Er umfasst sowohl die Krankheitskostenversicherung (Erbringung von Sachleistungen bzw. Erstattung von Aufwendungen für Heilbehandlung, Früherkennung, Schwangerschaft und Geburt) als auch Krankentagegeldversicherungen (so – trotz gewisser Bedenken – BFH v. 22.5.1969 – IV R 144/68, BStBl. II 1969, 489), die im Krankheitsfall Geldleistungen an den Versicherten erbringen, die entgehende Einnahmen ersetzen können (in der Sonderform der Krankenhaustagegeldversicherung werden nur für im Krankenhaus verbrachte Krankheitstage Zahlungen geleistet). Sowohl Vollversicherungen als auch Zusatzversicherungen, sowohl Pflichtversicherungen als auch freiwillige Versicherungen sind erfasst. Krankenversicherungen für Tiere fallen nicht unter den Abzugstatbestand; hier handelt es sich nicht um eine Personen-, sondern um eine Sachversicherung (§ 83 Abs. 4 VVG). Stfreie Zuschüsse (bei ArbN nach § 3 Nr. 62, bei Rentnern nach § 3 Nr. 14) mindern gem. Abs. 2 Nr. 1 die als SA abziehbaren Aufwendungen. Krankheitskosten als solche stellen keine Krankenversicherungsbeiträge dar (BFH v. 17.3.1961 – VI 86/60, HFR 1961, 200). Dies gilt auch dann, wenn ein Selbstbehalt vereinbart ist (MYSEN/WOLTER, NWB 2009, 2313 [2320]). Zu Beitragsrückerstattungen s. Anm. 42.

Abgrenzung zu Betriebsausgaben/Werbungskosten: Krankenversicherungsbeiträge stellen grds. SA dar, da das versicherte Risiko (die persönliche Gesundheit) die private Lebensführung betrifft. Beiträge zu Krankentagegeldversicherungen sind keine BA (BFH v. 22.5.1969 – IV R 144/68, BStBl. II 1969, 489); dies gilt auch dann, wenn Freiberufler in ihrem Gesellschaftsvertrag vereinbaren, dass die Tagegeldzahlungen Betriebseinnahmen der GbR sein sollen (BFH v. 7.10.1982 – IV R 32/80, BStBl. II 1983, 101).

Diese Entscheidung ist zwar auch mit der – zwischenzeitlich aufgegebenen – Rspr. begründet worden, dass bei Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 3 kein gewillkürtes BV zulässig sei; an ihr ist aber im Ergebnis unverändert festzuhalten, weil das versicherte Risiko (die Krankheit) ein privates ist.

Anders stellt sich die Situation dar, wenn ausschließlich oder weit überwiegend berufsbedingte Krankheitsrisiken (zB typische Berufskrankheiten, Erkrankungen durch Unfälle auf berufsbedingten Fahrten) versichert sind (vgl. auch dazu BFH v. 7.10.1982 – IV R 32/80, BStBl. II 1983, 101). Einem BA-Abzug kann dann aber § 3c Abs. 1 entgegen stehen, weil die Leistungen aus der Krankenversicherung nach § 3 Nr. 1 Buchst. a stfrei sind (BFH v. 22.5.1969 – IV R 144/68, BStBl. II 1969, 489 unter 4).

156 2. Gesetzliche Pflegeversicherungen (Nr. 3 Satz 1 Buchst. b)

Derartige Beiträge sind seit der Ergänzung des § 10 durch das PflegeVG v. 26.5.1994 (BGBl. I 1994, 1014; BStBl. I 1994, 531) begünstigt.

Begriff: Pflegeversicherungen dienen der Abdeckung des Kostenrisikos bei Pflegebedürftigkeit des Versicherten. Sowohl die Regelungen über die gesetzliche Pflegeversicherung (SGB XI) als auch diejenigen über die private Pflegeversicherung (§ 192 Abs. 6 VVG 2008; § 178b Abs. 4 VVG aF) entsprechen weitgehend denjenigen des jeweiligen Krankenversicherungssystems.

Beschränkung auf gesetzliche Pflegeversicherungen: Unter Nr. 3 (mit der Folge des gem. Abs. 4 Satz 4 unbeschränkten Abzugs der Höhe nach) fallen nur *gesetzliche* Pflegeversicherungen. Neben der sozialen Pflegeversicherung nach dem SGB XI gehört die private *Pflege-Pflichtversicherung* (§ 23 SGB XI iVm. § 192 VVG) zu den gesetzlichen Pflegeversicherungen. *Zusätzliche* private Pflegeversicherungen fallen nicht unter Nr. 3, sondern unter Nr. 3a (mit der Folge einer Begrenzung der Höhe des Abzugs).

Abgrenzung zu Betriebsausgaben/Werbungskosten: Beiträge zu Pflegeversicherungen können nie BA oder WK darstellen, weil das versicherte Risiko zur Privatsphäre gehört.

Einstweilen frei.

157

III. Höhe des abziehbaren Beitragsanteils bei Krankenversicherungen (Nr. 3 Satz 1 Buchst. a Sätze 1–4)

1. Grundsatz: Beiträge, die zur Erlangung eines sozialhilfgleichen Versorgungsniveaus erforderlich sind (Buchst. a Satz 1)

158

Entsprechend den Vorgaben des BVerfG (v. 13.2.2008 – 2 BvL 1/06, BVerfGE 120, 125) beschränkt der Gesetzgeber den SA-Abzug grds. auf solche Beiträge, die zur Erlangung eines sozialhilfgleichen Versorgungsniveaus erforderlich sind. Insoweit verweist der für die Sozialhilfe geltende § 32 SGB XII auf die Regelungen über die gesetzliche Krankenversicherung (SGB V), die damit auch das sozialhilfgleiche Versorgungsniveau umschreiben.

Der in Satz 1 aufgestellte Grundsatz wird für Beiträge zu gesetzlichen Krankenversicherungen durch die Sätze 2 und 4 (s. Anm. 159, 166) konkretisiert, die im Wesentlichen auf die Regelungen des SGB V verweisen. Für privat Krankenversicherte ist angesichts der Tarifvielfalt hingegen eine eigenständige Beschreibung der begünstigten Beitragsanteile erforderlich, die in Satz 3 iVm. KVBEVO (s. Anm. 160 ff.) enthalten ist.

2. Bei gesetzlichen Krankenversicherungen Abzug der Beiträge nach dem SGB V (Buchst. a Satz 2)

159

Für Beiträge zur gesetzlichen Krankenversicherung verweist § 10 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 Buchst. a Satz 2 auf die Regelungen der §§ 241–248 SGB V. Hiervon sind sowohl die allgemeinen Beiträge (§ 241 SGB V; ab 1.7.2009 14,9 % des Bruttolohns) als auch die kassenindividuellen Zusatzbeiträge nach der 2009 in Kraft getretenen letzten Gesundheitsreform (§ 242 SGB V) umfasst, ferner die besonderen Beitragsregelungen für Studenten, Arbeitslose, Rentner und Versorgungsempfänger (§§ 245–248 SGB V). Für Landwirte werden die Regelungen der §§ 37–55 KVLG in Bezug genommen; auch hier sind sämtliche Beiträge erfasst.

3. Bei privaten Krankenversicherungen Abzug der Beitragsteile, die auf mit dem SGB V vergleichbare Leistungen entfallen (Buchst. a Satz 3)

160 a) Regelungen in § 10 EStG

Grundsatz: Beiträge zu privaten Krankenversicherungen sind insoweit abziehbar, als sie auf Vertragsleistungen entfallen, die in Art, Umfang und Höhe denjenigen Leistungen nach §§ 11–66 SGB V vergleichbar sind, auf die ein Anspruch besteht (dh. Satzungs- und Ermessensleistungen, die einzelne gesetzliche Krankenkassen erbringen, sind nicht in den Vergleich einzubeziehen). Dabei handelt es sich im Wesentlichen um Leistungen zur Verhütung, Früherkennung und Behandlung von Krankheiten nach näherer Maßgabe der genannten, sehr detaillierten Regelungen des SGB V. Zur Konkretisierung verweist Satz 3 Halbs. 2 auf § 12 Abs. 1d VAG (Basistarif für Versicherte der privaten Krankenversicherung). Sonderlich hilfreich ist dies nicht, da § 12 Abs. 1d VAG auf § 12 Abs. 1a VAG und diese Norm wiederum auf §§ 11–66 SGB V verweist.

Krankengeld: Der auf das Krankengeld entfallende Beitragsanteil ist hingegen nicht abziehbar, obwohl auch das Krankengeld zu den Leistungen nach dem SGB V gehört; Hintergrund ist hier, dass auch bei gesetzlich Krankenversicherten der SA-Abzug um den auf das Krankengeld entfallenden Beitragsanteil gekürzt wird (Satz 4; s. Anm. 166).

161 b) Regelungen in der KVBEVO

Die gleichzeitig mit dem BürgEntlG-KV erlassene „Verordnung zur tarifbezogenen Ermittlung der steuerlich berücksichtigungsfähigen Beiträge zum Erwerb eines Krankenversicherungsschutzes iSd. § 10 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a EStG“ (Krankenversicherungsbeitragsanteil-Ermittlungsverordnung/KVBEVO) v. 11.8.2009 (BGBl. I 2009, 2730; oben nach dem Gesetzestext des § 10 abgedruckt) enthält typisierende Regelungen für die Ermittlung des nach Maßgabe des Gesetzes abziehbaren Beitragsanteils. Eine solche Typisierung ist angesichts der Tarifvielfalt des Angebots der privaten Krankenversicherungen (in der Sachverständigenanhörung zum BürgEntlG-KV war mehrfach von 20000 verschiedenen Tarifen die Rede) nicht nur zulässig, sondern zur Wahrung der Vollziehbarkeit der Gesamtregelung geradezu geboten.

Systematik der KVBEVO: Je nach den versicherten Leistungen wird der jeweilige „Tarif“ (zumeist werden bei privat Krankenversicherten mehrere „Tarife“ kombiniert, um den gewünschten Gesamt-Versicherungsschutz zu erlangen) einer Fallgruppe zugeordnet, an die sich wiederum eine bestimmte Rechtsfolge knüpft.

► *Gar kein Abzug* nach Nr. 3 wird gewährt, wenn ein Tarif *ausschließlich* Krankentagegeld oder solche Leistungen enthält, die in Art, Umfang oder Höhe den Leistungen nach §§ 11–66 SGB V *nicht* vergleichbar sind (§ 1 Abs. 2 Satz 1 KVBEVO). Ein Abzug nach Nr. 3a bleibt allerdings möglich (s. Anm. 172).

► *1 % des Beitrags* ist abziehbar, wenn ein erstmals nach dem 1.5.2009 für das Neugeschäft angebotener Tarif weder allgemeine Krankenhausleistungen noch ambulante Arztbehandlungen oder Zahnarztbehandlungen umfasst (dh. reine Zusatztarife; § 3 Abs. 3 Satz 1 KVBEVO). Gleiches gilt, wenn in einem einheitlichen Tarif Kranken(haus)tagegeld zusammen mit anderen Leistungen versichert ist (§ 3 Abs. 3 Satz 2 KVBEVO). Die Mitversicherung von Kranken(haus)tagegeld im selben Tarif schließt also die Begünstigung der sonstigen Beitragsanteile nahezu vollständig aus.

Diese – zunächst sehr grob typisierend anmutende – Regelung ist gerechtfertigt, weil derzeit nahezu ausschließlich reine Kranken(haus)tagegeldtarife angeboten werden (deren Beiträge ohnehin nicht abziehbar sind), und vermieden werden soll, dass die Versicherungsunternehmen durch die Kombination dieser Tarife mit begünstigten Leistungen auch Teile der auf das Krankentagegeld entfallenden Beiträge in die Begünstigung einbeziehen (vgl. auch BRDrucks. 533/09, 7, 10; GRÜN, DStR 2009, 1457 [1460]).

► *96 % des Beitrags* sind abziehbar, wenn Krankentagegeld in einem Basistarif nach § 12 Abs. 1a VAG versichert ist (§ 3 Abs. 3 Satz 4 KVBEVO). Dies entspricht der Regelung für gesetzlich Krankenversicherte (s. Anm. 166).

► *Bei allen anderen Tarifen* ist ein individuell, aber aufgrund typisierender Vorgaben zu ermittelnder Teil der Beiträge abziehbar (§ 3 Abs. 1, 2 KVBEVO; näher s. Anm. 162).

c) Ermittlung des individuellen Abschlags (§ 3 Abs. 1, 2 KVBEVO)

162

Der Ordnungsgeber hat – auf der Grundlage der Daten der privaten Krankenversicherungen – bestimmten Leistungsgruppen Punktwerte zugeordnet, die den prozentualen Anteil der Ausgaben für die jeweilige Leistungsgruppe widerspiegeln (BRDrucks. 533/09, 8). Die Punktwerte sollen nach drei Jahren überprüft werden (BRDrucks. 533/09, 10).

Auf die begünstigten Leistungsanteile entfallen die folgenden Punktwerte:

– ambulante Basisleistungen (§ 3 Abs. 2 Nr. 1 KVBEVO)	54,60 Punkte
– stationäre Basisleistungen (§ 3 Abs. 3 Nr. 2 KVBEVO)	15,11 Punkte
– zahnärztliche Basisleistungen (§ 3 Abs. 3 Nr. 6 KVBEVO)	9,88 Punkte
Summe	79,59 Punkte

Auf die nicht begünstigten Leistungsanteile entfallen die folgenden Punktwerte:

– Heilpraktikerleistungen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1, § 3 Abs. 2 Nr. 2 KVBEVO)	1,69 Punkte
– Einbettzimmer (§ 2 Abs. 1 Nr. 2, § 3 Abs. 2 Nr. 4 KVBEVO)	3,64 Punkte
– Chefarzt und Zweibettzimmer (§ 2 Abs. 1 Nr. 3, § 3 Abs. 2 Nr. 5 KVBEVO)	9,24 Punkte
– Zahnersatz und Implantate (§ 2 Abs. 1 Nr. 4, § 3 Abs. 2 Nr. 7 KVBEVO); der Punktwert berücksichtigt nur denjenigen Teil der Leistungsausgaben, der über das Niveau der gesetzlichen Krankenversicherung hinaus geht (BRDrucks. 533/09, 8)	5,58 Punkte
– Kieferorthopädie (§ 2 Abs. 1 Nr. 5, § 3 Abs. 2 Nr. 8 KVBEVO)	0,26 Punkte
Summe	20,41 Punkte

Der nicht abziehbare Beitragsanteil für den jeweiligen Tarif ergibt sich, wenn die Summe der Punktwerte für nicht begünstigte Leistungsanteile durch die Summe der Punktwerte für alle versicherten Leistungsanteile geteilt wird.

Beispiel: In einem Tarif sind neben den drei genannten Basisleistungen zusätzlich Leistungen für Chefarztbehandlung und Zweibettzimmer vorgesehen. Auf diese nicht begünstigten Leistungen entfallen 9,24 Punkte, die Summe aller Punktwerte beträgt 88,83 (79,59 + 9,24). Der nicht begünstigte Anteil beläuft sich auf 10,40 %

(9,24 / 88,83). Leistet der Stpfl. für diesen Tarif insgesamt einen Beitrag von 3000 € jährlich, kann er hiervon 2688 € als SA nach Abs. 1 Nr. 3 (in vollem Umfang) abziehen; 312 € (10,40 %) sind hingegen nicht nach dieser Norm, sondern nur nach Abs. 1 Nr. 3a – und damit auf geringe Höchstbeträge beschränkt – abziehbar.

163–165 Einstweilen frei.

166 4. Kürzung bei Krankengeldanspruch (Buchst. a Satz 4)

Sofern gesetzlich Krankenversicherte Anspruch auf Krankengeld oder eine vergleichbare Leistung haben (dies ist bei ArbN der Regelfall, nicht hingegen bei Rentnern, Studenten, Arbeitslosen usw.), ist der unter Nr. 3 fallende Beitrag um 4 % zu vermindern (Nr. 3 Satz 1 Buchst. a Satz 4). Hintergrund ist zum einen, dass das Krankengeld nicht zum Umfang der sozialhilferechtl. Leistungen bei Krankheit gehört; zum anderen stellt es eine Lohnersatzleistung dar, die estl. stfrei gestellt ist. Der pauschale Kürzungssatz von 4 % beruht auf dem durchschnittlichen Anteil der Krankengeldzahlungen an den Gesamtausgaben der gesetzlichen Krankenkassen (BRDrucks. 168/09, 24). Der auf das Krankengeld entfallende Beitragsanteil von 4 % kann zwar nach Nr. 3a abgezogen werden (s. Anm. 172); hier gilt jedoch die Beschränkung auf die Höchstbeträge des Abs. 4 Sätze 1–3.

167 C. Behandlung der für Familienangehörige gezahlten Beiträge (Nr. 3 Sätze 2 und 3)

Beiträge für Kinder (Nr. 3 Satz 2): Beiträge, die der Stpfl. aufgrund einer *eigenen* vertraglichen Verpflichtung für die Versicherung seines Kindes an eine private Krankenversicherung zahlt, fallen bereits unter Nr. 3 Satz 1, weil dort nicht vorausgesetzt ist, dass die Beiträge dem zahlenden und zur Zahlung verpflichteten Stpfl. *selbst* zugute kommen (ebenso BTDrucks. 16/13429, 39, 43; GRÜN, DStR 2009, 1457, 1460). Ist das Kind hingegen *selbst* krankenversichert (entweder durch eine eigene Mitgliedschaft in einer gesetzlichen Krankenkasse oder durch einen eigenen Krankenversicherungsvertrag mit einem Privatversicherer), kann der Stpfl. (Elternteil) die Beiträge gem. Nr. 3 Satz 2 als SA geltend machen, wenn er diese im Rahmen der Unterhaltsverpflichtung tatsächlich trägt. Voraussetzung ist, dass der Stpfl. Anspruch auf einen Kinderfreibetrag oder auf Kindergeld für das jeweilige Kind hat (deshalb kann nach Überschreiten der Altersgrenze für das Kindergeld eine Berücksichtigung der Beitrags-/Unterhaltszahlungen nur noch unter den engen Voraussetzungen des § 33a Abs. 1 erfolgen). Diese in Nr. 3 Satz 2 enthaltene Regelung enthält eine Ausnahme von dem für SA geltenden Grundsatz, dass nur derjenige SA abziehen kann, der sie als der schuldrechtl. zur Zahlung Verpflichtete tatsächlich zahlt (s. Anm. 36).

Beiträge für den geschiedenen oder dauernd getrennt lebenden Ehegatten (Nr. 3 Satz 3): Leistet der Stpfl., der das Realsplitting (Abs. 1 Nr. 1) in Anspruch nimmt, im Rahmen seiner Unterhaltsverpflichtung auch *eigene* Beiträge zu einer Kranken- oder Pflegeversicherung seines geschiedenen oder dauernd getrennt lebenden Ehegatten, kann er diese nicht als Versicherungsbeiträge nach Nr. 3 abziehen. Vielmehr steht diese Abzugsberechtigung dem geschiedenen oder dauernd getrennt lebenden Ehegatten zu. Allerdings erhöht die Beitragszahlung den für den Stpfl. geltenden Höchstbetrag für den Abzug von Unterhaltsleistungen (Nr. 1 Satz 2; s. Anm. 67). Wird das Realsplitting nicht in Anspruch genommen, kann der Stpfl., der eigene Beiträge für seinen geschiedenen

oder dauernd getrennt lebenden Ehegatten zahlt, diese nach Nr. 3 abziehen (aA RISTHAUS, DStZ 2009, 669 [675]); der Ehegatte hat in diesem Fall keinen SA-Abzug, weil er stfreie Einnahmen bezieht (BRDrucks. 168/09, 25). Ist der geschiedene/getrennte Ehegatte *selbst* Versicherungsnehmer, handelt es sich nicht um „eigene“ Beiträge des Stpfl.; in diesem Fall ist ein Abzug nicht nach Nr. 3, sondern nur nach Nr. 1 möglich, ohne dass sich aber der dortige Höchstbetrag erhöht (so zutr. auch KANZLER, NWB 2009, 684 [687]). – UE ist diese Regelung unnötig kompliziert geraten und dürfte kaum zu vollziehen sein. Systematisch vorzugswürdig und vom Verwaltungsvollzug her einfacher wäre die Absetzbarkeit der Beiträge bei demjenigen gewesen, der sie zahlt.

Beiträge für den Ehegatten einer intakten Ehe fallen bereits unter Nr. 3 Satz 1. Hier kommt es nicht darauf an, wer formaler Vertragspartner des privaten Krankenversicherungsunternehmens (bzw. Mitglied der gesetzlichen Krankenkasse) ist. Gleiches soll für eingetragene Lebenspartner gelten (BTDrucks. 16/13429, 39, 43).

Einstweilen frei.

168–169

Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 3a: Beiträge zu sonstigen Versicherungen

Schrifttum: SCHIEBLE, Die Entwicklung der einkommensteuerrechtlichen Behandlung von Lebensversicherungsbeiträgen und -leistungen, Festschrift v. WALLIS, 1985, 245; WEIDEMANN/SÖFFING, Steuerliche Behandlung von Erträgen und Prämien privater Berufs- und Erwerbsunfähigkeitsversicherungen, DB 1999, 2133.

A. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 3a

170

Regelungsinhalt: Nr. 3a bestimmt – in Ergänzung zu Nr. 2, 3 –, welche sonstigen Vorsorgeaufwendungen neben den Alters- und Krankheitsvorsorgeaufwendungen als SA abgezogen werden können. Die Aufzählung ist abschließend; alle hier nicht aufgeführten Versicherungssparten sind nicht begünstigt (s. Anm. 180). Die Trennung zwischen Altersvorsorgeaufwendungen, Krankheitsvorsorgeaufwendungen und sonstigen Vorsorgeaufwendungen ist im Hinblick auf die ab VZ 2005/2010 unterschiedlichen Höchstbeträge (Abs. 3 für Altersvorsorgeaufwendungen, Abs. 4 Satz 4 für Krankheitsvorsorgeaufwendungen, Abs. 4 Sätze 1–3 für alle anderen Vorsorgeaufwendungen) geboten. Für die Vorsorgeaufwendungen iSd. Nr. 3a gilt – allerdings gemeinsam mit den Aufwendungen iSd. Nr. 3 – ab VZ 2010 ein Höchstbetrag von insgesamt 2800 € (für ArbN und Rentner lediglich 1900 €). Diese Höchstbeträge werden bei ArbN in aller Regel schon durch die Beiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung, bei anderen Stpfl. durch die Beiträge zur (privaten) Krankenversicherung ausgeschöpft werden, so dass die anderen im Katalog aufgeführten Versicherungsbeiträge nur im Ausnahmefall noch von praktischer Bedeutung sein werden. Zu den weiteren in § 10 enthaltenen Regelungen für Vorsorgeaufwendungen s. den Überblick in Anm. 120; zur systematischen Bedeutung des Abzugs von Vorsorgeaufwendungen s. Anm. 121.

Rechtsentwicklung: Nr. 3a ist durch das BürgEntlG-KV v. 16.7.2009 (BGBl. I 2009, 1959; BStBl. I 2009, 782) mit Wirkung ab VZ 2010 eingefügt worden. Die hier genannten Versicherungsbeiträge waren aber weitgehend auch schon nach

der bis 2004 (AltEinkG; bis dahin in Nr. 2 geregelt) bzw. bis 2009 (BürgEntlG-KV; bis dahin in Nr. 3 geregelt) geltenden Rechtslage den Vorsorgeaufwendungen zugeordnet. Der Katalog ist ab VZ 2005 aber geringfügig ergänzt worden. Zur Rechtsentwicklung hinsichtlich der Beiträge an Lebensversicherungen ausf. SCHIEBLE, Festschrift v. WALLIS, 1985, 245.

Abgrenzung zu Betriebsausgaben und Werbungskosten: Die Berücksichtigung von Versicherungsbeiträgen als BA/WK einerseits oder SA andererseits ist davon abhängig, ob das versicherte Risiko in den betrieblichen/beruflichen Bereich oder aber in den privaten Bereich fällt (BFH v. 15.6.2005 – VI B 64/04, BFH/NV 2005, 1796). Versicherungen für Risiken, die in der *Person* des Stpfl. begründet sind, führen nur dann in vollem Umfang zum Abzug als BA/WK, wenn durch die Ausübung des Berufs ein erhöhtes Risiko geschaffen wird und der Abschluss des Versicherungsvertrages entscheidend der Abdeckung dieses Risikos dient (zum Ganzen BFH v. 7.10.1982 – IV R 32/80, BStBl. II 1983, 101; v. 11.5.1989 – IV R 56/87, BStBl. II 1989, 657). Bei Sachversicherungen steht das Aufteilungs- und Abzugsverbot des § 12 Nr. 1 Satz 2 einer Aufteilung in BA/WK einerseits und SA andererseits nicht entgegen (allgemein zur Aufteilbarkeit von Aufwendungen, die sowohl BA/WK als auch SA darstellen, s. Anm. 18). Wegen der Einzelheiten s. die Erl. zu den begünstigten Versicherungssparten (Anm. 173 ff.).

Besteuerung der Versicherungsleistungen: Die Leistungen aus den in Nr. 3 aufgeführten Versicherungen sind – anders als Altersbezüge, die auf Beiträgen iSd. Nr. 2 beruhen – größtenteils nicht stbar. Teilweise enthält § 3 ausdrückliche StBefreiungen, die aber überwiegend nur klarstellend sind (§ 3 Nr. 1 Buchst. a für Leistungen aus Kranken- und Pflegeversicherungen sowie der *gesetzlichen* Unfallversicherung; § 3 Nr. 2 für das Arbeitslosengeld und weitere Leistungen nach dem SGB III). Einige dieser Leistungen werden jedoch nach § 32b Abs. 1 Nr. 1 dem Progressionsvorbehalt unterworfen (Arbeitslosengeld und weitere Leistungen nach dem SGB III; Krankengeld, Verletztengeld, Übergangsgeld und ähnliche Lohnersatzleistungen nach den SGB V-VII). Soweit es sich um wiederkehrende Bezüge, insbes. Leibrenten, handelt, kann eine StPflcht nach § 22 Nr. 1 eintreten (insbes. bei Berufs- und Erwerbsunfähigkeitsrenten).

Zum Begriff der „Beiträge“ und zu sonstigen versicherungsrechtl. Begriffen s. Anm. 152.

171 Einstweilen frei.

B. Begünstigte Versicherungssparten (Nr. 3a Halbs. 1)

172 I. Kranken- und Pflegeversicherungen, soweit sie nicht nach Nr. 3 zu berücksichtigen sind

Diejenigen Beiträge zu Kranken- und Pflegeversicherungen, die nicht nach Nr. 3 abgezogen werden können, fallen unter Nr. 3a. Dies betrifft zum einen Tarife, die bereits dem Grunde nach nicht unter Nr. 3 fallen (zB reine Kranken[haus]taggeldversicherungen, freiwillige Pflege-Zusatzversicherungen). Zum anderen können nach Nr. 3a die vom Abzug nach Nr. 3 ausgeschlossenen Beitragsanteile abgezogen werden (zB bei privaten Krankenversicherungen diejenigen Beitragsanteile, die zu einem über das Niveau der gesetzlichen Krankenversicherung hi-

nausgehenden Leistungsniveau führen; bei gesetzlich Krankenversicherten der auf das Krankengeld entfallende Beitragsanteil von 4 %).

II. Versicherungen gegen Arbeitslosigkeit

173

Hier sind in erster Linie die Beiträge an die Bundesagentur für Arbeit nach dem SGB III erfasst. Darüber hinaus sind seit VZ 2005 auch Beiträge zu entsprechenden Versicherungen *privater* Anbieter abziehbar (so ausdrücklich BTDrucks. 15/2150, 34). Derartige Versicherungsprodukte haben bisher aber keine nennenswerte Bedeutung erlangt.

Allerdings unterliegt nur das von der Bundesagentur für Arbeit ausgezahlte Arbeitslosengeld dem Progressionsvorbehalt (§ 32b Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a); die Leistungen privater Versicherungen gegen Arbeitslosigkeit sind stl. hingegen vollkommen unbeachtlich. Für diese Ungleichbehandlung auf der Leistungsseite fehlt es seit der Gleichstellung auf der Beitragsseite an einem sachlichen Grund.

Diese Beiträge stellen in keinem Fall WK dar, da sie nicht zur Erhaltung stpfl. Einnahmen geleistet werden.

III. Erwerbs- und Berufsunfähigkeitsversicherungen, die nicht unter Nr. 2 Satz 1 Buchst. b fallen

174

Zum Begriff der Erwerbs- und Berufsunfähigkeit s. Anm. 134. Der in den Beiträgen zur gesetzlichen Rentenversicherung enthaltene Anteil zur Absicherung des Erwerbsminderungsrisikos (das Berufsunfähigkeitsrisiko ist für jüngere Versicherte nicht mehr abgedeckt) fällt unter Nr. 2 Buchst. a; entsprechende Beitragsanteile bei privaten kapitalgedeckten Altersversicherungen fallen unter Nr. 2 Buchst. b.

Abgrenzung zu Betriebsausgaben/Werbungskosten: Wenn weit überwiegend berufsbedingte Erwerbsunfähigkeitsrisiken abgedeckt werden, ist der Abzug als BA/WK vorrangig; ansonsten handelt es sich um SA (BFH v. 15.6.2005 – VI B 64/04, BFH/NV 2005, 1796). Beiträge zu einer „Loss of Licence“-Versicherung für Berufspiloten, die das Risiko krankheitsbedingter Fluguntauglichkeit und damit der Berufsunfähigkeit abdeckt, stellen SA dar, weil auch Berufsunfähigkeitsursachen aus der Privatsphäre erfasst sind (BFH v. 13.4.1976 – VI R 87/73, BStBl. II 1976, 599).

Rechtslage bis VZ 2004: Beiträge zu Erwerbs- und Berufsunfähigkeitsversicherungen waren zwar nicht ausdrücklich in Nr. 2 aF erwähnt, konnten aber idR als Beiträge zu „Rentenversicherungen“ iSd. Nr. 2 Buchst. b aF abgezogen werden, wenn die Verträge entsprechend ausgestaltet waren (s. WEIDEMANN/SÖFFING, DB 1999, 2133).

IV. Unfallversicherungen

175

Begriff: Versichertes Risiko ist hier der Eintritt von Verletzungs- oder Todesfolgen aufgrund eines Unfalls. Unfall ist ein plötzlich von außen auf den Körper einwirkendes Ereignis, durch das der Versicherte unfreiwillig eine Gesundheitsbeschädigung erleidet (für private Unfallversicherungen § 1 Abs. 3 AUB 2004, für die gesetzliche Unfallversicherung § 8 Abs. 1 Satz 2 SGB VII). Die Versicherungsleistungen können sowohl in der Zahlung von Renten- oder Kapitalbeträ-

gen als auch in der Übernahme von Behandlungskosten (insoweit kann es zu Überschneidungen mit den Krankenversicherungen kommen) bestehen. Im Ergebnis sind von § 10 nur Beiträge zu *privaten* Unfallversicherungen (§§ 178–191 VVG 2008; §§ 179–185 VVG aF) erfasst, da die Beiträge zur gesetzlichen Unfallversicherung nach dem SGB VII allein vom ArbG getragen werden (der Versicherte hat daher keine Aufwendungen; beim ArbG stellen die Beiträge BA dar). Hier ist die Begünstigung *Dritter* aus dem vom Versicherungsnehmer abgeschlossenen Vertrag relativ häufig (zB Insassen-Unfallversicherung; Unfallversicherung zugunsten der eigenen Kinder), was dem SA-Abzug nicht entgegen steht, sofern der Versicherungsnehmer den Beitrag selbst trägt (s. Anm. 37). Bei der Unfallversicherung mit Prämienrückgewähr, die eine Kombination aus Unfall- und Kapitallebensversicherung darstellt (BFH v. 11.1.1963 – VI 18/60 U, BStBl. III 1963, 234; v. 5.8.1965 – IV 42/65 S, BStBl. III 1965, 650), ist nur der auf den Unfallversicherungsschutz entfallende Teil der Prämie begünstigt. Nach BMF v. 30.1.2008, BStBl. I 2008, 390 Rn. 50 sollen derartige Prämien hingegen wohl *insgesamt* nicht abziehbar sein, was uE jedenfalls dann unzutreffend ist, wenn die Möglichkeit einer Aufteilung gegeben ist.

Abgrenzung zu Betriebsausgaben/Werbungskosten: Die Beiträge stellen BA/WK dar, wenn die Versicherung ausschließlich oder ganz überwiegend betriebliche oder berufliche Unfallrisiken abdeckt (zB Betriebsunfälle; Insassen-Unfallversicherung für einen zum BV gehörenden Pkw, dazu BFH v. 18.11.1971 – IV R 132/66, BStBl. II 1972, 277) oder der private Charakter einer allg. Unfallversicherung wegen besonders hoher betrieblicher Unfallgefahren völlig zurücktritt (BFH v. 10.11.1988 – IV R 15/86, BFH/NV 1989, 499). Ansonsten handelt es sich um SA (BFH v. 6.2.1992 – IV R 30/91, BStBl. II 1992, 653).

Die Möglichkeit zur Behandlung einer *allg.* Unfallversicherung als gewillkürtes BV wird von der Rspr. bejaht, wenn der Betriebsinhaber aufgrund zahlreicher betrieblicher Pkw-Fahrten ein erhöhtes Unfallrisiko hat (BFH v. 8.4.1964 – VI 343/62 S, BStBl. III 1964, 271; v. 5.8.1965 – IV 42/65 S, BStBl. III 1965, 650; uE zweifelhaft). Im Gegenzug gehören die Versicherungsleistungen dann zu den Betriebsentnahmen (bei sowohl betrieblich als auch privat genutzten Pkw ist für Leistungen aus einer Insassen-Unfallversicherung allerdings danach zu differenzieren, ob sich der Unfall auf einer Betriebs- oder Privatfahrt ereignet hat, vgl. BFH v. 15.12.1977 – IV 78/74, BStBl. II 1978, 212).

Die FinVerw. lässt bei einer allg. Unfallversicherung von ArbN eine Aufteilung zwischen WK und SA zu; im Zweifel kann der WK-Anteil auf 50 % des Gesamtbeitrags geschätzt werden (so auch BFH v. 11.12.2008 – VI R 9/05, BStBl. II 2009, 385 unter II.3.b). Allerdings können die Leistungen aus der Unfallversicherung für berufliche Unfälle dann zu den stpfl. Einnahmen aus nichtselbständiger Arbeit gehören (Einzelheiten in BMF v. 17.7.2000, BStBl. I 2000, 1204).

Pauschalversteuerung: Schließt der ArbG für seine ArbN eine Gruppen-Unfallversicherung auch für private Unfälle ab, kann der darin liegende geldwerte Vorteil pauschal versteuert werden (§ 40b Abs. 3); dieser Teil des Arbeitslohns bleibt bei der Veranlagung des ArbN außer Ansatz (§ 40b Abs. 4 Satz 1 i.V.m. § 40 Abs. 3 Satz 3). Wegen Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 lässt die FinVerw. dann beim ArbN keinen SA-Abzug zu; uE ist dies unzutreffend (s. Anm. 305).

Begriff: Haftpflichtversicherungen gleichen Leistungen aus, die der Versicherungsnehmer aufgrund seiner rechtl. Verantwortlichkeit für den Schaden eines Dritten an diesen zu erbringen hat (vgl. § 100 VVG). Neben der Privathaftpflichtversicherung gibt es zahlreiche Sonderformen zur Abdeckung spezieller

Risiken, zB Kfz-Haftpflichtversicherung nach dem Pflichtversicherungsg, Tier- (insbes. Hunde-) und Jagdhaftpflichtversicherungen. Auch Beiträge zu solchen Versicherungen sind abziehbar. Die Haftpflichtversicherung ist die einzige *Schadensversicherung*, die in den Katalog der Nr. 3a aufgenommen worden ist; bei allen anderen dort genannten Versicherungsarten handelt es sich um *Personenversicherungen*. Ihren Grund findet diese Sonderstellung in der existenziellen Bedeutung, die Haftpflichttrisiken haben können.

Abgrenzung zu Betriebsausgaben/Werbungskosten: Beiträge zu Berufshaftpflichtversicherungen, die berufliche Risiken abdecken (zB bei Rechtsanwälten, StBeratern, Ärzten), stellen BA/WK dar (RFH v. 12.7.1933, RStBl. 1933, 1115). Beiträge zur Kfz-Haftpflichtversicherung für ein sowohl betrieblich (beruflich) als auch privat genutztes Fahrzeug sind entsprechend der Nutzungsanteile aufzuteilen. Die FinVerw. verzichtet aus Vereinfachungsgründen auf eine Aufteilung, soweit für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte bzw. Familienheimfahrten im Rahmen einer doppelten Haushaltsführung die Entfernungspauschalen nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4, 5 angesetzt werden (R 10.5 Satz 2 EStR 2008/R 88 Abs. 2 Satz 2 EStR 2003; für Aufteilung hingegen noch BFH v. 25.3.1977 – VI R 96/74, BStBl. II 1977, 693). Lediglich *sonstige* berufliche Fahrten (oder der bei Behinderten gem. § 9 Abs. 2 Satz 3 zulässige Ansatz der tatsächlichen Kosten für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte) erfordern eine Aufteilung.

VI. Risikoversicherungen, die nur für den Todesfall eine Leistung vorsehen

177

Begriff: Ab VZ 2005 sind nur noch reine Risiko-Lebensversicherungen (zivilrechtl. Regelungen in §§ 150–171 VVG 2008; §§ 159–178 VVG aF) begünstigt. Eine Leistung (Kapital- oder Rentenzahlung) darf ausschließlich für den Todesfall vorgesehen sein. Als „Risikoversicherung“ ist ein solcher Vertrag dadurch gekennzeichnet, dass die Versicherungsleistung nur fällig wird, wenn der Tod *bis zu einem bestimmten Zeitpunkt* eintritt. Die Versicherung dient nur der Vorsorge für den Fall eines unerwartet frühen Todes, nicht aber der Vermögensbildung. In diesen Fällen kommt es auf die Beitragszahlungsweise (einmalige oder laufende Beiträge) und die Laufzeit der Versicherung (auch bei sehr kurzer Laufzeit) nicht an. Auch der Einsatz einer solchen Versicherung zur Darlehenssicherung steht dem SA-Abzug nicht entgegen; die frühere einschränkende Regelung des § 10 Abs. 2 Satz 2 aF (s. Anm. 195) war auf reine Risiko-Lebensversicherungen nicht anwendbar.

Das VVG enthält einige besondere Begriffsbestimmungen für Lebensversicherungen: So muss der Versicherungsnehmer (dh. der Vertragspartner des Versicherungsunternehmens und damit derjenige, die allein Beiträge als SA abziehen kann) nicht mit der Person identisch sein, auf dessen Leben die Versicherung abgeschlossen wird (§ 150 Abs. 1 VVG). Bezugsberechtigter ist diejenige Person, der die Versicherungsleistung bei Eintritt des Versicherungsfalles ausgezahlt werden soll (§§ 159 ff. VVG). Der Versicherungsnehmer kann eine solche Person benennen, muss es aber nicht. Im letztgenannten Fall sind dann seine Erben die Bezugsberechtigten aus einer Risiko-Lebensversicherung.

Keine Begünstigung von Todesfallversicherungen mit Sparanteil: Von den begünstigten Risikoversicherungen zu unterscheiden sind Todesfallversicherungen mit Sparanteil, die beim Tod des Versicherten unabhängig davon, zu welchem Zeitpunkt dieser eintritt, eine Leistung vorsehen (insbes. viele der sog.

Sterbekassen). Diese Varianten sind – ebenso wie die weiteren bis VZ 2004 in Nr. 2 Buchst. b aF genannten Formen der Lebensversicherung (Kapital- und Rentenversicherungen, die auch für den Erlebensfall eine Leistung vorsehen) – nur noch bei Altverträgen begünstigt (s. Anm. 190 ff.). Dies ist sachgerecht, da Versicherungen mit Sparanteil nicht nur Vorsorge-, sondern auch Kapitalanlagecharakter haben, das Tätigen von Kapitalanlagen nach der Systematik des EStG als reine Vermögensumschichtung aber nicht zu „Aufwendungen“ führt.

Abgrenzung zu Betriebsausgaben/Werbungskosten: Weil das versicherte Risiko ein privates ist, sind die Beiträge keine BA/WK, sofern die Versicherung auf das Leben des Stpfl., eines Mitunternehmers oder eines nahen Angehörigen abgeschlossen wird (BFH v. 21.5.1987 – IV R 80/85, BStBl. II 1987, 710); entsprechend gehören die Versicherungsleistungen nicht zu den stbaren Einnahmen. Dies gilt auch dann, wenn die Versicherung zur Absicherung eines der Einkünfteerzielung dienenden Kredits abgeschlossen wird.

BFH v. 29.10.1985 – IX R 56/82, BStBl. II 1986, 143; v. 29.10.1985 – IX R 61/82, BStBl. II 1986, 260; v. 28.1.1986 – IX R 70/82, BFH/NV 1986, 334; v. 11.5.1989 – IV R 56/87, BStBl. II 1989, 657 (auch beim Abschluss durch eine PersGes.); v. 10.4.1990 – VIII R 63/88, BStBl. II 1990, 1017; v. 7.8.1990 – IX R 139/86, BFH/NV 1991, 94; v. 13.3.1991 – VIII R 70/89, BFH/NV 1991, 736; v. 6.2.1992 – IV R 30/91, BStBl. II 1992, 653 (auch wenn die Versicherungssumme der Auszahlung eines Teilhabers dienen soll); v. 18.6.1997 – X B 209/96, BFH/NV 1997, 842; v. 11.9.2003 – IX B 75/03, BFH/NV 2004, 43 (die Rechtsfrage ist geklärt); kritisch PRINZ, BB 1986, 712.

Eine Zuordnung zum BV ist jedoch möglich, wenn die Versicherung auf das Leben eines fremden Dritten abgeschlossen wird und Bezugsberechtigter ein Unternehmen (insbes. PersGes., KapGes.) ist (BFH v. 14.3.1996 – IV R 14/95, BStBl. II 1997, 343). Beim Abschluss durch eine KapGes., die auch Bezugsberechtigte ist, sind wegen des Fehlens einer außerbetrieblichen Sphäre auch dann BA gegeben, wenn die Versicherung auf das Leben von Gesellschaftern abgeschlossen wird; die Versicherungssumme stellt dann BE dar (BFH v. 25.10.2006 – I B 120/05, BFH/NV 2007, 502). Zur Behandlung von Versicherungen, die durch eine KapGes. zugunsten eines ihrer ArbN (insbes. des Geschäftsführers) abgeschlossen werden, s. OFD Düss. v. 7.5.2003, DStR 2003, 1299.

178–179 Einstweilen frei.

180

C. Nicht begünstigte Versicherungsparten

Da die Aufzählung in Nr. 3a abschließend ist, sind alle dort nicht aufgeführten Versicherungsparten nicht begünstigt. Dies gilt insbes. für

- Hausratversicherungen,
- Kasko-Versicherungen,
- sonstige Sachversicherungen nach §§ 74–99, 142–149 VVG 2008 (insbes. Feuer- und Hagelversicherung); soweit die versicherte Sache (zB ein vermietetes Gebäude) der Einkünfteerzielung dient, sind die Beiträge BA/WK,
- Rechtsschutzversicherungen (§§ 125–129 VVG 2008; §§ 158l–158o VVG aF). Die Aufteilung der Aufwendungen für eine allg. Rechtsschutzversicherung in WK/BA einerseits und Lebenshaltungskosten andererseits kommt grds. nicht in Betracht (BVerfG v. 7.8.1985 – 1 BvR 707/85, HFR 1987, 34); eine Ausnahme gilt insoweit für Kfz-Rechtsschutzversicherungen (BMF v. 9.8.1957, BB 1957, 1173; FM Ba.-Württ. v. 20.11.1984, DStR 1986, 563; OFD Hannover v. 29.9.1987, DStR 1988, 115); die Rspr. lässt eine Aufteilung darüber hinaus auch zu, wenn der Versicherer die beruflichen und

- privaten Anteile anhand seiner Prämienkalkulation bescheinigt (BFH v. 31.1.1997 – VI R 97/94, BFH/NV 1997, 346),
- Versicherungen auf den Erlebens- und Todesfall (§§ 150–171 VVG 2008; §§ 159–178 VVG aF). Ausnahmen gelten für reine Risiko-Lebensversicherungen (Nr. 3a, s. Anm. 177) und für Versicherungsverträge, die die Voraussetzung der Übergangsregelung (Nr. 3 Buchst. b, s. Anm. 190 ff.) erfüllen.

Einstweilen frei.

181–189

D. Übergangsregelung für Renten- und Kapitalversicherungen, die vor 2005 abgeschlossen wurden (Nr. 3a Halbs. 2)

Schrifttum: WACKER, Zur einkommensteuerrechtlichen Behandlung der für Finanzierungszwecke eingesetzten Lebensversicherungen nach dem Steueränderungsgesetz 1992, DB 1993, Beil. 4; LÜBBERT, Die Abhängigkeit der Lebensversicherung als Finanzierungsinstrument vom Investitionsobjekt, BB 1996, 2273; REUTER, Die Lebensversicherung im Steuerrecht, 9. Aufl. 1997; HORLEMANN, Ertragsteuerliche Behandlung von Dread-Disease-Versicherungen, BB 1998, 1816; SCHMITZ, Private Rentenversicherungen im Einkommensteuerrecht, FR 1998, 713; HORLEMANN, Steuerfragen bei der privaten, insbesondere fondsgebundenen Lebens- und Rentenversicherung, FR 2000, 749; HORLEMANN, Vermögensübertragung mit Lebensversicherungen, DStZ 2000, 845; HORLEMANN, Verwaltungsanweisungen zur „Finanzierung unter Einsatz von Lebensversicherungen“ – neue Fragestellungen, DStR 2001, 337; HESSLER/MOSEBACH, Begünstigung von Lebensversicherungen, die zur Besicherung von Darlehen für die Finanzierung von anschaffungsnahem Aufwand dienen, DStR 2001, 1244; WÄLTERMANN, Finanzierungen unter Einsatz von Lebensversicherungsansprüchen im Hinblick auf das Alterseinkünftegesetz – Handlungsbedarf zum Jahresende?, DStR 2004, 2029.

I. Regelungsinhalt und verfassungsrechtliche Beurteilung

190

Beiträge zu den nach Nr. 2 Buchst. b Doppelbuchst. bb-dd in der bis 2004 geltenden Fassung begünstigten Renten- und Kapitalversicherungen, die auch im Erlebensfall eine Leistung vorsehen, sind für Neuverträge nicht mehr begünstigt, sofern der Vertrag nicht die besonderen Voraussetzungen nach Nr. 2 Satz 1 Buchst. b nF (private Altersvorsorge) erfüllt. Zugleich entfällt auch die StFreiheit der Kapitalerträge aus derartigen Verträgen (§ 20 Abs. 1 Nr. 6). Bei der früheren Regelung handelte es sich um eine Sozialzwecknorm, die die Zukunftssicherung fördern und die volkswirtschaftlich erwünschte Ansammlung von Kapital begünstigen sollte (BFH v. 30.10.1959 – VI 97/59 U, BStBl. III 1960, 46; v. 11.1.1963 – VI 237/59 U, BStBl. III 1963, 138). Wegen der Ungleichbehandlung zu anderen – stl. nicht begünstigten Sparformen – und der dadurch bedingten Fehlleitung von Kapital in Lebensversicherungen ist die Abschaffung der Privilegierung zu begrüßen.

Übergangsregelung für Altverträge: Für Altverträge (Beginn der Laufzeit vor dem 1.1.2005 und Entrichtung eines Beitrags bis zum 31.12.2004, s. Anm. 192) besteht jedoch die Möglichkeit, die Beiträge als „sonstige Vorsorgeaufwendungen“ mit der Folge der Anwendung des – allerdings sehr geringen und meist schon durch andere Aufwendungen ausgeschöpften – Höchstbetrags des Abs. 4 für die gesamte weitere Vertragslaufzeit geltend zu machen. Insoweit gilt auch die StBefreiung der Kapitalerträge fort (§ 52 Abs. 36 Satz 5 EStG 2005). Indes gelten auch die früheren, den SA-Abzug einschränkenden Sonderregelungen fort (s. Anm. 193). Gleiches gilt für die Regelung zur Nachversteuerung im Fall des Einsatzes zur Tilgung oder Sicherung der genannten Darlehen (s. Anm. 420 ff.).

Verfassungsrechtliche Beurteilung: Der Gesetzgeber war zur Schaffung dieser sehr großzügigen Vertrauensschutzregelung frei; sie war verfassungsrechtlich jedoch nicht geboten. Dies gilt um so mehr, als es für diese Altverträge einerseits bei der vollständigen StFreiheit der Erträge nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 aF bleibt (sogar für solche Erträge, die erst in der Zeit ab 2005 erwirtschaftet werden), andererseits aber auch Altverträge im Fall der Verrentung in den Genuss der erheblichen Absenkung der Ertragsanteile ab VZ 2005 (§ 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a) kommen. Zudem brachte das AltEinkG einen grundlegenden Systemwechsel mit sich, der hier auch größere Übergangsregelungen gerechtfertigt hätte, zumal es angesichts der StFreiheit der Erträge nicht zu Doppelbesteuerungen kommen kann. Auch die (mit Wirkung ab VZ 2004 vorgenommene) Einschränkung des Abzugs auf 88 % der Beiträge durch Nr. 2 Buchst. b Satz 2 aF war – verfassungsrechtlich unbedenklich – ohne Übergangsregelung auf Altverträge anwendbar, so dass es verwundert, dass der Gesetzgeber ab VZ 2005 für Jahrzehnte eine komplizierte Zweigleisigkeit angeordnet hat.

191 II. Von der Übergangsregelung erfasste Versicherungsvertragsarten

Rentenversicherungen ohne Kapitalwahlrecht (Nr. 2 Buchst. b Doppelbuchst. bb aF): Hier handelt es sich um reine Rentenversicherungen, die sich von den nach Nr. 3 Buchst. a nF begünstigten Risiko-Versicherungen dadurch unterscheiden, dass auch im Erlebensfall eine Leistung erbracht wird. Beitragszahlungsweise (einmalig oder laufend) und Vertragsdauer sind hier ohne Bedeutung. Unter diesen Tatbestand fallen auch bestimmte Formen der Berufs- und Erwerbsunfähigkeitsversicherung (BMF v. 9.8.1999, DStR 1999, 1696). Zu den Begriffsbestimmungen nochmals ausf. BMF v. 22.12.2005, BStBl. I 2006, 92.

Rentenversicherungen mit Kapitalwahlrecht (Nr. 2 Buchst. b Doppelbuchst. cc aF): Diese Versicherungsprodukte unterscheiden sich von den vorstehend beschriebenen dadurch, dass dem Versicherungsnehmer zusätzlich das Recht eingeräumt wird, beim Eintritt des Versicherungsfalls (idR nach Ablauf einer bestimmten Zeitdauer) zwischen der Zahlung einer Rente und einer einmaligen Kapitalauszahlung zu wählen. Die Begünstigung dieser Produkte erfordert die Erfüllung zweier weiterer Voraussetzungen (vgl. auch die umfangreichen Einzelregelungen und Nachweise in BMF v. 22.8.2002, BStBl. I 2002, 827):

► *Laufende Beitragsleistung:* Daran fehlt es vor allem bei Zahlung eines Einmalbeitrags; es steht dem Abzug jedoch nicht entgegen, wenn die Höhe der laufenden Beiträge nicht konstant ist. Die FinVerw. hielt es für ausreichend, wenn mindestens fünf Jahre lang laufende Beitragsleistungen vorgenommen wurden (BMF v. 20.6.1990, BStBl. I 1990, 324; zur Beitragsleistung aus einem Prämiendepot s. Anm. 41).

► *Das Kapitalwahlrecht kann nicht vor Ablauf von zwölf Jahren seit Vertragsabschluss ausgeübt werden:* Hierbei ließ die FinVerw. eine bis zu dreimonatige Rückdatierung des Versicherungsscheins zu (BMF v. 7.2.1991, BStBl. I 1991, 214).

Da das Kapitalwahlrecht nach den üblicherweise vereinbarten Versicherungsbedingungen nur bis zu einer bestimmten Zeit vor der Fälligkeit der ersten Rentenzahlung ausgeübt werden kann, ist eine Versicherung, bei der die Rentenzahlung nach 12 Jahren beginnen soll und das Kapitalwahlrecht spätestens drei Monate vor Fälligkeit der ersten Rentenzahlung ausgeübt werden muss, nicht begünstigt. Für Verträge, die vor dem 1.10.1996 abgeschlossen worden sind, lässt es die FinVerw. aus Billigkeitsgründen jedoch ausreichen, wenn die Kapitalauszahlung frühestens *zu einem Zeitpunkt* nach Ablauf von 12 Jahren seit Vertragsschluss verlangt werden kann (H 10.5 EStH 2008 „Kapital-

wahlrecht“ iVm. Abschn. 88 Abs. 1 Satz 4 EStR 1987). Bei Verträgen, die nach diesem Zeitpunkt abgeschlossen worden sind, genügt es, wenn das Kapitalwahlrecht frühestens fünf Monate vor Beginn der Rentenzahlung ausgeübt werden kann, selbst wenn die Rentenzahlung bereits 12 Jahre nach Vertragsschluss beginnen soll (BMF v. 26.7.1996, BStBl. I 1996, 1120).

Auch in der Abtretung der Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag zur Sicherung oder Tilgung eines Darlehens ist eine Ausübung des Kapitalwahlrechts zu sehen.

Kapitalversicherungen mit Sparanteil (Nr. 2 Buchst. b Doppelbuchst. dd aF): Die Versicherungsleistung besteht hier ausschließlich in der Zahlung einer Kapitalsumme, nicht in einer Rentenzahlung. Die Begünstigung setzt ebenfalls laufende Beitragsleistung und einen Vertragsschluss für die Dauer von mindestens zwölf Jahren voraus. Wird die Laufzeit nachträglich verlängert, ohne dass dies im ursprünglichen Vertrag vorgesehen war, handelt es sich stl. um einen neuen Vertrag; die weitere Begünstigung ist dann davon abhängig, dass der *neue* Vertrag eine Mindestlaufzeit von zwölf Jahren aufweist (BFH v. 6.7.2005 – VIII R 71/04, BStBl. II 2006, 53; ausf. zu Vertragsänderungen auch BMF v. 22.8.2002, BStBl. I 2002, 827). Neben der allg. Kapitalversicherung hat die Versicherungswirtschaft spezielle Varianten entwickelt (zB Ausbildungs-, Aussteuer-, ErbSt-Versicherung), die ebenfalls unter diesen Tatbestand fallen. Die FinVerw. hat auch Versicherungen, die für bestimmte schwere Erkrankungen eine vorgezogene Leistung vorsehen (Dread-Disease-Versicherungen), unter diesen Tatbestand gefasst (BMF v. 26.2.1996, BStBl. I 1996, 123; v. 12.9.1997, BStBl. I 1997, 825; dazu HORLEMANN, BB 1998, 1816).

Mindestquote für Todesfallschutz: Nach Auffassung der FinVerw. fallen kapitalbildende Lebensversicherungen, die nach dem 31.3.1996 abgeschlossen wurden, nur dann unter die Begünstigung nach Nr. 2 Buchst. b Doppelbuchst. bb-dd aF, wenn der Todesfallschutz während der gesamten Vertragslaufzeit mindestens 60 % der Beitragssumme beträgt (BMF v. 6.3.1996, BStBl. I 1996, 124; v. 6.12.1996, BStBl. I 1996, 1438; R 88 Abs. 1 EStR 2003). Dem ist zuzustimmen, weil es sich sonst nicht mehr um eine „Versicherung“, sondern um ein Sparprodukt handeln würde und für die Begünstigung keine Rechtfertigung erkennbar wäre.

III. Zeitliche Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Übergangsregelung

192

Beiträge zu den genannten Altverträgen bleiben begünstigt, wenn die Laufzeit der Versicherung vor dem 1.1.2005 begonnen hat *und* ein Versicherungsbeitrag bis zum 31.12.2004 entrichtet wurde. Das letztgenannte Kriterium schließt den – bei anderen Übergangsregelungen durchaus vorhandenen – Anreiz zur Vornahme von Rückdatierungen zuverlässig aus.

Die Übergangsregelung zur korrespondierenden StBefreiungsvorschrift des § 20 Abs. 1 Nr. 6 (§ 52 Abs. 36 Abs. 5) unterscheidet sich von der in Nr. 3 Buchst. b getroffenen Regelung insofern, als die StFreiheit bereits dann gewährt wird, wenn der Vertrag vor dem 1.1.2005 abgeschlossen wurde. Auf die Entrichtung eines Versicherungsbeitrags kommt es dort also nicht an.

Wird die Versicherungssumme ab dem VZ 2005 erhöht, sind die Beiträge *insgesamt* nicht mehr abziehbar. Denn die Erhöhung der Versicherungssumme stellt den Abschluss eines Versicherungsvertrags mit anderem Inhalt dar.

IV. Weitere Anwendung der für den Abzug dieser Beiträge bis 2004 geltenden Sonderregelungen

193 1. Sonderregelungen nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2–6 aF

Begrenzung des Abzugs auf 88 % der Beiträge (Nr. 2 Satz 2 aF): Seit VZ 2004 sind Beiträge zu Rentenversicherungen mit Kapitalwahlrecht und reinen Kapitalversicherungen nur noch zu 88 % als Vorsorgeaufwendungen abziehbar; Rentenversicherungen *ohne* Kapitalwahlrecht sind von dieser Einschränkung nicht betroffen.

Erweiterung für Bürger der ehemaligen DDR (Nr. 2 Sätze 3 und 4 aF): Bei Verträgen, die mindestens 48 Jahre alte Personen, die am 31.12.1990 in der ehemaligen DDR wohnhaft waren, bis zum 31.12.1996 abgeschlossen hatten, ver kürzte sich die Mindestvertragsdauer von zwölf Jahren um bis zu sechs Jahre.

Ausschluss fondsgebundener Lebensversicherungen (Nr. 2 Satz 5 aF): Bei diesen Produkten wird der Sparanteil in Investmentfonds angelegt. Dies kann bei günstiger Börsenentwicklung zu einer besseren Rendite führen; im Gegenzug muss der Anleger aber jedenfalls im Erlebensfall auf *garantierte* Versicherungsleistungen – die ansonsten für Renten- und Kapitalversicherungen kennzeichnend sind – verzichten. Dieser bereits seit VZ 1975 geltende Ausschlussstatbestand wurde zu Recht damit begründet, dass derartige Produkte eine besondere Nähe zu (stl. nicht begünstigten) reinen Kapitalansammlungsverträgen aufweisen (FinAussch., BTDrucks. 7/2180, 21). Auch Beiträge zu einer mit der fondsgebundenen Lebensversicherung gekoppelten Berufsunfähigkeits-*Zusatz*versicherung sind vom Abzug ausgeschlossen (OFD Düss. v. 30.8.1976, DB 1976, 1794).

Ausschluss bei entgeltlichem Erwerb (Nr. 2 Satz 6 aF): Von der Begünstigung sind seit VZ 1997 (§ 52 Abs. 12 Satz 2 EStG 1997 = § 52 Abs. 24 Satz 2 EStG 2004) solche Versicherungen ausgeschlossen, bei denen der Stpfl. Ansprüche aus einem von einer anderen Person abgeschlossenen Vertrag entgeltlich erworben hat (mit einer Unterausnahme für arbeits-, erb- oder familienrechtl. Abfindungen). Der Gesetzgeber wollte damit sicherstellen, dass nicht eine kurzfristige Geldanlage, sondern nur die langfristige Zukunftsvorsorge begünstigt wird (BTDrucks. 13/5952, 46).

Nach der Rspr. zur Rechtslage vor Schaffung dieser ausdrücklichen gesetzlichen Regelung war im Eintritt des Stpfl. als neuer Versicherungsnehmer in einen von einem Dritten geschlossenen Vertrag hingegen kein neuer Vertragsabschluss zu sehen, sofern der sonstige Vertragsinhalt unverändert blieb. Für die Ermittlung der Mindestlaufzeit war damit auf die gesamte Vertragsdauer – und nicht allein auf den Zeitraum, in dem der Stpfl. Versicherungsnehmer ist – abzustellen (BFH v. 9.5.1974 – VI R 137/72, BStBl. II 1974, 633).

Beim Veräußerer ist der Veräußerungserlös nicht stbar; dies gilt auch, soweit er die eingezahlten und als SA abgezogenen Beiträge übersteigt. Auch eine Nachversteuerung der abgezogenen Beiträge findet nicht statt (BMF v. 12.9.1997, BStBl. I 1997, 825).

Allerdings wird dieser in Nr. 2 *Satz 6* aF enthaltene Ausschlussstatbestand vom Wortlaut der Übergangsregelung der Nr. 3 Buchst. b Satz 2 nF erst seit einer Änderung durch das JStG 2007 mit Wirkung ab VZ 2007 erfasst. Für die VZ 2005 und 2006 verwies die Übergangsregelung lediglich auf Nr. 2 Sätze 2 *bis* 5 aF. Dabei handelte es sich jedoch um ein redaktionelles Versehen, das durch eine erweiternde Auslegung entsprechend dem Sinn der Übergangsregelung zu korrigieren war:

Der Entwurf des AltEinkG, mit dem die Übergangsregelung geschaffen wurde (BTDrucks. 15/2150 v. 9.12.2003, 6), wurde zu einer Zeit formuliert, als Nr. 2 aF aus lediglich fünf Sätzen bestand; der heutige Satz 6 war damals Satz 5. Erst während des Gesetzgebungsverfahrens zum AltEinkG (durch die Beschlussempfehlung des Verm.-Aussch. zum HBeglG 2004 v. 16.12.2003, BTDrucks. 15/2261, 5) wurde in Nr. 2 aF ein neuer Satz 2 eingefügt (Begrenzung des Abzugs auf 88 % der Beiträge); die bisherigen Sätze 2–5 wurden zu den Sätzen 3–6. Der Entwurf des AltEinkG wurde jedoch ebenso wenig an diese „überholende“ Gesetzesänderung angepasst wie die bereits im Gesetz befindliche Übergangsregelung des § 52 Abs. 24 Sätze 1 und 2 aF. Es kann aber ausgeschlossen werden, dass der Gesetzgeber die bereits seit längerer Zeit abgeschaffte Begünstigung entgeltlich erworbener Lebensversicherungen wieder einführen wollte. Dies gilt selbst unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der Gesetzgeber durch das EURLUMsG v. 9.12.2004 (BGBl. I 2004, 3310; BStBl. I 2004, 1158) das vergleichbare redaktionelle Versehen in der Übergangsregelung zu § 20 Abs. 1 Nr. 6 (§ 52 Abs. 36 Satz 5) bereinigt, die parallele Problematik in § 10 aber erneut übersehen hat.

Einstweilen frei.

194

2. Beschränkungen nach § 10 Abs. 2 Satz 2 aF

a) Überblick

195

Beiträge zu den in Anm. 191 genannte Versicherungsarten können gem. Abs. 2 Satz 2 aF nicht abgezogen werden, wenn die Ansprüche aus den Verträgen im Erlebensfall der Tilgung oder Sicherung eines Darlehens dienen, dessen Finanzierungskosten BA oder WK sind. Diese Regelung ist – auch bei bereits bestehenden Verträgen (FG Münster v. 27.6.2000, EFG 2001, 23, rkr.) – auf Abtretungen nach dem 13.2.1992 anwendbar (§ 52 Abs. 24 Satz 3 EStG 2004). Sie soll eine Doppelbegünstigung vermeiden, die zuvor dadurch eintrat, dass bei Versicherungen, die im Bereich der Einkunftserzielung eingesetzt werden, einerseits die Beiträge als SA abgezogen werden konnten, andererseits aber die Erträge nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 aF stfrei waren. Ihre eigentliche Bedeutung liegt nicht in der Versagung des SA-Abzugs (hier waren die Höchstbeträge häufig ohnehin schon ausgeschöpft), sondern in dem parallelen Ausschluss der StFreiheit der – idR erheblichen – Zinserträge nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 3 aF.

Zahlreiche Einzelerläuterungen zu Abs. 2 Satz 2 aF sind in den nachstehend aufgeführten Verwaltungsanweisungen enthalten: BMF v. 19.5.1993, BStBl. I 1993, 406 (Anwendungsschreiben; dazu ausf. WACKER, DB 1993, Beil. 4); v. 14.6.1993, BStBl. I 1993, 484 (Verlängerung der Übergangsregelung); v. 2.11.1993, BStBl. I 1993, 901 (umfangreiche Ergänzungen zum Anwendungsschreiben); v. 6.5.1994, BStBl. I 1994, 311 (Einräumung eines unwiderruflichen Bezugsrechts auf den Todesfall); v. 26.9.1994, BStBl. I 1994, 749 (weitere Ergänzungen zum Anwendungsschreiben); v. 15.6.2000, BStBl. I 2000, 1118 (Zusammenfassung der bisher ergangenen BMF-Schreiben). Eine ausführliche und aktuelle Kommentierung findet sich bei KSM/SÖHN, § 10 Rn. P 1–284.

b) Voraussetzungen für das Abzugsverbot

196

Das Abzugsverbot tritt ein, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

Erfasste Versicherungsarten: Es muss sich um Renten- oder Kapitalversicherungen iSd. Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b Doppelbuchst. bb–dd handeln (Einzelheiten s. Anm. 191). Reine Risikoversicherungen werden von dem Ausschlussstatbestand daher nicht erfasst.

Die Ansprüche dienen im Erlebensfall der Tilgung oder Sicherung eines Darlehens: Im Regelfall wird es sich um eine (dingliche) Abtretung oder Verpfändung der Versicherungsansprüche zugunsten des Darlehensgläubigers handeln; es genügen aber auch entsprechende schuldrechtl. Vereinbarungen. Die Si-

cherung muss für den Erlebensfall bestehen; eine ausschließlich für den Todesfall vereinbarte Sicherung schließt die Begünstigung hingegen nicht aus.

Die Finanzierungskosten sind Betriebsausgaben oder Werbungskosten: Nur in diesem Fall ist der Abzug ausgeschlossen. Wenn es sich bei den Finanzierungskosten hingegen um „private Schuldzinsen“ handelt, bleibt der Abzug möglich. Dadurch fallen insbes. Darlehen zur Finanzierung *selbstgenutzter* Immobilien nicht unter das Abzugsverbot.

197 c) Ausnahmen vom Abzugsverbot

Aus wirtschaftspolitischen Gründen hat der Gesetzgeber statt eines klaren Ausschlussstatbestands zahlreiche Ausnahmen zugelassen, die im Ergebnis in den meisten Fällen weiterhin stwirksame Gestaltungen unter Einsatz von Lebensversicherungen zulassen (zu Recht kritisch KSM/SÖHN, § 10 Rn. P 9). Allerdings legt die Rspr. sämtliche Ausnahmen sehr eng aus (Nachweise im nachfolgenden Text).

Investitionsdarlehen: So bleibt der SA-Abzug möglich, wenn das Darlehen unmittelbar und ausschließlich der Finanzierung von AHK eines WG dient, das dauernd zur Erzielung von Einkünften bestimmt und keine Forderung ist (Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a aF); dies gilt auch bei der Finanzierung anschaffungsnaher Aufwendungen (HESSLER/MOSEBACH, DStR 2001, 1244). Der Einsatz von Lebensversicherungen zur Absicherung von Investitionsdarlehen bleibt also begünstigt. Lediglich die Absicherung der Finanzierung des Erwerbs von Umlaufvermögen (FG Berlin v. 16.8.2004, EFG 2005, 41, rkr.), von Forderungen sowie von Erhaltungsaufwendungen ist nicht begünstigt. Bei der Finanzierung der Beteiligung an einer PersGes. wird man darauf abstellen müssen, welche WG der PersGes. damit mittelbar erworben worden sind.

An der erforderlichen „Unmittelbarkeit“ fehlt es allerdings, wenn das Darlehen zunächst auf ein Baukonto des Stpfl. überwiesen wird und dort bis zur Begleichung der Baukosten zur Erzielung von Festgeldzinsen genutzt wird (BFH v. 13.7.2004 – VIII R 61/03, BFH/NV 2005, 184). Dies gilt selbst dann, wenn der Darlehensbetrag bis zur endgültigen Verwendung auf einem mit nur 0,5 % verzinslichen Girokonto des Stpfl. liegt (BFH v. 27.3.2007 – VIII S 23/06, BFH/NV 2007, 1486; v. 4.7.2007 – VIII R 46/06, BStBl. II 2008, 49); der BFH verweist den „redlichen“ Stpfl. auf den Billigkeitsweg. Die FinVerw. sieht in derartigen Fällen einen Zeitraum von maximal 30 Tagen als unschädlich an; die instanzgerichtliche Rspr. geht teilweise darüber hinaus (FG Rhld.-Pf. v. 27.9.2006, EFG 2007, 1870, nrkr., Rev. Az. BFH VIII R 29/07, m. krit. Anm. ZIMMERMANN, EFG 2007, 1872: 33 Tage).

An der erforderlichen „Ausschließlichkeit“ fehlt es, wenn der Darlehensbetrag höher ist als die AK/HK, und zwar auch dann, wenn der Mehrbetrag der Finanzierung von Zinsvorauszahlungen dient (BFH v. 12.10.2005 – VIII R 19/04, BFH/NV 2006, 288; in dieser Entscheidung hat der BFH zudem offen gelassen, ob er der Billigkeitsregelung in BMF v. 19.5.1993, BStBl. I 1993, 406 Tz. 8; v. 15.6.2000, BStBl. I 2000, 1118 Tz. 15 folgen könnte). Gleiches gilt beim Erwerb von Anteilen an Aktienfonds. Zwar wären die im Fonds-Sondervermögen enthaltenen Aktien unschädlich; dies gilt jedoch nicht für die vom Fonds in Form von Bankguthaben vorgehaltene Liquidität (BFH v. 7.11.2006 – VIII R 1/06, BFHE 215, 486). Eine steuerschädliche „Übersicherung“ ist gegeben, wenn der abgetretene Anspruch aus dem Versicherungsvertrag die Darlehenssumme übersteigt. Maßgebend ist insoweit nicht der aktuelle Rückkaufwert, sondern der Nominalbetrag des Versicherungsanspruchs (BFH v. 12.9.2007 – VIII R 12/07, BStBl. II 2008, 602 unter II.2.b bb).

Zur Behandlung der Veräußerung, Entnahme oder Umwidmung des finanzierten WG s. BMF v. 19.5.1993, BStBl. I 1993, 406 Tz. 17; v. 15.6.2000, BStBl. I 2000, 1118 Tz. 51.

Direktversicherung: Ansprüche aus einer Direktversicherung (zum Begriff s. § 40b Anm. 23) können ebenfalls steuerunschädlich abgetreten werden (Abs. 2 Nr. 2 Buchst. b aF).

Kurzfristige Sicherungen: Eine weitere Ausnahme vom Abzugsverbot gilt, wenn die Sicherung eines betrieblich veranlassten Darlehens sich auf einen Zeitraum von höchstens drei Jahren beschränkt (Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c aF). Der SA-Abzug ist dann allein während dieses Zeitraums ausgeschlossen, lebt für die Folgezeit aber wieder auf. Diese Regelung begünstigt vor allem kurzfristige Betriebsmittelkredite.

Auf die Gewährung eines kurzfristigen Darlehens an eine GmbH, an der der Stpfl. beteiligt ist, ist dieser Ausnahmetatbestand nach seinem Wortlaut nicht anwendbar, weil ein solches Darlehen nicht „betrieblich“, sondern durch die Erzielung von Einkünften aus Kapitalvermögen veranlasst ist (BFH v. 13.7.2004 – VIII R 52/03, BFH/NV 2005, 181).

d) Rechtsfolgen bei schädlicher Verwendung

198

Der SA-Abzug ist grds. für die gesamte Laufzeit des Versicherungsvertrages ausgeschlossen (Ausnahme bei kurzfristigen Betriebsmittelkrediten, bei denen der SA-Abzug nach Beendigung der Sicherung wieder auflebt). Die *vollständige* Ausschlusswirkung tritt auch dann ein, wenn nur ein *Teil* des Darlehens stschädlich verwendet wird (BFH v. 13.7.2004 – VIII R 48/02, BStBl. II 2004, 1060; v. 13.7.2004 – VIII R 52/03, BFH/NV 2005, 181; v. 12.9.2007 – VIII R 12/07, BStBl. II 2008, 602 unter II.2.b bb). Ebenso wird die StFreiheit der Zinsen für den Gesamtbetrag der Zinserträge versagt (§ 20 Abs. 1 Nr. 6 Satz 3 aF); diese Entscheidung wird in einem gesonderten Feststellungsbescheid getroffen (§ 9 VO zu § 180 Abs. 2 AO; BGBl. I 1994, 3834, BStBl. I 1995, 3; dazu BMF v. 27.7.1995, BStBl. I 1995, 371; v. 25.3.2002, BStBl. I 2002, 476). Der in früheren VZ für die Beiträge zu diesem Versicherungsvertrag gewährte SA-Abzug wird im Wege der Nachversteuerung rückgängig gemacht (Abs. 5 aF, s. Anm. 420 ff.); zu diesem Zweck ordnet § 29 EStDV Anzeigepflichten für Sicherungsnehmer, Versicherungsunternehmen und Versicherungsnehmer an (s. Anm. 430).

Einstweilen frei.

199

Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 4: Gezahlte Kirchensteuer

Schrifttum: KIRCHHOF, Die Einkommensteuer als Maßstab der Kirchensteuer, DStZ 1986, 25; TRAXEL, Als Sonderausgaben absetzbare „gezahlte Kirchensteuer“ (§ 10 Abs. 1 Nr. 4 EStG), DStZ 1994, 74; SCHÖN, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des Sonderausgabenabzugs von Kirchensteuerzahlungen (§ 10 Abs. 1 Nr. 4 EStG), DStZ 1997, 385; HAMMER, Zur Kirchlichkeit der Kirchensteuer, StuW 2009, 120.

A. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 4

200

Rechtsentwicklung: Der Abzug gezahlter KiSt. war seit 1922 im EStG vorgesehen; vorangegangen war ein Gutachten des RFH (v. 30.11.1921, RFHE 8, 26), wonach KiSt. nicht als Spenden abziehbar seien. Während der nationalsozialistischen Diktatur wurde der SA-Tatbestand abgeschafft (ab VZ 1939) und im Jahr 1948 wieder eingeführt. Seit 1958 ist er in Nr. 4 enthalten. Danach blieb

die Regelung fast 50 Jahre unverändert, bevor mit dem UntStReformG 2008 v. 14.8.2007 (BGBl. I 2007, 1912; BStBl. I 2007, 630) im Zuge der Einführung der Abgeltungsteuer mit Wirkung ab 2009 die Einschränkung des Halbs. 2 angefügt wurde (Einzelheiten zur Rechtsentwicklung s. Anm. 3, 4).

Rechtfertigung des Abzugstatbestands: Hier werden unterschiedliche Begründungen angeführt. Nach Auffassung von KIRCHHOF, DStZ 1986, 25 (32) soll der Abzug verfassungsrechtl. zwingend geboten sein, weil Nr. 4 der Vermeidung einer unzulässigen Doppelbelastung des Einkommens diene. UE überzeugt dies nicht, denn mit dieser Begründung müssten sämtliche Personensteuern von der Bemessungsgrundlage der ESt. abziehbar sein. Andere berufen sich auf ein „kulturelles oder ethisches Existenzminimum“ (LANG in TIPKE/LANG, Steuerrecht, 19. Aufl. 2008, § 9 Rn. 713; TRAXEL, DStZ 1994, 74 [75]), was allerdings nicht erklären kann, dass kulturelle Ausgaben bei Nicht-Kirchenmitgliedern stl. unberücksichtigt bleiben. Wieder andere Autoren gehen davon aus, dass die Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft (und damit die Minderung der Leistungsfähigkeit durch Zahlung von KiSt.) für große Teile der Bevölkerung noch auf einem weltanschaulichen oder sittlichen Zwang beruhe (KSM/SÖHN, § 10 Rn. G 5) oder die Unvermeidbarkeit dieser Aufwendungen zumindest aus dem Respekt vor dem religiösen Bekenntnis folgen müsse (so das Ergebnis der tiefgehenden Untersuchung von SCHÖN, DStZ 1997, 385). Zwingend ist auch dieser Rechtfertigungsansatz nicht, zumal eine innere Verpflichtung nicht notwendig die estl. Abziehbarkeit der entsprechenden Aufwendungen erfordert. Selbst die von Rechts wegen zwangsweise zu zahlende ESt. ist stl. nicht abziehbar (darauf weist zutreffend auch PELKA, DStJG 5 [1982], 209 [229] hin). UE ist der Abzug verfassungsrechtl. daher nicht geboten (ebenso WERNSMANN, StuW 1998, 317 [326]), gleichwohl aber gerechtfertigt (ohne dass es auf die Höhe des Prozentsatzes der Kirchenmitglieder an der Gesamtbevölkerung ankommt), weil die Kirchen Zwecken dienen, die im stl. Sinne förderungswürdig sind (vgl. § 54 AO; ähnlich STÖCKER in B/B, § 10 Rn. 531; TIPKE, Die Steuerrechtsordnung, 2. Aufl. 2003, 829). Rechtspolitisch bietet es sich allerdings an, den SA-Tatbestand des Abs. 1 Nr. 4 mit dem des § 10b zusammen zu legen.

Abzugsberechtigt ist nur der sich aus den öffentlich-rechtl. Regelungen ergebende StSchuldner, soweit er die KiSt. tatsächlich getragen hat (s. Anm. 37).

Verhältnis zu Betriebsausgaben/Werbungskosten: Auch eine nach dem Gewerbesteuermessbetrag bemessene örtliche KiSt. kann wegen der Anknüpfung an die Kirchenmitgliedschaft des Betriebsinhabers niemals BA sein (BFH v. 4.6.1964 – IV 378/62, HFR 1964, 376).

201–202 Einstweilen frei.

B. Begriff der Kirchensteuer

203 I. Steuern öffentlich-rechtlicher Religionsgemeinschaften

Nach der Rspr. sind KiSt. nur solche Geldleistungen, die von den als Körperschaften des öffentlichen Rechts (KdöR) anerkannten Religionsgemeinschaften von ihren Mitgliedern aufgrund (landes-)gesetzlicher Bestimmungen erhoben werden (BFH v. 19.8.1969 – VI R 261/67, BStBl. II 1970, 11 unter 2.). Dabei greift die Rspr. auf Art. 137 Abs. 6 WRV iVm. Art. 140 GG zurück, wonach nur die als KdöR anerkannten Religionsgemeinschaften KiSt. erheben dürfen. Zur Rechtfertigung der KiSt. ausführlich HAMMER, StuW 2009, 120.

Körperschaften des öffentlichen Rechts: Die Anknüpfung des SA-Abzugs an die im GG selbst enthaltene Einschränkung auf KdöR (dazu auch BFH v. 15.6.1973 – VI R 35/70, BStBl. II 1973, 850) ist verfassungsrechtl. zulässig (BVerfG v. 12.12.1978 – 1 BvR 1168/77, HFR 1979, 159). Zum Erwerb des Status einer KdöR durch eine Religionsgemeinschaft vgl. Art. 137 Abs. 5 WRV.

Kein Sonderausgabenabzug bei Zahlungen an ausländische Religionsgemeinschaften: Durch die Anknüpfung an den Status der KdöR sind KiSt-Zahlungen an ausländ. Religionsgemeinschaften vom Abzug ausgeschlossen (BFH v. 4.6.1975 – I R 250/73, BStBl. II 1975, 708 unter 5.).

Einfachgesetzlich war diese Einschränkung angesichts der – vor allem durch die Entstehungsgeschichte belegten (vgl. ausführlich BFH v. 4.6.1975 – I R 250/73 aaO), im heutigen Wortlaut aber nicht mehr erkennbaren – Anlehnung der Nr. 4 an das deutsche Staatskirchenrecht vertretbar, wenngleich nicht zwingend. Europarechtl. stößt sie jedoch spätestens seit der EuGH-Entscheidung zur Abziehbarkeit von Zuwendungen (§ 10b) an ausländ. gemeinnützige Körperschaften, die vom Wortlaut des § 10b ebenfalls nicht erfasst sind, auf größte Bedenken (vgl. EuGH v. 27.1.2009 – Rs. C-318/07, FR 2009, 230 – Persche). Für Zuwendungen im Ausland lebender Deutscher an dortige Auslandsgemeinden gewährt die FinVerw. jedoch seit jeher einen vereinfachten Spendenabzug (FinMin. Nds. v. 10.12.1984, DB 1985, 311). Hingegen steht es dem SA-Abzug weder bei Nr. 4 noch bei § 10b entgegen, wenn mit KiSt-Zahlungen bzw. Zuwendungen an einen *inländ.* Empfänger Zwecke im Ausland verwirklicht werden.

KiSt-Zahlungen eines *beschränkt* Stpfl. an eine *inländ.* Religionsgesellschaft sind durch § 50 Abs. 1 Satz 4 vom Abzug ausgeschlossen (s. Anm. 14; dort auch zu den europarechtl. Bedenken).

Erhebung aufgrund landesgesetzlicher Bestimmungen: Die StErhebung muss auf den landesrechtl. KiStGesetzen beruhen; diese können allerdings vorsehen, dass sie durch innerkirchliche Regelungen ausgefüllt werden. Beiträge, die ohne eine Anknüpfung an das jeweilige KiStG ausschließlich auf der Satzung einer Religionsgemeinschaft beruhen, sind keine KiSt. (BFH v. 19.8.1969 – VI R 261/67, BStBl. II 1970, 11 unter 2.), ggf. aber Zuwendungen iSd. § 10b.

Erhebung von den Mitgliedern der Religionsgemeinschaften: Wer Mitglied der sterbenden Religionsgemeinschaft ist, bestimmt sich nicht etwa nach staatlichem (Landes-)Recht, sondern nach dem jeweiligen innerkirchlichen Recht (BFH v. 6.10.1993 – I R 28/93, BStBl. II 1994, 253; v. 3.8.2005 – I R 85/03, BStBl. II 2006, 139, jeweils mwN). Dies folgt aus dem kirchlichen Selbstverwaltungsrecht gem. Art. 137 Abs. 3 WRV (BVerfG v. 31.3.1971 – 1 BvR 744/67, BVerfGE 30, 415). Nichtmitgliedern steht der SA-Abzug auch dann nicht zu, wenn bei der Bemessung der von ihnen bezogenen Lohnersatzleistungen ein fiktiver durchschnittlicher KiStAbzug berücksichtigt wird (FG München v. 28.9.2005, EFG 2006, 180, rkr.).

Erhebung von Kirchensteuer: Nicht alle KdöR, die zur Erhebung von KiSt. berechtigt wären, machen von diesem Recht auch tatsächlich Gebrauch. Im Wesentlichen handelt es sich um die römisch-katholische, altkatholische, evangelisch-lutherische und die evangelisch-reformierte Kirche sowie um die jüdischen Kultusgemeinden (insoweit ist der Begriff „Kirche“ zu eng; der Abzug wurde aber bereits von RFH v. 13.7.1932, RStBl. 1932, 853 zugelassen). Vor allem kleinere Religionsgemeinschaften finanzieren sich hingegen nicht durch KiSt., sondern durch Spenden; insoweit hat die FinVerw. eine Billigkeitsregelung geschaffen (s. Anm. 206).

Kirchgeld: Neben der klassischen KiSt., die als Zuschlag zur ESt. und LSt. erhoben wird, gewinnt das Kirchgeld in glaubensverschiedenen Ehen zunehmend an Bedeutung. Es wird von einer wachsenden Zahl von Religionsgemeinschaf-

ten erhoben, wenn der kirchenangehörige Ehegatte keine stpfl. Einkünfte erzielt, der andere Ehegatte aber ein relativ hohes Einkommen erzielt und keiner steuererhebenden Kirche angehört. Persönlich stpfl. ist allein der kirchenangehörige Ehegatte (sonst wäre die Regelung verfassungswidrig; vgl. BVerfG v. 14.12.1965 – 1 BvL 31, 32/62, BVerfGE 19, 226); Bemessungsgrundlage ist aber das *gemeinsame* zu versteuernde Einkommen. Die Höhe des Kirchgelds beläuft sich indes nur auf einen geringen Bruchteil der KiSt., die bei beiderseitiger KiStPflicht zu zahlen wäre. Die Erhebung eines solchen Kirchgelds ist verfassungsgemäß (BFH v. 19.10.2005 – I R 76/04, BStBl. II 2006, 274 mwN; Verfassungsbeschwerde gegen eine Parallelentscheidung unter 2 BvR 591/06 anhängig). Es ist ebenfalls als SA nach Nr. 4 abziehbar. Erbringt derjenige Ehegatte, der keiner kirchensteuererhebenden Kirche angehört, freiwillige Beiträge an „seine“ Glaubensgemeinschaft, sind diese auf das Kirchgeld anzurechnen (BFH v. 16.5.2007 – I R 38/06, BStBl. II 2008, 202).

Steuerliche Nebenleistungen zur Kirchensteuer (insbes. Zinsen nach §§ 233 ff. AO) sind uE nicht abziehbar (allgemein zur fehlenden Abziehbarkeit von Nebenkosten zu SA s. Anm. 31). Es ist kein Grund dafür ersichtlich, warum Zinsen zur ESt. (nach der Aufhebung von Abs. 1 Nr. 5 aF) nicht abziehbar sein sollen, wohl aber Zinsen zur KiSt.

204–205 Einstweilen frei.

206 II. Billigkeitsregelung für Beiträge an sonstige religiöse Gemeinschaften

Nach R 10.7 EStR 2008 (zuvor R 101 EStR bis 2003) sind Beiträge der Mitglieder von Religionsgemeinschaften, die mindestens in einem Bundesland als KdöR anerkannt sind, aber während des ganzen KJ. keine KiSt. erheben, aus Billigkeitsgründen wie KiSt. abziehbar.

Rechtmäßigkeit der Billigkeitsregelung: Die Rspr. sieht diese Regelung zutreffend als rechtmäßige norminterpretierende Verwaltungsvorschrift an, die die FÄ im Wege der Ermessensreduzierung auf Null und die Gerichte infolge des Gleichbehandlungsgrundsatzes bindet; Rechtsgrundlage ist § 163 Satz 1 AO (BFH v. 10.10.2001 – XI R 52/00, BStBl. II 2002, 201 unter II.2.b, c; aA KSM/SÖHN, § 10 Rn. G 22 f.; STÖCKER in B/B, § 10 Rn. 543 ff.). § 17 Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 EStG 1925 hatte noch eine ausdrückliche entsprechende Ermächtigung an den RMF enthalten; diese ist aber nicht in das EStG 1934 übernommen worden (einen Abzug ablehnend noch RFH v. 1.7.1936, RStBl. 1936, 889; die Frage offen lassend, in der Tendenz aber kritisch BFH v. 15.6.1973 – VI R 35/70, BStBl. II 1973, 850).

Die Regelung begünstigt die Mitglieder solcher Religionsgemeinschaften, die als KdöR zwar KiSt. erheben dürften, dies aber nicht tun, und sich stattdessen durch freiwillige Beiträge und Spenden finanzieren (zB Evangelisch-Freikirchliche Gemeinden, Freie Evangelische Gemeinden, Evangelisch-methodistische Kirche, Siebenten-Tags-Adventisten; seit 2006 auch Zeugen Jehovas, s. BayLfS v. 27.2.2007, DB 2007, 603). Sie führt im Ergebnis dazu, dass die Spenden-Höchstbeträge des § 10b für anderweitige Zuwendungen „geschont“ werden.

Höhe des Abzugs: Der Abzug ist auf die Höhe der KiSt. begrenzt, die in dem betreffenden Bundesland von der Religionsgesellschaft mit dem höchsten KiSt-Satz erhoben wird (R 10.7 Abs. 1 Sätze 3, 4 EStR 2008; zur Höhe der KiStSätze RAUSCH, NWB F. 12, 1483). Die Rspr. bemisst diesen Höchstbetrag allerdings nicht nach den *während des VZ tatsächlich gezahlten* ESt/LSt, sondern nach der spä-

ter für den VZ festgesetzten ESt., die sowohl höher (so die Konstellation im Fall BFH v. 10.10.2001 – XI R 52/00, BStBl. II 2002, 201 unter II.2.d) als auch niedriger (BFH v. 12.6.2002 – XI R 96/97, BStBl. II 2003, 281) liegen kann als die Vorauszahlungen.

Sie begründet dies damit, dass allein dieser Betrag bei einer ex-post-Betrachtung der fiktiven KiSt. – nach Verrechnung mit fiktiven Erstattungen und Nachzahlungen – entspreche. UE ist dies zweifelhaft: Das Abflussprinzip würde das gegenteilige Ergebnis näher legen; Erstattungen gibt es bei den freiwilligen Kirchenbeiträgen, um die es hier geht, ohnehin nicht (zutr. daher uE FG Münster v. 4.8.1993, EFG 1994, 99, rkr.). Zudem führt die Methodik des BFH zu einer deutlichen Komplizierung, weil bei jedem Änderungsbescheid der fiktive KiStAbzug neu berechnet und zudem interpoliert werden muss.

Auf einen Abzug der sowohl über diesen Höchstbetrag als auch über die Höchstbeträge des § 10b hinaus gehenden Beitragszahlungen besteht verfasungsrechtl. kein Anspruch (FG Berlin v. 19.10.1977, EFG 1978, 278, rkr.).

C. Kein Abzug der abgeltenden Kirchensteuer (Nr. 4 Halbs. 2) 207

Nach Abs. 1 Nr. 2 Halbs. 2 kann die nach § 51a Abs. 2b–2d erhobene KiSt. (vorbehaltlich § 32d Abs. 2, 6) nicht als SA abgezogen werden.

Kirchensteuer und Abgeltungsteuer: Seit VZ 2009 wird die KapErtrSt. grds. als Abgeltungsteuer erhoben. Auf Antrag des Stpfl. wird neben dieser KapErtrSt. auf Kapitalerträge auch KiSt. einbehalten (§ 51a Abs. 2b–2d). In diesem Fall beträgt die Abgeltungsteuer nicht – wie im Regelfall – 25 % der Kapitalerträge, sondern ermäßigt sich um 25 % der KiSt. (§ 32d Abs. 1 Sätze 3–5).

Abzugsverbot: Die Abgeltungs-KiSt. ist – ebenfalls ab VZ 2009 (§ 52a Abs. 7) – vom SA-Abzug ausgeschlossen. Dies ist folgerichtig, da die Ermäßigung der KapErtrSt. um 25 % der KiSt. den SA-Abzug der KiSt. ersetzen soll. Der Ausschluss in Abs. 1 Nr. 4 Halbs. 2 dient daher der Vermeidung eines doppelten Abzugs (weitere Einzelheiten s. STADLER/ELSER in BLUMENBERG/BENZ, Die Unternehmerreform 2008, 2007, 73 f.; MELCHIOR, DStR 2007, 1229 [1231 f.]).

Ausnahmen vom Abzugsverbot: Das Abzugsverbot gilt nicht in den Fällen des § 32d Abs. 2 (Ausnahmen von der Abgeltungswirkung der KapErtrSt.) sowie des § 32d Abs. 6 (Ausübung des Wahlrechts zur Einbeziehung der Kapitalerträge in die Tarifbesteuerung). In diesen Fällen kann die KiSt. auf Kapitalerträge daher als SA abgezogen werden.

D. „Gezahlte“ Kirchensteuer, Behandlung von Erstattungen 208

Vor allem anhand der KiSt. sind die Rechtsprechungsgrundsätze zur Behandlung erstatteter SA (Einzelheiten s. Anm. 42) und zur fehlenden Abziehbarkeit willkürlicher Vorauszahlungen (s. Anm. 41) entwickelt worden. Vor der Prüfung dieser Fragen ist aber zunächst zu klären, ob überhaupt eine wirtschaftliche Belastung vorliegt. Daran fehlt es, wenn schon im Zeitpunkt der Zahlung offensichtlich ist, dass diese zurückgefordert werden kann (s. Anm. 35).

Beispiel: Obwohl der Stpfl. bereits zwei Jahre zuvor aus der Kirche ausgetreten ist und das FA davon Kenntnis hat, ergeht irrtümlich eine KiStFestsetzung, auf die der Stpfl. Zahlungen leistet, die im Folgejahr erstattet werden. Hier ist bereits der Abzug im Zahlungsjahr zu versagen; auf die Behandlung der Erstattung kommt es nicht an (BFH v. 22.11.1974 – VI R 138/72, BStBl. II 1975, 350). Weil der BFH bei Erstattungsüberhängen zwischenzeitlich eine Korrekturmöglichkeit nach § 175 Abs. 1 Satz 1

Nr. 2 AO bejaht (s. Anm. 42), hat diese Frage aber an Bedeutung verloren (vgl. auch BFH v. 26.11.2008 – X R 24/08, BFH/NV 2009, 568: die Anwendung des § 175 AO sei unabhängig vom Rechtsgrund der Erstattung). Entsprechend wurde die Möglichkeit des Abzugs von LohnKiSt. bejaht, wenn der Stpfl. am Ende des Vorjahres aus der Kirche ausgetreten war (BFH v. 2.9.2008 – X R 46/07, BStBl. II 2009, 229). Erst recht sind KiStZahlungen abziehbar, die bei bestehender persönlicher KiStPflicht nach Durchführung der Jahresveranlagung erstattet werden, weil sich herausgestellt hat, dass das für Vorauszahlungszwecke angenommene Einkommen oder der Abzug vom Lohn zu hoch war; die Erstattung mindert erst den im Folgejahr als KiSt. abzehbaren Betrag.

Bei der KiSt. werden Zahlungen und Erstattungen häufig durch Umbuchungen des FA von oder auf andere Steuerarten erbracht. Die Umbuchung überzahlter KiSt. auf eine andere Steuerart gilt als Erstattung (BFH v. 18.5.2000 – IV R 28/98, BFH/NV 2000, 1455 unter 1.); die Umbuchung rückständiger KiSt. von einem anderweitigen Steuerguthaben gilt als Zahlung. Im Einzelfall kann die Feststellung dieser Umbuchungsbeträge mit erheblichem Aufwand verbunden sein. Erstattungen werden mitunter auch unmittelbar durch die Kirchenverwaltungen geleistet (KiStKappung im Billigkeitswege bei sehr hoher Progression oder bei Veräußerungsgewinnen; dazu BVerwG v. 21.5.2003 – 9 C 12.02, BVerwGE 118, 201 = HFR 2004, 385).

209 Einstweilen frei.

Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 5 aF: Betreuungskosten für drei- bis fünfjährige Kinder (VZ 2006–2008)

210 **A. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 5**

Rechtsentwicklung: Nr. 5 begünstigte zunächst Lastenausgleichsabgaben, deren Abwicklung aber bis zum Jahr 1979 weitgehend abgeschlossen war. Durch das StReformG 1990 v. 25.7.1990 (BGBl. I 1988, 1903; BStBl. I 1988, 224) wurde dieser Tatbestand durch eine Abzugsmöglichkeit für bestimmte StZinsen ersetzt (s. Anm. 500 „Steuerzinsen“). Durch das StEntlG 1999/2000/2002 v. 24.3.1999 (BGBl. I 1999, 402; BStBl. I 1999, 304) wurde Nr. 5 mit Wirkung ab VZ 1999 wieder gestrichen. Mit dem Ges. zur stl. Förderung von Wachstum und Beschäftigung v. 26.4.2006 (BGBl. I 2006, 1091; BStBl. I 2006, 350) wurde in Nr. 5 mit Wirkung ab VZ 2006 ein neuer Tatbestand zum Abzug von Kinderbetreuungskosten eingeführt. Das JStG 2008 v. 20.12.2007 (BGBl. I 2007, 3150; BStBl. I 2008, 218) lockerte die Nachweisanforderungen. Mit dem FamLeistG v. 22.12.2008 (BGBl. I 2008, 2955; BStBl. I 2009, 136) wurde die Regelung in den neuen § 9c überführt; sie war daher nur von VZ 2006 bis 2008 anwendbar (weitere Einzelheiten zum zeitlichen Anwendungsbereich s. Anm. 250).

Verhältnis zu anderen Vorschriften: Nr. 5 ergänzte die Regelungen der Nr. 8, § 4f und § 9 Abs. 5 über den Abzugs erwerbs-, ausbildungs-, behinderungs- oder krankheitsbedingter Kinderbetreuungskosten, war aber gegenüber allen genannten Tatbeständen nachrangig. Weitere Einzelheiten s. Anm. 250.

211 Einstweilen frei.

B. Aufwendungen für Dienstleistungen zur Betreuung eines drei- bis fünfjährigen Kindes (Nr. 5 Satz 1) 212

Voraussetzungen in der Person des Kindes: Es muss sich um ein Kind iSd. § 32 Abs. 1 handeln, das zum Haushalt des Stpfl. gehört (zu diesen Merkmalen s. Anm. 255). Der eigene Anwendungsbereich der Nr. 5 wird dadurch gekennzeichnet, dass der Abzug von Betreuungsaufwendungen für Kinder, die zwar das dritte, nicht jedoch das sechste Lebensjahr vollendet haben (dh. sich im typischen „Kindergartenalter“ befinden), nicht von weiteren Voraussetzungen in der Person der Eltern (zB Erwerbstätigkeit, Ausbildung, Behinderung, Krankheit) abhängig ist.

Dienstleistungen zur Betreuung: Zum Umfang der begünstigten Aufwendungen s. Anm. 258. Angesichts des Alters der von Nr. 5 erfassten Kinder werden vor allem die – mittlerweile empfindlich hohen – Gebühren für Kindergärten uä. sowie Entgelte für Tagesmütter in Betracht kommen.

Höhe des Abzugsbetrags: Wie bei Nr. 8 (ausf. s. Anm. 260) sind nur zwei Drittel der dem Grunde nach berücksichtigungsfähigen Aufwendungen abziehbar; zusätzlich ist der Abzug auf 4000 € je Kind und Jahr beschränkt.

Nachrang der Nr. 5: Bereits im Normtext des Satzes 1 ist angeordnet, dass Nr. 5 gegenüber Nr. 8 nachrangig ist. Kinderbetreuungskosten, die einem in Ausbildung befindlichen, behinderten oder kranken Stpfl. entstehen, fallen daher auch dann (nur) unter Nr. 8, wenn das betreute Kind zwischen drei und fünf Jahre alt ist. Der Vorrang des Abzugs erwerbsbedingter Kinderbetreuungskosten nach § 4f und § 9 Abs. 5 ergibt sich bereits aus dem Eingangssatz des Abs. 1.

Einstweilen frei.

213–214

C. Ausschluss bestimmter Aufwendungen, Auslandskinder, Nachweiserfordernisse (Nr. 5 Sätze 2–4) 215

Kein Abzug von Aufwendungen für Unterricht und Freizeitbetätigungen (Satz 2): Die Regelung entspricht Nr. 8 Satz 4; Einzelheiten s. Anm. 258.

Kürzung des Höchstbetrags bei Auslandskindern (Satz 3): Die Regelung entspricht Nr. 8 Satz 5; Einzelheiten s. Anm. 260.

Nachweiserfordernisse (Satz 4): Die Regelung entspricht Nr. 8 Satz 6; Einzelheiten s. Anm. 264.

Einstweilen frei.

216–219

Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 6 aF: Steuerberatungskosten

Schrifttum: KORRITTER, Zum Begriff „Steuerberatungskosten“ i.S. des § 10 Abs. 1 Nr. 6 EStG, DB 1986, 560; STAHL, Steuerfragen bei Rechts- und Beratungskosten, KÖSDI 1986, 6416; STRECK/SCHWEDHELM, Kosten der Strafverteidigung als Steuerberatungskosten im Sinn von § 10 Abs. 1 Nr. 6 EStG, FR 1987, 461; FELIX, Abzug ausländ. Erbschaftsteuerberatungskosten als Sonderausgabe, DStZ 1991, 596; NOLL/SCHUCK, Abzugsfähigkeit der Gebühren des – steuerberatenden – Testamentsvollstreckers, DStR 1993, 1437; SCHOOR, Steuerrechtliche Behandlung von Steuerberatungskosten, DStZ

1999, 325; KRIEGEL, Die einkommensteuerliche Behandlung von Steuerberatungskosten, Auswirkungen des Wegfalls des Sonderausgabenabzugs ab 1. Januar 2006, StWa. 2006, 103; MELCHIOR, Die ersten steuerlichen Änderungsgesetze der neuen Bundesregierung, DSz 2006, 12; STUHRMANN, Die Steuergesetzgebung Ende 2005, NJW 2006, 465; TAUSCH/PLENER, Änderungen durch das Gesetz zum Einstieg in ein steuerliches Sofortprogramm, DB 2006, 8; PAUS, Steuerlicher Abzug von Steuerberatungskosten, EStB 2008, 172; SCHMITT, Abgrenzungsprobleme bei der Zuordnung von Steuerberatungskosten, NWB (2008) F. 3, 14969.

220

A. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 6

Ab VZ 2006 ist ein SA-Abzug von StBeratungskosten nicht mehr zulässig.

Rechtsentwicklung: Der Abzugstatbestand wurde durch das StÄndG 1965 v. 14.5.1965 mit Wirkung ab VZ 1965 als Nr. 8 eingeführt. Vorangegangen war eine entsprechende Anregung des BFH, die dieser mit den Abgrenzungsschwierigkeiten zu den BA/WK und der Kompliziertheit des damaligen StRechts begründet hatte (vgl. den letzten Abs. des Tatbestands in BFH v. 30.4.1965 – VI 207/62 S, BStBl. III 1965, 410). Durch das EStReformG v. 5.8.1974 wurde die Vorschrift in Nr. 6 überführt und durch das Ges. zum Einstieg in ein stl. Sofortprogramm v. 22.12.2005 (BGBl. I 2005, 3682; BStBl. I 2006, 79) mit Wirkung ab VZ 2006 aufgehoben (weitere Einzelheiten zur Rechtsentwicklung s. Anm. 4). Im Gesetzgebungsverfahren zum BürgEntlG-KV hat der BRat verlangt, den SA-Abzug für StBeratungskosten wieder einzuführen (BTDrucks. 16/12674, 4); diese Position hat sich im Gesetzgebungsverfahren aber letztlich nicht durchsetzen können.

Bedeutung: Teilweise wird vertreten, dass StBeratungskosten die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des StPfl. mindern, weil sie wegen der Komplexität des StRechts unvermeidbar seien (KSM/SÖHN, § 10 Rn. 1 2; KORRITTER, DB 1986, 560). Soweit der Rückgriff auf die „wirtschaftliche Leistungsfähigkeit“ gleichzeitig die Aussage beinhalten soll, dass der Abzug von StBeratungskosten verfassungsrechtl. geboten sei (so TRAXEL, NWB F. 3, 9495; ebenso wohl STRAHL, KÖSDI 2005, 14900 [14902]), ist dem zu widersprechen (ebenso Nds. FG v. 17.1.2008, EFG 2008, 622 unter 3., nrkr., Rev. Az. BFH X R 10/08; FG Ba.-Württ. v. 22.7.2008, EFG 2008, 1694, m. Anm. PFÜTZENREUTER, nrkr., Rev. Az. BFH X R 40/08): Wenn bereits die unvermeidbar zu zahlenden Personensteuern als solche in verfassungsrechtl. zulässiger Weise als nichtabziehbar behandelt werden dürfen (§ 12 Nr. 3), dann erst recht die Aufwendungen zur Erfüllung dieser StZahlungspflichten (ebenso WÜLLENKEMPER, Rückfluss von Aufwendungen im EStRecht, 1987, 136). Dass aber schon die These von der Unvermeidbarkeit der StBeratungskosten nicht zu belegen ist, zeigt die Tatsache, dass die große Mehrheit der StPfl. ihre StErklärung selbst erstellt. UE handelte es sich um einen – verfassungsrechtl. zulässigen, aber eben nicht zwingend gebotenen – Subventionstatbestand (ebenso BFH v. 26.5.2004 – I R 113/03, BStBl. II 2004, 994 unter III.; FROTSCHER/LINDBERG, § 10 Rn. 5): Dem StPfl. sollte die Erfüllung seiner stl. Pflichten und die Wahrung seiner stl. Rechte dadurch erleichtert werden, dass Aufwendungen für die Inanspruchnahme fremder Hilfe begünstigt wurden (BFH v. 23.5.1989 – X R 6/85, BStBl. II 1989, 865 unter 1.a; v. 12.7.1989 – X R 35/86, BStBl. II 1989, 967 unter c aa). Der Gesetzgeber hat die seinerzeitige Einführung der Abzugsmöglichkeit denn auch nicht mit Leistungs-fähigkeitsüberlegungen begründet, sondern damit, dass es „unbefriedigend“ sei,

StBeratungskosten für die private ESt. nicht abziehen zu können (BTDrucks. IV/3189, 6).

Zusätzlich wurde mit dem Abzugstatbestand ein Vereinfachungszweck verfolgt, weil eine Aufteilung in BA/WK einerseits und nichtabziehbare Aufwendungen andererseits (s. Anm. 225) entbehrlich wurde (Gutachten der StReformkommission 1971, BMF-Schriftenreihe Bd. 17, Tz. II 449). Zwar blieb das Aufteilungsproblem theoretisch dadurch bestehen, dass weiterhin zwischen BA/WK einerseits und SA andererseits zu differenzieren war; in der Praxis beanstandete die FinVerw. die Zuordnungsentscheidung des Stpfl. jedoch meist nicht.

Anwendung bei Auslandsbeziehungen:

► *Unbeschränkt Stpfl.* können StBeratungskosten auch dann als SA abziehen, wenn sie an ausländ. Berater geleistet werden oder mit ausländ. StErklärungspflichten in Zusammenhang stehen (FELIX, DStZ 1991, 596; aA SÖHN in K/S/M, § 10 Rn. I 31). Der Wortlaut sieht keine entsprechende Einschränkung vor; die abzugsbegrenzende Regelung des Abs. 2 Nr. 1 gilt nur für Vorsorgeaufwendungen. Es darf sich allerdings nicht um – auch ausländ. – BA/WK handeln.

► *Beschränkt Stpfl.* können StBeratungskosten hingegen nicht abziehen (§ 50 Abs. 1 Satz 3). Der EuGH sieht hierin einen Verstoß gegen den EGV, weil diese Aufwendungen „in einem unmittelbaren Zusammenhang“ mit den in Deutschland erzielten Einkünften stehen sollen (EuGH v. 6.7.2006 – Rs. C-346/04, Conijn, EuGHE 2006, I-6137, ergangen auf Vorabentscheidungsersuchen des BFH v. 26.5.2004 – I R 113/03, BStBl. II 2004, 994; Nachfolgeentscheidung: BFH v. 20.9.2006 – I R 113/03, BFH/NV 2007, 220; BMF v. 17.4.2007, BStBl. I 2007, 451, hat für die Zeit bis VZ 2005 die Anwendung der EuGH-Entscheidung angeordnet).

Rechtspolitische Bewertung der Streichung der Nr. 6: Der Gesetzgeber hat den Wegfall des SA-Abzugs mit der Rechtsvereinfachung, dem Abbau von Ausnahmetatbeständen und der Verbreiterung der Bemessungsgrundlage begründet (FraktE v. 29.11.2005, BTDrucks. 16/105, 4). Diese Gründe sind uE wie folgt zu bewerten:

► *Rechtsvereinfachung:* Dazu kann es nur insoweit kommen, als die jeweiligen StBeratungskosten bisher *ausschließlich* SA darstellten (zB Erstellung der ESt-Erklärung) und daher künftig stl. unbeachtlich sind. In Aufteilungsfällen (zB der StBerater ermittelt zusätzlich auch die Einkünfte) kommt es hingegen künftig sogar zu einer Verkomplizierung, sofern das Gesamthonorar 520 € nicht übersteigt. Denn unterhalb dieser Grenze verzichtete die FinVerw. gem. R 10.8 EStR 2005 (R 102 EStR bis 2003) bisher darauf, die vom Stpfl. getroffene Zuordnungsentscheidung zu überprüfen. Das Ausmaß dieser Komplizierung sollte allerdings nicht überschätzt werden, da in den Rechnungen der StBerater das auf die einzelnen Tätigkeiten entfallende Honorar idR getrennt ausgewiesen wird (s. ausf. Anm. 225). Oberhalb der Grenze von 520 € war auch bisher eine Aufteilung vorzunehmen, so dass insoweit keine Komplizierung eintritt.

► *Abbau von Ausnahmetatbeständen:* Dies wird – solange die jeweiligen Personen und Institutionen nicht selbst betroffen sind – nahezu einhellig von Stpfl., Beratern, Wirtschaft und Wissenschaft gefordert und durch den Wegfall der Nr. 6 auch erreicht.

► *Verbreiterung der Bemessungsgrundlage:* Die – im ursprünglichen Gesetzentwurf nicht näher erläuterte – Erwartung, mit dieser Maßnahme StMehreinnahmen von 600 Mio. € jährlich erzielen zu können, ist vielfach als unrealistisch bezeich-

net und daher von der BReg näher begründet worden (vgl. Bericht FinAussch. v. 14.12.2005, BTDrucks. 16/255, 6 f.).

Übergangsprobleme im Zusammenhang mit der Streichung der Nr. 6: Das Ges. zum Einstieg in ein stl. Sofortprogramm sieht für die Aufhebung der Nr. 6 keine besondere Anwendungsregelung vor, so dass die Grundregel des § 52 Abs. 1 (Anwendung ab dem VZ 2006) gilt. Entscheidend für die Abziehbarkeit von StBeratungskosten als SA ist daher, dass der Zahlungszeitpunkt vor dem 1.1.2006 liegt. Hingegen kommt es nicht darauf an, auf welchen VZ sich die in Anspruch genommenen StBeratungsleistungen beziehen. Daher ist eine im VZ 2006 getätigte Zahlung auch dann nicht mehr abziehbar, wenn die StBeratungsleistungen bereits vor 2006 erbracht wurden.

Ebenso Nds. FG v. 17.1.2008, EFG 2008, 622 unter 2., nrkr., Rev. Az. BFH X R 10/08; FG Ba.-Württ. v. 22.7.2008, EFG 2008, 1694, nrkr., Rev. Az. BFH X R 40/08; TAUSCH/PLENKER, DB 2006, 8 (11); DRENSECK, DB 2006 Beil. 2, 3. AA MELCHIOR, DStR 2006, 12 (13) unter Hinweis auf BFH v. 14.10.2003 – IX R 18/01, BStBl. II 2004, 263. Diese Entscheidung ist jedoch zur sog. großen Übergangsregelung des § 52 Abs. 21 EStG in der bis VZ 1998 geltenden Fassung ergangen und vom BFH mit seiner Rspr. zur typisierenden Zuordnung von während der Vermietungszeit durchgeführten Erhaltungsaufwendungen zur Einkunftserzielung begründet worden (vgl. dazu § 21 Anm. 97). Diese Begründung ist auf den SA-Abzug von StBeratungskosten nicht übertragbar. Im Übrigen weicht auch der Wortlaut der Anwendungsregelung des § 52 Abs. 21 Satz 2 EStG aF von dem des § 52 Abs. 1 EStG 2006 ab.

Umgekehrt ist eine noch im VZ 2005 vorgenommene Zahlung auch dann abziehbar, wenn es sich um eine Vorauszahlung für Leistungen handelt, die erst später erbracht werden sollen; ein Gestaltungsmissbrauch liegt jedenfalls dann nicht vor, wenn Gläubiger (zB der StBerater) und Schuldner sich auch zivilrechtl. auf eine Vorverlegung der Fälligkeit geeinigt haben (s. Anm. 41 und die dort angegebene Rspr.).

221

B. Begriff der Steuerberatungskosten

Die Rspr. legt den Begriff der StBeratungskosten weit aus, was sie mit dem Normzweck der Nr. 6 (Erleichterung der Erfüllung der stl. Pflichten, dazu s. Anm. 220) begründet (BFH v. 23.5.1989 – X R 6/85, BStBl. II 1989, 865 unter 1.a; v. 12.7.1989 – X R 35/86, BStBl. II 1989, 967 unter c aa). Danach fallen unter Nr. 6 alle Aufwendungen, die dadurch entstehen, dass der StPfl. zur Erfüllung seiner stl. Pflichten und zur Wahrnehmung seiner stl. Rechte fremde Hilfe in Anspruch nimmt (BFH v. 10.3.1999 – XI R 86/95, BStBl. II 1999, 522). Erfasst sind sowohl die an Dritte zu leistenden Aufwendungen für die unmittelbare Erfüllung von StPfllichten (zB Fertigung von StErklärungen) als auch für die StPlanung und die Führung von außergerichtlichen und gerichtlichen Rechtsbehelfsverfahren (dazu BFH v. 20.9.1989 – X R 43/86, BStBl. II 1990, 20 unter 1.b); nicht jedoch Gerichtskosten (BFH v. 26.7.2005 – XI B 93/03, BFH/NV 2005, 2001 unter 1.; FG Düss. v. 12.6.2008, DStRE 2009, 649, nrkr., Rev. Az. BFH VIII R 26/08).

Honorare für Tätigkeiten von Angehörigen steuerberatender Berufe stellen nach dem allg. Sprachgebrauch den Kern der von Nr. 6 erfassten Aufwendungen dar (BFH v. 30.4.1965 – VI 207/62 S, BStBl. III 1965, 410); dazu zählen auch Kosten eines LStHilfvereins (BFH v. 12.7.1989 – X R 35/86, BStBl. II 1989, 967 unter c aa). Für die Tätigkeit eines StBeraters in eigener Sache können mangels Aufwendungen nicht etwa die fiktiven Gebühren als SA abgezogen werden (BVerfG v. 25.5.1981 – 1 BvR 158/81, StRK EStG 1975 § 4 Abs. 4 R. 7).

Literarisch umstritten ist die Frage, ob auch Zahlungen an Personen, die *unzulässige* Hilfe in StSachen leisten, unter Nr. 6 fallen (bejahend FG München v. 5.12.1991, EFG 1992, 257, rkr.; KSM/SÖHN, § 10 Rn. I 21; FROTSCHER/LINDBERG, § 10 Rn. 126; STRECK/SCHWEDHELM, FR 1987, 461 [462]; SCHOOR, DStZ 1999, 325 [326]; verneinend FELIX, DStR 1966, 523 [525]; RÖSSLER, FR 1999, 1357 [1358]). Einerseits steht die zivilrechtl. Unwirksamkeit derartiger Vereinbarungen wegen § 41 AO einer estl. Berücksichtigung geleisteter Zahlungen nicht entgegen; andererseits wird man jedenfalls das Tätigwerden offensichtlich ungeeigneter Personen nicht mehr als „Beratung“ ansehen können. – In der Praxis hat diese Frage kaum Bedeutung. Denn derjenige, dem derartige Aufwendungen entstehen, wird sie eher nicht geltend machen, weil dies zur Einleitung eines Verfahrens zur Ahndung der unzulässigen Hilfeleistung durch die FinVerw. führen würde.

Beschränkung auf steuerberatende Tätigkeiten: Kosten für eine zivilrechtl. Beratung fallen auch dann nicht unter Nr. 6, wenn diese Beratung zur Durchsetzung einer stl. günstigen Gestaltung in Anspruch genommen wird (BFH v. 10.3.1999 – XI R 86/95, BStBl. II 1999, 522: Zivilprozess zur Erzwingung der Zustimmung des Ehegatten zum Realsplitting; aA KSM/SÖHN, § 10 Rn. I 9). Gleiches gilt für die Kosten eines Insolvenztreuhänders während der 7-jährigen Wohlverhaltensphase nach der InsO, auch wenn dieser StBerater ist, sofern die stl. Beratung nicht eindeutig im Mittelpunkt steht (RÖSSLER, FR 1999, 1357; aA MÜLLER, DStZ 1999, 645: immer Abzug). Auch Kosten des Strafverteidigers in einem StStrafverfahren erfüllen den Tatbestand nicht, weil hier der Rahmen des Besteuerungsverfahrens verlassen wird (BFH v. 20.9.1989 – X R 43/86, BStBl. II 1990, 20). Davon abtrennbare Aufwendungen für die Ermittlung der stl. Bemessungsgrundlage gehören hingegen auch nach der Einleitung eines StStrafverfahrens zu den StBeratungskosten (entweder BA/WK oder – bis VZ 2005 – SA; ebenso FinMin. Hessen v. 23.10.2001, DStR 2001, 2072; OFD Frankfurt v. 10.10.2005, FR 2005, 1268); Gleiches gilt für die Kosten einer Selbstanzeige (KSM/SÖHN, § 10 Rn. I 17). Auch Kosten für ein Sachverständigen-gutachten über den Grundstückswert, das für eine Erbschaft- oder Schenkungsteuererklärung benötigt wird, sind nicht abziehbar (FG Rhld.-Pf. v. 10.2.2004, EFG 2005, 1033, Rev. XI R 11/05 als unzulässig verworfen).

Steuerfachliteratur fällt ebenfalls unter Nr. 6, weil nach dem Wortlaut nicht „Berater“-kosten, sondern – weitergehend – „Beratungs“-kosten begünstigt sind (FG Ba.-Württ. v. 26.6.1975, EFG 1975, 420, rkr.) und nicht nur „Gebühren“, sondern auch „Kosten“ erfasst werden (OFFERHAUS, StBp. 1989, 266). Dies gilt auch dann, wenn die Fachliteratur nicht konkret auf die Bedürfnisse des jeweiligen Stplf. zugeschnitten ist, sondern nur stl. Informationen allg. Art enthält (BFH v. 23.5.1989 – X R 6/85, BStBl. II 1989, 865). Aufwendungen für den Bezug allg. Wirtschaftsmagazine („Capital“) können hingegen nicht abgezogen werden (Saarl. FG v. 2.6.1992, EFG 1992, 518; aus anderen Gründen aufgehoben durch BFH v. 29.1.1993 – VI R 68/92, BFH/NV 1993, 485).

Fahrtkosten zum Steuerberater sollen ebenfalls unter Nr. 6 fallen, weil sie mit der StBeratung zusammenhängen und durch diese veranlasst sind. Gleiches soll für die Kosten eines Unfalls auf dem Weg zum StBerater (zu beiden Fallgruppen BFH v. 12.7.1989 – X R 35/86, BStBl. II 1989, 967 unter c) und selbst für die Kosten eines Unfalls auf dem Weg zum FA gelten, sofern dort über die bloße Abgabe der StErklärung hinaus eine Beratung über stl. Fragen stattfinden sollte (FG München v. 5.12.1991, EFG 1992, 257, rkr.).

UE ist dies zweifelhaft, weil das Veranlassungsprinzip aus der Definition der BA (§ 4 Abs. 4) stammt, wo durch das objektive Nettoprinzip eine weite Betrachtung geboten ist. Die SA-Tatbestände folgen hingegen dem begrenzenden Enumerationsprinzip; eine Erweiterung der Ausnahmetatbestände des § 10 durch einen bloßen Veranlassungs-

zusammenhang ist aus dem Wortlaut und der gesetzlichen Systematik nicht abzuleiten (ähnlich BFH v. 21.8.1974 – VI R 166/72, BStBl. II 1975, 79). Andernfalls müssten auch Fahrtkosten zum Versicherungsbüro und Schuldzinsen zur Darlehensfinanzierung von Schulgeld als SA abziehbar sein, was ersichtlich weder vom Gesetzgeber gewollt ist noch in Rspr. und Schrifttum vertreten wird. Bei den übrigen Tatbeständen des Abs. 1 hält die Rspr. Nebenkosten nicht für abziehbar (s. die Nachweise in Anm. 31); damit verträgt sich die hier zugelassene Ausnahme nicht.

Weitere Nebenkosten der Erstellung der StErklärung (zB Porto, Telefon, Kopien) sind nur abziehbar, wenn sie mit einer Steuer„beratung“ (dh. dem Einholen externer Hilfe) in Zusammenhang stehen. Entstehen derartige Nebenkosten hingegen anlässlich der Ausfüllung des StErklärungsvordrucks durch den Stpfl. selbst, fallen sie nicht unter Nr. 6, weil nach dem Wortlaut nur Steuer„beratungs“kosten, nicht aber sämtliche Steuer„erklärungs“kosten abziehbar sind (zutreffend FG Rhld.-Pf. v. 10.3.1988, EFG 1988, 415, rkr.; FG Münster v. 27.4.1994, EFG 1995, 434, rkr.). Gleiches gilt für Aufwendungen für das eigene Arbeitszimmer, das auch zum Ausfüllen der StErklärung genutzt wird (BFH v. 4.5.2005 – VI B 35/04, BFH/NV 2005, 1549 unter 1.b).

222–224 Einstweilen frei.

225 C. Verhältnis zum Betriebsausgaben- oder Werbungskostenabzug

Grundsatz: StBeratungskosten sind BA/WK, soweit sie sich auf die Ermittlung der Einkünfte beziehen. Soweit sie hingegen das Ausfüllen der StErklärungsvordrucke oder die Beratung über SA, agB, Tarif- und Veranlagungsfragen betreffen, stellen sie SA (bzw. außerhalb des zeitlichen Anwendungsbereichs der Nr. 6 nichtabziehbare Kosten der Lebensführung) dar (BFH v. 30.4.1965 – VI 207/62 S, BStBl. III 1965, 410; v. 21.9.1979 – VI B 91/79, BFHE 128, 538; v. 12.7.1989 – X R 35/86, BStBl. II 1989, 967 unter a).

Einzelfragen (zum BA-Abzug von StBeratungskosten s. auch BMF v. 21.12.2007, BStBl. I 2008, 256; § 4 Anm. 864 f., ausf. STAHL, KÖSDI 1986, 6416):

▷ *Zu den BA/WK gehören:* Kosten der Buchführung und des Jahresabschlusses, da es sich um eine betriebliche Verpflichtung handelt (BFH v. 6.4.1995 – VIII R 10/94, BFH/NV 1996, 22 unter 1.); Kosten für die Ermittlung der Einkünfte aus anderen Einkunftsarten (BFH v. 30.4.1965 – VI 207/62 S, BStBl. III 1965, 410 betr. VuV; v. 30.4.1965 – VI 7/63 U, BStBl. III 1965, 412 betr. ArbN mit hohen Einnahmen und WK); die Aufwendungen für einen InvZul-Antrag (FinSen. Berlin v. 21.11.1985, BB 1986, 149; SCHMIDT, DB 1984, 1375 mwN; uE ist der Abzug allerdings nach § 3c ausgeschlossen, weil die InvZul stfrei ist); Kosten für die Beratung hinsichtlich solcher Steuern, die ihrerseits als BA/WK abziehbar sind (BFH v. 16.12.1960 – VI 166/60 U, BStBl. III 1961, 63: Grundsteuer und Einheitsbewertung bei vermieteten Grundstücken).

Nach Auffassung der damaligen Mehrheitsfraktionen im Bundestag sollten ab VZ 2006 auch StBeratungskosten für erwerbsbedingte Kinderbetreuungskosten zu den BA/WK gehören (BTDrucks. 16/974, 8). UE ist dies zweifelhaft (ebenso die Auffassung der Minderheitsfraktionen, BTDrucks. 16/974, 8), weil § 4f und § 9 Abs. 5 (bzw. § 9c Abs. 1 ab 2009) nur einen Abzug „wie“ BA/WK fingieren.

▷ *Nicht zu den BA/WK gehören* (dh. bis VZ 2005 Abzug als SA, ab VZ 2006 kein Abzug mehr): Kosten für die Erstellung der EStErklärung als solche (BFH v. 5.2.1953 – IV 454/52 U, BStBl. III 1953, 75), auch soweit es um die Eintra-

gung der ermittelten Einkünfte in die Vordrucke geht (vgl. BFH v. 30.4.1965 – VI 207/62 S, BStBl. III 1965, 410); Kosten für die Erstellung der Gewinnfeststellungserklärung einer PersGes. (dh. Übertragung des ermittelten Gewinns in den Vordruck), weil die Abgabe dieser Erklärung keine betriebliche Verpflichtung der Gesellschaft, sondern eine private Verpflichtung der Gesellschafter darstellt (BFH v. 24.11.1983 – IV R 22/81, BStBl. II 1984, 301 unter 1.b; v. 6.4.1995 – VIII R 10/94, BFH/NV 1996, 22 unter 2. mwN); Kosten für die Erstellung der Erklärung zur gesonderten Feststellung gewerblicher Einkünfte (BFH v. 28.10.1998 – XI B 34/98, BFH/NV 1999, 610); Kosten der ErbStErklärung (BFH v. 18.7.1972 – VIII R 54/68, BStBl. II 1972, 878); diese können allerdings bei der ErbSt. als Nachlassverbindlichkeit geltend gemacht werden, was auch zusätzlich zum früheren SA-Abzug möglich war (Nds. FG v. 15.12.2005, EFG 2006, 567, rkr.; ebenso bereits NOLL/SCHUCK, DStR 1993, 1437; aA FG Berlin-Brandenb. v. 9.4.2008, EFG 2008, 1952, nrkr., Rev. Az. BFH X R 29/08: kein SA-Abzug, sofern der Betrag aus dem Nachlass gezahlt werden kann; uE unzut.). Beiträge an den Bund der StZahler sind weder BA/WK (FG Ba.-Württ. v. 30.6.1994, EFG 1994, 1036, rkr.) noch SA (BFH v. 30.4.2008 – X B 263/07, BFH/NV 2008, 1329).

Die Kosten für die Erstellung der – bis 1997 abzugebenden – Erklärung über den Einheitswert des BV waren keine BA, wenn die Erklärung nicht für die (betrieblich veranlasste) GewSt., sondern ausschließlich für die (private) VSt. benötigt wurde (BFH v. 18.11.1965 – IV 151/64 U, BStBl. III 1966, 190; v. 6.4.1995 – VIII R 10/94, BFH/NV 1996, 22 unter 3.). BFH v. 24.11.1983 – IV R 22/81, BStBl. II 1984, 301 unter 1.c, hat den BA-Abzug unter Berufung auf § 12 Nr. 1 Satz 2 auch dann abgelehnt, wenn die Erklärung sowohl für die GewSt. als auch für die VSt. von Bedeutung ist, dürfte aber durch die neuere Rspr. zur fehlenden Anwendbarkeit des § 12 Nr. 1 Satz 2 auf das Verhältnis zwischen BA und SA überholt sein (s. Anm. 18).

▷ *Rechtsmittelverfahren*: Dieselbe Differenzierung gilt für die Kosten von Rechtsbehelfen und Rechtsmitteln.

Der Abzug als BA/WK ist zu gewähren, wenn der Rechtsbehelf sich auf die Ermittlung der Einkünfte bezieht (RFH v. 13.5.1933, RStBl. 1933, 1004: Anwaltskosten für einen FG-Prozess über die Abziehbarkeit von BA; RFH v. 12.3.1941, StuW 1941 II Nr. 237; aA FG Düss. v. 12.6.2008, DStRE 2009, 649, nrkr., Rev. Az. BFH VIII R 26/08, betr. Streit über WK-Abzug; offen gelassen von BFH v. 26.5.2006 – IV B 150/05, Juris, unter II.6.), nicht jedoch, wenn es um sonstige estl. Fragen geht (BFH v. 18.11.1965 – IV 151/64 U, BStBl. III 1966, 190). Nicht als BA/WK abzugsfähig sind auch Beratungskosten für einen Antrag auf Änderung des bestandskräftigen Bescheids über die einheitliche Feststellung von VuV-Einkünften, weil diese nicht in erster Linie mit der *Ermittlung* dieser Einkünfte, sondern mit verfahrensrechtl. Fragen in Zusammenhang stehen (BFH v. 30.4.1965 – VI 242/63 U, BStBl. III 1965, 413), sowie Kosten für einen FG-Prozess, in dem erfolglos geltend gemacht wurde, Verluste aus privaten Wertpapiergeschäften gehörten zu den gewerblichen Einkünften (BFH v. 22.5.1987 – III R 220/83, BStBl. II 1987, 711). BA stellen hingegen die Kosten eines FG-Verfahrens dar, in dem es darum geht, ob der Ehegatte des Betriebsinhabers als Mitunternehmer dieses Betriebs anzusehen ist, weil diese Frage die Gewinnzurechnung und damit die Gewinnermittlung betrifft; es kommt nicht darauf an, dass der Prozess letztlich erfolglos war (BFH v. 13.1.1966 – IV 389/61, BStBl. III 1966, 196).

Aufteilung gemischter Aufwendungen: Wenn ein StBerater ein einheitliches Honorar für verschiedene Tätigkeiten in Rechnung stellt, ist die Aufteilung im Schätzungswege vorzunehmen. Die FinVerw. ließ bis VZ 2005 die vom Stpfl. getroffene Zuordnung zwischen BA, WK und SA unbeanstandet, wenn die

StBeratungskosten insgesamt 520 € im Kj. nicht überstiegen (letztmals R 10.8 EStR 2005/R 102 EStR bis 2003). Dieser Betrag galt auch für Ehegatten und war seit den EStR 1965 unverändert geblieben. Eine Bindung der Finanzgerichte an diese Verwaltungsanweisung wurde verneint v. FG Nürnberg. v. 12.12.1979, EFG 1980, 233, rkr.; KSM/SÖHN, § 10 Rn. I 54, hielt sie sogar für gesetzwidrig. Ab VZ 2006 ist nunmehr in jedem Fall eine Aufteilung vorzunehmen.

Der BFH hat es allerdings – vor Schaffung der Nr. 6 – zugelassen, dass beim Abzug von StBeratungskosten als BA/WK vom Ausscheiden eines nicht abziehbaren Teilbetrags abgesehen wird, sofern es sich dabei um einen Bagatellbetrag handelt (BFH v. 30.4.1965 – VI 207/62 S, BStBl. III 1965, 410; v. 30.4.1965 – VI 50/64 U, BStBl. III 1965, 414). Nach Auffassung der BReg. (vgl. Bericht FinAussch. v. 14.12.2005, BTDrucks. 16/255, 7) ist von einer Aufteilung abzugehen, wenn der private Anteil an den StBeratungskosten 10 % nicht übersteigt.

► *Honorarrechnungen von StBeratern:* Hier müssen die Gebühren für die einzelnen von ihnen entfaltenen Tätigkeiten gesondert aufgeführt werden (§ 9 Abs. 2 StBGebV). Die Gebührentatbestände differenzieren insbes. zwischen der Anfertigung der EStErklärung ohne Ermittlung der einzelnen Einkünfte (§ 24 Abs. 1 Nr. 1 StBGebV: bis VZ 2005 SA, ab VZ 2006 nicht mehr abziehbar) und der Ermittlung der Einkünfte (§§ 25–27 StBGebV: unverändert als BA/WK abziehbar). Die erforderliche Aufteilung wird daher in der Praxis nicht die – von einigen Stimmen sehr schnell in den Vordergrund der Diskussion um die Abschaffung der Nr. 6 gestellten – Probleme aufwerfen.

Das System der Rahmengebühren bietet ein gewisses Potential, nichtabziehbare Gebühren zugunsten von abziehbaren Gebühren geringer auszuweisen, ohne die Gesamtsumme der Gebührenrechnung zu verändern (dazu auch KRIEGEL, StWa. 2006, 103; PAUS, EStB 2008, 172; die Schwelle zur StVerkürzung muss aber im Auge behalten werden). In Extremfällen hält es die Rspr. ohnehin für erforderlich, stl. eine Zuordnung zum wahren Rechtsgrund vorzunehmen, wenn Vertragsparteien aufgrund einer bestimmten Interessenlage ihre Vertragsverhältnisse zu Lasten des StGläubigers gestalten (vgl. BFH v. 16.9.2004 – X R 54/99, BFH/NV 2005, 677 unter 2. mwN).

► *Aufwendungen für den Erwerb von Steuerfachliteratur:* Sofern diese Literatur Beiträge zu unterschiedlichen stl. Fragen enthält, hat der BFH während der Geltungsdauer der Nr. 6 wegen des Fehlens eines nachvollziehbaren Aufteilungsmaßstabs von einer Aufteilung abgesehen und diese Aufwendungen für den Regelfall einheitlich den SA zugeordnet (BFH v. 23.5.1989 – X R 6/85, BStBl. II 1989, 865 unter 1.d).

Bei Anwendung der Grundsätze dieser Entscheidung auf die Rechtslage ab VZ 2006 wären derartige Aufwendungen *insgesamt* nicht mehr abziehbar; dies gilt jedenfalls so lange, wie die Rspr. nicht von dem aus § 12 Nr. 1 Satz 2 entnommenen Aufteilungs- und Abzugsverbot abrückt. Die FinVerw. lässt hingegen bei Fachliteratur, Steuersoftware und Beiträgen an LStHilfvereine eine hälftige Zuordnung zu den BA/WK zu; Beträge bis zu 100 € kann der Stpfl. sogar in voller Höhe den BA/WK zuzuordnen (BMF v. 21.12.2007, BStBl. I 2008, 256 Rn. 8). Der Wortlaut der letztgenannten Vereinfachungsregelung (100 €) lässt offen, ob diese (über Fachliteratur, Software und Beiträge hinaus) sogar auf *sämtliche* StBeratungskosten anwendbar ist (dies bejahend die ganz hM; vgl. SCHMITT, NWB F. 3, 14969, 14972; PAUS, EStB 2008, 172).

226–229 Einstweilen frei.

Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 7: Ausbildungskosten

Schrifttum (vgl. auch die Nachweise vor den Erl. zu § 12 Nr. 5): DRENSECK, Studium und Berufsausbildung im Einkommensteuerrecht, StuW 1999, 3; BERNHARD, Gesetz zur Änderung der Abgabenordnung und weiterer Gesetze, NWB (2004) F. 2, 8501; DRENSECK, Aufwendungen für berufliche Bildungsmaßnahmen, DStR 2004, 1767; SCHNEIDER, Gesetz zur Änderung der Abgabenordnung und weiterer Gesetze, StWa. 2004, 187; SEIFERT, Überblick über das Gesetz zur Änderung der Abgabenordnung und weiterer Gesetze, StuB 2004, 761; BRAUN, Kosten einer weiteren Berufsausbildung – Werbungskosten oder Sonderausgaben?, DStR 2005, 639; JOCHUM, Zur einkommensteuerrechtlichen Behandlung von erstmaliger Berufsausbildung, Erststudium und Promotion, DStZ 2005, 260; LOSCHELDER, Die Kosten der Berufsausbildung nach neuem Recht, EStB 2005, 295; STECK, Darlegung und Nachweis des Zusammenhangs von Studienkosten mit einer späteren beruflichen Tätigkeit, DStR 2005, 1117; JOHENNING, Bildungsaufwendungen im Einkommensteuerrecht, Diss. Münster 2008.

A. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 7

230

Regelungsinhalt: Nr. 7 ermöglicht – beschränkt auf einen Höchstbetrag – den Abzug von Aufwendungen für die eigene Berufsausbildung (zum Begriff der Berufsausbildung s. Anm. 232, zu den begünstigten Aufwendungen s. Anm. 235, 241, 242). Problematisch ist insbes. das Verhältnis zum WKAbzug, der wegen der fehlenden betragsmäßigen Begrenzung und der Möglichkeit des Verlustvortrags in vielen Fällen günstiger ist.

Rechtsentwicklung (weitere Einzelheiten s. Anm. 4): Der Abzugstatbestand wurde durch das StÄndG 1968 v. 20.2.1969 (BGBl. I 1969, 141; BStBl. I 1969, 116) ab VZ 1969 als Nr. 9 mit einem Höchstbetrag von 900 DM (bei auswärtiger Unterbringung 1200 DM) geschaffen und durch das EstReformG v. 5.8.1974 (BGBl. I 1974, 1769; BStBl. I 1974, 530) in Nr. 7 überführt. Durch das JahresStG 1996 v. 11.10.1995 (BGBl. I 1995, 1250; BStBl. I 1995, 438) wurde Nr. 7 unter Verdoppelung der Höchstbeträge auf 1800/2400 DM neu gefasst. Das AOÄndG v. 21.7.2004 (BGBl. I 2004, 1753; BStBl. I 2005, 343) bewirkte eine nochmalige Neufassung unter Anhebung des Höchstbetrags auf 4000 €; zugleich wurde in § 12 Nr. 5 eine gesetzliche Abgrenzungsregel zwischen Nr. 7 und dem WKAbzug geschaffen.

Die zeitliche Rückwirkung dieser Gesetzesänderung auf den 1.1.2004 (vgl. Art. 6 Abs. 2 AOÄndG) ist – bezogen auf Abs. 1 Nr. 7 – verfassungsrechtl. unbedenklich, weil diese Änderung neben sprachlichen Bereinigungen im Wesentlichen in der Anhebung des Höchstbetrags für den SA-Abzug liegt und damit für die Stpfl. günstig ist. Zu verfassungsrechtl. Bedenken gegen die Rückwirkung der korrespondierenden Anfügung des § 12 Nr. 5 EStG s. die Erl. zu § 12 Nr. 5.

Bedeutung: Der Gesetzgeber hat den Tatbestand bei seiner Einführung als Fördermaßnahme angesehen, die zur Hebung der volkswirtschaftlich erwünschten Bereitschaft dienen sollte, für Ausbildungen eigene Mittel aufzuwenden (BTDrucks. V/3430, 8). Das gleichzeitig verfolgte Ziel, die mitunter schwierige Abgrenzung zwischen Fortbildungskosten (WK/BA) einerseits und Ausbildungskosten (Lebenshaltungskosten bzw. SA) andererseits entbehrl. zu machen, wurde zunächst verfehlt, weil der WKAbzug in vielen Fällen günstiger ist (keine Begrenzung auf Höchstbeträge, Möglichkeit des Verlustvortrags). Dies hat eine beinahe uferlose Rspr. zur Abgrenzung zwischen Aus- und Fortbil-

dungskosten hervorgerufen (s. die Erl. zu § 12 Nr. 5), die vom BVerfG gebilligt worden war (BVerfG v. 8.7.1993 – 2 BvR 773/93, HFR 1993, 671). Aufgrund der Neuorientierung der Rspr. zu dieser Abgrenzungsfrage (weitgehend Zuordnung zu den BA/WK; BFH v. 4.12.2002 – VI R 120/01, BStBl. II 2003, 403; v. 17.12.2002 – VI R 137/01, BStBl. II 2003, 407; s. die Erl. zu § 12 Nr. 5) sah sich der Gesetzgeber im Jahr 2004 gezwungen, in § 12 Nr. 5 festzuschreiben, dass Aufwendungen für die erstmalige Berufsausbildung und ein Erststudium nicht zu den BA/WK gehören (krit. dazu DRENSECK, DStR 2004, 1766), so dass derartige Aufwendungen nunmehr den Hauptanwendungsfall der Nr. 7 darstellen. Der BFH sieht aber ein nach abgeschlossener Berufsausbildung durchgeführtes Studium nicht als Erststudium an und gewährt hierfür den WK-Abzug (BFH v. 18.6.2009 – VI R 14/07, DStR 2009, 1952). Erste instanzgerichtliche Entscheidungen, die die Verfassungsmäßigkeit der Neuregelung bejaht haben, sind vom BFH, der eine verfassungskonforme Auslegung vornimmt, jeweils aufgehoben worden (vgl. Nds. FG v. 7.11.2006, DStRE 2007, 951, aufgehoben durch BFH v. 18.6.2009 – VI R 14/07, DStR 2009, 1952; ausführlich FG Rhld.-Pf. v. 20.12.2006, EFG 2007, 838, aufgehoben durch BFH v. 18.6.2009 – VI R 6/07; zur Verfassungsmäßigkeit s. ausführlich auch JOHENNING, Bildungsaufwendungen im Einkommensteuerrecht, Diss. Münster 2008).

Als Fördermaßnahme für Erstausbildungen ist eine StSubvention – noch dazu ein SATbestand, der keinen Verlustvortrag ermöglicht – aber verfehlt. Denn von der Förderung können nur solche Auszubildende oder Studierende profitieren, die – ggf. gemeinsam mit ihrem Ehegatten – über ein zu versteuerndes Einkommen in einer den Grundfreibetrag übersteigenden Höhe verfügen; dies dürfte eher die Ausnahme sein (bzw. nur von einem kleinen Teil der Eltern durch Übertragung von Einkunftsquellen gestaltet werden können). Hier wäre der Einsatz direkter Subventionen – bzw. die Aufstockung der ohnehin bereits umfangreichen staatlichen Mittel, die für Zwecke der Ausbildung eingesetzt werden – vorzugswürdig gewesen.

Verhältnis zu anderen Vorschriften: Wer sich in Ausbildung befindet, kann nicht nur seine Ausbildungskosten (Abs. 1 Nr. 7), sondern auch Kinderbetreuungskosten (§ 9c Abs. 2; bis 2008: § 10 Abs. 1 Nr. 8) abziehen.

231 Einstweilen frei.

B. Aufwendungen für die eigene Berufsausbildung (Nr. 7 Satz 1)

232

I. Begriff der Berufsausbildung

Berufsausbildung iSd. Nr. 7: Bei Schaffung des Abzugstatbestands verstand der Gesetzgeber darunter alle Maßnahmen, durch die das für den Beruf typische Können und schließlich eine selbständige, gesicherte Lebensstellung erworben werden soll (BTDrucks. V/3430, 8). Nach der Neuorientierung der Rspr. zu den Fortbildungskosten und der Schaffung des § 12 Nr. 5 wird der Begriff der Berufsausbildung iSd. Nr. 7 nunmehr wesentlich durch die Abgrenzung zum WKAbzug bestimmt. Aufgrund der – ab VZ 2004 geltenden – Regelung des § 12 Nr. 5, der Aufwendungen für eine erstmalige Berufsausbildung und für ein Erststudium vom Abzug als BA/WK ausschließt (dazu s. die Erl. zu § 12 Nr. 5; zu den in § 12 Nr. 5 verwendeten Begriffen s. BMF v. 4.11.2005, BStBl. I 2005, 955, mit Änderungen durch BMF v. 21.6.2007, BStBl. I 2007, 492; LOSCHELDER, EStB 2005, 295; instruktiv JOCHUM, DStZ 2005, 260), liegt hier der Haupt-

anwendungsbereich der Nr. 7. Ein nach abgeschlossener Berufsausbildung durchgeführtes Studium ist aber nicht als Erststudium anzusehen, so dass der WK-Abzug vorrangig vor Nr. 7 ist (BFH v. 18.6.2009 – VI R 14/07, DStR 2009, 1952). Ausführlich zur neuen Abgrenzung zwischen Ausbildungs- und Fortbildungskosten s. § 9 Anm. 241–252 (mit ABC in Anm. 252); zur früheren Rspr. und der Kritik daran s. § 4 Anm. 910–916. Bis VZ 2003 waren nach der geänderten Rspr. des BFH hingegen auch Aufwendungen für ein Erststudium grds. als BA/WK zu berücksichtigen (BFH v. 7.2.2008 – VI R 41/05, BFH/NV 2008, 1136 unter II.1.b). Musste ein Stpfl., der vorzeitig aus den Diensten desjenigen ArbG ausschied, der das Erststudium finanziert hatte, aufgrund einer Vertragsstrafenklausel eine Ersatzzahlung an den ArbG erbringen, handelte es sich auch dann um BA/WK, wenn dem ArbG damit die Kosten des Erststudiums erstattet werden (BFH v. 22.6.2006 – VI R 5/03, BStBl. II 2007, 4).

Vorbereitung auf einen Beruf: Nach dem Wortlaut fallen nicht *sämtliche* „Ausbildungen“ unter Nr. 7, sondern nur solche, die der Vorbereitung auf einen „Beruf“ dienen (BFH v. 5.8.1977 – VI R 246/74, BStBl. II 1977, 834; v. 22.9.1995 – VI R 13/93, BStBl. II 1996, 8). Dies ist das entscheidende Kriterium für die Zuordnung von Aufwendungen zum SA-Tatbestand. Aufgrund der subjektiven Formulierung des Tatbestands („Aufwendungen für die Berufsausbildung“) kommt es auf die Zweckbestimmung an, die der Stpfl. selbst diesen Aufwendungen gibt. Wegen der allg. Schwierigkeiten im Umgang mit subjektiven Tatbestandsmerkmalen sind aber auch hier letztlich diejenigen Maßnahmen begünstigt, die *ihrer Art nach* und *typischerweise* eine Erwerbstätigkeit vorbereiten sollen. Ist dies der Fall, sind auch Aufwendungen, die für den Besuch kurzer Tages- oder Abendkurse (so ausdrücklich noch H 103 EStH bis 1995) oder den Erwerb von Kenntnissen im Selbststudium anfallen, nach Nr. 7 begünstigt.

Mangels Berufsvorbereitung ist ein SA-Abzug hingegen nicht möglich bei Aufwendungen für

► *Hobbykurse;*

Beispiele: Jägerprüfung einer älteren Ärztin (FG Bremen v. 29.8.1974, EFG 1975, 10, rkr.); Jägerprüfung eines Organizers landwirtschaftlicher Kongresse (FG Berlin v. 10.11.1978, EFG 1979, 438, rkr.); Musikausbildung eines älteren Richters (FG Berlin v. 3.5.1976, EFG 1976, 602, rkr.); Fotofernkurs eines Apothekers (BFH v. 17.11.1978 – VI R 139/76, BStBl. II 1979, 180); Aufwendungen eines Fliesenlegers für einen Skikurs auch dann nicht, wenn der Stpfl. geringfügige Einnahmen aus einer Aufwandsentschädigung für eine Tätigkeit als Ski-Übungsleiter im Umfang von 16 Stunden jährlich erzielt (BFH v. 22.9.1995 – VI R 13/93, BStBl. II 1996, 8).

Kosten für einen Meditationskurs bei einer sektenähnlichen Vereinigung sind hingegen abziehbar, wenn der Stpfl. anschließend als hauptberuflicher Meditationsleiter bei dieser Vereinigung arbeiten will (BFH v. 18.12.1987 – VI R 149/81, BStBl. II 1988, 494; ähnlich FG Münster v. 4.9.1996, EFG 1997, 602, rkr.; anders FG Düss. v. 13.2.1992, EFG 1992, 452, rkr., für Esoterikkurse, auch wenn später Einnahmen als „Lebensberater“ erzielt werden).

► *Allgemeinbildung;*

Beispiele: Aufwendungen für die Erlangung des Pkw-Führerscheins, weil diese nicht in erster Linie der Vorbereitung auf einen Beruf dienen (BFH v. 5.8.1977 – VI R 246/74, BStBl. II 1977, 834; auch dann nicht, wenn ein Schüler während der Ferien als Kraftfahrer tätig ist); Schreibmaschinen-Grundkurs (FG Rhld.-Pf. v. 28.3.1994, EFG 1994, 787, rkr.); Sprachkurs, der lediglich der Allgemeinbildung dient (FG München v. 26.9.1997, EFG 1998, 183, rkr.); Deutschkurs einer nach Deutschland zum Zweck der Eheschließung eingewanderten Ausländerin (BFH v. 15.3.2007 – VI R 14/04, BStBl. II 2007, 814).

Aufwendungen für den Besuch allgemeinbildender *Schulen* sind hingegen abziehbar, weil der Schulbesuch notwendige Grundlage der Ausübung verschiedenster Berufe ist (BFH v. 10.12.1971 – VI R 255/70, BStBl. II 1972, 242; v. 5.8.1977 – VI R 246/74, BStBl. II 1977, 834);

► *ein Seniorenstudium*, das – auch dann, wenn es ernsthaft betrieben wird und zu einem Abschluss führt – nicht mehr als Grundlage einer künftigen Berufstätigkeit dienen soll (aA BRAUN, DStZ 2005, 639, der allerdings verkennt, dass die Regelungswirkung des § 12 Nr. 5 nicht in der Eröffnung des SA-Abzugs, sondern in dem Ausschluss des WK-Abzugs liegt). Zwar existiert bei Nr. 7 keine feste Altersgrenze; es muss aber eine nachhaltige berufsmäßige Ausübung der erlernten Fähigkeiten zur Erzielung von Einkünften angestrebt werden (BFH v. 7.10.2008 – VI B 92/07, BFH/NV 2009, 148);

► *Wehrübungen*, wenn nicht erkennbar ist, dass der Teilnehmer später als Soldat Einkünfte erzielen will (Hess. FG v. 16.11.1979, EFG 1980, 234, rkr.).

Unerwünschte Berufe: Zwar hat der Gesetzgeber die Schaffung des SA-Tatbestands damit begründet, dass die Hebung des Ausbildungsniveaus volkswirtschaftlich erwünscht sei; im Einzelfall ist dies aber kein Tatbestandsmerkmal für den SA-Abzug. Daher sind auch Aufwendungen, die der Vorbereitung auf Tätigkeiten dienen, die nicht den bildungspolitischen Zielvorstellungen des Gesetzgebers entsprechen, begünstigt; die einzige Grenze liegt bei verbotenen, strafbaren oder verfassungswidrigen Tätigkeiten (BFH v. 18.12.1987 – VI R 149/81, BStBl. II 1988, 494).

Hauswirtschaftliche Ausbildungen waren bis 1989 ausdrücklich in Nr. 7 Satz 4 aF erwähnt. Die Streichung dieses Satzes hat nichts daran geändert, dass derartige Ausbildungen unter den Begriff der „Berufsausbildung“ iSd. Nr. 7 Satz 1 fallen (zB Ausbildung zur Hauswirtschaftsmeisterin oder Hausgehilfin). Nicht mehr möglich ist aber der – früher von der FinVerw. zugelassene – Abzug für Koch-, Back- und Nähkurse, die nicht die Voraussetzungen erfüllen, die an eine Berufsausbildung zu stellen sind.

Abgrenzung zum gleichlautenden Begriff aus anderen Regelungsbereichen: Nach der Definition des § 1 Abs. 3 BerufsbildungsG hat eine Berufsausbildung die für die Ausübung einer qualifizierten beruflichen Tätigkeit in einer sich wandelnden Arbeitswelt notwendigen beruflichen Fertigkeiten, Kenntnisse und Fähigkeiten in einem geordneten Ausbildungsgang zu vermitteln und den Erwerb der erforderlichen Berufserfahrungen zu ermöglichen. Wegen der unterschiedlichen Zweckrichtungen kann diese Begriffsbestimmung jedoch nicht für die Auslegung des SA-Tatbestands herangezogen werden (BFH v. 18.12.1987 – VI R 149/81, BStBl. II 1988, 494); insbes. ist für den SA-Abzug weder ein geordneter Ausbildungsgang noch eine Abschlussprüfung zwingend erforderlich (vgl. – allerdings zu § 32 – BFH v. 8.11.1972 – VI R 309/70, BStBl. II 1973, 139; v. 19.2.2002 – VIII R 83/00, BStBl. II 2002, 469).

Die Auslegung des in Nr. 7 verwendeten Begriffs der „Berufsausbildung“ ist angesichts der unterschiedlichen Regelungszwecke auch nicht in vollem Umfang identisch mit der Auslegung der gleichlautenden Begriffe in § 32 Abs. 4 (Kinderfreibetrag, Kindergeld) und § 33a Abs. 1 und 2 (Unterhaltsaufwendungen, Ausbildungsfreibetrag).

Zwar hat eine gewisse Annäherung dadurch stattgefunden, dass die Rspr. bei § 32 Abs. 4 nicht mehr einen geordneten Ausbildungsgang und eine maßgebende zeitliche Inanspruchnahme verlangt, sondern – ebenso wie bei Nr. 7 – alle Maßnahmen ausreichen lässt, bei denen es sich um den Erwerb von Kenntnissen, Fähigkeiten und Erfahrungen handelt, die als Grundlagen für die Ausübung des angestrebten Berufs geeignet

sind, auch wenn sie nicht in einer Ausbildungs- und Studienordnung vorgeschrieben sind (BFH v. 9.6.1999 – VI R 33/98, BStBl. II 1999, 701 unter 1.b, c). Gleichwohl legt die Rspr. die Begriffe im Hinblick auf die unterschiedlichen Zweckrichtungen der einzelnen Vorschriften weiterhin nicht einheitlich aus (vgl. BFH v. 26.11.2003 – VIII R 30/03, BFH/NV 2004, 1223 unter II.a bb; v. 16.3.2004 – VIII R 65/03, BFH/NV 2004, 1523 unter II.a bb; Promotion ist zwar keine Berufsausbildung iSd. § 10 Abs. 1 Nr. 7, wohl aber iSd. § 32 Abs. 4).

Aufwendungen für die Weiterbildung in einem nicht ausgeübten Beruf: Dieser zusätzliche, bisher neben den Aufwendungen für die Berufsausbildung stehende Abzugstatbestand ist seit 2004 nicht mehr in Nr. 7 enthalten. Dies beruht darauf, dass entsprechende Aufwendungen ohnehin zu den WK gehören, wenn der Stpfl. den Wiedereinstieg in das Arbeitsleben vorbereitet; in den anderen Fällen sind sie nicht mehr abziehbar (KIRCHHOF/FISCHER VIII. § 10 Rn. 32; OFD Hannover v. 19.8.2004, DStR 2004, 1790 unter II.).

Einstweilen frei.

233–234

II. Begünstigte Aufwendungen

235

Abziehbar sind alle mit der Berufsausbildung in Zusammenhang stehenden Aufwendungen. Dies gilt ausdrücklich auch bei Aufwendungen für eine auswärtige Unterbringung (Nr. 7 Satz 3; s. Anm. 241). Für Mehraufwendungen für Verpflegung, Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer, die Wege zwischen Wohnung und Ausbildungsstätte sowie Mehraufwendungen für doppelte Haushaltsführung gelten die einschlägigen Abzugsbeschränkungen (Nr. 7 Satz 4, s. Anm. 242).

Veranlassungsprinzip: Ähnlich wie beim BA- und WKAbzug beurteilt sich die Abziehbarkeit von Aufwendungen auch bei Nr. 7 danach, ob sie durch die Berufsausbildung „veranlasst“ worden sind. Dafür spricht die subjektive Formulierung der Nr. 7 („Aufwendungen für ...“). Der für die übrigen SA geltende Grundsatz, wonach Nebenkosten zu SA nicht ihrerseits als SA abziehbar sind (s. Anm. 31), wird hier daher durch das Veranlassungsprinzip verdrängt.

Einzelfälle: Insbes. sind abziehbar (s. auch LOSCHELDER, EStB 2005, 295 [298])

► *Unterrichtsgebühren* (Studiengebühren, Lehrgangskosten, Eintrittsgelder zu Vorträgen, Honorar eines Privatlehrers);

► *Aufwendungen für Arbeitsmittel* (Geräte, Werkzeuge, Material, Fachliteratur, typische „Berufs“kleidung). Sofern die in § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 Satz 2 genannte Grenze von 410 € überschritten wird, sind jedoch – auch wenn es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung fehlt – nur die auf den jeweiligen VZ entfallenden AfA abziehbar (BFH v. 7.5.1993 – VI R 113/92, BStBl. II 1993, 676; H 10.9 EStH 2008 „Arbeitsmittel“); nach zutreffender Auffassung der FinVerw. ist die in § 6 Abs. 2 genannte niedrigere Grenze hier nicht anwendbar;

Aufwendungen für den Bezug von Tageszeitungen und Nachrichtenmagazinen, die sich an ein breites Publikum wenden, sind jedoch nicht abziehbar (FG Ba.-Württ. v. 8.11.2000, EFG 2001, 285, rkr.: „Focus“ bei einem Politologiestudenten).

► *Fahrtkosten:* Für die Wege zwischen Wohnung und Ausbildungsstätte gilt gem. Nr. 7 Satz 4 iVm. § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 die Regelung über die Entfernungspauschale (s. Anm. 242). Danach gilt für regelmäßige Fahrten ein Pauschalabzug von 0,30 € je Kilometer unabhängig vom benutzten Verkehrsmittel. Für alle anderen Fahrten sind die tatsächlichen Kosten (bei Pkw-Nutzung hilfsweise die für Dienstreisen geltenden km-Pauschalen) anzusetzen;

► *Zinsen* für ein Darlehen, das zur Finanzierung von Ausbildungskosten aufgenommen worden ist (BFH v. 25.9.1992 – VI R 90/90, BFH/NV 1993, 164). UE ist dies wegen des grds. Ausschlusses des Abzugs von Nebenkosten zu SA nicht ganz zweifelsfrei (s. Anm. 31), letztlich wegen der Überlagerung dieses Grundsatzes durch das bei Nr. 7 geltende Veranlassungsprinzip aber vertretbar;

► *Prozesskosten*, die aufgewendet werden, um Zugang zu der angestrebten Ausbildung zu erhalten (FG Berlin v. 1.8.1978, EFG 1979, 177, rkr.).

Umfang der Aufwendungen bei Erhalt steuerfreier Fördermittel: Im Anwendungsbereich der Nr. 7 gibt es keine Regelung, die Aufwendungen im Zusammenhang mit stfreien Einnahmen vom Abzug ausschließt (so zB Abs. 2 Nr. 1 für Vorsorgeaufwendungen, § 3c für BA/WK). Der Bezug solcher Einnahmen steht daher dem Abzug von Ausbildungskosten nicht entgegen (s. auch Anm. 43). Dies gilt etwa für Studierende, die BAföG-Zuschüsse beziehen (BFH v. 8.12.1978 – VI R 26/76, BStBl. II 1979, 212; anders – Kürzung um den mit damals 50 DM monatlich pauschal in den BAföG-Satz eingerechneten Bedarf für Sachkosten – Nds. FG v. 18.5.1978, EFG 1978, 541, rkr.), oder für Auszubildende, die von der Arbeitsagentur durch Zahlung von Berufsausbildungsbeihilfe nach § 59 SGB III (bis 1997: Unterhaltsgeld nach § 44 AFG) gefördert werden (BFH v. 4.3.1977 – VI R 168/75, BStBl. II 1977, 503; v. 13.10.2003 – VI R 71/02, BStBl. II 2004, 890). Anders verhält es sich bei *zweckgebundenen* Zuschüssen (zB für Lehrgangsgebühren, Lernmittel oder Fahrtkosten): In Höhe solcher Zuschüsse fehlt es von vornherein an abziehbaren „Aufwendungen“ iSd. Eingangssatzes des Abs. 1 (BFH v. 4.3.1977 – VI R 168/75, BStBl. II 1977, 503). Daher ist ein SA-Abzug auch dann ausgeschlossen, wenn der Zuschuss erst im folgenden Jahr geleistet wird (zutreffend R 10.9 EStR 2008).

Zeitpunkt des Abzugs bei Darlehensfinanzierung: Auch wenn die Ausbildungskosten durch Darlehen (auch Darlehensanteil nach dem BAföG, rückzahlbare Stipendien, Studiengebührenkredite) finanziert werden, bleibt für den SA-Abzug der Zeitpunkt des Abflusses der Ausbildungskosten maßgebend (§ 11 Abs. 2). Auf den Zeitpunkt der Darlehensrückzahlung kommt es hingegen nicht an (BFH v. 15.3.1974 – VI R 252/71, BStBl. II 1974, 513; v. 7.2.2008 – VI R 41/05, BFH/NV 2008, 1136 unter II.2.; FG Hamb. v. 9.12.1999, EFG 2000, 548, rkr.). Durch die Kreditfinanzierung von Ausbildungskosten kann der Abzugszeitpunkt daher nicht in spätere VZ mit typischerweise höheren StSätzen verlagert werden.

236–237 Einstweilen frei.

238

III. Begrenzung des Abzugs auf einen Höchstbetrag

Höhe des Höchstbetrags: Der Abzug der Aufwendungen als SA ist auf einen Höchstbetrag von 4000 € im Kj. beschränkt, der bei Ehegatten jeder Person gesondert zusteht (Nr. 7 Satz 2, s. Anm. 240). Bis VZ 2003 belief sich der Höchstbetrag auf lediglich 920 €, bei auswärtiger Unterbringung (s. Anm. 241) auf 1227 €; zur Entwicklung der Höchstbeträge in früheren VZ s. Anm. 230. Ursprünglich orientierte sich der Höchstbetrag an der Höhe des Kinderfreibetrags und des Unterhaltshöchstbetrags nach § 33a Abs. 1 (BTDrucks. V/3430, 10); diese Anknüpfung ist aber im Laufe der Zeit in Vergessenheit geraten.

Außergewöhnliche Belastungen: Aufwendungen, die den Höchstbetrag übersteigen, können allerdings – bei Erfüllung der Voraussetzungen des § 33 im Üb-

rigen – als agB abgezogen werden. Der grundsätzliche Nachrang des § 33 gilt für Aufwendungen iSd. Nr. 7 ausdrücklich nicht (§ 33 Abs. 2 Satz 2; s. § 33 Anm. 205 ff.). Denkbar ist dies zB, wenn eine Erstausbildung krankheitsbedingt abgebrochen und eine neue Erstausbildung begonnen werden muss. Bedenken im Hinblick auf die bis 2003 nur geringe Höhe der Höchstbeträge werden durch diese Regelung abgemildert (ebenso KSM/SÖHN, § 10 Rn. J 274).

Einstweilen frei.

239

C. Anwendung der Nr. 7 bei Ehegatten (Nr. 7 Satz 2)

240

Bei Ehegatten, die die Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 Satz 1 erfüllen (nicht dauernd getrennt lebende, unbeschränkt stpfl. Personen), ist der Höchstbetrag gesondert auf die Berufsausbildungsaufwendungen jedes Ehegatten anzuwenden (Nr. 7 Satz 2). Im Gegensatz zu anderen SA-Tatbeständen (zB Abs. 3 Satz 2) kommt es hier also nicht zur Verdoppelung eines *gemeinsamen* Höchstbetrags, sondern es bleibt – ähnlich wie im Bereich der Einkünfteermittlung – bei einer individuellen Betrachtung jedes einzelnen Ehegatten. Dem SA-Abzug steht es zwar nicht entgegen, wenn der eine Ehegatte die Ausbildungskosten des anderen Ehegatten zahlt (s. Anm. 36). Eine „Übertragung“ des bei einem Ehegatten nicht ausgeschöpften Teils des Höchstbetrags auf den anderen Ehegatten ist allerdings nicht zulässig (ebenso LOSCHOLDER, EStB 2005, 295 [298]).

D. Aufwendungen für eine auswärtige Unterbringung (Nr. 7 Satz 3)

241

Aufwendungen für eine auswärtige Unterbringung sind kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung ebenfalls abziehbar. Die bis VZ 2003 geltende Beschränkung auf „*Mehraufwendungen*“ (Nr. 7 Satz 4 aF) ist nicht in die Neufassung übernommen worden. Es genügt auch eine kurzfristige auswärtige Unterbringung (zB aus Anlass eines dreitägigen Lehrgangs); die Erfüllung der Voraussetzungen einer doppelten Haushaltsführung ist nicht erforderlich (BFH v. 20.3.1992 – VI R 40/89, BStBl. II 1992, 1033). Sofern es sich aber um eine doppelte Haushaltsführung handelt, gelten über Nr. 7 Satz 4 die Regelungen in § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 5 entsprechend (s. Anm. 242).

Der Tatbestand der auswärtigen Unterbringung hat für die Praxis an Bedeutung verloren, seitdem er nicht mehr zur Gewährung eines erhöhten Höchstbetrags führt (ab VZ 2004). Heute dient Satz 3 nur noch der Klarstellung, dass auch diese Aufwendungen Ausbildungskosten darstellen können, was indes auch ohne die ausdrückliche Regelung nicht anders zu beurteilen wäre.

E. Anwendung von Abzugsbeschränkungen (Nr. 7 Satz 4)

242

Einige Abzugsbeschränkungen aus dem Bereich der BA/WK sind auch auf Ausbildungskosten anzuwenden; Nr. 7 Satz 4 verweist insoweit auf die einschlägigen Normen der §§ 4, 9.

Mehraufwendungen für Verpflegung: Hier gelten die Beschränkungen und die Pauschbeträge des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 5 (s. § 4 Anm. 1350 ff.).

Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer sind nur unter den Voraussetzungen des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6b abziehbar (dazu s. § 4 Anm. 1490 ff.).

Das aus § 12 Nr. 1 Satz 2 entnommene Aufteilungs- und Abzugsverbot für gemischte Aufwendungen steht dem Abzug von Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer, das sowohl zur Einkunftserzielung als auch für eine unter Abs. 1 Nr. 7 fallende Ausbildung genutzt wird, nicht entgegen, wenn im Übrigen die Voraussetzungen des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6b erfüllt sind (BFH v. 22.6.1990 – VI R 2/87, BStBl. II 1990, 901; v. 29.4.1992 – VI R 33/89, BFH/NV 1992, 733). Umfassend zur sinngemäßen Anwendung der Abzugsbeschränkung für Arbeitszimmer im Rahmen der Nr. 7 URBAN, DStZ 1997, 368 (373 ff.).

Wege zwischen Wohnung und Ausbildungsstätte: Hier gelten die Regelungen für den Abzug von Aufwendungen für Wege zwischen Wohnung und Arbeitsstätte (§ 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4, Abs. 2, s. § 9 Anm. 440–462, 640–643). Seit der rückwirkenden gesetzlichen Neuregelung sind auch die Aufwendungen für die ersten 20 km wieder abziehbar. Die Begrenzung ist allerdings nur auf die Wege zur *regelmäßigen* Ausbildungsstätte anwendbar.

Notwendige Mehraufwendungen wegen einer aus Anlass der Berufsausbildung begründeten doppelten Haushaltsführung sind nach den Grundsätzen des § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 5 abzuziehen (s. § 9 Anm. 475–522).

243–249 Einstweilen frei.

Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 8 aF:

Kinderbetreuungskosten wegen Ausbildung, Behinderung oder Krankheit (VZ 2006–2008)

Schrifttum: BALLOF, Die Neuregelung der Kinderbetreuungskosten, EStB 2006, 259; HEY, Der neue Abzug für Kinderbetreuungskosten, NJW 2006, 2001; HILLMOTH, Neuregelung des Abzugs von Kinderbetreuungskosten ab 2006, INF 2006, 377; MELCHIOR, Gesetz zur steuerlichen Förderung von Wachstum und Beschäftigung sowie Gesetz zur Eindämmung missbräuchlicher Steuergestaltungen im Überblick, DStR 2006, 681; SEILER, Steuerliche Abzugsfähigkeit von Kinderbetreuungskosten, DStR 2006, 1631; TAUSCH/PLENKER, Änderungen durch die Gesetze zur Eindämmung missbräuchlicher Steuergestaltungen und zur Förderung von Wachstum und Beschäftigung, DB 2006, 800; WARNKE, Das Gesetz zur steuerlichen Förderung von Wachstum und Beschäftigung, EStB 2006, 182; DURST, Steuerentlastung für haushaltsnahe Dienstleistungen und Kinderbetreuung, KÖSDI 2007, 15486; HILLMOTH, Steuerliche Geltendmachung von Kinderbetreuungskosten, Inf. 2007, 296; HÖLZER, Abzugsfähigkeit von Kinderbetreuungskosten erwerbstätiger verheirateter Eltern, NJW 2008, 2145.

A. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 8

250 I. Rechtsentwicklung des Abzugs von Kinderbetreuungskosten

Die gesetzlichen Vorschriften über den Abzug von Kinderbetreuungskosten sind maßgeblich durch die Rspr. des BVerfG geprägt worden, das dem Gesetzgeber für diesen Regelungsbereich im Laufe der Zeit immer striktere Vorgaben erteilt hat.

Den Ausgangspunkt der einschlägigen Rspr. bildet eine Entscheidung aus den siebziger Jahren, wonach Kinderbetreuungskosten auch dann, wenn sie die Erwerbstätigkeit fördern, von Verfassungen wegen nicht zwingend als BA/WK berücksichtigt werden müssten. *Wenn* der Gesetzgeber aber einen besonderen Ab-

zugstatbestand schaffe (damals agB nach § 33a Abs. 3 mit einem Höchstbetrag von 1 200 DM), verstoße es gegen Art. 3 Abs. 1 GG, wenn nur Eltern mit mindestens zwei Kindern, nicht aber Eltern mit nur einem Kind entsprechende Aufwendungen stl. geltend machen könnten (BVerfG v. 11.10.1977 – 1 BvR 343/73 ua., BVerfGE 47, 1).

Zu Beginn der achtziger Jahre erklärte das BVerfG (v. 3.11.1982 – 1 BvR 620/78 ua., BVerfGE 61, 319 = BStBl. II 1982, 717) dann die Besteuerung alleinerziehender Elternteile für unvereinbar mit Art. 3 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 GG, weil deren Leistungsfähigkeit durch zusätzlichen zwangsläufigen Betreuungsaufwand gemindert werde, der bei Eheleuten typischerweise nicht anfalle. In beiden Entscheidungen wurde dem Gesetzgeber aber noch freigestellt, statt der stl. Berücksichtigung eine sozialrechtl. Lösung durch Bereitstellung von Kinderbetreuungseinrichtungen oder Gewährung zusätzlicher Sozialleistungen zu wählen.

Einfügung des § 33c: Daraufhin wurde mit dem StBereinG 1985 v. 14.12.1984 (BGBl. I 1984, 1493; BStBl. I 1984, 659) § 33c mit Rückwirkung auf den VZ 1971 (§ 53b EStG 1985) eingeführt (zur Rechtsentwicklung des § 33c bis zum Jahr 2000 s. auch § 33c Anm. 2–9 mwN). Die Regelung sah zunächst nur für Alleinstehende – zu denen allerdings auch die zusammenlebenden Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft gehörten – eine Abzugsmöglichkeit vor (notwendige und angemessene Aufwendungen bis 4 000 DM für das erste und bis 2 000 DM für jedes weitere Kind).

Das StSenkG 1986/1988 v. 26.6.1985 (BGBl. I 1985, 1153; BStBl. I 1985, 391) bezog Ehegatten in bestimmten Fällen in die Begünstigung ein. Ihnen stand der Abzug allerdings nur zu, wenn ein Ehegatte krank oder behindert *und* der andere Ehegatte erwerbstätig oder ebenfalls krank oder behindert war. *Beiderseits* erwerbstätige Ehegatten waren weiterhin vom Anwendungsbereich ausgenommen. Hier war sehr streitig, ob die Aufwendungen um die zumutbare Belastung nach § 33 Abs. 3 zu kürzen waren. Die FinVerw. bejahte dies, die Rspr. lehnte es ab (BFH v. 10.4.1992 – III R 184/90, BStBl. II 1992, 814 unter II.2.b; v. 26.6.1996 – XI R 15/85, BStBl. II 1997, 33). Daraufhin führte der Gesetzgeber mit Wirkung ab 1997 in § 33c einen ausdrücklichen Verweis auf § 33 Abs. 3 ein, der jedoch durch das BVerfG (v. 16.3.2005 – 2 BvL 7/00, NJW 2005, 2448) für verfassungswidrig und nichtig erklärt wurde.

Ende der neunziger Jahre forderte das BVerfG (BVerfG v. 10.11.1998 – 2 BvR 980/91 ua., BVerfGE 99, 216 = BStBl. II 1999, 182) unter dem Einfluss von KIRCHHOFF, dass der Betreuungsbedarf als notwendiger Bestandteil des familiären Existenzminimums *generell* – dh. unabhängig von einer Erwerbstätigkeit oder dem Familienstand der Eltern und unabhängig vom Umfang der sozialrechtl. Leistungen des Staates – estl. unbelastet bleiben müsse. Die bisherige Regelung des § 33c sei wegen der Benachteiligung von Ehepaaren gegenüber nichtehelichen Lebensgemeinschaften verfassungswidrig.

Daraufhin wurde § 33c durch das FamFördG v. 22.12.1999 (BGBl. I 1999, 2552; BStBl. I 2000, 4) mit Wirkung ab VZ 2000 aufgehoben und durch einen zusätzlichen Betreuungsfreibetrag für unter 16-jährige Kinder iHv. 3 024 DM (§ 32 Abs. 6) ersetzt. Durch das 2. FamFördG v. 16.8.2001 (BGBl. I 2001, 2074; BStBl. I 2001, 533) wurde § 33c in einer Form, die hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzungen weitgehend den späteren Regelungen in Nr. 8 und § 4f entsprach, mit Wirkung ab VZ 2002 wieder eingeführt. Zugleich wurde der zusätzliche Freibetrag des § 32 Abs. 6 für den Betreuungs-, Erziehungs- und Ausbildungsbedarf auf 2 160 € je Kind angehoben. Mit Wirkung ab 2006 wurde § 33c dann ua. durch den SA-Tatbestand der Nr. 8 abgelöst.

Rechtsentwicklung der Nr. 8 (weitere Einzelheiten in Anm. 4): Durch das Ges. zur stl. Förderung von Wachstum und Beschäftigung v. 26.4.2006 (BGBl. I 2006, 1091; BStBl. I 2006, 350) wurde mit Wirkung ab VZ 2006 (§ 52 Abs. 24 EStG 2006) ein neuer SA-Tatbestand zum Abzug bestimmter Kinderbetreu-

ungskosten geschaffen, der die vorherige Regelung in § 33c ablöste (ausführliches Einführungsschreiben der FinVerw.: BMF v. 19.1.2007, BStBl. I 2007, 184). Das JStG 2008 v. 20.12.2007 (BGBl. I 2007, 3150; BStBl. I 2008, 218) lockerte die Nachweisanforderungen (Nr. 8 Satz 6). Mit dem FamLeistG v. 22.12.2008 (BGBl. I 2008, 2955; BStBl. I 2009, 136) wurde die gesamte Regelung in den neuen § 9c überführt; sie war daher nur von VZ 2006 bis 2008 anwendbar.

Zuvor (von 1990 bis 2001) ermöglichte Nr. 8 aF den Abzug von Aufwendungen für hauswirtschaftliche Beschäftigungsverhältnisse (Einzelheiten zur Rechtsentwicklung dieser Vorschrift s. Anm. 265).

Beginn des zeitlichen Anwendungsbereichs der Nr. 8: Nr. 8 ist anwendbar, wenn die Aufwendungen ab dem VZ 2006 geleistet *und* die entsprechenden Betreuungsleistungen ab dem VZ 2006 erbracht worden sind (§ 52 Abs. 24 EStG 2006).

§ 33c aF ist hingegen nur anwendbar, wenn die Aufwendungen bis zum 31.12.2005 abfließen. Für Aufwendungen, die noch im VZ 2005 erbracht werden, aber erst im VZ 2006 bezahlt werden, besteht damit eine Gesetzeslücke. Ob insoweit § 33c aF weiterhin anzuwenden ist (so zuletzt SCHMIDT/LOSCHELDER XXVI. § 33c Rn. 4), ist uE sehr zweifelhaft; eine solche Rechtsfolge könnte wohl nur Inhalt einer Billigkeitsmaßnahme sein (so auch SCHMIDT/HEINICKE XXVIII. § 10 Rn. 100). Auf eine solche Billigkeitsmaßnahme bestünde allerdings zur Vermeidung einer verfassungswidrigen Rückwirkung ein Anspruch, weil § 33c durch ein im April 2006 verkündetes Gesetz mit Rückwirkung zum 31.12.2005 aufgehoben worden ist. Hätte der Gesetzgeber diese Übergangsproblematik gesehen, hätte er eine entsprechende Regelung getroffen.

251

II. Bedeutung von Abs. 1 Nr. 8

Nr. 8 ermöglicht den Abzug eines Teils der Aufwendungen für Dienstleistungen zur Betreuung von höchstens 13 Jahre alten Kindern, wenn der Stpfl. in Ausbildung, behindert oder krank ist.

Da ein Aufwand für den allg. Betreuungsbedarf bereits in Höhe von 2160 € pro Kind in die Bemessung des Freibetrags nach § 32 Abs. 6 eingeht, ist die zusätzliche Berücksichtigungsmöglichkeit durch Nr. 8 verfassungsrechtl. nicht zwingend geboten, sondern eher als Lenkungsmaßnahme anzusehen. Im Titel des einschlägigen Änderungsgesetzes, durch das Nr. 8 eingefügt wurde, ist denn auch nicht die Förderung der Familie, sondern die Förderung von Wachstum (gemeint ist das Wirtschaftswachstum, nicht das Wachstum von Familien oder Kindern) und Beschäftigung genannt. Letztlich soll Nr. 8 also vor allem einen Anreiz darstellen, entgeltliche Dienstleistungen im Bereich der Kinderbetreuung nachzufragen und in der Legalität abzuwickeln. Angesichts dieses Normzwecks sind die Begrenzungen des Abzugs der Höhe nach (s. Anm. 260) verfassungsrechtl. gerechtfertigt (Hey, NJW 2006, 2001 [2004] hält die Begrenzung auf einen Höchstbetrag selbst dann für gerechtfertigt, wenn man davon ausgeht, dass der Abzugstatbestand *als solcher* durch die verfassungsrechtl. Anforderungen an die Ausgestaltung der Familienbesteuerung geboten sei).

252

III. Verhältnis der Vorschriften über Kinderbetreuungskosten zueinander

War der Abzug von Kinderbetreuungskosten bis 2005 in einer einzigen Vorschrift (§ 33c) geregelt, ist dieser Tatbestand ab 2006 auf vier selbständige Vorschriften aufgesplittet worden. Auch wenn der Gesetzgeber dafür möglicher-

weise feinsinnige systematische Gründe anführen kann, nimmt die Verständlichkeit der Gesamtregelung angesichts dieser Regelungstechnik beachtlichen Schaden. Darunter leidet gerade die Zielgruppe dieser Regelung, deren Angehörige sich nicht immer einen stl. Berater werden leisten können und gerade deshalb auf einen nachvollziehbaren Gesetzestext angewiesen sind. Die mit Wirkung ab VZ 2009 vorgenommene Zusammenfassung sämtlicher Vorschriften in § 9c ist daher zu begrüßen.

Die Behandlung von Aufwendungen zur Betreuung von Kindern, die das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet haben oder behindert sind, war von 2006 bis 2008 in drei verschiedenen Normen – mit weitgehend identischen Voraussetzungen und Rechtsfolgen – geregelt: Nach § 4f waren Kinderbetreuungskosten abziehbar, die wegen einer Erwerbstätigkeit im Bereich der *Gewinneinkünfte* anfallen; gleichzeitig wurde hier die – systematisch neue – Kategorie „Abzug wie BA“ eingeführt. § 9 Abs. 5 erstreckte diese Regelung auch auf Kinderbetreuungskosten, die wegen einer Erwerbstätigkeit im Bereich der *Überschusseinkünfte* anfallen. Nr. 8 enthielt einen nachrangigen SA-Abzugstatbestand für Kinderbetreuungskosten, die wegen einer Ausbildung, Behinderung oder Krankheit des Stpfl. anfallen. Zusätzlich enthielt Nr. 5 einen – gegenüber allen genannten Vorschriften nachrangigen – Tatbestand zum Abzug von Aufwendungen, die zur Betreuung drei- bis fünfjähriger Kinder entstehen (s. Anm. 210 ff.). Alle Regelungen begrenzten den Abzug in doppelter Weise: Zunächst auf 2/3 der Aufwendungen, zusätzlich auf 4000 € je Kind (s. Anm. 260).

Waren die Voraussetzungen des § 4f (Erwerbstätigkeit) nur während eines *Teils* des Jahres erfüllt, lagen aber während des anderen Teils des Jahres die Voraussetzungen der Nr. 8 vor, war uE wegen der in beiden Vorschriften vorzunehmenden Ganzjahresbetrachtung und des Eingangssatzes des § 10 Abs. 1 ausschließlich § 4f anzuwenden (aA HILLMOTH, INF 2006, 377 [380]; zeitanteilige Aufteilung der Höchstbeträge).

Kinderbetreuungskosten, die aus *anderen* Gründen entstehen, können *nicht* nach den genannten Regelungen (bzw. ab 2009 nach § 9c) abgezogen werden. Handelt es sich jedoch um eine „haushaltsnahe Beschäftigung“, ist § 35a anwendbar. Außerdem wird zusätzlich zum Kinderfreibetrag weiterhin pauschal ein Betrag von 1080 € je Elternteil für den Betreuungs-, Erziehungs- oder Ausbildungsbedarf abgezogen (§ 32 Abs. 6 Satz 1).

Einstweilen frei.

253–254

B. Aufwendungen für Dienstleistungen zur Betreuung eines Kindes wegen Ausbildung, Behinderung oder Krankheit (Nr. 8 Satz 1)

I. Voraussetzungen in der Person des Kindes: Haushaltzugehörigkeit, Altersgrenze

255

Kind iSd. § 32 Abs. 1: Hierunter fallen die im ersten Grad mit dem Stpfl. verwandten Kinder sowie Pflegekinder (Einzelheiten s. § 32 Anm. 34–50).

Haushaltzugehörigkeit des Kindes: Das Kind muss zum Haushalt des Stpfl. gehören. UE ist diese Formulierung ebenso auszulegen wie die in § 32 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 6 Satz 7, §§ 63, 64 verwendete, wonach der Stpfl. das Kind „in seinen Haushalt aufgenommen“ haben muss. Dies ist der Fall, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung unter Leitung des Stpfl. dessen Wohnung teilt oder

sich mit seiner Einwilligung vorübergehend außerhalb seiner Wohnung aufhält (s. § 32 Anm. 47 mwN). Auf die melderechtl. Lage kommt es hier (im Gegensatz zur Regelung in § 32 Abs. 6 Satz 6) nicht an (aA TAUSCH/PLENKER, DB 2006, 800 [803]), weil die Besteuerung grds. an den tatsächlich verwirklichten Sachverhalt, nicht aber an Formalien anknüpft. Dieses Merkmal ist verfassungsrechtl. nicht zu beanstanden, weil typischerweise nur für haushaltszugehörige Kinder erhöhte Betreuungsaufwendungen entstehen (BVerfG v. 30.9.1992 – 1 BvR 626/89, HFR 1993, 129).

Auslandskinder: Gehört das Kind zum Haushalt des Stpfl., kommt es nicht darauf an, ob es unbeschränkt stpfl. ist. Dies folgt nicht nur aus dem Fehlen einer entsprechenden Einschränkung, sondern auch aus der Regelung des Satzes 5. Da wegen § 50 Abs. 1 Satz 3 aber die unbeschränkte Stpfl. des Elternteils erforderlich ist, werden Konstellationen, in denen das Kind zwar einerseits zum Haushalt des Stpfl. gehört, andererseits aber nicht unbeschränkt stpfl. ist, in der Praxis selten sein.

Keine Vollendung des 14. Lebensjahrs: Der Abzug ist auf Kinder beschränkt, die höchstens 13 Jahre alt sind; diese Altersgrenze knüpft an die des § 7 Abs. 1 SGB VIII an (BTDrucks. 16/773, 1). Vollendet das Kind während des VZ das 14. Lebensjahr, sind nur die bis zu diesem Zeitpunkt entstandenen (nicht: gezahlten) Aufwendungen begünstigt; eine zeitanteilige Kürzung des Höchstbetrags von 4000 € findet allerdings nicht statt (s. Anm. 260). Nr. 8 ist – in seinem Anwendungsbereich – vorrangig gegenüber Nr. 5, der einen Abzugstatbestand für drei- bis fünfjährige Kinder enthält. Nach der Vollendung des 14. Lebensjahrs geht der Gesetzgeber – typisierend und zutreffend – davon aus, dass Kinder einer kostenträchtigen Betreuung durch Dritte nicht mehr bedürfen.

Entfällt das Entgelt für eine einheitliche Betreuungsleistung (zB Beschäftigung einer Tagesmutter, die mehrere Kinder unabhängig von ihrem Alter bekocht und ihnen bei den Hausaufgaben hilft) sowohl auf ein unter als auch auf ein über 14 Jahre altes Kind, sind die Aufwendungen aufzuteilen. Alternativ steht dem Stpfl. aber auch der Nachweis offen, dass die Betreuungsleistungen ausschließlich für das altersmäßig noch von Nr. 8 erfasste Kind erbracht wurden.

Behinderte Kinder: Ist das Kind wegen einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung außerstande, sich selbst zu unterhalten, können entsprechende Betreuungsaufwendungen unabhängig vom Alter des Kindes abgezogen werden. Allerdings muss die Behinderung vor Vollendung des 25. Lebensjahres des Kindes eingetreten sein. Nr. 8 entspricht damit der zum Kinderfreibetrag getroffenen Regelung des § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 (Einzelheiten s. § 32 Anm. 116–118).

Im VZ 2006 war es noch ausreichend, wenn die Behinderung vor Vollendung des 27. Lebensjahres des Kindes eingetreten war. Betreuungskosten für ein solches Kind bleiben aus Gründen des Vertrauensschutzes auch in Zukunft abziehbar (§ 52 Abs. 2 Satz 2 EStG 2007).

II. Voraussetzungen in der Person des Steuerpflichtigen: Ausbildung, Behinderung oder Krankheit (Nr. 8 Sätze 1 und 2)

Nr. 8 begünstigt Kinderbetreuungskosten – anders als Nr. 5 – nur dann, wenn zugleich bestimmte Lebensumstände auf Seiten des Stpfl. gegeben sind. Die Regelung ergänzt § 4f und § 9 Abs. 5, die den Abzug *erwerbsbedingter* Kinderbetreuungskosten ermöglichen. Hierzu hat das BVerfG bereits früh ausgeführt, dass

hinsichtlich der Kinderbetreuungskosten Personen, die zB ein Studium absolvieren, den Erwerbstätigen im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG gleichzustellen sind (BVerfG v. 11.10.1977 – 1 BvR 343/73 ua., BVerfGE 47, 1 unter C.VI.2.b).

Ausbildung des Steuerpflichtigen: Der Begriff der Ausbildung wird im Gesetz oder den Materialien nicht näher erläutert. Ein Rückgriff auf den in Nr. 7 und § 32 Abs. 4 verwendeten Begriff der „Berufsausbildung“ ist nicht ohne weiteres möglich, zumal auch dieser Begriff im jeweiligen Normzusammenhang unterschiedlich ausgelegt wird (s. Anm. 232). Im Hinblick auf die systematische Funktion der Nr. 8 als Ergänzungstatbestand zu § 4f ist eine „Ausbildung“ hier uE dann zu bejahen, wenn sie die Zeit und die Konzentration des Stpfl. in gleicher Weise in Anspruch nimmt wie eine Erwerbstätigkeit und er daher wie ein Erwerbstätiger an der persönlichen Betreuung seines Kindes gehindert wird. Da eine Erwerbstätigkeit iSd. § 4f aber nicht notwendig eine Vollzeit-Tätigkeit sein muss (so auch BALLOF, EStB 2006, 259 [260]; HILLMOTH, INF 2006, 377 [379]), führen auch Ausbildungen, die nur einen *Teil* der dem Stpfl. zur Verfügung stehenden Zeit in Anspruch nehmen, zur Eröffnung der Abzugsmöglichkeit nach Nr. 8.

Zweifelhaft ist allerdings, ob auch eine Ausbildung, die nur aus dem Besuch gelegentlicher Tages- oder Abendkurse besteht (und gleichwohl den Begriff der „Berufsausbildung“ iSd. Nr. 7 erfüllen kann; s. Anm. 232), ausreicht: Zwar kann – im Anwendungsbereich des § 4f – auch eine nur *stundenweise* Erwerbstätigkeit die Notwendigkeit einer gleichzeitigen Kinderbetreuung durch Dritte mit sich bringen. Allerdings wird der Anwendungsbereich des § 4f in derartigen Fällen dadurch begrenzt, dass diese Regelung einen Kausalzusammenhang zwischen Erwerbstätigkeit und Kinderbetreuungskosten voraussetzt; an diesem Korrektiv fehlt es bei Nr. 8 (ausf. s. unten). Da der Paralleltatbestand der *Krankheit* nach der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung des Satzes 2 nur zur Eröffnung der Abzugsmöglichkeit führt, wenn diese für mindestens drei Monate besteht, und eine *Behinderung* definitionsgemäß nur gegeben ist, wenn der entsprechende Zustand mindestens sechs Monate andauert (s. unten), wird man Ähnliches auch für Ausbildungen fordern müssen. Der gelegentliche Besuch von Kursen erfüllt daher uE nicht den Begriff der „Ausbildung“ iSd. Nr. 8.

Wird die Ausbildung für höchstens vier Monate unterbrochen, können auch die während der Zeit der Unterbrechung entstandenen Kinderbetreuungskosten berücksichtigt werden (so zutreffend zu § 33c aF R 33c Abs. 3 EStR 2005).

Behinderung des Steuerpflichtigen: Der Abzug von Kinderbetreuungskosten nach Nr. 8 ist auch dann möglich, wenn der Stpfl. körperlich, geistig oder seelisch behindert ist. Mangels anderer Anhaltspunkte und wegen der erkennbaren begrifflichen Anknüpfung („körperlich, geistig oder seelisch“) ist hier der sozialrechtl. Begriff der Behinderung (§ 2 Abs. 1 SGB IX) zugrunde zu legen. Danach ist ein Mensch behindert, wenn seine körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweicht und daher seine Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist.

Die FinVerw. verweist auf den Begriff der Behinderung iSd. § 33b und damit auch auf die formalen Nachweiserfordernisse des § 65 EStDV (BMF v. 19.1.2007, BStBl. I 2007, 184 Rn. 32). UE ist dies abzulehnen, da Nr. 8 keinen Verweis auf § 33b enthält und § 65 EStDV nach seiner amtlichen Überschrift („zu § 33b des Gesetzes“) ebenfalls nicht unmittelbar für Nr. 8 gilt. Daher kann der Stpfl. sich direkt auf den sozialrechtl. Begriff der Behinderung berufen.

Krankheit des Steuerpflichtigen: Kinderbetreuungskosten sind auch dann nach Nr. 8 abziehbar, wenn der Stpfl. krank ist.

► *Begriff der Krankheit:* Die Rspr. zum Abzug von Krankheitskosten im Rahmen des § 33 knüpft an den sozialrechtl. Begriff der Krankheit an (zB BFH v. 18.6.

1997 – III R 84/96, BStBl. II 1997, 805 mwN); dieser ist – da der Normzweck der Nr. 8 keine Abweichung gebietet – auch hier maßgebend. Nach der Rspr. des BSG zu § 27 SGB V ist eine Krankheit ein regelwidriger, vom Leitbild des gesunden Menschen abweichender Körper- oder Geisteszustand, der ärztlicher Behandlung bedarf oder Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat (BSG v. 10.5.2005 – B 1 KR 25/03 R, BSGE 94, 302; zum Begriff der Krankheit s. auch § 33c Anm. 61). Das Bestehen einer Krankheit wird im Regelfall durch entsprechende ärztliche Bescheinigungen nachgewiesen werden können; der Stpfl. ist aber nicht daran gehindert, auch andere Beweismittel zu nutzen.

► *Mindestdauer der Krankheit:* Aus Satz 2 ergibt sich das Erfordernis, dass die Krankheit innerhalb eines zusammenhängenden Zeitraums von mindestens drei Monaten bestanden haben muss. Wenn der Stpfl. beispielsweise wegen einer größeren Operation sechs Wochen im Krankenhaus verbringen muss, schließt Satz 2 gleichwohl den Abzug der in dieser Zeit entstehenden Kinderbetreuungskosten aus. Krankheitsphasen, die kürzer als drei Monate sind, eröffnen die Abzugsmöglichkeit nur dann, wenn sie unmittelbar im Anschluss an eine Erwerbstätigkeit (§ 4f) oder Ausbildung (Nr. 8) eintreten. Diese Regelung entspricht § 33c Abs. 1 Satz 4 aF.

Keine Kausalität im Einzelfall erforderlich: Anders als § 4f, der eine kausale Verknüpfung zwischen den Kinderbetreuungskosten und der Erwerbstätigkeit voraussetzt („wegen einer Erwerbstätigkeit anfallen“), beschränkt sich Nr. 8 auf das Erfordernis einer Ausbildung, Behinderung oder Krankheit beim Stpfl., verlangt aber – ebenso wie § 33c in der ab 2002 geltenden Fassung, jedoch im Gegensatz zu § 33c in der bis 1999 geltenden Fassung – nicht, dass die Kinderbetreuungskosten im jeweiligen Einzelfall durch die Ausbildung, Behinderung oder Krankheit *veranlasst* sind.

Dies eröffnet auch solchen Stpfl., die nur gelegentlich einer Ausbildung nachgehen oder nur leicht behindert sind, die Möglichkeit, *sämtliche* Kinderbetreuungskosten – dh. auch solche, die gar nicht durch die Ausbildung oder Behinderung veranlasst sind – stl. geltend zu machen. Im Hinblick darauf, dass Stpfl., die weder erwerbstätig noch in Ausbildung, behindert oder krank sind, *gar keine* Kinderbetreuungskosten abziehen können, ist dies im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG durchaus bedenklich. Die darin liegende – sehr grobe – Typisierung ist uE allerdings durch die erheblichen Schwierigkeiten gerechtfertigt, einen Kausalzusammenhang in diesem Bereich der Privatsphäre nachzuweisen (bzw. einen behaupteten Kausalzusammenhang zu widerlegen). Dies erklärt allerdings noch nicht, warum bei § 4f der Kausalzusammenhang weiterhin erforderlich ist.

257 Einstweilen frei.

258 III. Art der begünstigten Aufwendungen: Dienstleistungen zur Betreuung (Nr. 8 Sätze 1 und 4)

Dienstleistungen durch Dritte: Begünstigt sind nur Aufwendungen für die Inanspruchnahme von *Dienstleistungen*, die in der *Betreuung* des Kindes durch *dritte* Personen liegen. Der Begriff der Dienstleistung umfasst jede Tätigkeit, die aufgrund einer Verpflichtung oder freiwillig, jedoch nicht auf familienrechtl. Grundlage erbracht wird (BFH v. 10.4.1992 – III R 184/90, BStBl. II 1992, 814 unter II.1.a, zum gleichlautenden Begriff des § 33c aF). Dienstleistungen durch den anderen Elternteil des betreuten Kindes sind daher auch dann nicht begünstigt, wenn der Stpfl. für sie ein Entgelt leistet (BFH v. 6.11.1997 – III R 27/91, BStBl. II 1998, 187, zu § 33c aF). Der Begriff der Betreuung umfasst die Maß-

nahmen der Personensorge (BFH v. 28.11.1986 – III R 1/86, BStBl. II 1987, 490); typisch sind Elemente der *persönlichen* Fürsorge und Beaufsichtigung (BMF v. 19.1.2007, BStBl. I 2007, 184 Rn. 1).

Beispiele: Gebühren für Kindergärten, -horte, -tagesstätten, -krippen, schulische Über-Mittag-Betreuung und ähnliche Einrichtungen; Entgelte für Babysitter, Tagesmütter, Au-pair-Mädchen oder Haushaltshilfen (soweit diese die Kinder betreuen; nicht jedoch, soweit sie allgemein den Haushalt führen; nach BMF v. 19.1.2007, BStBl. I 2007, 184 Rn. 5 kann ohne besonderen Nachweis ein Anteil von 50 % der Au-pair-Tätigkeit der Kinderbetreuung zugeordnet werden); Erstattung von Fahrtkosten an die Betreuungsperson (BFH v. 10.4.1992 – III R 184/90, BStBl. II 1992, 814 unter II.2.a; BMF v. 19.1.2007, BStBl. I 2007, 184 Rn. 3; uE nicht zwingend). Wenn die allg. Anforderungen an die stl. Anerkennung von Verträgen zwischen nahen Angehörigen erfüllt sind, kann auch das an Angehörige (zB bei Betreuung durch die Großeltern des Kindes) gezahlte Entgelt abgezogen werden (BFH v. 10.4.1992 – III R 184/90, BStBl. II 1992, 814 unter II.1.; BMF v. 19.1.2007, BStBl. I 2007, 184 Rn. 2).

Keine Sachleistungen: Nicht begünstigt sind Aufwendungen für Sachleistungen zur Betreuung des Kindes; ein einheitliches Entgelt für Dienst- und Sachleistungen ist aufzuteilen.

Beispiele: Spielzeug, das für das Kind gekauft wird, um es zu beruhigen; Verpflegung, die dem Kind im Rahmen der Betreuung verabreicht wird (BFH v. 28.11.1986 – III R 1/86, BStBl. II 1987, 490); Eintrittskarten für Veranstaltungen, an denen das Kind teilnimmt.

Keine Betreuungsleistungen durch den Steuerpflichtigen selbst: Nicht begünstigt sind auch Aufwendungen, die dem Stpfl. anlässlich der Betreuung seines Kindes in *eigener* Person entstehen (zB Kosten der Fahrt zu einem Ausflugsziel mit dem Kind, vgl. BFH v. 29.8.1986 – III R 209/82, BStBl. II 1987, 167, zu § 33a Abs. 3 aF).

Keine Aufwendungen für Unterricht und Freizeit: Nach Satz 4 – der § 33c Abs. 1 Satz 5 aF entspricht – sind Aufwendungen für Unterricht, die Vermittlung besonderer Fähigkeiten (insoweit sehr kritisch Hey, NJW 2006, 2001) sowie für sportliche und andere Freizeitbetätigungen nicht begünstigt. Dabei handelt es sich zwar ebenfalls um Dienstleistungen, die jedoch nach dem Willen des Gesetzgebers nicht zum SA-Abzug führen sollen, weil sie durch die allg. Kinderfreibeträge abgegolten sind.

Beispiele: Schulgeld (das allerdings unter Nr. 9 fallen kann), Musikunterricht, Sporttraining, Vereinsbeiträge, Computerkurse, Schul-, Vereins- und Gruppenfahrten, gezielter Nachhilfeunterricht. Hingegen soll die allg. Hausaufgabenbetreuung vom Tatbestand erfasst sein (BFH v. 17.11.1978 – VI R 116/78, BStBl. II 1979, 142, zu § 33a Abs. 3 aF; unter Berufung auf diese Entscheidung auch BMF v. 19.1.2007, BStBl. I 2007, 184 Rn. 1).

Geldwerte Vorteile als Entgelt für die Betreuungsperson: Erbringt der Stpfl. das Entgelt für eine – an sich begünstigungsfähige – Dienstleistung nicht in Geld, sondern in Form geldwerter Vorteile (Sachleistungen), ist dies nach dem Gesetzeswortlaut nicht begünstigt. Dies folgt zwar nicht aus Satz 1, wohl aber aus den Nachweisanforderungen des Satzes 6, der nur eine Zahlung im Wege der Banküberweisung zulässt (s. Anm. 264). Die FinVerw. lässt allerdings auch Entgelte in Form von Sachleistungen zum Abzug zu; die formalen Anforderungen an den Zahlungsweg sollen insoweit nicht gelten (BMF v. 19.1.2007, BStBl. I 2007, 184 Rn. 3, 20).

Beispiel: Soweit das Entgelt für ein Au-Pair-Mädchen, das die Kinder betreut, in freier Unterkunft und Verpflegung, der Bezahlung eines Sprachkurses sowie der Zurverfügungstellung eines Mobiltelefons und einer Monatskarte für den öffentlichen Nahverkehr besteht, kann das Nachweiserfordernis (Zahlung auf ein Bankkonto der Be-

treuungsperson) zwar nicht erfüllt werden; die FinVerw. lässt den Abzug aber gleichwohl zu.

259 Einstweilen frei.

260 IV. Höhe des Sonderausgabenabzugs (Nr. 8 Sätze 1 und 5)

Die Höhe des Abzugs ist in mehrfacher Weise begrenzt, was den Schwierigkeitsgrad der – gerade für die angesprochene Zielgruppe – ohnehin nur schwer verständlichen Regelung weiter steigert.

Begrenzung der abziehbaren Aufwendungen auf zwei Drittel der geleisteten und dem Grunde nach begünstigungsfähigen Aufwendungen: Nach Nr. 8 wirken sich von vornherein nur zwei Drittel der geleisteten Aufwendungen aus; das nicht abziehbare Drittel gilt als Selbstbehalt der Eltern (BTDrucks. 16/773, 2; 16/974, 7). Damit bedient sich Nr. 8 einer anderen Regelungstechnik als die Vorgängerregelung des § 33c aF: Danach wurden zwar grds. die *vollen* Aufwendungen angesetzt, jedoch mussten diese einen Sockelbetrag von 1 548 € überschreiten. Eine weitere Begrenzung auf notwendige und angemessene Aufwendungen (so noch § 33c in der bis 1999 geltenden Fassung) ist nicht vorgesehen.

Begrenzung der abziehbaren Aufwendungen auf 4000 € je Kind: Dieser Höchstbetrag ist ein Ganzjahresbetrag, der sich – anders als bei § 33c aF – nicht zeitanteilig ermäßigt, wenn die Abzugsvoraussetzungen nicht während des gesamten Jahres vorliegen (BMF v. 19.1.2007, BStBl. I 2007, 184 Rn. 17). Die darin liegende Vereinfachung ist zu begrüßen. Auch steht dem Stpfl. für jedes weitere Kind ein weiterer *voller* Höchstbetrag zu; nach § 33c in der bis 1999 geltenden Fassung halbierte sich der dortige Höchstbetrag hingegen ab dem zweiten Kind.

Keine eindeutige Antwort gibt der Gesetzeswortlaut auf die Frage, ob der Höchstbetrag für den Fall, dass das Kind im VZ nacheinander zum Haushalt beider (nicht miteinander verheirateten) Elternteile gehört, für jeden Elternteil gesondert gilt. Einerseits heißt es zwar „4000 € je Kind“ (darauf stellen auch der GesGeber in BTDrucks. 16/643, 9 sowie WARNKE, EStB 2006, 182 und TAUSCH/PLENKER, DB 2006, 800 [804] ab); andererseits spricht die Grundorientierung des EStG auf den jeweiligen Stpfl. (Grundsatz der Individualbesteuerung) aber dafür, dass jedem Stpfl. ein eigener Höchstbetrag zu gewähren ist. Da die letztgenannte Auslegungsmöglichkeit aber Eheleute benachteiligen würde, ist im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 GG die erstgenannte Variante vorzuzugwig; sie wird auch von der FinVerw. vertreten (BMF v. 19.1.2007, BStBl. I 2007, 184 Rn. 11, 16, 34).

Teile des Schrifttums wollen es zulassen, die „tagsüber“ (erwerbs- oder ausbildungsbedingt) entstandenen Kinderbetreuungskosten nach § 4f bzw. § 10 Abs. 1 Nr. 8 bis zum Höchstbetrag von 4000 € zum Abzug zuzulassen und zusätzlich die „privaten, abendlichen“ Kinderbetreuungskosten jedenfalls bei Kleinkindern nach Nr. 5 bis zu weiteren 4000 € abzuziehen (HILLMOTH, Inf. 2007, 296 [298]). UE ist diese Auslegung gut vertretbar; die FinVerw. lehnt sie indes ab (s. BMF v. 19.1.2007, BStBl. I 2007, 184 Rn. 14). In § 9c Abs. 2 Satz 4 nF hat der Gesetzgeber diese Möglichkeit (allerdings erst mit Wirkung ab VZ 2009) nunmehr ausdrücklich ausgeschlossen.

Begrenzung des Höchstbetrags bei nicht unbeschränkt steuerpflichtigen Kindern (Satz 5): Ist das zu betreuende Kind nicht unbeschränkt estpfl., ist der Höchstbetrag von 4000 € zu kürzen, soweit es nach den Verhältnissen im Wohnsitzstaat des Kindes notwendig und angemessen ist. Vergleichbare Regelungen zum Ausgleich der unterschiedlichen Kaufkraftverhältnisse sind in § 1 Abs. 3 Satz 2, § 32 Abs. 4 Satz 3, Abs. 6 Satz 4, § 33a Abs. 1 Satz 5, Abs. 2

Satz 3 enthalten; auch die Vorläufernorm des § 33c Abs. 3 Satz 1 sah diese Rechtsfolge vor. Die FinVerw. ordnet die einzelnen Wohnsitzstaaten mit Billigung des GesGebers (BTDrucks. 16/643, 9, 10) bestimmten Ländergruppen zu, in denen die Höchstbeträge jeweils zu 25, 50, 75 oder 100 % anzusetzen sind (für die VZ 2004–2007 umfassend BMF v. 17.11.2003, BStBl. I 2003, 637, für Hongkong und Taiwan geändert durch BMF v. 9.2.2005, BStBl. I 2005, 369; für VZ ab 2008 BMF v. 9.9.2008, BStBl. I 2008, 936). Die Rspr. hat diese Verwaltungsanweisungen als rechtl. nicht zu beanstandende Auslegung des Gesetzes gebilligt (BFH v. 2.12.2004 – III R 49/03, BStBl. II 2005, 483 unter II.1.a).

Berechnungsschema: Aus dem Zusammenwirken der unterschiedlichen Abzugsbegrenzungen ergibt sich der folgende Prüfungsablauf:

- Ausscheiden der nicht begünstigten Aufwendungen (zB Sachleistungen, Unterricht, Freizeitbetätigungen, s. Anm. 258; nicht durch Rechnung und Bankzahlung nachweisbare Aufwendungen, s. Anm. 264);
- Begrenzung dieser dem Grunde nach begünstigungsfähigen Aufwendungen auf zwei Drittel des geleisteten Betrages;
- Ermittlung des für das jeweilige Kind maßgebenden Höchstbetrags (entweder 4000 € nach Satz 1 oder Kürzung bei Auslandskindern nach Satz 5);
- Vergleich dieses Höchstbetrags mit 2/3 der begünstigungsfähigen Aufwendungen; der niedrigere Betrag ist nach Nr. 8 als SA abzuziehen.

Einstweilen frei.

261–262

C. Sonderregelung für zusammenlebende Eltern (Nr. 8 Satz 3)

263

Begriff der „zusammenlebenden Eltern“: Erforderlich ist eine Lebens- und Haushaltsgemeinschaft, die auf längere Dauer angelegt ist. Gelegentliche Übernachtungen und sonstige Aufenthalte des einen Elternteils in der Wohnung des anderen Elternteils genügen daher nicht. Umgekehrt wird man an das Zusammenleben aber auch keine allzu hohen Anforderungen stellen können, um eine Benachteiligung von Ehegatten zu vermeiden.

Rechtsfolge: Bei zusammenlebenden Eltern (unabhängig davon, ob diese miteinander verheiratet sind oder nicht) sind Kinderbetreuungskosten nur dann nach Nr. 8 abziehbar, wenn in der Person *beider* Elternteile jeweils besondere Lebensumstände vorliegen, die in § 4f oder Nr. 8 genannt sind. Die Regelung stellt für zusammenlebende Eltern damit höhere Anforderungen auf als für echte Alleinerziehende (was durch die typischerweise größeren Schwierigkeiten, die Alleinerziehende mit der Kinderbetreuung haben, gerechtfertigt ist), stellt Eheleute aber den Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft – jedenfalls in der Theorie – gleich (was verfassungsrechtl. geboten ist). Wählen miteinander *verheiratete* Eltern die getrennte Veranlagung, wird der abziehbare Betrag bei beiden Veranlagungen je zur Hälfte abgezogen, wenn die Ehegatten nicht gemeinsam eine andere Aufteilung beantragen (§ 26a Abs. 2 Satz 1). Bei *nicht* miteinander verheirateten Eltern sind die Aufwendungen bei demjenigen Elternteil abzuziehen, der sie getragen hat (MELCHIOR, DStR 2006, 681).

Im Einzelnen ergeben sich hier die folgenden Kombinationsmöglichkeiten:

- beide Elternteile sind in Ausbildung, behindert oder krank: Abzug nach Nr. 8;
- beide Elternteile sind erwerbstätig: Abzug nach § 4f bzw. § 9 Abs. 5;

- genau *ein* Elternteil ist erwerbstätig, der andere Elternteil ist in Ausbildung, behindert oder krank: Abzug nach Nr. 8; ein Abzug nach § 4f ist in diesen Fällen nicht möglich, weil dies bei zusammenlebenden Elternteilen *beiderseitige* Erwerbstätigkeit voraussetzen würde (§ 4f Satz 2).

Ist nur *ein* Elternteil in Ausbildung, behindert oder krank und liegen in der Person des anderen Elternteils die in Nr. 8 und § 4f genannten besonderen Lebensumstände nicht vor, sind die Kinderbetreuungskosten *insgesamt* nicht abziehbar. Der Gesetzgeber unterstellt in solchen Fällen typisierend, dass eine externe Betreuung nicht erforderlich ist, weil der andere Elternteil das Kind betreuen könnte.

264

D. Nachweiserfordernisse (Nr. 8 Satz 6)

Nach dem Vorbild des § 35a enthält auch Nr. 8 besondere Nachweiserfordernisse, die der Eindämmung der Schwarzarbeit dienen sollen (BTDrucks. 16/643, 9, 10) und zur Erfüllung dieses Zwecks auch geeignet sind.

Erhalt einer Rechnung: Der Stpfl. muss für die Aufwendungen eine Rechnung erhalten haben. Für die VZ 2006 und 2007 war sogar die Vorlage dieser Rechnung beim FA zwingend erforderlich. In diesem Zusammenhang genügt eine schriftliche „Abrechnung“; der ustl. Rechnungsbegriff (§ 14 Abs. 4 UStG) ist nicht maßgebend (BMF v. 19.1.2007, BStBl. I 2007, 184 Rn. 20). Dieses gesetzlich bestimmte Nachweiserfordernis schließt es zB aus, die Aufwendungen durch eine Zeugenaussage der Betreuungsperson über die erhaltenen Zahlungen nachzuweisen. Beschäftigt der Stpfl. eine nichtselbständig tätige Betreuungsperson, wird diese allerdings in aller Regel keine „Rechnung“ stellen; vielmehr wird der Stpfl. als ArbG eine Gehalts„abrechnung“ erteilen. Im Hinblick auf den Normzweck des Satzes 6 (Bekämpfung der Schwarzarbeit), der durch ein solches Abrechnungspapier ebenfalls erreicht wird, reicht dies uE aber aus. Ebenso genügt der Bescheid über die Festsetzung von (öffentlich-rechtl. geregelten) Kindergartengebühren (MELCHIOR, DStR 2006, 681) sowie der Vertrag über eine Au-pair-Tätigkeit (BMF v. 19.1.2007, BStBl. I 2007, 184 Rn. 21).

Zahlung auf das Konto des Leistungserbringers: Zusätzlich muss die Zahlung auf das Konto des Erbringers der Leistung erfolgt sein. Damit sind vor allem Barzahlungen an den Dienstleistenden von der Begünstigung ausgeschlossen (vgl. zu § 35a BFH v. 20.11.2008 – VI R 14/08, BStBl. II 2009, 307). Verrechnungsschecks (nicht aber Barschecks) werden hingegen zugelassen (BMF v. 19.1.2007, BStBl. I 2007, 184 Rn. 22). Auch Banküberweisungen auf Konten, die auf einen anderen Namen als den des Erbringers der Betreuungsleistung lauten (zB eine Überweisung auf das allein unter dem Namen des *Ehegatten* der Tagesmutter geführte Konto), erfüllen das Nachweiserfordernis nicht. Im Hinblick auf das hochrangige Ziel, das mit der Regelung des Satzes 6 verfolgt wird, sind diese formalen Voraussetzungen aber nicht zu beanstanden, zumal sie vom Stpfl. leicht erfüllt werden können.

Ist der Stpfl. ArbG der Betreuungsperson und hat er daher LSt. oder Sozialversicherungsbeiträge abzuführen, sind diese auf Konten Dritter geleisteten Beträge nach dem Wortlaut des Satzes 6 nicht begünstigt. Die Regelung entfaltet insoweit eine überschießende Wirkung, da das Abzugsverbot zur Erreichung des Gesetzeszwecks nicht erforderlich ist. Ob damit aber schon die hohen Anforderungen für eine Auslegung gegen den klaren Gesetzeswortlaut erfüllt sind, ist uE eher zweifelhaft. Vorzugswürdig wäre es, wenn der Gesetzgeber hier nachbessern würde (zB indem die Worte „Konto des Erbringers der Leistung“ um die Worte „oder einer öffentlichen Stelle“ ergänzt würden).

Für die VZ 2006 und 2007 war die Zahlung sogar zwingend nachzuweisen. Der Stpfl. musste daher mit seiner StErklärung entweder einen Kontoauszug vorlegen, aus der sich die Belastung seines Kontos und der Name des Inhabers des Empfängerkontos ergab, oder aber einen Bankbeleg über eine Bareinzahlung auf das Konto des Empfängers. Die Abschaffung der Vorlagepflicht sollte die Akzeptanz der elektronischen StErklärung erhöhen (BTDrucks. 16/6739, 7), die durch den Zwang zur Übersendung von Belegnachweisen nicht attraktiv genug war. Im Hinblick auf das rückwirkende Inkrafttreten der Nr. 8 gewährt die FinVerw. für den VZ 2006 allerdings Nachweiserleichterungen (BMF v. 19.1.2007, BStBl. I 2007, 184 Rn. 37).

E. Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 8 in der von 1990 bis 2001 geltenden Fassung: Aufwendungen für hauswirtschaftliche Beschäftigungsverhältnisse

265

Rechtsentwicklung: Bereits das EStG 1934 (RGBl. I 1934, 1005; RStBl. 1934, 1261) enthielt in § 10 Abs. 1 Nr. 1 einen – arbeitsmarktpolitisch motivierten – Pauschalabzug für die Beschäftigung von Hausgehilfinnen, der durch das ÄndG v. 17.2.1939 (RGBl. I 1939, 283; RStBl. 1939, 305) abgeschafft wurde. Mit dem Ges. zur Änd. des StRefG 1990 v. 30.6.1989 (BGBl. I 1989, 1267; BStBl. I 1989, 251) wurde dann in Nr. 8 ab VZ 1990 ein Abzugstatbestand für rentenversicherungspflichtige hauswirtschaftliche Beschäftigungsverhältnisse eingeführt, sofern zum Haushalt Kinder oder hilflose Personen gehörten; der Abzug war auf 12000 DM begrenzt (ausf. zu dieser Fassung SCHEURMANN-KETTNER, DB 1989, 2139, 2198). Mit dem JStG 1997 v. 20.12.1996 (BGBl. I 1996, 2049; BStBl. I 1996, 1523) wurde der Höchstbetrag auf 18000 DM angehoben; das Vorhandensein von Kindern oder hilflosen Personen war nicht mehr erforderlich. Durch das 2. Ges. zur Familienförderung v. 16.8.2001 (BGBl. I 2001, 2074; BStBl. I 2001, 533) wurde Nr. 8 mit Wirkung ab VZ 2002 gestrichen. Aufwendungen für Haushaltshilfen konnten aber zunächst weiterhin nach § 33a Abs. 3, ab VZ 2009 dann nach § 35a abgezogen werden. Kinderbetreuungskosten konnten zunächst nach § 33c, von 2006 bis 2008 nach § 4f bzw. § 10 Abs. 1 Nr. 5, 8 und seit 2009 nach § 9c abgezogen werden.

Bedeutung: Die Regelung verfolgte zunächst einen doppelten Zweck. Hauptsächlich sollte sie von Beginn an einen Anreiz darstellen, die Beschäftigung von Haushaltshilfen auf legalem Wege (insbes. unter Beachtung der sozialversicherungs- und strechtl. Vorschriften) durchzuführen und vollwertige Arbeitsverhältnisse zu schaffen; daneben sollte sie auch der Familienförderung dienen (BTDrucks. 11/4507, 9f.; 11/4803, 2, 11). Der Gesetzgeber ging davon aus, dass im Haushalt häufig „Schwarzarbeit“ geleistet werde. Weil es ab 1997 nicht mehr auf das Vorhandensein von Kindern ankam, fiel der zweite Regelungszweck weg; die Vorschrift wurde zu einer arbeitsmarktpolitischen Lenkungsmaßnahme (BRDrucks. 390/96, 77). In bestimmten Fällen sollte Nr. 8 nach Auffassung der Rspr. aber auch weiterhin einer besonderen Belastungssituation Rechnung tragen können (vgl. BFH v. 23.2.2005 – XI R 63/00, BStBl. II 2005, 631 unter II.3.d).

Die Eignung der Subventionsvorschrift der Nr. 8 zur Erreichung des arbeitsmarktpolitischen Ziels war allerdings fraglich, weil „Schwarzarbeit“ im Haushalt in vielen Fällen für beide Seiten weiterhin finanziell lukrativer war als die ordnungsgemäße Anmeldung mit Inanspruchnahme des SA-Abzugs. Da die Zahl der regulären Beschäftigungsverhältnisse in Privathaushalten nach Einführung der Nr. 8 nur geringfügig gestiegen war

(BTDrucks. 14/6160, 11), konnte die Eignung des Tatbestands zur Verfolgung des mit ihm verfolgten Zwecks nicht nachgewiesen werden. Letztlich gehörte Nr. 8 zum großen Kreis der StSubventionen, durch die im Wege der Klientelpolitik ein bestimmter Ausschnitt der Wählerschaft angesprochen werden soll. Die Streichung dieses – zuletzt auch vom Gesetzgeber als „verteilungs- und arbeitsmarktpolitisch fragwürdig“ (BTDrucks. 14/6160, 8, 11) erkannten – Tatbestands ist daher zu begrüßen.

Verhältnis zu § 33: Aufwendungen, die den jeweiligen Höchstbetrag übersteigen, konnten – bei Erfüllung der Voraussetzungen des § 33 im Übrigen – als agB abgezogen werden. Der grundsätzliche Nachrang des § 33 galt für Aufwendungen iSd. Nr. 8 ausdrücklich nicht (§ 33 Abs. 2 Satz 2 aF; s. § 33 Anm. 205 ff.). Außerdem können Aufwendungen für Haushaltshilfen nach § 33a Abs. 3 abgezogen werden.

Tatbestandsvoraussetzungen: Seit 1997 waren alle hauswirtschaftlichen Beschäftigungsverhältnisse begünstigt, für die Pflichtbeiträge zur inländ. gesetzlichen Rentenversicherung entrichtet wurden.

► *Hauswirtschaftliches Beschäftigungsverhältnis:* Es musste sich um ein Beschäftigungsverhältnis iSd. § 19 handeln. Bei ernsthafter Vereinbarung und Durchführung war auch die Beschäftigung von nahen Angehörigen möglich. Das Beschäftigungsverhältnis musste hauswirtschaftliche Tätigkeiten zum Gegenstand haben (vgl. VO über die Berufsausbildung zum Hauswirtschafter/zur Hauswirtschafterin v. 30.6.1999, BGBl. I 1999, 1495: zB Einkauf, Kochen, Reinigung und Pflege der Wohnung, Wäschepflege, Blumenpflege, Pflege und Betreuung von Kindern, Kranken und Senioren).

► *Pflichtbeiträge zur inländ. gesetzlichen Rentenversicherung:* Die Entrichtung von Beiträgen zu den anderen Sparten der Sozialversicherung war nicht erforderlich; die im Fall einer geringfügigen Beschäftigung ab 1999 zu zahlenden Pflichtbeiträge zur Rentenversicherung reichten jedoch nicht aus. Stpfl. mit mittlerem Einkommen, die sich lediglich eine geringfügig beschäftigte Haushaltshilfe leisten konnten, waren dadurch von der Begünstigung von vornherein ausgeschlossen.

Beschäftigte ein unbeschränkt Stpfl. eine Haushaltshilfe in einem anderen EU-Mitgliedstaat und führte er daher Pflichtbeiträge zu eine *ausländ.* Rentenversicherung ab, verstieß die Versagung des Abzugs gegen den EGV (EuGH v. 13.11.2003 – Rs. C-209/00, EuGHÉ 2003, I-13389 = HFR 2004, 178 – Schilling).

► *Zusätzliche Voraussetzungen bis VZ 1996:* Zum Haushalt mussten zwei Kinder im Alter von höchstens zehn Jahren (bei Alleinstehenden genügte ein Kind) oder ein Hilfloser iSd. § 33b Abs. 6 gehören.

Die Differenzierung zwischen Alleinstehenden und Eheleuten hinsichtlich der Kinderzahl stellte nach den Maßstäben der neueren Rspr. des BVerfG eine verfassungsrechtl. bedenkliche Benachteiligung von Eheleuten dar (vgl. BFH v. 17.12.2003 – XI R 63/00, BFH/NV 2004, 940: Prüfung einer Billigkeitsmaßnahme erforderlich); jedenfalls war Eheleuten auch bei nur einem Kind der SA-Abzug zu gewähren, wenn zusätzlich einer der Ehegatten krank oder behindert war (BFH v. 23.2.2005 – XI R 63/00, BStBl. 2005, 631: Übertragung der Wertung des § 33c aF, m. krit. Anm. v. EICHBORN, HFR 2005, 956).

266–269 Einstweilen frei.

Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 9: Schulgeld

Schrifttum: JUNG, Schulgeldzahlungen nach § 10 Abs. 1 Nr. 9 des Einkommensteuergesetzes, BB 1992, 615; MEILICKE, Unvereinbarkeit des § 10 Abs. 1 Nr. 9 EStG mit Europarecht, DB 1994, 1011; MEILICKE/WEYDE, Unvereinbarkeit des § 10 Abs. 1 Nr. 9 EStG mit Europarecht, DStZ 1996, 97; GESERICH, Spende und Schulgeld im Steuerrecht, 2000; ISMER, Neuere Entwicklungen beim Sonderausgabenabzug von Schulgeld für Schulen im Ausland, DStR 2006, 1157; MEILICKE, Nachlese zu den Schulgeld-Urteilen des EuGH, DStR 2007, 1892; GOSCH, Kurze, aber grundlegende Nachlese zur Nachlese von Meilicke zu den Schulgeld-Urteilen des EuGH, DStR 2007, 1895; BIEHLE, Abziehbarkeit von Schulgeld als Sonderausgaben nach § 10 Abs. 1 Nr. 9 EStG, DStZ 2008, 495; NACKE, Die einkommensteuerlichen Änderungen durch das JStG 2009, DB 2008, 2792; SCHAFFHAUSEN/PLENKER, Neuregelung des Sonderausgabenabzugs von Schulgeldzahlungen, DStR 2009, 1123.

A. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 1 Nr. 9

270

Nr. 9 ermöglicht den Abzug von Teilen des Entgelts für den Besuch bestimmter (Privat-)Schulen.

Rechtsentwicklung: Die FinVerw. hatte es früher zugelassen, einen Teil des an Privatschulen zu entrichtenden Schulgeldes als Spende nach § 10b abzuziehen. Die Rspr. war dem jedoch nicht gefolgt, weil die von der Schule erbrachte Gegenleistung einer Qualifizierung des Schulgeldes als Spende entgegensteht und das einheitliche Leistungsentgelt nicht aufgeteilt werden kann (BFH v. 25.8.1987 – IX R 24/85, BStBl. II 1987, 850). Daraufhin wurde Nr. 9 durch das Kultur- und StiftungsförderungsG v. 13.12.1990 (BGBl. I 1990, 2775; BStBl. I 1991, 51) mit Wirkung ab VZ 1991 neu geschaffen. Abgesehen von redaktionellen Änderungen durch das JStG 1996 v. 11.10.1995 (BGBl. I 1995, 1250; BStBl. I 1995, 438) und das JStG 2007 v. 13.12.2006 (BGBl. I 2006, 2878; BStBl. I 2007, 28) ist die Norm danach längere Zeit unverändert geblieben. Ihre Abschaffung wurde zwar immer wieder diskutiert, ist letztlich aber nicht verwirklicht worden. Mit dem JStG 2009 v. 19.12.2008 (BGBl. I 2008, 2794; BStBl. I 2009, 74) wurde die Norm an die europarechtl. Anforderungen angepasst; zugleich wurde eine Höchstgrenze von 5000 € eingeführt.

Zeitlicher Anwendungsbereich der Änderung durch das JStG 2009: Hier ist zwischen Inlands- und Auslandsschulen zu differenzieren.

► *Inlandsschulen:* Hier gilt die Grundregel des § 52 Abs. 24b Satz 1 (ab 2010: § 52 Abs. 24a Satz 1), wonach die am 24.12.2008 verkündete Änderung bereits für den gesamten VZ 2008 anzuwenden ist. Soweit die Neuregelung zu einer Verschlechterung der Abzugsmöglichkeiten führt (dies ist insbes. angesichts des neu eingeführten Höchstbetrags von 5000 € der Fall), liegt hierin eine – zumindest unechte – Rückwirkung. Diese dürfte aber noch gerechtfertigt sein, da aufgrund der bereits vor Beginn des VZ 2008 bekannt gewordenen Verwerfung der früheren Fassung durch den EuGH (s. Anm. 294) mit einer Neuregelung zu rechnen war. Zudem dürften angesichts des verfassungsrechtl. Sonderungsverbots (dazu Anm. 286, 292, 294) nur wenige inländ. Privatschulen, die unter die frühere Fassung der Nr. 9 fielen, ein höheres Schulgeld als 5000 € erheben.

► *Auslandsschulen:* Grds. ist die Neuregelung auch hier ab VZ 2008 anzuwenden. Zusätzlich ist für alle noch nicht bestandskräftigen StFestsetzungen der Vorjah-

re eine Abzugsmöglichkeit geschaffen worden, die auf einer Kombination der Voraussetzungen des Abs. 1 Nr. 9 *nF* mit den Rechtsfolgen des Abs. 1 Nr. 9 *aF* beruht (§ 52 Abs. 24b Satz 2; ab VZ 2010 § 52 Abs. 24a Satz 1): Die Schule muss in einem anderen EU-/EWR-Staat belegen sein und die in Abs. 1 Nr. 9 Satz 2 *nF* genannten Abschluss- und Anerkennungsvoraussetzungen erfüllen (Einzelheiten s. Anm. 278–283). Hingegen kommt es nicht darauf an, dass die Schule – wie in Abs. 1 Nr. 9 *aF* vorgesehen – gem. Art. 7 Abs. 4 GG staatlich genehmigt, durch Landesrecht erlaubt oder nach Landesrecht anerkannt ist. Sind die genannten Voraussetzungen erfüllt, können nach Abs. 1 Nr. 9 *aF* 30 % des Entgelts (ohne Begrenzung auf einen Höchstbetrag) abgezogen werden.

Wirtschaftliche Bedeutung: In den letzten Jahren ist die Zahl der Privatschulen in Deutschland stark angestiegen: Im Jahr 2007 bestanden 4711 allgemein- oder berufsbildende Privatschulen, die 7,3 % aller Schüler unterrichteten. Bei Gymnasiasten betrug der Anteil sogar 10 % (Quelle: Statistisches Bundesamt, SZ v. 22.12.2007). Nach der letztverfügbaren EStStatistik (2003) machen 240 000 Stpfl. Schulgeld als SA geltend (BTDrucks. 16/10766, 2).

Verfassungsmäßigkeit: Es handelt sich um eine Lenkungsnorm (Subventionsnorm), die der Förderung der von ihr erfassten Privatschulen dient. Dies ist verfassungsrechtl. zwar zulässig (BVerfG v. 16.4.2004 – 2 BvR 88/03, HFR 2004, 690), aber nicht zwingend geboten (BFH v. 17.5.1994 – X B 280/93, BFH/NV 1995, 114, unter 3.; v. 14.10.2008 – X B 252/07, BFH/NV 2009, 23, unter II.2.). Denn auch wenn das BVerfG aus Art. 7 Abs. 4 GG die Pflicht des Gesetzgebers ableitet, private Ersatzschulen zu fördern (BVerfG v. 8.4.1987 – 1 BvL 8, 16/84, BVerfGE 75, 40), folgt daraus nicht die Verpflichtung, Schulgeldzahlungen *estl.* zu begünstigen. Rechtspolitisch zu Recht kritisch daher THIEL/EVERSBURG, DB 1991, 118 (127); ähnlich KSM/SÖHN, § 10 Rn. L 11 f.: Anstelle einer punktuellen Förderung bestimmter Eltern sollte der Gesetzgeber eher den *allgemeinen* Kinderleistungsausgleich verbessern. UE ist die Streichung des Tatbestands schon im Hinblick auf die sich seit 2008 massiv stellenden Probleme der Anerkennung ausländ. Abschlüsse geboten (s. auch Anm. 283).

Vereinbarkeit der Neuregelung mit Europarecht: s. Anm. 277.

271–274 Einstweilen frei.

B. Voraussetzungen für den Abzug von Schulgeld ab VZ 2008

275 I. Kind, für das der Steuerpflichtige Anspruch auf einen Kinderfreibetrag oder Kindergeld hat

Nr. 9 ermöglicht den Abzug des Schulgelds, das der Stpfl. für ein Kind entrichtet, für das er Anspruch auf einen Kinderfreibetrag (§ 32) oder auf Kindergeld (§§ 62, 63) hat (zu Einzelfragen s. die Erl. zu diesen Vorschriften). Seit 2007 kommt es damit nicht mehr auf den *tatsächlichen* Bezug von Kindergeld bzw. den tatsächlichen Abzug eines Kinderfreibetrags an, sondern nur noch auf den *Anspruch* aus diesen Tatbeständen. Das Schulgeld, das der Stpfl. für seine *eigene* Ausbildung entrichtet, fällt hingegen nicht unter Nr. 9. Derartige Aufwendungen stellen entweder BA/WK oder Ausbildungskosten iSd. Nr. 7 dar.

276 Einstweilen frei.

II. Schulen, die in freier Trägerschaft oder überwiegend privat finanziert sind (Nr. 9 Satz 1)

Gemäß Nr. 9 Satz 1 setzt die Abziehbarkeit von Schulgeldzahlungen voraus, dass es für den Besuch einer „Schule“ entrichtet wird und sich die Schule in freier Trägerschaft befindet oder überwiegend privat finanziert wird.

Begriff der Schule: Bei inländ. Bildungseinrichtungen wird man hier an die landesrechtl. Schulgesetze anknüpfen können. Danach fallen unter den Begriff der Schule die Grund-, Haupt-, Real- und Gesamtschulen, Gymnasien, Orte der sonderpädagogischen Förderung sowie Kollegschulen (zB §§ 10–25 SchulG NRW). Ausgeschlossen sind insbes. (Fach-)Hochschulen, so dass Studiengebühren nicht nach Nr. 9 abgezogen werden können (s. auch Anm. 291 sowie BMF v. 9.3.2009, BStBl. I 2009, 487 Rn. 4; NACKE, DB 2008, 2792 [2794]). Bei ausländ. Bildungseinrichtungen wird man eine vergleichende Betrachtung vornehmen müssen; insbes. die Abgrenzung zu Hochschulen kann dort im Einzelfall schwierig sein.

Schulen in freier Trägerschaft: Dieses Merkmal greift die traditionelle Unterscheidung des deutschen Schulrechts zwischen öffentlichen Schulen einerseits und Schulen in freier Trägerschaft andererseits auf. Öffentliche Schulen – die hier aus dem Tatbestand ausgeschieden werden – sind solche, für die das Land, eine Gemeinde, ein Gemeindeverband, eine Innung oder eine Kammer Schulträger ist (zB § 6 Abs. 3, 4 SchulG NRW). Alle anderen Schulen sind solche in freier Trägerschaft (zB § 6 Abs. 5 SchulG NRW). Insbes. Schulen in kirchlicher Trägerschaft fallen daher unter Nr. 9, selbst wenn ihr Träger eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ist, weil Kirchen freie Träger iSd. Schulrechts darstellen. Auf Schulen in freier Trägerschaft ist Nr. 9 stets anwendbar; eine überwiegend private Finanzierung ist nicht erforderlich.

Überwiegend privat finanzierte Schulen. Hierunter fallen im Wesentlichen zwei Fallgruppen:

► *Auslandsschulen:* Im Ausland versagt die traditionelle deutsche Unterscheidung zwischen Schulen in öffentlicher und freier Trägerschaft. Daher stellt Nr. 9 alternativ auf die Form der Finanzierung ab. Eine Schule, die *überwiegend* (dh. zu mehr als 50 %) privat finanziert wird, fällt unter Nr. 9. Hierfür kommt es nicht darauf an, ob die Schule – bei Anwendung inländ. Maßstäbe – als „öffentliche Schule“ anzusehen wäre. Hingegen fallen Auslandsschulen, die zwar Schulgeld erheben, gleichwohl aber überwiegend staatlich finanziert werden, nicht unter Nr. 9, wenn sie von der Schulträgerschaft her deutschen „öffentlichen Schulen“ vergleichbar sind.

► *Inlandsschulen:* Es ist denkbar, dass auch öffentliche Schulen im Inland überwiegend privat finanziert werden. Dies kann zB bei Schulen und Bildungseinrichtungen von Kammern und Innungen der Fall sein.

Europarechtliche Bedenken: Die vorstehende Darstellung zeigt, dass bei Auslandsschulen grds. eine überwiegende Privatfinanzierung erforderlich ist, während Schulen in freier Trägerschaft stets begünstigt sind, auch wenn sie überwiegend öffentlich finanziert werden. Um hier neue europarechtl. Probleme zu vermeiden, wird man bei – nicht überwiegend privat finanzierten – ausländ. Schulen stets prüfen müssen, ob sie in Deutschland als „Schule in freier Trägerschaft“ einzustufen wären, wenn deutsches Schulrecht gelten würde. In diesem Fall wäre Nr. 9 auch bei überwiegend öffentlicher Finanzierung erfüllt. Zwar sieht der EuGH bei überwiegend öffentlicher Finanzierung die Dienstleistungs-

freiheit nicht als berührt an; europarechtl. Relevanz besteht aber weiterhin hinsichtlich der Freizügigkeit und der Niederlassungsfreiheit (s. Anm. 294). Keine europarechtl. Probleme bestehen hingegen bei ausländ. *staatlichen* Schulen, die nicht überwiegend privat finanziert werden. Hier wären Schulgeldzahlungen auch in Deutschland nicht abziehbar (ebenso FG Münster v. 19.6.2009 – 14 K 1652/06).

278

III. Belegenheit der Schule (Nr. 9 Sätze 2 und 4)

Belegenheit in einem EU-/EWR-Staat (Nr. 9 Satz 2): Nach der Grundregel des Satzes 2 sind Schulen begünstigt, die in einem EU- oder EWR-Staat belegen sind. Die – faktische – Beschränkung der bis 2007 geltenden Fassung auf deutsche Schulen ist damit entfallen. Schulen außerhalb der EU- und EWR-Staaten sind jedoch weiterhin nicht begünstigt (vgl. auch BFH v. 27.9.2007 – III R 28/05, BStBl. II 2008, 287, unter B.II.3.b).

Deutsche Schulen im Ausland sind gem. Nr. 9 Satz 4 unabhängig von ihrer Belegenheit begünstigt. Dies entspricht der bereits für VZ bis 2007 geltenden Rechtslage (vgl. BFH v. 14.12.2004 – XI R 32/03, BStBl. II 2005, 518).

279–280 Einstweilen frei.

IV. Anforderungen an den Schulabschluss (Nr. 9 Sätze 2 und 3)

281 1. Schulen, die zu einem allgemein bildenden oder berufsbildenden Schul-, Jahrgangs- oder Berufsabschluss führen (Nr. 9 Satz 2)

Diese Alternative umfasst – im Gegensatz zu Nr. 9 Satz 3 – Schulen, die *selbst* zu einem der genannten Abschlüsse führen.

Allgemein bildende Abschlüsse sind insbes. der Haupt- und Realschulabschluss sowie das Abitur, ferner die Abschlüsse an Kollegschulen. Das Merkmal dient der Abgrenzung zu Schulen, die ausschließlich *spezielle* Bildungsinhalte vermitteln (zB Musikschulen, Ferienkurse, Sportvereine).

Berufsbildende Abschlüsse sind ab VZ 2008 erstmals von Nr. 9 erfasst. Hierunter fallen zB Abschlüsse an Schulen, die von Kammern oder Innungen getragen werden; ferner die Ausbildungseinrichtungen für die nichtärztlichen Heilberufe, die häufig ein hohes Schulgeld erheben.

Schul-, Jahrgangs- oder Berufsabschluss: Nr. 9 erfasst ausdrücklich nicht nur (einen Schulabschnitt beendende) Schulabschlüsse, sondern daneben auch (bloße) Jahrgangabschlüsse. Berufsabschlüsse können an berufsbildenden Schulen erworben werden.

282 2. Einrichtungen, die auf einen derartigen Abschluss ordnungsgemäß vorbereiten (Nr. 9 Satz 3)

Manche private Bildungseinrichtungen nehmen den Abschluss nicht *selbst* ab, vermitteln aber die Kenntnisse, die für die erfolgreiche Teilnahme an einer (staatlichen) Prüfung außerhalb der jeweiligen Schule erforderlich sind. Auch diese Einrichtungen sind begünstigt.

Das Merkmal „ordnungsgemäß“ erfordert einen festgelegten Lehrplan („Ordnung“). Die FinVerw. fordert – im Hinblick auf den Gesetzeszweck uE zutreffend – einen staatlich vorgegebenen, genehmigten oder beaufsichtigten Lehrplan

(BMF v. 9.3.2009, BStBl. I 2009, 487 Rn. 2; Volkshochschulen reichen aus). Kommerzielle Nachhilfeeinrichtungen sind daher nicht begünstigt, auch wenn ihr Angebot allgemein bildenden Charakter haben und auf staatliche Schulabschlüsse vorbereiten kann.

V. Anforderungen an die Anerkennung des Schulabschlusses (Nr. 9 Satz 2)

283

Nr 9 Satz 2 Halbs. 2 enthält kompliziert formulierte Alternativen für die erforderliche Anerkennung der in Anm. 281 genannten Abschlüsse. Dabei wird zum einen differenziert nach der Stelle, die die Anerkennung ausspricht, zum anderen nach der Form der Anerkennung.

Anerkennende Stelle sind nach dem Gesetz die folgenden Behörden, an deren Entscheidungen die FinVerw. gebunden ist (SCHAFFHAUSEN/PLENER, DStR 2009, 1123 [1124 f.]; dort auch zum Anerkennungsverfahren):

- ▶ *Zuständiges inländ. Ministerium eines Landes*: Diese Alternative wird im Regelfall für private Ersatz- und Ergänzungsschulen einschlägig sein, die einer Anerkennung oder Genehmigung der jeweiligen Landesschulverwaltung bedürfen.
- ▶ *Kultusministerkonferenz der Länder*: Derartige Anerkennungsentscheidungen hatten schon nach dem bis VZ 2007 geltenden Recht dieselbe Wirkung wie Anerkennungen durch ein einzelnes Landesministerium (vgl. BFH v. 14.12.2004 – XI R 32/03, BStBl. II 2005, 518).
- ▶ *Inländ. Zeugnisanerkennungsstelle*: Hier handelt es sich um die Behörden, die die Abschlüsse ausländ. Bildungseinrichtungen im Einzelfall für inländ. Zwecke anerkennen (gesetzliche Regelung für Nordrhein-Westfalen: QualifikationsVO über ausländ. Vorbildungsnachweise v. 22.6.1983, GVBl. NRW 1983, 261; danach sind die Bezirksregierungen zuständig). Es ist zu erwarten, dass diese Zeugnisanerkennungsstellen für Auslandsschulen demnächst schon aus rein stl. Zwecken tätig werden müssen, ohne dass es um die konkrete Anerkennung eines Zeugnisses geht; dies wird erheblichen zusätzlichen Verwaltungsaufwand verursachen (kritisch auch BIEHLE, DStZ 2008, 495 [498]).

Form der Anerkennung. Hier nimmt das Gesetz die folgende Differenzierung vor:

- ▶ *Anerkannter Abschluss*: Hierbei handelt es sich um die unmittelbare Anerkennung des Abschlusses, ohne dass weitere Einzelfallbetrachtungen erforderlich wären. Dies ist zB bei Abschlüssen, die von genehmigten Ersatzschulen vergeben werden, der Fall, da diese bereits kraft Gesetzes dieselbe Wirkung wie die Abschlüsse öffentlicher Schulen haben (zB § 100 Abs. 4 SchulG NRW).
- ▶ *Einem inländischen Abschluss an einer öffentlichen Schule als gleichwertig anerkannter Abschluss*: Hier sind vor allem Auslandsschulen erfasst, deren Anerkennung im Inland eine Prüfung der Gleichwertigkeit – idR durch die Zeugnisanerkennungsstellen (s.o.) voraussetzt.

Einstweilen frei.

284

C. Umfang des Abzugs ab VZ 2008

285

I. Begriff des Schulgelds (Nr. 9 Satz 1)

Bemessungsgrundlage für den Abzug ist ausschließlich das Entgelt für den Schulbesuch. Darunter ist nach der – eher restriktiven – Definition der Rspr. der von den Eltern eingeforderte Beitrag zu den Kosten des normalen Schulbetriebs zu verstehen, soweit diese Kosten an einer staatlichen Schule von der öffentlichen Hand getragen würden (BFH v. 16.11.2005 – XI R 79/03, BStBl. II 2006, 377).

Kein Abzug des Entgelts für Beherbergung, Betreuung und Verpflegung. Soweit das Entgelt auf die Beherbergung, Betreuung und Verpflegung des Kindes entfällt, ist es vom Abzug ausgeschlossen und geht nicht in die Bemessungsgrundlage für den 30 %-Abzug ein. Dies betrifft im Wesentlichen Internate sowie Schulen mit Ganztagsbetreuung (zur Aufteilung beim Schulträger JUNG, BB 1992, 615). Hintergrund ist, dass derartige Aufwendungen durch die allg. Regelungen über den Familienleistungsausgleich abgegolten sind (BTDrucks. 11/7833, 8).

Auch Aufwendungen für Schulbücher und kostenpflichtige Zusatzkurse an der begünstigten Schule sind nicht abziehbar (BFH v. 14.12.2004 – XI R 32/03, BStBl. II 2005, 518 unter 5.); Gleiches gilt für die Kosten der Schulkleidung (im BFH-Fall: Rucksack) und von Schüleraustauschreisen (BFH v. 16.12.1998 – X R 68/98, BFH/NV 1999, 1193 unter 2., obiter dictum).

Abzug freiwilliger Zahlungen: Zahlt der Stpfl. freiwillig mehr als das vertraglich vereinbarte Schulgeld (zB weil er sich den besonderen bildungspolitischen oder weltanschaulichen Zielen der Schule verpflichtet fühlt), handelt es sich insoweit nicht um „Schulgeld“ iSd. Nr. 9. Allerdings kann der übersteigende Betrag als Spende nach § 10b abgezogen werden. Dies gilt jedoch nicht, wenn der Schulträger das Schulgeld so niedrig festsetzt, dass der normale Betrieb der Schule nur durch zusätzliche Zuwendungen der Eltern aufrechterhalten werden kann (BMF v. 4.1.1991, BStBl. I 1992, 266); die FinVerw. will für Beiträge an Schul-Fördervereine, die aus diesem Grund nicht nach § 10b abgezogen werden können, aber den Abzug nach Nr. 9 gewähren (OFD Koblenz v. 10.12.2003, DStR 2004, 180; uE zweifelhaft, weil es sich nicht um Schulgeld handelt; s. zu „halb freiwilligen“ Elternhilfe-Beiträgen auch OFD Rhld. v. 29.9.2005/27.8. 2007, ISiR 2007, 902).

286

II. Ermittlung des abziehbaren Teils des Schulgelds (Nr. 9 Satz 1)

Begrenzung des Abzugs: Der abziehbare Teilbetrag ist sowohl relativ als auch absolut begrenzt. Zum einen sind nur 30 % des Schulgelds (nach Ausscheiden der auf Beherbergung, Betreuung und Verpflegung entfallenden Teile) abziehbar; diese Beschränkung ist verfassungsrechtl. zulässig (BFH v. 14.10.2008 – X B 252/07, BFH/NV 2009, 23, unter II.2.). Der SA-Abzug des sich danach ergebenden Anteils ist – erstmals ab VZ 2008 – auf 5000 € jährlich begrenzt.

Der Gesetzeswortlaut ist insoweit nicht ganz eindeutig; er könnte auch so verstanden werden, dass der Betrag von 5000 € sich auf das dem Grunde nach abziehbare Entgelt (*vor* Anwendung der 30 %-Quote) bezieht. Aus den Gesetzesmaterialien geht jedoch hervor, dass der Gesetzgeber einen effektiven Abzugsbetrag von 5000 € gewähren wollte (Bericht des FinAussch., BTDrucks. 16/11108, 16). Damit kommt die Abzugsbegrenzung nur dann zur Anwendung, wenn das reine Schulgeld (ohne Unterbringung und Verpflegung) mehr als 16667 € beträgt.

Eine monatliche Zwölfteilung ist nicht vorgesehen; der Betrag von 5000 € kann daher auch dann abgezogen werden, wenn die Schule nur in einzelnen Monaten des Jahres besucht wird.

Mit der Begrenzung auf den Höchstbetrag haben sich zugleich die Probleme erledigt, die sich daraus ergaben, dass für inländ. Privatschulen ein Verbot der Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern – und damit faktisch eine Begrenzung der Höhe des Schulgelds – gilt (Art. 7 Abs. 4 GG), während ausländ. Schulen teilweise sehr hohe Schulgelder erheben. Ob die Höhe des ausländ. Schulgelds dem inländ. Sonderungsverbot widersprechen würde, ist angesichts des Höchstbetrags und des seit VZ 2008 fehlenden Verweises auf Art. 7 Abs. 4 GG nicht mehr zu prüfen.

Abzug als außergewöhnliche Belastungen: Aufwendungen, die diesen Abzugsbetrag übersteigen, können – bei Erfüllung der Voraussetzungen des § 33 im Übrigen – als agB abgezogen werden; der grundsätzliche Nachrang des § 33 gilt für Aufwendungen iSd. Nr. 9 ausdrücklich nicht (§ 33 Abs. 2 Satz 2; s. § 33 Anm. 205 ff.).

III. Kindbezogener Höchstbetrag (Nr. 9 Satz 5)

287

Der Höchstbetrag wird für jedes Kind je Elternpaar nur einmal gewährt (Nr. 9 Satz 5). Auch dann, wenn die Eltern nicht zusammenveranlagt werden, können sie daher *insgesamt* nur 5000 € abziehen. Regelungen darüber, wie diese Vorgabe in der Praxis umgesetzt werden soll, enthält das Gesetz nicht. Auch die Regelungen bei BMF v. 9.3.2009, BStBl. I 2009, 487 Rn. 5 sind lückenhaft und unpraktikabel (sie differenzieren danach, ob Schulgeldzahlungen bei beiden Elternteilen oder nur bei einem Elternteil angefallen sind; dies kann das für den jeweiligen Elternteil zuständige FA aber gar nicht wissen).

Einstweilen frei.

288–289

D. Rechtslage bis VZ 2007

I. Überblick

290

Bis 2007 waren nur Zahlungen für den Besuch von Ersatz- und Ergänzungsschulen begünstigt (Einzelheiten s. Anm. 291–293). Dies schloss Auslandsschulen grds. aus, was jedoch europarechtswidrig war (s. Anm. 294). Der Begriff des Schulgelds und die Begrenzung des Abzugs auf 30 % der Entgelte mit Ausnahme derjenigen für Beherbergung, Betreuung und Verpflegung hat sich durch die Neuregelung nicht geändert; zu Einzelheiten s. daher Anm. 285 f. Eine Begrenzung auf einen Höchstbetrag war bis VZ 2007 hingegen nicht vorgesehen.

II. Bis VZ 2007 begünstigte Schulen

1. Anknüpfung an die landesrechtlichen Schulgesetze

291

Nicht jede Schule fällt unter die Begünstigung. Es muss sich entweder um eine Ersatzschule oder um eine Ergänzungsschule handeln. Eine Ersatzschule muss entweder nach Art. 7 Abs. 4 GG staatlich genehmigt oder aber nach Landes-

recht erlaubt sein (s. Anm. 278). Eine Ergänzungsschule fällt nur unter Nr. 9, wenn sie allgemein bildend und nach Landesrecht anerkannt ist (s. Anm. 279).

Maßgeblichkeit des Landesschulrechts: Der StGesetzgeber knüpft hier an die entsprechenden (landes-)schulrechtl. Begriffe an (zu diesen ausf. GESERICH, *Spende und Schulgeld im Steuerrecht*, 2000), was für die Normauslegung zu beachten ist (BFH v. 3.12.2008 – X R 26/08, BFH/NV 2009, 902 unter II.1.a). Dadurch kann es auch zu unterschiedlichen Behandlungen desselben Schultyps in verschiedenen Bundesländern kommen; dies ist durch die Landesschulhoheit gerechtfertigt (BFH v. 11.6.1997 – X R 77/94, BStBl. II 1997, 615 unter 2.; v. 11.6.1997 – X R 144/95, BStBl. II 1997, 621 unter 4.b). Die landesrechtl. Genehmigungs- und Anerkennungsentscheidungen sind bindende Grundlagenbescheide für den Abzug nach Nr. 9 (BFH v. 11.6.1997 – X R 77/94, BStBl. II 1997, 615 unter 2.c; v. 5.11.2002 – IX R 32/02, BFH/NV 2003, 599; v. 14.12.2004 – XI R 32/03, BStBl. II 2005, 518 unter 1.); daher kommt es nicht auf die *Genehmigungsfähigkeit*, sondern nur auf die *tatsächliche* Erteilung der Genehmigung an.

Zahlungen an Schulen, die landesrechtl. nicht genehmigt oder anerkannt sind, sind auch dann nicht begünstigt, wenn für den Schulbesuch Leistungen nach dem (bundesrechtl.) BAföG gewährt werden können (BFH v. 30.9.2005 – XI B 140/04, BFH/NV 2006, 285). Auch eine US-Militärschule in Deutschland ist nicht begünstigt, sofern es an der landesrechtl. Genehmigung oder Anerkennung fehlt (BFH v. 11.7.2007 – XI R 40/04, BFH/NV 2007, 1881, VerfBeschw. 2 BvR 1881/07 nicht zur Entscheidung angenommen). Private (Fach-)Hochschulen sind keine Ersatz- oder Ergänzungsschulen und daher auch dann nicht begünstigt, wenn sie staatlich anerkannt sind (BFH v. 29.4.2009 – X R 30/08, BFH/NV 2009, 1623; FG Rhld.-Pf. v. 17.3.1995, EFG 1995, 748, rkr.; aA FG Köln v. 24.11.2008, EFG 2009, 1204, nrkr., Rev. Az. BFH X R 24/09).

Abzug erst ab Beginn der Schulpflicht: Wird die Privatschule durch Kinder im Kindergartenalter bereits vor Beginn der öffentlich-rechtl. Schulpflicht besucht, ist ein Abzug des Schulgelds trotz Genehmigung oder Anerkennung der Schule nicht möglich, weil sonst eine Benachteiligung derjenigen Eltern einträte, die hohe Gebühren für den Besuch öffentlicher Kindergärten durch ihre Kinder entrichten müssen, diese aber nicht nach Nr. 9 abziehen können (BFH v. 16.11.2005 – XI R 79/03, BStBl. II 2006, 377). Auch ein Abzug als Kinderbetreuungskosten nach Nr. 5 ist nicht möglich, weil dort Aufwendungen für Unterricht ausdrücklich ausgenommen sind (s. Anm. 215, 258).

292 2. Staatlich genehmigte oder nach Landesrecht erlaubte Ersatzschulen

Ersatzschulen sind private Schulen, die nach dem mit ihrer Errichtung verfolgten Gesamtzweck als Ersatz für eine in dem jeweiligen Bundesland vorhandene oder grds. vorgesehene öffentliche Schule dienen sollen (BFH v. 11.6.1997 – X R 77/94, BStBl. II 1997, 615 unter 2.a mwN; v. 3.12.2008 – X R 26/08, BFH/NV 2009, 902 unter II.1.a); vgl. zB die Regelungen in §§ 100–115 SchulG NRW.

Staatliche Genehmigung nach Art. 7 Abs. 4 GG: Gemäß Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG besteht ein Anspruch auf Genehmigung, wenn die privaten Schulen in ihren Lehrzielen und Einrichtungen sowie in der wissenschaftlichen Ausbildung ihrer Lehrkräfte nicht hinter den öffentlichen Schulen zurückstehen und eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht gefördert wird.

Zwischen diesen beiden Voraussetzungen besteht ein erhebliches Spannungsverhältnis: Einerseits setzt die hinreichende Qualität der Einrichtungen und Lehrkräfte eine angemessene Finanzausstattung der Privatschule – die nicht vollständig aus öffentlichen

Mitteln finanziert wird – voraus; andererseits würde ein hohes Schulgeld eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern fördern (was BVerfG v. 8.4.1987 – 1 BvL 8, 16/84, BVerfGE 75, 40 unter C.II.2.b bereits bei einem Schulgeld von „mehreren Hundert DM“ monatlich bejaht hat). Dies ist der Grund, warum das BVerfG eine staatliche Pflicht zur Förderung von privaten Ersatzschulen (insbes. durch Gewährung von Zuschüssen) bejaht.

Umgekehrt ist die Genehmigung zu versagen, wenn die wirtschaftliche und rechtl. Stellung der Lehrkräfte nicht genügend gesichert ist (Art. 7 Abs. 4 Satz 4 GG). Für die Genehmigung privater *Volksschulen* gelten gem. Art. 7 Abs. 5 GG strengere Voraussetzungen (besonderes pädagogisches Interesse oder Errichtung als Gemeinschafts-, Bekenntnis- oder Weltanschauungsschule).

Die Genehmigung bewirkt, dass der Besuch der Privatschule als Erfüllung der Schulpflicht gilt. Der Schulabschluss der Privatschule wird wie der einer öffentlichen Schule anerkannt.

Erlaubnis nach Landesrecht: Eine solche Erlaubnis wird verliehen, solange noch nicht endgültig feststeht, ob die Schule als Ersatzschule nach Art. 7 Abs. 4 GG genehmigt werden kann.

3. Anerkannte allgemein bildende Ergänzungsschulen

293

Ergänzungsschulen sind inländ. private Schulen, die keine Ersatzschulen sind (BFH v. 11.6.1997 – X R 77/94, BStBl. II 1997, 615 unter 2.b; v. 3.12.2008 – X R 26/08, BFH/NV 2009, 902 unter II.1.a). Sie leisten Bildungsarbeit in einem Bereich, für den das jeweilige Bundesland keine entsprechende öffentliche Schule unterhält. Sie bedürfen für ihren Betrieb schulrechtl. keiner Genehmigung, sind aber nur stbegünstigt, wenn sie ein förmliches Anerkennungsverfahren durchlaufen haben (vgl. zB §§ 116–119 SchulG NRW). Für die staatliche Förderung von Ergänzungsschulen gilt das *verfassungsunmittelbare* Verbot einer Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht, so dass hier auch höhere Schulgelder zulässig sind (ISMER, DStR 2006, 1157 [1160]). Allerdings kann das *Landesrecht* die Anerkennung von entsprechenden Voraussetzungen abhängig machen.

Allgemein bildender Charakter: Dieses Merkmal schließt Schulen, die ausschließlich *spezielle* Bildungsinhalte vermitteln, von der Begünstigung aus. Dies gilt etwa für berufsbildende Privatschulen (insbes. Ausbildungseinrichtungen für die nichtärztlichen Heilberufe, die häufig ein hohes Schulgeld erheben) oder Musikschulen. Das kommerzielle Angebot von Nachhilfeunterricht kann zwar allgemein bildenden Charakter haben; entsprechende Institute werden aber nicht als Ergänzungsschulen anerkannt und sind daher nicht begünstigt (zutr. OFD Münster v. 4.9.1992, FR 1992, 698).

Anerkennung nach Landesrecht: Wegen der Schulhoheit der Bundesländer kommt es insoweit auf das Schulrecht des jeweiligen Bundeslandes an. Soweit einzelne Bundesländer für Ersatzschulen kein förmliches Anerkennungsverfahren vorsehen, sondern lediglich eine Anzeigepflicht kennen, läuft Nr. 9 ins Leere; ein SA-Abzug kommt mangels Erfüllung des Tatbestandsvoraussetzungen nicht in Betracht (BFH v. 11.6.1997 – X R 144/95, BStBl. II 1997, 621 unter 2.e; FG München v. 23.9.2008, EFG 2009, 1456, nrkr., Rev. Az. BFH X R 27/09). Der FinAussch. hat diese Konsequenz gesehen, hielt es aber für ausreichend, dass die Länder ihre Schulgesetze ändern können, um die Voraussetzungen für den SA-Abzug zu schaffen (BTDrucks. 11/8346, 21). Die Anknüpfung an die förmlichen Verfahren nach dem jeweiligen Landesrecht ist vom BVerfG gebilligt worden (BVerfG v. 16.4.2004 – 2 BvR 88/03, HFR 2004, 690).

294 4. Schulen im Ausland

Nach nationalem Recht grundsätzlich kein Abzug: Die Anknüpfung an die Genehmigung nach Art. 7 Abs. 4 GG bzw. an das jeweilige Landesrecht bewirkte, dass die Kosten für den Besuch von Schulen im *Ausland* grds. vom Abzug ausgeschlossen waren, weil diese Schulen nicht dem deutschen Recht unterfallen.

Der BFH hat eine ausdehnende Auslegung der Vorschrift zunächst abgelehnt. Er hielt die Beschränkung auf inländ. genehmigte bzw. anerkannte Schulen im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG für sachlich gerechtfertigt, weil diese Schulen in gewisser Weise in das öffentliche Schulsystem einbezogen sind, bestimmte staatliche Anforderungen erfüllen müssen und deshalb typischerweise besonders förderungsbedürftig sowie förderungswürdig sind. Die Einschränkung sei auch nicht europarechtswidrig, weil das nationale Bildungssystem nicht unter den Dienstleistungsverkehr iSd. Art. 49 EGV falle (zum Ganzen BFH v. 11.6.1997 – X R 74/95, BStBl. II 1997, 617).

In der Folgezeit wies die Rspr. in Einzelfällen gewisse Lockerungstendenzen auf. So wurden Zahlungen an eine (private) Deutsche Schule im Ausland als begünstigt behandelt, weil die Schule von der deutschen Kultusministerkonferenz anerkannt war und teilweise mit deutschen öffentlichen Mitteln finanziert wurde (BFH v. 14.12.2004 – XI R 32/03, BStBl. II 2005, 518). Auch die (öffentlich-rechtl.) Europäischen Schulen im Ausland sind begünstigt, weil die entsprechenden Zustimmungsgesetze des Bundestags (vgl. Zustimmungsg v. 26.8.1998, BGBl. II 1998, 2060) einer staatlichen Genehmigung gleichkommen (BFH v. 5.4.2006 – XI R 1/04, DStR 2006, 1222).

Verstoß gegen Europarecht: Der EuGH hat die grundsätzliche Beschränkung des Abzugs auf Inlandsschulen als europarechtswidrig angesehen (EuGH v. 11.9.2007 – Rs. C-318/05, EuGHE 2007, I-6957 – Kommission./f. Deutschland; v. 11.9.2007 – Rs. C-76/05, EuGHE 2007, I-6849 – Schwarz). Der Besuch einer überwiegend privat finanzierten Schule unterfalle – anders als der Besuch einer überwiegend öffentlich finanzierten Schule – der Dienstleistungsfreiheit des EGV (EuGH v. 11.9.2007 – Rs. C-318/05 aaO, Rn. 69 ff.). Auch könne – insoweit unabhängig vom Überwiegen des privaten Finanzierungsanteils – die Arbeitnehmerfreizügigkeit, die Niederlassungsfreiheit und das allgemeine Recht auf Freizügigkeit verletzt sein, wenn ein grenzüberschreitender Umzug durch die fehlende Abziehbarkeit der Schuldgeldzahlungen erschwert werde (EuGH v. 11.9.2007 – Rs. C-318/05 aaO, Rn. 112 ff.).

Auch nach der Entscheidung des EuGH ist die BFH-Rspr. (uE zu Recht) restriktiv geblieben. So werden Zahlungen an ausländ. *Hochschulen* (zB BFH v. 21.2.2008 – III B 56/07, BFH/NV 2008, 951, unter II.4.) sowie an Schulen in Staaten außerhalb der EU und des EWR (BFH v. 27.9.2007 – III R 28/05, BStBl. II 2008, 287, unter B.II.3.b: USA) weiterhin nicht zum Abzug zugelassen. Der BFH hat für den Abzug ferner vorausgesetzt, dass durch die Höhe der an Auslandsschulen zu entrichtenden Beiträge keine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern (Art. 7 Abs. 4 Satz 3 GG) gefördert wird (BFH v. 17.7.2008 – X R 62/04, BStBl. II 2008, 976, unter II.2.c; v. 21.10.2008 – X R 15/08, BFH/NV 2009, 559; FG Köln v. 29.11.2007, EFG 2008, 606, rkr.; ebenso bereits vor den EuGH-Entscheidungen BFH v. 14.12.2004 – XI R 66/03, BStBl. II 2005, 473; v. 18.7.2005 – XI B 50/04, BFH/NV 2006, 266). Die Kritiker dieser Rspr. verweisen darauf, dass das Sonderungsverbot im Inland kaum durchgesetzt werde (MÜLLER, EFG 2008, 607; MEILICKE, IStR 2008, 777). Bei

Ergänzungsschulen, für die das Sonderungsverbot grds. nicht gilt (s. Anm. 293), kann diese Argumentation ohnehin nicht übernommen werden. Schulen eines ausländ. Staates im Inland, die nicht in das deutsche Schulsystem einbezogen sind, sind ebenfalls nicht begünstigt, da öffentlich finanzierte Schulen nicht unter die Dienstleistungsfreiheit des EGV fallen (BFH v. 3.12.2008 – X R 26/08, BFH/NV 2009, 902 unter II.2. – britische Militärschule in Deutschland).

Rückwirkende gesetzliche Neuregelung: Durch das JStG 2009 ist für alle noch nicht bestandskräftigen StFestsetzungen der Vorjahre eine Abzugsmöglichkeit geschaffen worden, die auf einer Kombination der Voraussetzungen des Abs. 1 Nr. 9 nF mit den Rechtsfolge des Abs. 1 Nr. 9 aF beruht (§ 52 Abs. 24b Satz 2; ab VZ 2010 § 52 Abs. 24a Satz 2). Danach muss die Schule in einem anderen EU-/EWR-Staat belegen sein und die in Abs. 1 Nr. 9 Satz 2 nF genannten Abschluss- und Anerkennungsvoraussetzungen erfüllen (Einzelheiten s. Anm. 278–283). Hingegen kommt es nicht darauf an, dass die Schule – wie in Abs. 1 Nr. 9 aF vorgesehen – gem. Art. 7 Abs. 4 GG staatlich genehmigt, durch Landesrecht erlaubt oder nach Landesrecht anerkannt ist. Auch das Sonderungsverbot hat damit keine Bedeutung mehr. Sind die genannten Voraussetzungen erfüllt, können nach Abs. 1 Nr. 9 aF 30 % des Entgelts (ohne Begrenzung auf einen Höchstbetrag) abgezogen werden; das Sonderungsverbot soll nach Auffassung der FinVerw. nicht mehr zu prüfen sein (BMF v. 9.3.2009, BStBl. I 2009, 487 Rn. 6; uE zweifelhaft).

Einstweilen frei.

295–299

Erläuterungen zu Abs. 2, 2a: Voraussetzungen für den Abzug von Vorsorgeaufwendungen

A. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 2, 2a

300

Rechtsentwicklung (weitere Einzelheiten s. Anm. 4): Abs. 2 enthält seit der Neufassung des § 10 durch das EStReformG v. 5.8.1974 (BGBl. I 1974, 1769; BStBl. I 1974, 530) eine Zusammenstellung zusätzlicher Voraussetzungen für den Abzug von Vorsorgeaufwendungen, die jedoch auch zuvor schon an anderer Stelle des § 10 enthalten waren. Zunächst war in Abs. 2 Nr. 1 ein Kreditaufnahmeverbot, in Abs. 2 Nr. 2 die fehlende Abziehbarkeit beim Zusammenhang mit stfreien Einnahmen und in Abs. 2 Nr. 3 das grds. Erfordernis eines inländ. Beitragsempfängers geregelt. Das SubvAbG v. 26.6.1981 (BGBl. I 1981, 537; BStBl. I 1981, 523) fügte die Nr. 4 an, wodurch vermögenswirksame Leistungen vom Abzug ausgeschlossen wurden. Das Kreditaufnahmeverbot (Nr. 1 aF) wurde durch das StReformG 1990 v. 25.7.1988 (BGBl. I 1988, 1093; BStBl. I 1988, 224) mit Wirkung ab VZ 1988 aufgehoben. Das StÄndG 1992 v. 25.2.1992 (BGBl. I 1992, 297; BStBl. I 1992, 146) führte Einschränkungen beim Abzug von Beiträgen zu Renten- oder Kapitalversicherungen, die der Tilgung oder Sicherung eines Darlehens dienen, ein (Abs. 2 Satz 2). Das StMBG v. 21.12.1993 (BGBl. I 1993, 2310; BStBl. I 1994, 50) ermöglichte die Zahlung begünstigter Vorsorgeaufwendungen an Unternehmen aus anderen EG-Staaten (Änderung von Abs. 2 Nr. 2). Das AltEinkG v. 5.7.2004 (BGBl. I 2004, 1427; BStBl. I 2004, 554) brachte eine Neufassung des Abs. 2 unter Wegfall des Ausschlusses vermögenswirksamer Leistungen mit sich; die Einschränkungen für Renten- und Kapitalversicherungen gelten nur für Altverträge noch weiter (Abs. 1 Nr. 3a

Halbs. 2 nF iVm. Abs. 2 Satz 2 aF; s. Anm. 195). Durch das JStG 2007 v. 13.12.2006 (BGBl. I 2006, 2878; BStBl. I 2007, 28) wurde Nr. 2 Buchst. d und durch das JStG 2009 v. 19.12.2008 (BGBl. I 2008, 2794; BStBl. I 2009, 74) Nr. 2 Sätze 2–10 angefügt. Das BürgEntlG-KV v. 16.7.2009 (BGBl. I 2009, 1959; BStBl. I 2009, 782) brachte redaktionelle Änderungen in Satz 1, die Neufassung der Sätze 2 und 3 sowie die Überführung der gerade erst angefügten Sätze 4–8 in den neuen Abs. 2a (unter Vornahme zahlreicher Erweiterungen) mit sich; ein ausdrücklicher Änderungsbefehl für die bisherigen Sätze 9 und 10 des Abs. 2 existiert hingegen nicht (s. Anm. 318).

Geltungsbereich: Wie sich aus dem Eingangssatz des Abs. 2 ergibt, gelten die hier genannten besonderen Abzugsvoraussetzungen nur für Vorsorgeaufwendungen iSd. Abs. 1 Nr. 2, 3 und 3a. Bei den übrigen SA-Tatbeständen steht daher grds. weder ein Zusammenhang mit stfreien Einnahmen (s. Anm. 43) noch die Zahlung an einen ausländ. Empfänger (s. Anm. 15) dem Abzug entgegen.

301–304 Einstweilen frei.

305 B. Kein unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang mit steuerfreien Einnahmen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 1)

Bedeutung: Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 macht den Abzug von Vorsorgeaufwendungen davon abhängig, dass sie nicht in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang mit stfreien Einnahmen stehen. Die Regelung soll eine doppelte Begünstigung verhindern (einerseits StFreiheit der Einnahmen, zusätzlich SA-Abzug der Aufwendungen). Sie ist erforderlich, weil § 3c (kein Abzug von BA oder WK bei einem Zusammenhang mit stfreien Einnahmen) auf SA schon vom Wortlaut nicht anwendbar ist. Auch eine analoge Anwendung scheidet wegen der bewussten Entscheidung des Gesetzgebers und der Existenz von Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 aus (BFH v. 4.3.1977 – VI R 168/75, BStBl. II 1977, 503; s. auch Anm. 43).

Bei stfreien Zuschüssen des ArbG zu den Vorsorgeaufwendungen des ArbN hatte der BFH jedoch schon vor Schaffung der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung ein Abzugsverbot angenommen (BFH v. 28.3.1958 – VI 92/55 U, BStBl. III 1958, 266; v. 13.8.1971 – VI R 171/68, BStBl. II 1972, 57).

Steuerfreie Einnahmen, die dem Abzug entsprechender Vorsorgeaufwendungen entgegenstehen, sind insbes. die folgenden:

▶ *Zuschüsse der Rentenversicherungsträger zur Krankenversicherung der Rentner* (§ 3 Nr. 14; vgl. FG Berlin v. 22.5.1992, EFG 1992, 661, rkr.);

▶ *Eigenanteil der Rentner zu ihrer Krankenversicherung*: Dieser wird (ähnlich wie bei ArbN) unmittelbar von der Rente einbehalten und an die Krankenkasse abgeführt. Bis VZ 2004 war er in voller Höhe als SA zu berücksichtigen, da der über den stpfl. Ertragsanteil der Rente hinausgehende Teil der Rente nicht etwa stfrei, sondern nicht stbar war und Abs. 2 Nr. 1 daher nicht einschlägig war (GRUNE, DStR 1985, 514). Dies hat sich seit VZ 2005 geändert, weil Renten aus den gesetzlichen Rentenversicherungen seither in vollem Umfang stbar sind, ein Teilbetrag jedoch im Rahmen der Übergangsregelung des § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. aa Satz 4 *stfrei* gestellt wird. Ein dem stfreien Teil der Rente entsprechender Anteil des Krankenversicherungsbeitrags ist daher nicht mehr als SA abziehbar;

▶ *Zuschüsse des Bundes zum Beitrag zur Alterssicherung der Landwirte* (§ 3 Nr. 17);

- ▶ *Leistungen nach dem UnterhaltssicherungsG* (§ 3 Nr. 48): Nach § 7 Abs. 2 UnterhaltssicherungsG haben Wehrpflichtige (gem. § 78 Abs. 1 Nr. 2 ZivildienstG auch Zivildienstleistende) unter bestimmten Voraussetzungen Anspruch auf Ersatz von Versicherungsbeiträgen. Die Ersatzleistung ist stfrei (§ 15 Abs. 1 UnterhaltssicherungsG, § 3 Nr. 48 EStG) und schließt daher gem. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 den SA-Abzug der Beiträge aus;
- ▶ *Zuschüsse zur Künstlersozialversicherung* (§ 3 Nr. 57);
- ▶ *ArbG-Anteil am Sozialversicherungsbeitrag* (§ 3 Nr. 62);
- ▶ *ArbN-Anteil am Sozialversicherungsbeitrag*: Dieser ist nur dann vom Abzug ausgeschlossen, wenn die entsprechenden Einnahmen stfrei gestellt sind. Dies kann zB auf dem Auslandstätigkeitserlass (BFH v. 18.7.1980 – VI R 97/77, BStBl. II 1981, 16) oder den Statuten internationaler Organisationen (dazu BMF v. 27.2.1979, BStBl. I 1979, 139) beruhen. Gleiches gilt bei Zahlung der Beiträge aus nach einem DBA stfreien Arbeitslohn (BFH v. 29.4.1992 – I R 102/91, BStBl. II 1993, 149; OFD Düss. v. 20.7.1983, DB 1983, 2266; europarechtl. Bedenken äußert insoweit BFH v. 18.12.1991 – X B 126/91, BFH/NV 1992, 382); bei der Anwendung des Progressionsvorbehalts sind diese Vorsorgeaufwendungen dann aber zu berücksichtigen (BFH v. 29.4.1992 – I R 102/91, BStBl. II 1993, 149);
- ▶ *Beiträge des ArbG zu einer betrieblichen Altersversorgung* (§ 3 Nr. 63);
- ▶ *Zinsen aus bestimmten vor 2005 abgeschlossenen Kapitallebensversicherungen* (§ 20 Abs. 1 Nr. 6 aF, der gem. § 20 Abs. 36 Satz 5 für Altverträge fortgilt): sofern Beiträge mit diesen Zinsen verrechnet werden, sind sie vom Abzug ausgeschlossen;
- ▶ *Pauschal versteuerte Einnahmen*: Bei einer Pauschalversteuerung von Zukunftssicherungsleistungen, die zum Nichtansatz des geldwerten Vorteils beim ArbN führt (§ 40 Abs. 3 Satz 3 iVm. § 40b Abs. 4 Satz 1), soll der Abzug der entsprechenden Beiträge als SA ebenfalls ausgeschlossen sein (H 10.1 EStH 2008 „Zukunftssicherungsleistungen“).

UE ist dies unzutreffend, weil diese Bezüge nicht etwa stfrei sind, sondern versteuert werden – wenn auch von einem *Dritten*. Die Entscheidung BFH v. 28.3.1958 – VI 104/56 U (BStBl. III 1958, 267), auf die die FinVerw. sich beruft, ist zu der abweichenden Rechtslage vor der gesetzlichen Regelung der Pauschalversteuerung ergangen und nicht mehr auf die heutige Rechtslage übertragbar. Zur Pauschalierung nach § 40a vertreten zudem auch Rspr. (BFH v. 11.10.1974 – VI R 173/71, BStBl. II 1975, 275 unter 2.) und FinVerw. (OFD Frankfurt v. 7.6.2001, DStR 2001, 1434) die Auffassung, dass diese einem Abzug der Vorsorgeaufwendungen als SA nicht entgegensteht. Entscheidungserhebliche Unterschiede zwischen § 40a und § 40b, die beide auf § 40 Abs. 3 verweisen, bestehen insoweit aber nicht.

Unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang: Insoweit ist der Wortlaut identisch mit dem des § 3c Abs. 1; die Rspr. zieht zutreffend die zu § 3c entwickelten Grundsätze heran (dazu s. § 3c Anm. 36–41). Es genügt nicht *jeder* wirtschaftliche Zusammenhang; vielmehr ist eine besonders enge Verknüpfung zwischen stfreien Einnahmen und Vorsorgeaufwendungen erforderlich, die das Gesetz mit dem Terminus „unmittelbar“ umschreibt. Die Einnahmen und Aufwendungen müssen nach Entstehung und Zweckbestimmung so miteinander verbunden sein, dass die Vorsorgeaufwendungen ursächlich und unmittelbar auf Vorgänge zurückzuführen sind, die die stfreien Einnahmen betreffen, dh. Einnahmen und Aufwendungen sind durch dasselbe Ereignis veranlasst (BFH v. 18.7.1980 – VI R 97/77, BStBl. II 1981, 16; v. 29.4.1992 – I R 102/91, BStBl. II 1993, 149). Ein *rechtl.* Zusammenhang (dh. eine rechtl. Verpflichtung, die stfrei-

en Einnahmen zu Vorsorgezwecken zu verwenden) ist nicht erforderlich, wird aber in den meisten Fällen streifer Einnahmen, die für Vorsorgeaufwendungen verwendet werden, vorliegen.

Sonderregelung für steuerfreie Zuschüsse zu Kranken- und Pflegeversicherungen: Nach Nr. 1 Halbs. 2 (anwendbar ab VZ 2010) stehen derartige Zuschüsse *insgesamt* in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang mit den Vorsorgeaufwendungen iSd. Abs. 1 Nr. 3. Diese Regelung soll eine Aufteilung der Zuschüsse auf den nach Abs. 1 Nr. 3 (unbeschränkt) abziehbaren Beitragsanteil einerseits und den nach Abs. 1 Nr. 3a nur beschränkt abziehbaren Beitragsanteil andererseits vermeiden. Sie führt zu einer gewissen Benachteiligung der Stpfl., ist uE aber durch Vereinfachungsgesichtspunkte gerechtfertigt, da üblicherweise nur ein geringer Teil der Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge unter Abs. 1 Nr. 3a fällt.

306–309 Einstweilen frei.

310

C. Anforderungen an die Empfänger begünstigter Vorsorgeaufwendungen (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2)

Vorsorgeaufwendungen sind nur begünstigt, wenn der Empfänger ein Versicherungsunternehmen, eine berufsständische Versorgungseinrichtung oder ein Sozialversicherungsträger ist. Zahlungen an andere Empfänger (insbes. an natürliche Personen) sind daher auch dann nicht begünstigt, wenn der zugrundeliegende Vertrag alle Elemente eines Versicherungsvertrages enthält (s. Anm. 155).

Anforderungen an den aufsichtsrechtlichen Status und den Sitzort des Empfängers: Sofern der Empfänger ein (privates) Versicherungsunternehmen ist, sind die Beiträge nur begünstigt, wenn das Unternehmen besondere aufsichtsrechtl. Voraussetzungen erfüllt, die wiederum hinsichtlich der örtlichen Anknüpfung differenzieren. Zweck ist der Schutz der Versicherten durch Anknüpfung an das Bestehen bestimmter aufsichtsrechtl. Mindestanforderungen (RFH v. 30.9.1936, RS tBl. 1937, 94; BFH v. 22.4.1966 – VI 51/64, BFHE 86, 139; vgl. auch BTDrucks. 12/6078, 121).

► *Inländische Versicherungsunternehmen* bedürfen der Erlaubnis der Aufsichtsbehörde (§ 5 Abs. 1 VAG), die für das Gebiet aller EG-/EWR-Staaten erteilt wird (§ 6 Abs. 1 Satz 2 VAG).

► *EG-/EWR-Versicherungsunternehmen:* Unternehmen, die ihren Sitz (§ 10 AO) oder ihre Geschäftsleitung (§ 11 AO) in einem anderen EG-/EWR-Staat haben, dürfen seit dem In-Kraft-Treten des 3. DurchführungsG/EWG zum VAG v. 21.7.1994 (BGBl. I 1994, 1630) aufgrund der von ihrer ausländ. Aufsichtsbehörde erteilten Erlaubnis auch im Inland tätig werden (§ 110a VAG, Ausnahmen für nicht harmonisierte Bereiche in § 110d VAG). Entsprechend zählen diese Unternehmen auch stl. zu den begünstigten Prämienempfängern (Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a Halbs. 1).

Bis zu der mit Wirkung ab VZ 1993 erfolgten Erweiterung von Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 auf EG-Versicherer durch das StMBG v. 21.12.1993 mussten sich Sitz oder Geschäftsleitung im *Inland* befinden. Der Gesetzgeber kam mit der Änderung einer möglichen Verurteilung durch den EuGH zuvor, nach dessen Rspr. die Vereinbarkeit des Ausschlusses mit Europarecht zweifelhaft geworden war (vgl. EuGH v. 28.1.1992 – Rs. C-204/90, EuGHE 1992, I-249, Bachmann; v. 23.4.2009 – Rs. C-544/07, IStR 2009, 353, Ruffler). Die Erstreckung auch auf EWR-Unternehmen wurde erst durch das Alt-

EinkG mit Wirkung ab VZ 2005 ausdrücklich in Nr. 2 Buchst. a aufgenommen, ergab sich zuvor aber unmittelbar aus den Diskriminierungsverboten des EWR-Vertrags.

► *Beiträge an andere Versicherungsunternehmen* sind nur begünstigt, wenn dem Unternehmen die Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb im Inland erteilt worden ist (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a Halbs. 2). Dies betrifft zum einen Unternehmen, die Sitz und Geschäftsleitung außerhalb eines EG-/EWR-Staats haben (§§ 105–110 VAG), zum anderen EG-/EWR-Unternehmen, die außerhalb der harmonisierten Bereiche tätig sind (§ 110d VAG). Ein Verzeichnis ausländ. Versicherungsunternehmen, denen eine solche Erlaubnis erteilt worden ist, war zuletzt in Anhang 32 des amtlichen EStHandbuchs 2004 enthalten.

Fehlt einem ausländ. Lebensversicherer diese Erlaubnis, steht dies zwar dem SA-Abzug, nicht aber der – für vor 2005 abgeschlossene Verträge fortgeltenden – StFreiheit der Erträge nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 entgegen (BFH v. 1.3.2005 – VIII R 47/01, BStBl. II 2006, 365).

Aus Billigkeitsgründen lässt die FinVerw. bei deutschen Beamten, die im Ausland beschäftigt sind, Prämien an einen nicht im Inland zugelassenen Kfz.-Haftpflichtversicherer zum Abzug zu (FM Nds. v. 4.12.1984, DB 1985, 418; OFD Frankfurt v. 9.7.1996, FR 1996, 648).

► *Berufsständische Versorgungseinrichtungen und Sozialversicherungsträger*: Vorsorgeaufwendungen, die an diese Einrichtungen geleistet werden, sind unabhängig vom Sitz des Zahlungsempfängers begünstigt (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b, c). Derartige Aufwendungen können daher auch dann abgezogen werden, wenn sie an ausländ. Einrichtungen oder Träger (auch außerhalb der EU) geleistet werden (BFH v. 18.12.1991 – X B 126/91, BFH/NV 1992, 382). Die Anwendung der im Inland geltenden Höchstbeträge auf Zahlungen an Sozialversicherungsträger im EU-Ausland verstößt nicht gegen Europarecht (BFH v. 24.6.2009 – X R 57/06, DStR 2009, 1799 unter II.2.).

Berufsständische Versorgungseinrichtungen sind erst mit Wirkung ab VZ 2005 in den Katalog aufgenommen worden. Der Abzug von Beiträgen an solche Einrichtungen war aber auch in der Vergangenheit möglich, ohne dass dies jemals problematisiert worden wäre (ggf. analoge Anwendung der Abzugsmöglichkeiten für „Sozialversicherungsträger“ oder „Versicherungsunternehmen“).

► *Anbieter iSd. § 80* sind ebenfalls erfasst (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. d). Dies gilt seit VZ 2006 (Art. 20 Abs. 4 JStG 2007) und betrifft Beiträge zu einem „Rürup-Vertrag“ nach Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b. § 80 verweist auf Anbieter gem. § 1 Abs. 2 Altersvorsorgeverträge-ZertifizierungsG sowie auf die in § 82 Abs. 2 genannten Pensionsfonds, Pensionskassen und Direktversicherungen. Wegen der Einzelheiten s. die Erl. zu §§ 80, 82.

Einstweilen frei.

311–314

D. Zertifizierung und Datenübermittlung (Abs. 2 Sätze 2–5, Abs. 2a)

I. Sachlicher und zeitlicher Anwendungsbereich (Abs. 2 Sätze 2 und 3, § 52 Abs. 24 Satz 2)

315

Sachlicher Anwendungsbereich: Die in Abs. 2 Satz 2 enthaltenen Sonderregelungen gelten ausschließlich für Beiträge zum Aufbau einer kapitalgedeckten Altersversorgung iSd. Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b. Die in Abs. 2 Satz 3 enthaltenen Regelungen gelten ausschließlich für Beiträge zu Kranken- und gesetzlichen

Pflegeversicherungen iSd. Abs. 1 Nr. 3. Die Vorschriften über die Datenübermittlung (Abs. 2a) gelten wiederum für die von Abs. 2 Sätze 2 und 3 erfassten Beiträge.

Problematisch ist, dass bei der Kranken- und Pflegeversicherung nur die Basisversorgung nach Abs. 1 Nr. 3 von der Datenübermittlung erfasst ist, nicht aber etwaige Zusatzbeiträge und das Krankengeld, das unter Abs. 1 Nr. 3a fällt. Es ist zu befürchten, dass zahlreiche Stpfl. sich auf die Datenübermittlung verlassen werden, jedoch versäumen, die Zusatzbeiträge usw. *selbst* dem FA zu erklären (so auch RISTHAUS, DStZ 2009, 669 [682]).

Zeitlicher Anwendungsbereich: Die Regelungen sind auf Beiträge anwendbar, die ab dem VZ 2010 geleistet werden. Dies gilt grds. auch dann, wenn der zugrunde liegende „Rürup-Vertrag“ bereits vor dem VZ 2010 abgeschlossen wurde bzw. das Kranken- oder Pflegeversicherungsverhältnis bereits zuvor bestand. Hierfür gelten aber besondere Übergangsregelungen hinsichtlich der Einwilligung und der Mitteilung der Identifikationsnummer (§ 52 Abs. 24 Satz 2; s. Anm. 316, 321).

316 II. Besondere Voraussetzungen für Beiträge zur kapitalgedeckten Altersvorsorge (Abs. 2 Satz 2)

Die Regelungen sind eher technischer Natur, zugleich aber ab 2010 materiell-rechtl. Voraussetzung für den SA-Abzug von Beiträgen zu „Rürup-Verträgen“.

Zertifizierung (Satz 2 Nr. 1): Der Vertrag muss nach § 5a AltZertG zertifiziert sein. Mit der Zertifizierung wird wiederum festgestellt, dass die Vertragsbedingungen die Voraussetzungen des § 10 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b erfüllen (§ 2 Abs. 3 AltZertG). Die Zertifizierung ist Grundlagenbescheid für den EStBescheid. Stpfl. und FA brauchen und dürfen daher nicht mehr prüfen, ob Beiträge, die zugunsten eines zertifizierten Vertrags geleistet werden, tatsächlich die Voraussetzungen des Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b erfüllen. Dies dient der Vereinfachung und Rechtssicherheit.

Bis einschließlich 2009 war eine Zertifizierung nur für die stl. Begünstigung von Altersvorsorgeverträgen iSd. § 10a, §§ 79–99 („Riester-Rente“) erforderlich. Die nunmehr auch auf Basisrentenverträge iSd. § 10 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b („Rürup-Rente“) erstreckte Zertifizierungspflicht soll die Einzelfallprüfung der Voraussetzungen des SA-Abzugs beim einzelnen Stpfl. entbehrlich machen und eine bundesweit einheitliche Anwendung sicherstellen (BTDrucks. 16/11108, 16). Dies ist aus verwaltungsökonomischen Gründen grds. zu begrüßen. Allerdings zeigen die Erfahrungen mit zertifizierten Altersvorsorgeverträgen, dass viele Anbieter dazu neigen, mit der Zertifizierung irreführende Werbung zu betreiben. Dem Kunden wird vorgespiegelt, es handle sich um eine Art „staatliches Gütesiegel“, obwohl im Rahmen der Zertifizierung nur einige formale Kriterien geprüft werden, hingegen ausdrücklich nicht die wirtschaftliche Tragfähigkeit und Erfüllbarkeit der Zusage sowie die zivilrechtl. Wirksamkeit der Vertragsbedingungen (§ 2 Abs. 3 AltZertG). Der Gesetzgeber sollte derartige werbliche Herausstellungen der Zertifizierung untersagen.

Einwilligung zur Datenübermittlung (Satz 2 Nr. 2): Der Abzug der Beiträge setzt weiter voraus, dass der Stpfl. gegenüber dem Anbieter in die Datenübermittlung nach Abs. 2a eingewilligt hat (Einzelheiten s. Anm. 320 ff.). Zweck dieser Regelungen ist die weitere Erleichterung des Verwaltungsvollzugs durch Nutzung der vorhandenen Datennetze. Gemäß § 52 Abs. 24 Satz 2 Nr. 1 gilt die Einwilligung bei Verträgen, die vor dem 1.1.2010 abgeschlossen wurden, als erteilt, wenn der Anbieter den Stpfl. hierüber schriftlich informiert und der Stpfl.

nicht innerhalb von vier Wochen nach Erhalt dieser Information widerspricht. Eine besondere Form für den Widerspruch ist nicht vorgesehen.

Für den SA-Abzug genügt bereits die *Einwilligung* des Versicherten zur Datenübermittlung. Kommt es trotz vorhandener Einwilligung nicht zu einer Datenübermittlung (zB bei ausländ. Versicherungsunternehmen, für die sich der Aufbau der entsprechenden Datenverarbeitungs-Infrastruktur für nur wenige deutsche Kunden nicht lohnt), kann der Stpfl. die Beiträge auch auf andere Weise nachweisen. Dies folgt bereits aus dem Gesetzeswortlaut, entspricht aber auch dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers (BRDrucks. 168/09, 28).

Bedenken im Hinblick auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung bestehen uE nicht (anders wohl RISTHAUS, DStZ 2009, 669 [681]). Zwar ist die Entscheidungsfreiheit des Stpfl. angesichts der Nichtabziehbarkeit der Beiträge, die ihm im Fall der Verweigerung der Einwilligung droht, stark eingeschränkt. Allerdings erlangen nur der Versicherer und das FA von den Daten Kenntnis. Der Versicherer kennt die von ihm übermittelten Daten ohnehin schon; das FA würde sie auch durch eine StErklärung in Papierform erfahren. Ein „Eingriff“ in die informationelle Selbstbestimmung findet daher hier – wenn überhaupt – nur auf niedrigster Stufe statt und ist daher jedenfalls durch die überwiegenden Gesichtspunkte der Verwaltungsvereinfachung gerechtfertigt.

III. Besondere Voraussetzungen für Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge (Abs. 2 Satz 3)

317

Auch hier setzt die stl. Berücksichtigung voraus, dass der Stpfl in die Datenübermittlung nach Abs. 2 einwilligt (allgemein hierzu s. Anm. 316). **Fiktion der Einwilligung:** Zum einen gilt die Einwilligung bei Versicherungsverhältnissen, die vor dem 1.1.2010 bestanden haben, nach näherer Maßgabe des § 52 Abs. 24 Satz 1 Nr. 1 als erteilt (Einzelheiten s. Anm. 316 aE). Zum anderen gilt die Einwilligung als erteilt, wenn die Beiträge mit der elektronischen LStBescheinigung oder der Rentenbezugsmitteilung übermittelt werden; diese Verfahren stellen in der Praxis mittlerweile den Regelfall dar.

IV. Korrekturmöglichkeiten (Abs. 2 Sätze 4 und 5)

318

Redaktionsversehen: Die Beibehaltung dieser Regelungen dürfte auf einem Redaktionsversehen des Gesetzgebers beruhen. Sie waren durch das JStG 2009 als Abs. 2 Sätze 9 und 10 angefügt worden. Mit dem BürgEntlG-KV wurden aber lediglich die Sätze 4 *bis* 8 des Abs. 2 aufgehoben, obwohl der gesamte Regelungsinhalt der Sätze 4 *bis* 10 des Abs. 2 in den neuen Abs. 2a überführt wurde. Inhaltlich sind die in Abs. 2 Sätzen 4 und 5 nF (= Sätze 9 und 10 aF) vorgesehenen Änderungsmöglichkeiten nunmehr in vollem Umfang durch Abs. 2a Satz 8 nF abgedeckt.

Änderung des Einkommensteuerbescheids nach Korrektur unzutreffender Daten (Abs. 2 Satz 4): Die Regelung enthält eine Korrekturvorschrift für den EStBescheid, in dem die Beiträge auf einen „Rürup-Vertrag“ abgezogen worden sind oder werden sollen. Sie betrifft ihrem Wortlaut nach nur den Fall, dass der Anbieter zuvor unzutreffende Daten übermittelt hatte und dies gem. Abs. 2 Satz 8 Alt. 1 (aF) korrigiert hat. Die Rücknahme einer Datenübermittlung durch den Anbieter, weil gar keine Einwilligung des Stpfl. vorlag (Abs. 2 Satz 8 Alt. 2 aF), ist hingegen vom Wortlaut nicht erfasst. Da das Vorhandensein der

Einwilligung aber eine materielle Voraussetzung des SA-Abzugs darstellt, wird hier zumeist eine Änderung des EStBescheids nach § 173 Abs. 1 Nr. 1 AO möglich sein.

Änderung eines bereits vor Datenübermittlung ergangenen Einkommensteuerbescheids (Abs. 2 Satz 5): Ergeht zunächst der EStBescheid und übermittelt der Anbieter erst *danach* (aber noch innerhalb der Jahresfrist nach Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 aF) die erforderlichen Daten an die zentrale Stelle, ermöglicht Abs. 2 Satz 5 die Änderung des EStBescheids.

319 Einstweilen frei.

V. Einzelregelungen zur Datenübermittlung (Abs. 2a)

320 1. Einwilligung und Widerruf (Abs. 2a Sätze 1–3)

Die Sätze 1–3 des Abs. 2a enthalten formale Regelungen für die Einwilligung in die Datenübermittlung.

Form und Adressat der Einwilligung: Gemäß Abs. 2a Satz 1 ist die Einwilligung schriftlich zu erteilen; Adressat ist die übermittelnde Stelle (Versicherungsunternehmen/-träger, nicht etwa das FA). Diese Formvorschrift gilt nicht, wenn die Einwilligung fingiert wird (s. hierzu Anm. 316f.).

Spätester Zeitpunkt für die Einwilligung ist der Ablauf des zweiten Kj., das auf das Beitragsjahr (Kj., in dem die Beiträge geleistet worden sind) folgt.

Dauerwirkung der Einwilligung: Aus verwaltungsökonomischen Gründen gilt die Einwilligung auch für die Folgejahre, sofern der Stpfl. sie nicht schriftlich gegenüber der übermittelnden Stelle widerruft (Abs. 2a Satz 2). Der Widerruf wirkt gem. Abs. 2a Satz 3 nur für die Beiträge *künftiger* Kj. (ebenso wie der Widerruf der Zustimmung nach Abs. 1 Nr. 1 Satz 5; s. Anm. 64).

321 2. Vornahme und Korrektur der Datenübermittlung (Abs. 2a Sätze 4–7, 10)

Zu übermittelnde Daten (Abs. 2a Satz 4) sind die Höhe der geleisteten und ggf. erstatteten Beiträge, die Vertrags- oder Versicherungsdaten, das Datum der Einwilligung und die Identifikationsnummer, bei Beiträgen zur kapitalgedeckten Altersvorsorge auch die Zertifizierungsnummer.

Beschaffung der Identifikationsnummer beim Bundeszentralamt für Steuern (Abs. 2a Satz 5): Teilt der Stpfl. seine Identifikationsnummer nicht mit, kann der Anbieter sie sich beim BZSt. beschaffen (Abs. 2a Satz 5 iVm. § 22a Abs. 2 Satz 2). Bei Altverträgen (Abschluss vor dem 1.1.2010) kann der Anbieter – sofern die Einwilligung zur Datenübermittlung vorliegt – die Identifikationsnummer auch dann unmittelbar beim BZSt. anfordern, wenn er sie nicht zuvor beim Stpfl. abgefragt hat (§ 52 Abs. 24 Satz 2 Nr. 2).

Übermittlung durch Datenfernübertragung (Abs. 2a Sätze 4 und 10): Erteilt der Stpfl. die Einwilligung zur Datenübermittlung, muss der Anbieter die Daten nach amtlich vorgeschriebenem Datensatz durch Datenfernübertragung an die zentrale Stelle (gem. § 81 die Deutsche Rentenversicherung Bund) übermitteln. Dies dient der Erleichterung der elektronischen StErklärung (BTD Drucks. 16/11108, 16). Wegen der Einzelheiten der Datenfernübertragung verweist Abs. 2a Satz 10 auf § 150 Abs. 6 AO und die dort vorgesehene Rechtsverordnung.

Übermittlungsfrist (Abs. 2a Sätze 4 und 6): Der Anbieter muss die Daten grds. bis zum 28.2. des dem Beitragsjahr folgenden Jahres übermitteln (Abs. 2a Satz 4). Da die erforderliche Einwilligung des Stpfl. aber noch bis zum 31.12. des zweiten Kj. nach dem Beitragsjahr erteilt werden kann (Abs. 2a Satz 1), sieht Abs. 2a Satz 6 vor, dass die Daten in diesen Fällen bis zum Ende desjenigen Quartals übermittelt werden müssen, das auf die Erteilung der Einwilligung folgt. Das Überschreiten der Übermittlungsfrist durch den Anbieter hat aber – anders als eine nicht oder nicht fristgerecht erteilte Einwilligung durch den Stpfl. – nicht zur Folge, dass die Abziehbarkeit der Beiträge entfällt, weil das Gesetz eine solche Rechtsfolge nicht anordnet.

Korrektur übermittelter Daten (Abs. 2a Satz 7): Fehler bei der Datenübermittlung hat der Anbieter *unverzüglich* (dh. nicht erst am Quartalsende) durch Übermittlung eines zutreffenden Datensatzes zu korrigieren. Dies betrifft zum einen die Übermittlung unzutreffender Daten (zB Fehler in den Vertragsdaten oder der Beitragshöhe), zum anderen die Übermittlung von (zutreffenden) Daten, wenn die Voraussetzungen für die Datenübermittlung nicht vorlagen (zB Datenübermittlung trotz Fehlen der erforderlichen Einwilligung des Stpfl.). Ggf. droht hier die Haftung nach Abs. 2a Satz 12.

3. Korrektur von Steuerbescheiden, Prüfung, Haftung (Abs. 2a Sätze 8, 9, 11–13)

322

Korrektur von Steuerbescheiden (Abs. 2a Satz 8): Die Regelung ermöglicht die Änderung des EStBescheids hinsichtlich der Beiträge nach Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b, Nr. 3, soweit Daten übermittelt wurden. Dies betrifft sowohl die Fälle der erstmaligen, fristgerechten und zutreffenden Datenübermittlung (Abs. 2a Satz 4) als auch die nachträgliche Datenübermittlung bei nachgereicherter Einwilligung (Abs. 2a Satz 6) und die Korrektur fehlerhafter Daten bzw. die Stornierung unbefugt übermittelter Daten (Abs. 2a Satz 7).

Information des Steuerpflichtigen (Abs. 2a Satz 9): Die übermittelnde Stelle muss den Stpfl. über die Höhe der übermittelten Beiträge unterrichten. Eine solche Regelung hatte der Gesetzgeber aus Vereinfachungsgründen zunächst ausdrücklich nicht schaffen wollen (BTDrucks. 16/11108, 16); allerdings hätte der Stpfl. dann keinerlei Kontrollmöglichkeit mehr gehabt, so dass die Informationspflicht zu begrüßen ist.

Prüfung durch das Bundeszentralamt für Steuern (Abs. 2a Satz 11): Bei Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträgen (nicht aber bei Altersvorsorgebeiträgen) kann das BZSt. die zu übermittelnden Daten prüfen; die für die Außenprüfung geltenden Vorschriften der §§ 193–203 AO sind sinngemäß anzuwenden.

Haftung bei Falschangaben (Abs. 2a Sätze 12 und 13): Wer Kranken- oder Pflegeversicherungsbeiträge (nicht Altersvorsorgebeiträge) in unzutreffender Höhe übermittelt und hierbei vorsätzlich oder grob fahrlässig handelt, haftet für die entgangene Steuer. Der entgangene Steuerbetrag ist (nach dem Vorbild des § 10b Abs. 4 Satz 3) mit 30 % des zu hoch ausgewiesenen Betrags anzusetzen.

Einstweilen frei.

323–329

Erläuterungen zu Abs. 3: Höchstbeträge für Altersvorsorgeaufwendungen

Schrifttum: (zur Abziehbarkeit von Altersvorsorgeaufwendungen s. auch vor Anm. 120): SÖHN, Verfassungsrechtliche Bindungen bei der Beschränkung der Abzugsfähigkeit von Vorsorgeaufwendungen durch Höchstbeträge, *StuW* 1990, 356; GOECKE, Lohnt sich eine unmittelbare Versorgungszusage, wenn hierdurch der Vorwegabzug gekürzt wird?, *DStZ* 2000, 172; DRESCHER, Kürzung des Vorwegabzugs bei Arbeitnehmern rechtswidrig? – Folgerungen aus der Rechtsprechung des BSG, *DStR* 2001, 1693; DOMMERMUTH, Versorgung für Gesellschafter-Geschäftsführer und Vorwegabzug, *FR* 2004, 12; BRIESE, Sonderausgabenabzug von Altersvorsorgeaufwendungen beim GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer, *DStR* 2005, 1087; MÜLLER-DOTT, Kürzung des Vorwegabzugs im Fall von Versorgungsanwartschaften bis einschließlich 2004 bei Zusammenveranlagung, *DB* 2005, 15; GÜNTHER, Abzug von Vorsorgeaufwendungen, geklärte und ungeklärte Rechtsfragen, *EStB* 2006, 187; MYSEN/HILDEBRANDT, Vorsorgeaufwendungen bei Gesellschafter-Geschäftsführern, *NWB* (2007) F. 3, 14559; HEINICKE, Auswirkungen der Gesetzesänderung von § 10c Abs. 3 Nr. 2 EStG auf die Kürzung des Vorsorge-Höchstbetrages nach § 10 Abs. 3 EStG, *DStR* 2008, 2000; FÖRSTER, Das Alterseinkünftegesetz auf dem Prüfstand des Bundesfinanzhofs, *DStR* 2009, 141; LEVEDAG, Das Alterseinkünftegesetz vor dem BFH, *NWB* 2009, 1330.

A. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 3

330

I. Regelungsinhalt und Rechtsentwicklung

Regelungsinhalt: Abs. 3 begrenzt den Abzug der tatsächlich geleisteten Altersvorsorgeaufwendungen auf bestimmte Höchstbeträge (die Höchstbeträge für sonstige Vorsorgeaufwendungen sind in Abs. 4 geregelt, dazu Anm. 380 ff.). Der Umfang des höchstmöglichen Abzugs richtet sich danach, ob der Stpfl. seine gesamte Altersvorsorge mit eigenen Beiträgen aufbauen muss oder aber eine Altersversorgung ohne eigene Beitragsleistung bzw. mit stfreien Leistungen des ArbG erhält (in den letztgenannten Fällen Kürzung des Höchstbetrags nach Abs. 3 Satz 3 bzw. Abzug des ArbG-Anteils nach Abs. 3 Satz 5, s. Anm. 353, 359). Außerdem hat der Gesetzgeber für die Umstellung auf die nachgelagerte Besteuerung von Altersbezügen eine komplizierte Übergangsregelung geschaffen, die bis zum Jahr 2025 sich jährlich ändernde Berechnungsgrundlagen mit sich bringt (Abs. 3 Sätze 4 und 6, s. Anm. 357; zur Verfassungsmäßigkeit dieser Begrenzung s. Anm. 337–346).

Rechtsentwicklung (hier sind nur die wichtigsten Änderungsgesetze aufgeführt; weitere Details s. Anm. 3, 4): Während das EStG 1920 v. 29.3.1920 (RGBl. I 1920, 359) Höchstbeträge nur für Lebensversicherungen und Sterbekassen vorsah (§ 13 Nr. 4, 5), die Beiträge zu allen anderen begünstigten Versicherungssparten aber der Höhe nach unbeschränkt abziehbar waren (§ 13 Nr. 3), erstreckte bereits das EStG 1925 v. 10.8.1925 (RGBl. I 1925, 189) die Höchstbeträge auf sämtliche Versicherungssparten (§ 17 Abs. 2).

Auch das EStG 1934 v. 16.10.1934 (RGBl. I 1934, 1005; RStBl. 1934, 1261) enthielt in § 10 Abs. 2 Höchstbeträge für Vorsorgeaufwendungen (damals Versicherungsbeiträge und Beiträge an Bausparkassen). Nach einigen zwischenzeitlichen Änderungen wurde die Regelung über die Höchstbeträge mit dem StNeuordnungsg v. 16.12.1954 (BGBl. I 1954, 373; BStBl. I 1954, 575) neu gefasst und in Abs. 3 überführt. Nach damaliger Rechtslage konnten für den Stpfl. und seinen Ehegatten jeweils 800 DM und

für jedes Kind zusätzlich 500 DM jährlich abgezogen werden (Kinderadditiv); bei bestimmten Stpfl., die das 50. Lebensjahr vollendet hatten, verdoppelten sich diese Beträge (Altersverdoppelung zum Ausgleich kriegs- und inflationsbedingter Verluste des Vorsorgepotentials). Nach einigen weiteren Erhöhungen wurde mit dem StÄndG 1961 v. 13.7.1961 (BGBl. I 1961, 981; BStBl. I 1961, 444) ein zusätzlicher Vorwegabzug von 500 DM (bei Ehegatten 1000 DM) eingeführt, der bei ArbN um den stfreien ArbG-Anteil zum Rentenversicherungsbeitrag gekürzt wurde.

Nach zwischenzeitlichen weiteren Erhöhungen der Höchstbeträge wurde Abs. 3 durch das EStReformG v. 5.8.1974 (BGBl. I 1974, 1769; BStBl. I 1974, 530) neu gefasst: Der allg. Höchstbetrag belief sich nun – unter Wegfall der Altersverdoppelung – auf 1800/3600 DM, das Kinderadditiv auf 600 DM und der Vorwegabzug auf 1500/3000 DM. Zusätzlich konnte die Hälfte der übersteigenden Beträge bis zur Hälfte des allg. Höchstbetrags abgezogen werden (hälftiger Höchstbetrag). Auch diese Beträge wurden in der Folgezeit mehrfach erhöht, bis mit dem StSenkG 1986/1988 v. 26.6.1985 (BGBl. I 1985, 1153; BStBl. I 1985, 391) das Kinderadditiv zugunsten von Verbesserungen beim Kinderfreibetrag abgeschafft wurde.

Das StReformG 1990 v. 25.7.1988 (BGBl. I 1988, 1093; BStBl. I 1988, 224) brachte eine abermalige Neufassung des Abs. 3; abziehbar waren nunmehr ein Grundhöchstbetrag von 2340/4680 DM, ein Vorwegabzug von 4000/8000 DM, der im Fall von Entlastungen bei der Altersvorsorge um 9 % und bei Entlastungen von der Krankheitsvorsorge um 3 % zu kürzen war, ferner der hälftige Höchstbetrag. Mit dem ZinsabschlagG v. 9.11.1992 (BGBl. I 1992, 1853; BStBl. I 1992, 682) wurde der Grundhöchstbetrag auf 2610/5220 DM und der Vorwegabzug auf 6000/12000 DM erhöht und eine zusätzliche Kürzung des Vorwegabzugs bei Entlastungen von der Arbeitslosenvorsorge i.H.v. 3 % des Arbeitslohns eingeführt. Diese äußerst kompliziert geratene Kürzungsvorschrift wurde mit dem StMBG v. 21.12.1993 (BGBl. I 1993, 2310; BStBl. I 1994, 50) rückwirkend für den gesamten VZ 1993 dahingehend vereinfacht, dass der Vorwegabzug bei dem begünstigten Personenkreis um 16 % des Arbeitslohns zu kürzen war. Nähere Erläuterungen zu dieser – unmittelbar bis VZ 2004 und im Rahmen der Günstigerprüfung des Abs. 4a noch bis VZ 2019 anwendbaren – Fassung s. Anm. 361 ff.

Mit dem AltEinkG v. 5.7.2004 (BGBl. I 2004, 1427; BStBl. I 2004, 554) erhielt Abs. 3 seine heutige Gestalt: Die Vorschrift gilt nunmehr nur noch für *Altersvorsorgeaufwendungen*; der Höchstbetrag wurde auf 20000/40000 € angehoben, ermäßigt sich aber im Fall von Entlastungen bei der Altersvorsorge sowie während der noch bis VZ 2025 laufenden Übergangszeit. Durch das JStG 2008 v. 20.12.2007 (BGBl. I 2007, 3150; BStBl. I 2008, 218) wurde Satz 3 geändert (Kürzung des Höchstbetrags insbes. bei GmbH-Geschäftsführern) und Satz 7 angefügt (ArbG-Beiträge bei geringfügig Beschäftigten). Das BürgEntlG-KV v. 16.7.2009 (BGBl. I 2009, 1959; BStBl. I 2009, 782) überführte den bisherigen Wortlaut des § 10c Abs. 3 Nr. 1, 2 in § 10 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1.

Einstweilen frei.

331–334

II. Verfassungsmäßigkeit der Beschränkung auf einen Höchstbetrag 335 (Abs. 3 Satz 1)

Neben der Kontroverse um die Verfassungsmäßigkeit der *Übergangsregelung* (s. Anm. 337 ff.) stellt sich die Frage, ob die Begrenzung des Abzugs auf einen Höchstbetrag *als solche* verfassungsgemäß ist (offen gelassen von BFH v. 26.11.2008 – X R 15/07, BStBl. II 2009, 710 unter II.2.a bb [4]). Diese Frage ist – bereits ab dem Inkrafttreten der Regelung im VZ 2005 – für diejenigen Stpfl. von Bedeutung, die Altersvorsorgeaufwendungen oberhalb der Höchstbeträge leisten. UE bestehen schon gegen die Versagung des übersteigenden SA-Abzugs

Rechtsschutzmöglichkeiten, da eine Verletzung des objektiven Nettoprinzips bereits im Zeitpunkt der Versagung des WKAbzugs gerügt werden kann und ein Einnahmenezufluss hierfür nicht erforderlich ist. Die Rspr. tendiert hingegen dazu, erst im Zeitpunkt der Versteuerung der Rentenbezüge eine verfassungsrechtl. Überprüfungsmöglichkeit anzunehmen (s. Anm. 346 zur parallelen Problematik der Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Übergangsregelung).

Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG: Dass der Gesetzgeber trotz der seit 2005 grds. angeordneten vollen StPflcht der späteren Auszahlungen den Abzug der Beiträge auf einen Höchstbetrag beschränkt, bewirkt uE in doppelter Hinsicht einen Verstoß gegen den allg. Gleichheitssatz. Zum einen ist das objektive Nettoprinzip verletzt, weil es zu einer Zweifachbesteuerung kommen kann (Versagung des Abzugs der Aufwendungen trotz voller Besteuerung der späteren Altersbezüge; zum Abzug als WK s. Anm. 122). Zum anderen liegt ein Verstoß gegen das Gebot folgerichtiger Ausgestaltung stl. Tatbestände vor. Danach muss der Gesetzgeber die Maßstäbe, die er selbst im Steuerrecht setzt, auch angemessen umsetzen (allgemein zum Gebot der Folgerichtigkeit BVerfG v. 6.3.2002 – 2 BvL 17/99, BVerfGE 105, 73 unter B.IV.1.; v. 11.1.2005 – 2 BvR 167/02, BVerfGE 112, 164 unter B.I.3.c; v. 24.5.2005 – 2 BvR 1683/02, BFH/NV 2005, Beilage S. 361 unter II.2.a bb (4)).

Keine Rechtfertigung durch die für die Beschränkung gegebenen Begründungen: Der Gesetzgeber selbst hat die betragsmäßige Begrenzung – ohne nähere Erläuterungen – mit der „Verhinderung missbräuchlicher Gestaltungen“ begründet (BTD Drucks. 15/2150, 22; ebenso WEBER-GRELLET, DStR 2004, 1721 [1725 ff.]). Jedoch hat der Gesetzgeber auf die wesentliche denkbare „Gestaltung“ – den Wegzug ins Ausland nach stbegünstigter Zahlung der Beiträge, aber vor Bezug der stpfl. Einnahmen – schon dadurch sachgerecht reagiert, dass er die beschränkte StPflcht der Renteneinnahmen angeordnet hat (§ 49 Abs. 1 Nr. 7) und die bestehenden Doppelbesteuerungsabkommen, soweit sie das Besteuerungsrecht für Renteneinkünfte dem Wohnsitzstaat zuweisen, neu verhandeln will (zu den europarechtl. Möglichkeiten WERNSMANN/NIPPERT, FR 2005, 1123; MUSIL, StW 2005, 278 [285 ff.]).

Andere verweisen darauf, dass nur die Abziehbarkeit von Beiträgen für die Erlangung einer angemessenen *Mindest*versorgung verfassungsrechtl. geboten sei (RISTHAUS, DB 2004, 1329 [1331]). Das mag sein, nur hätte der Gesetzgeber dann auch folgerichtig die StPflcht der späteren Rentenzahlungen auf die angemessene Mindestversorgung begrenzen müssen. Gerade die fehlende *Folgerichtigkeit* führt hier zur Annahme eines Verfassungsverstoßes. Auch fehlt es im Hinblick auf den Erwerb übermäßig hoher Versorgungsansprüche schon an der *Erforderlichkeit* der betragsmäßigen Beschränkung, weil der geltende Ausschluss der Kapitalisierbarkeit und Vererblichkeit von Produkten iSd. Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b (s. Anm. 132) die „Vorsorgesparer“ von selbst zu einer angemessenen Begrenzung ihrer Einzahlungen leiten wird (ebenso 65. Deutscher Juristentag, Abteilung Altersvorsorge, Beschluss IV. 18, NJW 2004, 3241 [3249]).

Vereinbarkeit mit Europarecht: Die Anwendung der im Inland geltenden Höchstbeträge auf Vorsorgeaufwendungen, die in einem anderen EU-Mitgliedstaat gezahlt werden, verstößt auch dann nicht gegen Europarecht, wenn das Steuerrecht des anderen Mitgliedstaats einen unbeschränkten Abzug vorsieht (BFH v. 24.6.2009 – X R 57/06, DStR 2009, 1799 unter II.2., unter zutr. Verweis auf die EuGH-Rspr. zum Fehlen einer Harmonisierungspflicht).

III. Verfassungsmäßigkeit der Übergangsregelung: Begrenzung des Abzugs auf anfänglich 60 % (Abs. 3 Sätze 4, 6)

1. Überblick

337

Während einer außergewöhnlich langen Übergangszeit wird der Systemwechsel von der vorgelagerten zur nachgelagerten Besteuerung von Altersbezügen noch nicht vollständig verwirklicht werden, sondern ein Nebeneinander von alten und neuen Besteuerungsregeln anzuwenden sein. So wird ein voller SA-Abzug der Altersvorsorgebeiträge erst ab dem Jahr 2025 möglich sein; eine volle Besteuerung der Altersbezüge wird sogar erst dann verwirklicht werden, wenn der letzte Rentner, der vor dem Jahr 2040 in den Rentenbezug eingetreten sein wird, verstorben sein wird. Dies dürfte erst nach dem Jahr 2080 der Fall sein.

UE verletzt die mit der Übergangsregelung vorgenommene Abzugsbegrenzung bei einer Vielzahl von Stpfl. das in Art. 3 Abs. 1 GG verankerte objektive Nettoprinzip. Danach müssen Aufwendungen, die zur Erzielung stpfl. Einnahmen getätigt werden, grds. in vollem Umfang von der Bemessungsgrundlage der ESt. abziehbar sein. Daran fehlt es bei allen Stpfl., die später einen hohen Teil ihrer Altersbezüge werden versteuern müssen, heute aber nur einen demgegenüber geringeren Teil ihrer Aufwendungen abziehen können. Daneben ist auch das Gebot folgerichtiger Ausgestaltung der stl. Tatbestände verletzt (zum Inhalt dieses – ebenfalls aus Art. 3 Abs. 1 GG abzuleitenden – Gebots s. Anm. 335 mwN). Denn der Umfang der späteren Besteuerung ist mit dem Umfang des Abzugs der Beiträge nicht hinreichend abgestimmt. Zu den Einzelheiten der verfassungsrechtl. Beurteilung s. Anm. 343.

Betroffene Personengruppen: Verfassungswidrige Ergebnisse treten vor allem in denjenigen Fällen auf, in denen der Stpfl. gegenwärtig nur einen *Teil* seiner Altersvorsorgeaufwendungen ansetzen kann (für den VZ 2005 nur 60 %), aber heute schon weiß, dass er ab dem Zeitpunkt seines Renteneintritts 100 % der Bezüge wird versteuern müssen. Dies ist bei Stpfl. der Fall, die ab dem Jahr 2040 in den Rentenbezug eintreten werden (s. Anm. 343). Jedoch sind auch bei den – gegenwärtig noch das Gros der Stpfl. darstellenden – rentennäheren Jahrgängen verfassungswidrige Zweifachbesteuerungen denkbar. Rechnerisch *ausgeschlossen* sind Zweifachbesteuerungen lediglich bei ArbN, die vor dem VZ 2015 in den Rentenbezug eintreten werden (s. Anm. 344). Bei allen anderen Personengruppen (dh. ArbN mit einem Renteneintritt ab VZ 2015, bei Selbständigen in Einzelfällen bereits ab VZ 2005) kommen Zweifachbesteuerungen in Betracht. Das Risiko für deren Eintritt ist um so höher, je höher die in der Zeit vor 2005 geleisteten Altersvorsorgeaufwendungen waren und je näher der Termin des Renteneintritts am Jahr 2040 liegt (Einzelheiten s. Anm. 344, 345). Der rechnerische Umfang der Zweifachbesteuerung – der wiederum die Grundlage für die verfassungsrechtl. Folgerungen darstellt – ist davon abhängig, welche rechtl. Maßstäbe für die Konkretisierung dieses Begriffs gelten; dies ist gegenwärtig sehr umstritten (s. Anm. 339–342).

Rechtsschutzmöglichkeiten: UE folgt aus dem Gebot effektiven Rechtsschutzes, dass bereits die Versagung des SA-Abzugs zur verfassungsrechtl. Überprüfung gestellt werden kann. BFH und BVerfG neigen jedoch dazu, erst im Zeitpunkt des Zuflusses der späteren Altersbezüge eine verfassungsrechtl. Überprüfung vornehmen zu wollen (Einzelheiten s. Anm. 346).

338 **2. Vorgaben des BVerfG, verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstäbe**

Das BVerfG hat zur Frage der für den Fall eines Systemwechsels erforderlichen Übergangsregelung ausgeführt (BVerfG v. 6.3.2002 – 2 BvL 17/99, BVerfGE 105, 73 [134 f.]):

„Sowohl bei den weichenstellenden Grundentscheidungen als auch im Hinblick auf Art und Maß vertrauensschützender Übergangsregelungen ist der weite gesetzgeberische Gestaltungsraum nicht unbegrenzt. In jedem Fall sind die Besteuerung von Vorsorgeaufwendungen für die Alterssicherung und die Besteuerung von Bezügen aus dem Ergebnis der Vorsorgeaufwendungen so aufeinander abzustimmen, dass eine doppelte Besteuerung vermieden wird. (...) Im Übrigen ist auch für die Abwägung zwischen den Erfordernissen folgerichtiger Ausrichtung der Einkommensbesteuerung an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der StPfl. und der Notwendigkeiten einfacher, praktikabler und gesamtwirtschaftlich tragfähiger Lösungen ein weiter gesetzgeberischer Entscheidungsraum eröffnet.“

Verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstäbe: Das vom BVerfG angesprochene Verbot einer doppelten Besteuerung ist im objektiven Nettoprinzip zu verorten, das wiederum einen Unterfall des aus Art. 3 Abs. 1 GG abzuleitenden Prinzips der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit darstellt. Denn wenn das Gesetz die StPfl. bestimmter Einnahmen (hier: der Rentenbezüge) anordnet, den Abzug der dafür aufgewendeten Beträge aber nicht bzw. nur zum Teil zulässt, kommt es zu Zweifachbesteuerungen. Zum Gebot folgerichtiger Ausgestaltung stl. Tatbestände s. Anm. 335.

Anwendung der Vorgaben des BVerfG: Die Sachverständigenkommission (BMF-Schriftenreihe Band 74, 58) bezieht den weiten Gestaltungsspielraum und die – an anderer Stelle der Entscheidung enthaltene (S. 127) – Aufforderung zu Typisierungen auch auf den Übergangszeitraum. Das BVerfG hat jedoch ausgesprochen, dass die Vermeidung einer Doppelbesteuerung „in jedem Fall“ sichergestellt werden müsse, und nur „im Übrigen“ – dh. bei der Ausgestaltung der unabhängig von den Übergangsregelungen geltenden Abzugs- und Besteuerungstatbestände – ein weiter Entscheidungsspielraum eröffnet sei (ebenso HEY, DRV 2004, 1 [3]; FLORE, AnwBl. 2004, 343 f.). Daraus folgt, dass an die Eignung der gesetzlichen Übergangskonzeption zur Vermeidung von Zweifachbesteuerungen ein strenger Maßstab anzulegen ist (ebenso BFH v. 1.2.2006 – X B 166/05, BStBl. II 2006, 420 unter II.7.b bb: „zwingendes Gebot des BVerfG“; großzügiger hingegen MUSIL, StuW 2005, 278 [283]). Umgekehrt darf allerdings die Anwendung von Verfassungsrecht im Bereich des Art. 3 Abs. 1 GG nicht dazu führen, dass mit allzu kleiner Münze gemessen wird. Zweifachbesteuerungen, die sich im Bagatellbereich bewegen, sind daher uE verfassungsrechtl. noch nicht zu beanstanden.

3. Streit um Begriff und Umfang der Zweifachbesteuerung339 **a) Personengruppen, die von Zweifachbesteuerungen betroffen sind**

Bereits im Vorfeld verfassungsrechtl. Wertungen – auf der Ebene der rein mathematischen Analyse des Verhältnisses zwischen stfreien Beiträgen und stfreien Rentenbezügen – kommen Sachverständigenkommission, BReg. und der Verband Deutscher Rentenversicherungsträger (VDR) zu ganz unterschiedlichen Ergebnissen.

Sachverständigenkommission (Abschlussbericht, BMF-Schriftenreihe Band 74, 52 ff., wiedergegeben auch in BTDrucks. 15/2150, 23, ebenso der Kommissionvorsitzende RÜRUP, Prot. FinA 15/47, 399 f.): Diese sieht bei ArbN nur die Renteneintrittsjahrgänge 2039 bis 2043 und bei Selbständigen nur die Eintritts-

jahrgänge 2018 bis 2026 als von einer Zweifachbesteuerung betroffen an, hält dies aber unter dem Gesichtspunkt der Geringfügigkeit für hinnehmbar.

Gesetzesbegründung: Hier wird die Auffassung vertreten, dass eine doppelte Besteuerung „in allen realitätsgerechten Fällen“ vermieden werde (BTDrucks. 15/2150, 25).

Auffassung des VDR (Prot. FinA 15/47, 42, 445, 453): Eine Zweifachbesteuerung trete bei Selbständigen bereits ab 2005, bei ArbN ab dem Renteneintrittsjahrgang 2015 ein und bleibe auch über den Eintrittsjahrgang 2040 hinaus bestehen. Der Höhe nach würden bereits bei Rentenversicherungsbeiträgen auf der Grundlage des Durchschnittsverdienstes Einnahmen iHv. 43 000 € doppelt besteuert (anschauliche grafische Darstellungen zum Umfang der Zweifachbesteuerung bei BALL/BRUNO-LATOCHA/LOHMANN, DRV 2003, 465 [483]).

b) Gründe für die Unterschiedlichkeit der Ergebnisse

340

Die Gründe für diese erhebliche Divergenz zwischen den Rechenergebnissen seriöser Institutionen sind in den Abweichungen der zugrunde gelegten Annahmen zu sehen.

Sachverständigenkommission (BMF-Schriftenreihe Band 74, 52): Diese geht von einem ledigen ArbN bzw. Selbständigen aus, der – auf der Grundlage eines Einkommens in Höhe der jeweiligen Beitragsbemessungsgrenze – immer den Höchstbeitrag in die gesetzliche Rentenversicherung eingezahlt hat und später entsprechende Rentenleistungen beziehen wird.

Auf der Beitragsseite sieht die Kommission zunächst den ArbN-Anteil am Rentenversicherungsbeitrag als stfrei an. Hinsichtlich des ArbN-Anteils nimmt die Kommission an, dass der bisherige SA-Abzug vorrangig für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag zu gewähren war. Der ArbN-Anteil am Rentenversicherungsbeitrag sei insoweit stfrei gestellt worden, als er – gleichrangig – im abziehbaren Sozialversicherungsbeitrag enthalten war.

Auf der Einnahmenseite gelte als stfreier Rentenbezug neben dem jeweiligen Renten-Freibetrag auch der WK- und SA-Pauschbetrag, ferner der gesamte SA-Abzug für Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge der Rentner.

BMF, BReg. und Gesetzgeber: Diese sehen die Rentenbezüge darüber hinaus auch insoweit als stfrei an, als der Grundfreibetrag anteilig auf sie entfällt (BTDrucks. 15/2150, 24).

Auffassung des VDR (im Anschluss an BALL/BRUNO-LATOCHA/LOHMANN, DRV 2003, 465 [481], RULAND, FS Selmer, 2004, 889 [900 ff.], sowie HEY, DRV 2004, 1 [11 f.]):

Auf der Leistungsseite seien nur Einnahmen in Höhe des Rentenfreibetrags als stfrei anzusehen. Auf der Beitragsseite hält der VDR den SA-Abzug der Rentenversicherungsbeiträge für nachrangig im Verhältnis zu den übrigen Sozialversicherungsbeiträgen (VDR, Prot. FinA 15/47, 460). Dadurch ergeben sich in den Vergleichsrechnungen wesentlich geringere stfrei gestellte Beiträge, so dass der Umfang der stpfl. Rentenbezüge schneller zu einer rechnerischen Zweifachbesteuerung führt.

c) Rechtliche Überprüfung der den Berechnungen zugrunde liegenden Annahmen

341

Wegen der erheblichen Auswirkungen dieser Grundannahmen auf die Frage, ob überhaupt bzw. in welchem Umfang eine Zweifachbesteuerung vorliegt, muss jede verfassungsrechtl. Prüfung der Übergangsregelungen sich zunächst mit der Plausibilität und Sachgerechtigkeit der Grundannahmen auseinandersetzen (aA wohl MUSIL, StuW 2005, 278 [282]).

Begriff der Zweifachbesteuerung: Hier ist im Ausgangspunkt der Methodik der Kommission (vgl. RÜRUP, Prot. FinA 15/47, 399) zu folgen, wonach eine Zweifachbesteuerung vermieden wird, wenn die Summe der nicht stbaren Teile der Bruttorente mindestens die Summe der aus versteuertem Einkommen geleisteten Beiträge erreicht (ebenso FG Münster v. 14.10.2008, EFG 2009, 110, nrkr., Rev. Az. BFH X R 58/08). Dass bei dieser Methodik alle inflationsbedingten Mehrzahlungen in vollem Umfang besteuert werden, ist aufgrund des Nominalwertprinzips hinzunehmen.

Auch die Durchführung der Berechnung auf der Grundlage eines Einkommens in Höhe der Beitragsbemessungsgrenze ist nicht zu beanstanden. Dies bedeutet eine vorsichtige Annahme, da der Prozentsatz der durch den SA-Abzug tatsächlich stfrei gestellten Beiträge bis 2004 mit zunehmendem Einkommen geringer wurde.

Grundannahmen auf der Beitragsseite:

► *Beurteilung des ArbG-Anteils als stfrei:* Dies ist zutreffend, da durch § 3 Nr. 62 – unabhängig von der Höhe der Beiträge – sichergestellt war und ist, dass dieser Anteil nicht versteuert wird. Insoweit unterscheiden sich die drei Rechenmodelle nicht.

► *SA-Abzug des ArbN-Anteils:* Hier ist die vom VDR vertretene Beurteilung des Rentenversicherungsbeitrags als nachrangig gegenüber den Beiträgen zu den übrigen Sparten der Sozialversicherung abzulehnen.

Vielmehr darf der Gesetzgeber seiner typisierenden Betrachtung einen gleichrangigen Abzug zugrunde legen (so auch BFH v. 14.12.2005 – X R 20/04, BStBl. II 2006, 312 unter B.II.3.; BVerfG v. 13.2.2008 – 2 BvL 1/06, BVerfGE 120, 125 unter C.II.1.b bb, beide betr. Krankenversicherungsbeiträge). Allerdings darf er diesen typisierenden Gleichrang uE nicht – wie geschehen – auf die Beiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung beschränken, sondern muss ihn auf sämtliche nach altem Recht abziehbareren Vorsorgeaufwendungen erstrecken (in den beiden zitierten Entscheidungen des BVerfG und BFH wurde diese Konsequenz allerdings nicht gezogen; ausdrücklich offen gelassen in BFH v. 26.11.2008 – X R 15/07, BStBl. II 2009, 710 unter II.2.c cc; aA FÖRSTER, DStR 2009, 141 [145]). Ansonsten würde der gesetzlich vorgesehene SA-Abzug zB für Haftpflicht-, Unfall- und Lebensversicherungen im Rahmen der Übergangsregelung nachträglich rückgängig gemacht. § 10 aF sah aber keine Differenzierung zwischen Versicherungsbeiträgen gehobener und minderer Güte vor.

Grundannahmen auf der Rentenbezugsseite (ausf. – im Ergebnis weitgehend wie hier – HEY, DRV 2004, 1 [7 ff.]; ähnlich bereits BALL/BRUNO-LATOCHA/LOHMANN, DRV 2003, 673 [680]; s. auch INTEMANN/CÖSTER, DStR 2005, 1921 [1924]):

► *Nach § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. aa Sätze 4–8 stfreier Teil der Rente:* Dieser wird in allen Rechenmodellen als Grundlage für die Vergleichsrechnung (Vergleich zwischen dem nicht stbaren Teil der Rente und den aus versteuertem Einkommen geleisteten Altersvorsorgeaufwendungen) angesehen. Dies ist zutreffend, zumal dieser „Rentenfreibetrag“ gerade der Vermeidung einer Zweifachbesteuerung dient.

Die Kommission ist allerdings von deutlich zu hohen Rentenfreibeträgen ausgegangen. Aus der Tabelle in Anlage 6 des Kommissionsberichts (BMF-Schriftenreihe Band 74) geht hervor, dass sowohl bei den Rentenbeiträgen als auch bei den Rentenleistungen – die wiederum für die Höhe des Rentenfreibetrags maßgeblich sind – mit jährlichen Steigerungsraten von 3 % gerechnet wurde. Diese Annahme ist jedenfalls für die Rentenleistungen nicht realitätsgerecht. Vielmehr wäre hier zwingend die vom Gesetzgeber bereits beschlossene fortschreitende Absenkung des Rentenniveaus für zukünftige Rentnerjahrgänge zu berücksichtigen gewesen, die – im Vergleich zur bloßen Fortschreibung der Rentenentwicklung der Vergangenheit – erheblich geringere Renten und damit auch geringere Rentenfreibeträge zu erwarten haben. Legt man aber geringe-

re Steigerungsraten zugrunde, mindert sich auch der von der Kommission angenommene Rentenfreibetrag, was zu einem deutlichen Anwachsen des von der Zweifachbesteuerung betroffenen Personenkreises führt.

Darüber hinaus geht der Gesetzgeber (BTDrucks. 15/2150, 24, im Anschluss an den Kommissionsvorsitzenden RÜRUP, Prot. FinA 15/47, 399 f.) bei seinen Vergleichsrechnungen von einer – jedenfalls für Männer – unrealistisch langen Rentenbezugsdauer von 20 Jahren aus. Entsprechend multipliziert er den Rentenfreibetrag des Renteneintrittsjahres mit dem Faktor 20 und kommt so zu einer erheblichen Überzeichnung der Höhe der stfreien Rentenbezüge. Denn im (damaligen) gesetzlichen Renteneintrittsalter von 65 Jahren haben Männer eine weitere statistische Lebenserwartung von nur noch 16 Jahren; der Wert von (knapp) 20 Jahren bezieht sich ausschließlich auf die weitere statistische Lebenserwartung von *Frauen* (Statistisches Bundesamt, Sterbetafel 2001/03). Die Kommission (S. 52) hatte hingegen noch eine Rentenbezugsdauer von 17 Jahren angesetzt, die bei typisierender Betrachtung nicht zu beanstanden gewesen wäre.

Erst recht wird der für die Rentenbezugsdauer angesetzte Wert unrealistisch, wenn man berücksichtigt, dass der Gesetzgeber das allgemeine Renteneintrittsalter mittlerweile auf 67 Jahre angehoben hat.

- ▶ *Grundfreibetrag*: Dieser darf in die Ermittlung des Umfangs der stfreien Rentenbezüge nicht einbezogen werden. Die gegenteilige Auffassung der BReg. führt zu einer erheblichen Überzeichnung der „stfreien“ Rentenbezüge.

Der Grundfreibetrag gilt für *alle* Stpfl. und nicht nur für Bezieher von Renteneinkünften (so auch eine in der Minderheit gebliebene Auffassung im FinA, BTDrucks. 15/3004, 13). Bei Rentnern, die tatsächlich ESt. zu zahlen haben, dient der Grundfreibetrag nicht der StFreistellung einer *bestimmten* Einkunftsart oder als Puffer zur Abfederung von Verstößen gegen das objektive Nettoprinzip, sondern der stl. Verschonung des allgemeinen Existenzminimums (ausf. VDR, Prot. FinA 15/47, 455 ff.; FLORE, AnwBl. 2004, 343 [344]; MUSIL, StW 2005, 278 [282]). Dieser verfassungsrechtl. verankerte Zweck ist für den Gesetzgeber nicht disponibel. Entsprechend ist der Grundfreibetrag in der bisherigen Rspr. und im Schrifttum niemals zur Rechtfertigung eines Verstoßes gegen das objektive Nettoprinzip bzw. gegen das Verbot der Zweifachbesteuerung herangezogen worden. In seiner Entscheidung über die Höhe des Abzugs von Krankenversicherungsbeiträgen hat das BVerfG nunmehr ausdrücklich betont, dass für die verfassungsrechtl. Prüfung allein die in § 10 genannten Höchstbeträge maßgeblich sind und der Grundfreibetrag sowie alle anderen Abzugsbeträge außer Betracht bleiben müssen (BVerfG v. 13.2.2008 – 2 BvL 1/06, BVerfGE 120, 125 unter D.III.1.).

Davon unberührt bleibt, dass ein Rentner, der *tatsächlich* infolge des Grundfreibetrags keine Steuern zu zahlen hat, durch die Rentenbesteuerung nicht beschwert und zur Einlegung von Rechtsbehelfen nicht befugt ist.

- ▶ *SA-Pauschbetrag*: Dieser bewirkt ebenfalls nicht die StFreiheit eines Rentenbetrags in gleicher Höhe.

Denn der Pauschbetrag hat nichts mit den Rentenbezügen zu tun, sondern erfüllt lediglich einen Vereinfachungszweck im Hinblick auf den Nachweis bestimmter Arten von SA. Liegt die Höhe dieser SA – wie meistens – oberhalb des Pauschbetrags, wird dieser ohnehin nicht gewährt, so dass sich schon aus diesem Grund dessen Einbeziehung in die Vergleichsrechnung verbietet.

- ▶ *WKPAuschbetrag*: Ein stfreier Rentenbezug ist auch insoweit nicht gegeben, da dieser Pauschbetrag nicht die Vermeidung der Zweifachbesteuerung bezweckt und auch nicht einen Teil der Rente stfrei stellt, sondern der Berücksichtigung von Aufwendungen in Zusammenhang mit dem *laufenden* Rentenbezug und damit der Verwirklichung des objektiven Nettoprinzips dient.

- ▶ *SA-Abzug für die Beiträge der Rentner zur Kranken- und Pflegeversicherung*: Dieser darf dem Grunde nach in die Ermittlung des stfreien Rentenbezugs eingehen (aA Hex, DRV 2004, 1 [9 f.] auf der Grundlage ihrer Auffassung, es dürften nur

solche Befreiungen einbezogen werden, die ihren Grund in der Versteuerung der Beiträge in der Einzahlungsphase hätten).

Der Höhe nach ist der Ansatz bis VZ 2009 jedoch begrenzt auf den Betrag, der angesichts des niedrigen Höchstbetrags des Abs. 4 bei *gleichrangiger* Betrachtung mit allen übrigen von Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 aF erfassten Vorsorgeaufwendungen *tatsächlich* als SA abziehbar ist. Denn die damalige Gesetzesfassung enthielt für einen *vorrangigen* Abzug der Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge der Rentner keinen Anhaltspunkt. Dieser Anteil wäre dann im Rahmen der Vergleichsrechnung realitätsgerecht zu typisieren. Ab VZ 2010 sind hingegen grds. die gesamten Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge abziehbar (Abs. 4 nF).

342 d) Eigene Auffassung zum Umfang der Zweifachbesteuerung

Eine eigene exakte Berechnung des Umfangs der Zweifachbesteuerung ist an dieser Stelle nicht möglich. Jedoch können die von den drei genannten Institutionen vorgelegten Berechnungsergebnisse auf der Grundlage der hier vertretenen Auffassung dahin gehend eingeordnet werden, dass es dem Grunde nach für eine deutlich größere Zahl von Jahrgängen als von der Kommission angenommen zu Zweifachbesteuern kommen wird. Dies beruht vor allem darauf, dass die Kommission die Höhe des Rentenfreibetrags in ihren Berechnungen überzeichnet hat, ferner auch darauf, dass bei der Ermittlung des Umfangs des bis 2004 geltenden SA-Abzugs für Rentenversicherungsbeiträge bzw. des Umfangs des ab 2005 vorzunehmenden Abzugs für Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge der Rentner zu Unrecht ein Vorrang dieser Beträge vor dem Abzug sonstiger Versicherungsbeiträge angenommen wurde.

Auf der anderen Seite wird der Umfang der Zweifachbesteuerung nicht so groß sein wie vom VDR befürchtet, weil dessen Berechnung statt des gesetzlichen Gleichrangs ein Nachrang des SA-Abzugs der Rentenversicherungsbeiträge zugrunde liegt.

4. Verfassungswidrigkeit der fehlenden Abstimmung zwischen Sonderausgabenabzug und späterer Besteuerung

343 a) Beurteilung anhand der verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstäbe

Zweifachbesteuerung als Verstoß gegen das objektive Nettoprinzip: Die Auferlegung einer stl. Belastung sowohl auf der Beitrags- als auch auf der Leistungsseite verstößt gegen das objektive Nettoprinzip. Dabei gilt ein strenger Maßstab, weil nach der vom BVerfG gewählten Formulierung eine Zweifachbesteuerung „in jedem Fall“ zu vermeiden ist (s. Anm. 338).

Es handelt es hier nicht etwa um eine Frage der weiteren Verlängerung der – ohnehin viel zu lang geratenen – Übergangszeit (so aber WEBER-GRELLET, DStR 2004, 1721 [1722]), sondern um die Notwendigkeit einer besseren Abstimmung zwischen abziehbarem Aufwand einerseits und dem Umfang der Besteuerung andererseits, an der es für große Gruppen von Stpfl. in verfassungsrechtl. zu beanstandender Weise fehlt.

► *Evidente Zweifachbesteuerung bei Renteneintritt um das Jahr 2040:* Es bedarf keiner komplizierten mathematischen Übungen, um bei Angehörigen der heute jüngeren Generation, die um das Jahr 2040 in den Rentenbezug eintreten werden, eine Zweifachbesteuerung nachzuweisen. Denn diese Personen werden ihre Rentenbezüge in vollem Umfang versteuern müssen, können ihre Beiträge aber nur 15 Jahre lang – von 2025 bis 2039, und auch dann nur bis zum Höchstbetrag des Abs. 3 – ohne prozentuale Beschränkung abziehen. Die Verfassungswidrigkeit einer solchen, vom Einzelnen angesichts der gesetzlichen Pflicht zur Leistung laufender Rentenversicherungsbeiträgen nicht zu vermeidenden Zweifach-

besteuerung ist evident (ebenso HEIDRICH, FR 2004, 1321 [1324]; HEY, Prot. FinA 15/47, 27).

► *Zweifachbesteuerungen bei Renteneintritt in einem früheren Stadium der Übergangszeit* verstoßen ebenfalls gegen die genannten verfassungsrechtl. Grundsätze (Nettoprinzip, Folgerichtigkeit). In der Praxis wird die Problematik hier aber weniger in der verfassungsrechtl. Bewertung (diese ist bei Zugrundelegung der Formulierung des BVerfG eindeutig), sondern im rechnerischen Nachweis der Zweifachbesteuerung und in der dabei anzuwendenden Methodik (s. Anm. 339–342) liegen.

Verstoß gegen das Gebot der Folgerichtigkeit: Daneben verstößt die Regelung gegen das Gebot folgerichtiger Ausgestaltung stl. Tatbestände (s. dazu Anm. 335). Denn der Umfang der späteren Besteuerung (der vom Jahr des Rentenbeginns – dh. idR vom Geburtsjahrgang – abhängig ist) ist mit dem Umfang des Abzugs der Beiträge (der unabhängig vom jeweiligen Geburtsjahrgang in jedem VZ um zwei Prozentpunkte steigt) noch nicht einmal ansatzweise abgestimmt. Damit ist die Übergangsregelung weder zur Vermeidung von Zweifachbesteuerungen noch zur Vermeidung von – ebenfalls gleichheitswidrigen – Keinmalbesteuerungen geeignet.

So wird ein Stpfl., der im Jahr 2006 in den Rentenbezug eintritt und 52 % der Rentenzahlungen zu versteuern haben wird, bereits durch den für das Jahr 2005 vorgesehenen SA-Abzug von 60 % der Beiträge übermäßig begünstigt; es kommt zu Besteuerungslücken (zu den dadurch eröffneten Gestaltungsmöglichkeiten durch Leistung von Einmalbeiträgen zu einer sofort beginnenden „Rüup-Rente“ s. Anm. 132). Derselbe Abzugssatz von 60 % stellt sich jedoch für einen jungen Stpfl., der erst im Jahr 2040 in den Rentenbezug eintreten und dann 100 % der Rentenzahlungen zu versteuern haben wird, als viel zu gering dar.

Soweit die Regelung Lenkungswirkungen entfalten sollte (Förderung der privaten Altersvorsorge), ist sie ebenfalls ungeeignet, da der Abschluss eines Vorsorgevertrags unattraktiv ist, wenn nur 60 % der Beiträge abgezogen werden können, aber 100 % der späteren Leistungen versteuert werden müssen (ausf. s. Anm. 140).

Fehlen einer allgemeinen Härteklause: Hätte der Gesetzgeber – über die tatbestandlich sehr eng begrenzten Fälle des § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. bb Satz 2 (s. § 22 Anm. 311–318) hinaus – eine Härteklause für Fälle der Zweifachbesteuerung vorgesehen, hätten die am schwersten wiegenden verfassungsrechtl. Bedenken (Verstoß gegen das objektive Nettoprinzip) an Bedeutung verloren; es wäre „nur noch“ der Verstoß gegen das Gebot der Folgerichtigkeit wegen der in vielen Fällen auftretenden „Keinmalbesteuerung“ verblieben.

Eine solche Härteklause hätte die Nachweislast für die Höhe der aus versteuertem Einkommen geleisteten Beiträge – nach dem Vorbild der vorgenannten Regelung – durchaus dem Stpfl. auferlegen dürfen, der diesen Nachweis mit Hilfe seines Rentenkontos in zumutbarer Weise hätte führen können. Dies hätte zwar in den betroffenen Fällen zu höherem Verwaltungsaufwand geführt; die Gesamtregelung ist jedoch – gerade durch die Übergangsvorschriften – ohnehin so kompliziert geraten, dass der Mehraufwand nicht mehr wesentlich ins Gewicht gefallen wäre.

Ungleichbehandlung zu Lebensversicherungen? Nach Auffassung eines Teils des Schrifttums (RULAND, StB 2003, 42 [48]; RISTHAUS, DB 2004, 1383 [1386]; KRATZSCH, StB 2004, 406 [411]) liegt in der Besteuerung von Erträgen auch aus der „Ansparphase“ bereits *laufender* Renten eine Ungleichbehandlung zur Besteuerung von Lebensversicherungen, bei denen auch nach dem 1.1.2005 die Erträge aus der Ansparphase der bis zu diesem Zeitpunkt abgeschlossenen Verträge nicht besteuert werden.

UE ist die Erfassung auch bereits laufender Renten systemgerecht. Die Ausnahmenorm des § 52 Abs. 36 Satz 5 iVm. § 20 Abs. 1 Nr. 6 aF kann nicht zur Verfassungswidrigkeit der Grund-Belastungsnorm führen; diese Ungleichbehandlung deutet eher auf eine Verfassungswidrigkeit der (begünstigenden) Ausnahmenorm hin, die jetzt – wenn auch nur für die Zukunft – beseitigt worden ist.

Verfassungskonformes Alternativmodell für die Übergangszeit: Bei seinen Beratungen stand dem Gesetzgeber durchaus ein verfassungskonformes Alternativmodell für die Gestaltung des Übergangs zur nachgelagerten Besteuerung zur Verfügung (wegen der Einzelheiten vgl. BROER, BB 2004, 527 [529]); ähnlich bereits BALL/BRUNO-LATOCHA/LOHMANN, DRV 2003, 465 [485 f.]). Damit kommt eine Milderung des verfassungsrechtl. Prüfungsmaßstabs unter dem Gesichtspunkt alternativlosen Handelns nicht in Betracht.

Der Gesetzgeber hätte die sofortige volle Besteuerung der Renten anordnen und im Gegenzug den Angehörigen der Übergangsjahrgänge einen lebenslangen individuellen Rentenfreibetrag gewähren können. Zur Berechnung des Freibetrags wäre von der (typisierend zu ermittelnden) Summe aller im bisherigen Erwerbsleben aus versteuertem Einkommen geleisteten Rentenversicherungsbeiträge auszugehen; diese Summe wäre durch die weitere statistische Lebenserwartung im Zeitpunkt des Renteneintritts zu dividieren.

Verfassungsrechtl. wäre dieses Modell im Hinblick auf die notwendige Vermeidung der Zweifachbesteuerung unproblematisch, weil jedem Stpfl. ein individueller Rentenfreibetrag in Höhe der von ihm zuvor versteuerten Rentenbeiträge gewährt würde. Dies schließt zum einen Zweifachbesteuerungen effektiv aus, gewährleistet zum anderen aber die – mit der jetzigen Regelung nicht erreichbare – Einmalbesteuerung der Rentenleistungen. Der Verwaltungsaufwand für eine solche individualisierende Betrachtung wäre bei weitem nicht so hoch gewesen wie vom Gesetzgeber befürchtet, da die Beitragsdaten aller relevanten Zeiträume der Vergangenheit bei den Rentenversicherungsträgern bzw. Versorgungswerken vorhanden und längst EDV-gerecht aufbereitet sind. Das Alternativmodell wäre zwanglos mit Übergangsfristen bis zur Herstellung des vollen Abzugs der Altersvorsorgeaufwendungen zu verbinden gewesen und daher nicht etwa an den finanziellen Problemen der öffentlichen Haushalte gescheitert. Im Gegenteil hätte dieses Modell sogar von Anfang an zu Mehreinnahmen gegenüber der nun verwirklichten Rechtslage geführt, weil im Durchschnitt bereits ab 2005 ein wesentlich geringerer Teil der Renten stfrei geblieben wäre.

344 b) Besonderheiten bei Arbeitnehmern

Höhe der aus versteuertem Einkommen geleisteten Rentenversicherungsbeiträge: Die Größenordnung dieses Betrags – der wiederum die Grundlage für die Vergleichsrechnung bildet (s. Anm. 341) – hängt wesentlich von der Höhe des Arbeitslohns im jeweiligen VZ ab (vgl. zu den nachstehend mitgeteilten Angaben BROER, BB 2004, 527, sowie BTDrucks. 15/2150, 40).

Bei einem Arbeitslohn in Höhe der Beitragsbemessungsgrenze ist der versteuerte Beitragsanteil am höchsten. Wer von 1960 bis 2004 45 Jahre lang Arbeitslohn in dieser Höhe bezogen hat, hat 29 % seiner Rentenversicherungsbeiträge aus versteuertem Einkommen geleistet; im Jahr mit der ungünstigsten stl. Situation (2004) waren es sogar 42 %.

Bei einem Arbeitslohn in Höhe des Durchschnittsentgelts aller ArbN ist der versteuerte Anteil geringer. Wer in den letzten 45 Jahren jeweils Arbeitslohn in dieser Höhe bezogen hat, hat lediglich 18,5 % der Rentenversicherungsbeiträge aus versteuertem Einkommen geleistet; im Jahr mit der ungünstigsten stl. Situation (2004) waren es 33,5 %.

Diese Zahlen beruhen allerdings auf der Annahme, dass die Rentenversicherungsbeiträge zwar gleichrangig mit den übrigen Sozialversicherungsbeiträgen, aber vorrangig vor sonstigen Versicherungsbeiträgen als SA abziehbar sind. Da nach der hier vertretenen Auffassung ein Gleichrang zwischen *sämtlichen* Versicherungsbeiträgen besteht (s. Anm. 341), ergibt sich richtigerweise ein *höherer* versteuerter Anteil, so dass auch eine höhere StFreistellung der Rentenbezüge gewährt werden muss.

Verfassungsrechtliche Bewertung: Das Zahlenmaterial verdeutlicht, dass bei ArbN bei einem StZugriff auf die Rentenzahlungen bis zu einem Anteil von etwa 70 % unabhängig von der Höhe des bezogenen Arbeitslohns keine Zweifachbesteuerung zu befürchten ist. Diejenigen Jahrgänge, die sich bereits im Rentenbezug befinden (Besteuerung von 50 % der Bezüge) bzw. bis 2015 in den Rentenbezug eintreten werden (Besteuerung auf 70 % der Bezüge ansteigend), sind daher keiner Zweifachbesteuerung ausgesetzt. Die Besteuerung dieser Jahrgänge hätte sogar mit einem höheren Anteil einsetzen dürfen; der Gesetzgeber hat davon nur wegen der von ihm gewünschten Gleichbehandlung mit den Selbständigen (dazu Anm. 345) abgesehen (BTDrucks. 15/2150, 41). Liegt der Renteneintritt hingegen nach 2015, steigt das Risiko von Zweifachbesteuerungen, je näher dieser Termin am Jahr 2040 liegt und je höher der Arbeitslohn in der Zeit vor 2005 war.

c) Besonderheiten bei Selbständigen

345

Der Begriff des „Selbständigen“ wird hier vereinfachend für Personen verwendet, die während der Aufbauphase der Altersversorgung keine nach § 3 Nr. 62 streifen Leistungen erhalten haben, deren Altersversorgung also vollständig auf eigenen Beiträgen beruht.

Dabei handelt es sich in erster Linie um Nichtarbeitnehmer, die – als Pflichtversicherte (zB Handwerker, Künstler, selbständige Lehrer) oder freiwillig Versicherte – Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung geleistet haben oder berufsständischen Versorgungswerken angehören.

Andere Selbständige (zB solche, die ihre Altersversorgung über Renten- oder Kapitallebensversicherungen aufgebaut haben) sind von der Problematik der Zweifachbesteuerung hingegen nicht betroffen, da ihre Altersbezüge nicht nach § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a in vollem Umfang erfasst werden.

Anteil der aus versteuertem Einkommen geleisteten Beiträge: Dieser ist bei den genannten Selbständigen – trotz des ihnen bis VZ 2004 zustehenden ungekürzten Vorwegabzugs – deutlich höher als bei ArbN (Zahlenmaterial bei BROER, BB 2004, 527).

Ledige Selbständige hatten im Jahr 2004 bei Entrichtung von Beiträgen aus einer Bemessungsgrundlage in Höhe des Durchschnittsentgelts aller ArbN ca. 58 %, bei Entrichtung von Beiträgen nach Maßgabe der Beitragsbemessungsgrenze sogar 80 % aus versteuertem Einkommen zu leisten. Allerdings liegen diese Werte in allen Jahren vor 2004 – teilweise sogar deutlich – niedriger; auch bei verheirateten Selbständigen, deren Ehegatte keine eigenen Altersversorgungsansprüche erwarb, ergeben sich deutlich geringere versteuerte Anteile.

Verfassungsrechtliche Bewertung: Soweit bei Selbständigen im konkreten Fall Zweifachbesteuerungen auftreten, gilt im Ausgangspunkt dasselbe wie bei ArbN: Nach der hier vertretenen Auffassung ist *jede* Zweifachbesteuerung, die über Bagatellwirkungen hinaus geht, verfassungswidrig (s. Anm. 338, 343). Wegen des geringeren Umfangs streif gestellter Beiträge können sich rechnerische Zweifachbesteuerungen hier schon wesentlich früher als bei ArbN – in atypischen Einzelfällen sogar bereits bei einem Renteneintritt im oder vor dem Jahr 2005 – ergeben.

Gleichbehandlung der Selbständigen mit Arbeitnehmern trotz unterschiedlicher Ausgangslage: Das Fehlen einer Differenzierung ist bereits im Gesetzgebungsverfahren beanstandet worden (Stellungnahme des BRats, BTDrucks. 15/2563, 8) und bedarf einer besonderen Rechtfertigung. Der Gesetzgeber (BTDrucks. 15/2150, 41, vgl. auch Sachverständigenkommission,

BMF-Schriftenreihe Band 74, 57) führt insoweit allerdings Erwägungen an, die plausibel erscheinen.

So weisen auch Selbständige typischerweise gemischte Rentenerwerbsbiographien auf: Zum einen haben sie meistens zeitweilig als ArbN gearbeitet, zum anderen haben sie nicht während ihres gesamten Erwerbslebens Beiträge nach Maßgabe der Beitragsbemessungsgrenze – bei denen die Gefahr von Zweifachbesteuerungen besonders hoch ist – gezahlt. Hinzu kommt, dass Selbständige häufig ergänzend mit Lebensversicherungen vorgesorgt haben werden, die nur noch einer sehr geringen Ertragsanteilsbesteuerung unterliegen. Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens hat der Gesetzgeber zudem einen Spezialfall, in dem typischerweise Härten aufgetreten wären (zehn Jahre lang Leistung von Beiträgen oberhalb des Höchstbeitrags in der gesetzlichen Rentenversicherung), insoweit der milden Ertragsanteilsbesteuerung zugeordnet (§ 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. bb Satz 2). Angesichts dessen erweist sich die Erwägung des Gesetzgebers, bei einer Gesamtbetrachtung seien die Unterschiede zwischen Selbständigen und ArbN nicht so groß, als dass sie eine typisierende Gleichbehandlung verbieten könnten (BAREIS, Prot. FinA 15/47, 33), als vertretbar (ebenso mit ausführl. Begründung BFH v. 26.11.2008 – X R 15/07, BStBl. II 2009, 710 unter II.2.b aa, VerfBeschw. 2 BvR 201/09 nicht zur Entscheidung angenommen).

346 d) Rechtsschutzmöglichkeit auch gegen die Begrenzung des Sonderausgabenabzugs?

Auch die Rspr. geht davon aus, dass die Übergangsregelung zu verfassungswidrigen Zweifachbesteuerungen führen kann. Sowohl BFH als auch BVerfG sind allerdings der Auffassung, dass ein solcher Verstoß nicht bereits durch den Steuerbescheid verwirklicht wird, mit dem der volle Abzug der Altersvorsorgeaufwendungen versagt wird, sondern erst durch den (zukünftigen) Bescheid, mit dem die späteren Altersbezüge stl. voll erfasst werden (BFH v. 1.2.2006 – X B 166/05, BStBl. II 2006, 420 unter II.7.; BVerfG v. 13.2.2008 – 2 BvR 1220/04, 410/05, BVerfGE 120, 169 unter B.I.2.b; zustimmend WERNSMANN, DStR 2008, Beihefter zu Heft 17, S. 37 [47]; krit. dazu PAUS, FR 2006, 584; ebenso für die vergleichbare Problematik bei § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6b, wo einerseits die Aufwendungen für ein betrieblich genutztes häusliches Arbeitszimmer nur sehr eingeschränkt abgezogen werden können, andererseits aber ein späterer Veräußerungs-(Buch-)Gewinn in vollem Umfang zu versteuern ist, BFH v. 6.7.2005 – XI R 87/03, BStBl. II 2006, 18 unter 2.c). Erst aus dieser Gesamtschau ergebe sich die verfassungsrechtl. Problematik (in der Tendenz ebenso BVerfG v. 21.12.2004 – 2 BvR 2197/04, HFR 2005, 353 betr. Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen das AltEinkG).

Stellungnahme: Auf der Ebene des einfachen Rechts ist gegen diese Sichtweise der Rspr. methodologisch kaum etwas einzuwenden. Im Hinblick auf das verfassungsrechtl. Erfordernis eines *effektiven* Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG), das hier durch die Notwendigkeit, *langfristige* Dispositionen für die Altersvorsorge zu treffen, besonderes Gewicht erlangt, ist es uE aber geboten, mit der Rechtsschutzgewährung nicht erst bis zum Jahr des Renteneintritts – möglicherweise 2040 – abzuwarten. Die Annahme des X. Senats, es sei „in überschaubarer Zeit“ mit einer verfassungsrechtl. Klärung zu rechnen, dürfte sehr optimistisch sein, da es für ArbN erst ab dem Jahr 2016 (und auch dann zunächst nur in wenigen Fällen, s. Anm. 344) zu Konstellationen kommen kann, die einer verfassungsrechtl. Überprüfung zugänglich gemacht werden können. Bei Selbständigen sind zwar theoretisch bereits bei einem Renteneintritt im oder vor dem Jahr 2005 Doppelbesteuerungen konstruierbar; in der Praxis wird aber wegen der „Escape-Klausel“ des § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. bb Satz 2 und der idR „gebrochenen Erwerbsbiographien“ (s. Anm. 345) zunächst nicht mit dem Auftreten derartiger Fälle bzw. allenfalls mit rechnerischen Doppelbelastungen im Bagatellbereich zu rechnen sein. Entsprechend waren auch die bisher von der Rspr. entschiedenen Fälle von vornherein ungeeignet für die Darlegung einer Doppelbelastung (vgl.

BFH v. 26.11.2008 – X R 15/07, BStBl. II 2009, 710 unter II.2.c ee, hierzu LEVEDAG, NWB 2009, 1330; FG Münster v. 14.10.2008, EFG 2009, 112, nrkr., Rev. Az. BFH X R 53/08; v. 14.10.2008, EFG 2009, 110, nrkr., Rev. Az. BFH X R 58/08; FG Ba.-Württ. v. 23.10.2008, EFG 2009, 185, nrkr., Rev. Az. BFH X R 52/08).

Zudem kann bei konsequenter Weiterführung der Auffassung des X. Senats eine Doppelbesteuerung nicht bereits im Jahr des Renteneintritts angenommen werden, sondern erst, wenn feststeht, dass die Summe der versteuerten Altersbezüge, soweit sie als Kapitalrückzahlung anzusehen ist, höher ist als die Summe der in der Beitragszahlungsphase stfrei stellten Beiträge (s. auch Definition der Zweifachbesteuerung in Anm. 341). Dies wird aber idR erst in den letzten Jahren des Rentenbezugs des Stpfl. der Fall sein. Eine gerichtliche Klärung würde damit faktisch den Erben des Stpfl. obliegen, was im Hinblick auf die für die Altersvorsorge erforderlichen weitreichenden Dispositionen kein zumutbarer Zustand ist.

Grund für die Zurückhaltung der Rspr. ist, dass sie als Prüfungsmaßstab lediglich ein „Verbot doppelter Besteuerung“ annimmt. Wäre hingegen mit der hier vertretenen Auffassung ein Verstoß gegen das objektive Nettoprinzip anzunehmen, so könnte dieser zweifelsfrei bereits bei der Versagung des vollen Abzugs der Beiträge gerügt werden. Denn ein Verstoß gegen das objektive Nettoprinzip wird nicht dadurch geheilt, dass später – gleichsam zufällig – keine entsprechenden Einnahmen bezogen werden (zB ist der Abzug von WK eines ArbN auch dann verfassungsrechtl. geboten, wenn sich später herausstellen sollte, dass der ArbG das Gehalt für den entsprechenden Monat wegen Insolvenz nicht auszahlen kann). In der grundlegenden Entscheidung BFH v. 26.11.2008 – X R 15/07, BStBl. II 2009, 710 unter II.2.c aa wird das „Verbot der Doppelbesteuerung“ zwar erstmals aus dem objektiven Nettoprinzip abgeleitet; dieses Verfahren betraf allerdings nicht den SA-Abzug, sondern die spätere Besteuerung der Altersbezüge.

Einstweilen frei.

347–349

B. Ermittlung und Kürzung des Höchstbetrags

I. Berechnungsschema, Beispiele

350

Aus dem komplexen Aufbau des Abs. 3 erschließt sich die Reihenfolge der notwendigen Berechnungsschritte nicht unmittelbar. Es gilt das folgende Berechnungsschema:

- ▶ *Erster Schritt (Ermittlung des maßgebenden Höchstbetrags)*: Dieser beträgt grds. 20 000 € (Abs. 3 Satz 1), bei zusammenveranlagten Ehegatten insgesamt 40 000 € (Abs. 3 Satz 2). Bei rentenversicherungsfreien ArbN, die Versorgungsansprüche ohne eigene Beitragsleistung erwerben, ist der Höchstbetrag zu kürzen (Abs. 3 Satz 3; s. Anm. 353–356).
- ▶ *Zweiter Schritt (Vergleich der tatsächlichen Altersvorsorgeaufwendungen – einschließlich des nach § 3 Nr. 62 steuerfreien ArbG-Anteils bzw. -zuschusses – mit dem Höchstbetrag)*: Der geringere Betrag ist den weiteren Berechnungsschritten zugrunde zu legen (Abs. 3 Satz 1; s. Anm. 351).
- ▶ *Dritter Schritt (Anwendung eines Übergangsfaktors)*: Der so ermittelte Betrag ist mit einem Übergangsfaktor zu multiplizieren, der sich im VZ 2005 auf 60 % belief (Abs. 3 Satz 4) und in den folgenden VZ um jeweils zwei Prozentpunkte ansteigt, bis im VZ 2025 der volle Satz von 100 % erreicht ist (Abs. 3 Satz 6; s. Anm. 357).
- ▶ *Vierter Schritt (Abzug des stfreien ArbG-Anteils)*: Von diesem Höchstbetrag ist noch der stfreie ArbG-Anteil zur gesetzlichen Rentenversicherung bzw. ein stfreier Zuschuss abzuziehen (Abs. 3 Satz 5; s. Anm. 359).

► *Ergebnis:* Der verbleibende Betrag stellt den als Sonderausgabe abziehbaren Teil der Altersvorsorgeaufwendungen dar.

Beispiele (jeweils für das Jahr 2005):

- ▷ *Sozialversicherungspflichtiger ArbN* mit einem Jahresarbeitslohn von 30 000 € ohne zusätzliche eigene Altersvorsorgeaufwendungen:
 - Höchstbetrag: 20 000 € (keine Kürzung);
 - tatsächliche Altersvorsorgeaufwendungen: Gesamtbeitrag zur allg. Rentenversicherung (19,5 % von 30 000 € = 5 850 €);
 - nach Anwendung des Übergangsfaktors (60 %) verbleiben 3 510 €;
 - nach Abzug des stfreien ArbG-Anteils (50 % von 5 850 € = 2 925 €) verbleiben lediglich 585 € für den SA-Abzug.
- ▷ *Beamter* mit einem Jahresarbeitslohn von 50 000 € und Einzahlungen auf einen Altersvorsorgevertrag iSd. Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b iHv. 100 € monatlich:
 - Höchstbetrag: 20 000 €; nach Kürzung um den fiktiven Gesamtbeitrag zur allg. Rentenversicherung (19,5 % von 50 000 € = 9 750 €) verbleiben 10 250 €;
 - tatsächliche Altersvorsorgeaufwendungen: 1 200 € (Einzahlungen auf den Altersvorsorgevertrag);
 - nach Anwendung des Übergangsfaktors (60 %) verbleiben 720 € für den SA-Abzug.
- ▷ *Selbständig tätiger Anwalt* mit einem Jahresgewinn von 80 000 €, der Beiträge an das Anwaltsversorgungswerk in Höhe des Höchstbeitrags zur allg. Rentenversicherung leistet und zusätzlich monatlich 1 000 € in eine Kapitallebensversicherung einzahlt:
 - Höchstbetrag: 20 000 € (keine Kürzung);
 - tatsächliche Altersvorsorgeaufwendungen: Beiträge zum Anwaltsversorgungswerk (19,5 % der Beitragsbemessungsgrenze iHv. 62 400 € = 12 168 €); die Einzahlungen in die Kapitallebensversicherung fallen hingegen nicht unter Abs. 1 Nr. 2 und wirken sich daher beim Abzug nach Abs. 3 nicht aus;
 - nach Anwendung des Übergangsfaktors (60 %) verbleiben 7 301 € für den SA-Abzug.

Alle Beispiele zeigen, dass der SA-Abzug bedenklich niedrig ist, weil – bei Stpfl. zu Beginn oder in der Mitte ihres Berufslebens – schon heute feststeht, dass die späteren Auszahlungen in voller Höhe oder jedenfalls zum weit überwiegenden Teil der Besteuerung nach § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. aa unterliegen werden.

II. Allgemeiner Höchstbetrag (Abs. 3 Sätze 1 und 2)

Anwendungsbereich: Abs. 3 gilt für „Vorsorgeaufwendungen nach Abs. 1 Nr. 2 Satz 2“. Der Verweis auf Abs. 1 Nr. 2 *Satz 2* ist missverständlich. Denn Abs. 3 erfasst nicht allein den stfreien ArbG-Anteil oder -zuschuss iSd. Abs. 1 Nr. 2 Satz 2, sondern den *gesamten* Altersvorsorgeaufwand, zu dem *auch* der stfreie ArbG-Anteil oder -zuschuss gehört. Klarer wäre die Formulierung „Vorsorgeaufwendungen nach Abs. 1 Nr. 2 Sätze 1 und 2“ gewesen.

Höhe des Höchstbetrags: Im Grundfall beläuft sich der Höchstbetrag auf 20 000 € (Abs. 3 Satz 1). Auch wenn die StPflcht nicht während des gesamten VZ besteht, wird der Höchstbetrag nicht zeitanteilig gekürzt. Umgekehrt ist er allerdings auch dann nur ein Mal zu gewähren, wenn eine einheitliche Nachzahlung wirtschaftlich auf mehrere Vorjahre entfällt (BFH v. 12.11.1976 – VI R 167/74, BStBl. II 1977, 154; v. 15.10.2008 – X B 60/07, BFH/NV 2009, 205 unter II.3.a, beide betr. Nachzahlung von Rentenversicherungsbeiträgen).

Auf den ersten Blick wirkt dieser Höchstbetrag – gerade im Vergleich zu den bis VZ 2004 bestehenden geringen Abzugsmöglichkeiten – sehr hoch. Auf der anderen Seite

ist jedoch zu berücksichtigen, dass ab VZ 2005 die späteren Altersbezüge grds. in vollem Umfang stpfl. sind und dass der Höchstbetrag nach dem bis VZ 2025 geltenden Übergangsrecht noch nicht in voller Höhe gewährt wird. Die Begrenzung auf 20000 € wird dazu führen, dass Mitglieder berufsständischer Versorgungswerke ihre Einzahlungen auf diesen Betrag begrenzen werden, der ungefähr dem 1,5-fachen des Höchstbeitrags zur allg. Rentenversicherung entspricht. Die in den Satzungen einiger Versorgungswerke vorgesehene Möglichkeit (in BTDrucks. 15/2563, 8 und 15/3004, 6 ist – wohl unzutreffend – sogar von einer „Verpflichtung“ die Rede), Beiträge bis zum 2,5-fachen des genannten Höchstbeitrags zu entrichten, wird damit faktisch abgeschafft.

Ehegatten: Hier gilt ein verdoppelter gemeinsamer Höchstbetrag von 40000 € (Abs. 3 Satz 2). Es ist also – anders als etwa in den Fällen des Abs. 1 Nr. 7 (s. Anm. 240) – keine gesonderte Betrachtung für jeden einzelnen Ehegatten vorzunehmen. Eine etwaige *Kürzung* des Höchstbetrags erfolgt allerdings für jeden Ehegatten gesondert. Die Verdoppelung der Höchstbeträge bei Ehegatten stellt keine verfassungswidrige Benachteiligung Alleinstehender dar (BVerfG v. 17.10.1984 – 1 BvR 527/80 ua., BVerfGE 68, 143 unter C.I.3., zu Abs. 3 aF). Dass im VZ nach dem Tod des Ehegatten, in dem noch der Splitting-Tarif anzuwenden ist (§ 32a Abs. 6), bis VZ 2009 zwar die Vorsorgepauschale (§ 10c Abs. 4 Satz 3 aF), nicht jedoch der Höchstbetrag nach Abs. 3 verdoppelt wurde, war im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG nicht zu beanstanden (BFH v. 26.11.1985 – IX R 1/81, BStBl. II 1986, 353).

Einstweilen frei.

352

III. Kürzung des Höchstbetrags (Abs. 3 Satz 3)

1. Persönlicher Anwendungsbereich der Kürzungsvorschrift

a) Rechtslage ab VZ 2008

353

Wie bei der (bis VZ 2004 vorzunehmenden) Kürzung des Vorwegabzugs (s. Anm. 362) soll derjenige, der seine Altersversorgung in vollem Umfang aus eigenen Beiträgen aufbauen muss, Vorsorgeaufwendungen in größerem Umfang abziehen können als derjenige, der einen Anspruch auf Altersversorgung erwirbt, ohne dafür eigene Beiträge leisten zu müssen. Rechtstechnisch wird die Differenzierung zwischen den beiden genannten Personengruppen dadurch erreicht, dass der Höchstbetrag für die letztgenannte Personengruppe gekürzt wird. Dabei genügt es typisierend bereits, wenn die Voraussetzungen für die Kürzung nur während eines Teils des Kj. vorliegen. Bis VZ 2009 enthielt Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 für die wichtigsten Fallgruppen, die unter die Kürzungsvorschrift fallen, einen Verweis auf § 10c Abs. 3 Nr. 1 und 2; mit der Aufhebung des § 10c Abs. 3 ab VZ 2010 ist dessen früherer Wortlaut in § 10 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 übernommen worden.

Rentenversicherungsfreie Arbeitnehmer mit Anspruch auf lebenslängliche Versorgung (Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 Buchst. a): Hier handelt es sich um ArbN, die in der gesetzlichen Rentenversicherung versicherungsfrei sind und denen eine lebenslängliche Versorgung (oder ein Anspruch auf Abfindung oder Nachversicherung) zusteht. Kraft Gesetzes rentenversicherungsfrei sind im Wesentlichen Beamte, Richter und Soldaten sowie andere Personen, die nach beamten- oder kirchenrechtl. Vorschriften Anwartschaften auf Altersversorgung erwerben (§ 5 Abs. 1 SGB VI). Auf Antrag von der Rentenversicherungspflicht befreit werden ua. Lehrer, die an nichtöffentlichen Schulen beschäftigt sind,

wenn sie nach beamten- oder kirchenrechtl. Regelungen Anwartschaften auf Altersversorgung erwerben (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 SGB VI). Die Befreiung von der Rentenversicherungspflicht gilt zwar noch für weitere Personengruppen (zB geringfügig Beschäftigte, Studierende, Altersrentner, vgl. § 5 Abs. 2–4 SGB VI); diese fallen aber nicht unter die stl. Kürzungsvorschrift des Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 Buchst. a), weil sie keine Anwartschaften auf Altersversorgung erwerben.

Rentenversicherungsfreie Arbeitnehmer mit vertraglichen Anwartschaftsrechten auf Altersversorgung (Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 Buchst. b): Dies sind Personen, die (von vornherein) nicht der gesetzlichen Rentenversicherungspflicht unterliegen und im Zusammenhang mit einer Berufstätigkeit auf Grund vertraglicher Vereinbarungen Anwartschaftsrechte auf eine Altersversorgung erworben haben. Dabei handelt es sich vor allem um beherrschende GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer sowie Vorstandsmitglieder von AG (vgl. § 1 Satz 4 SGB VI; Vergleichsrechnungen zur betriebswirtschaftlichen Vorteilhaftigkeit von Versorgungszusagen bei GOECKE, DStR 2000, 172 und DOMMERMUTH, FR 2004, 12). Im Gegensatz zu der bis VZ 2007 geltenden Rechtslage (dazu s. Anm. 354) kommt es nicht mehr darauf an, ob die Anwartschaftsrechte ganz oder teilweise ohne eigene Beitragsleistung erworben werden; die Kürzung ist vielmehr auch dann vorzunehmen, wenn der Stpfl. (tatsächlich oder lediglich bei wirtschaftlicher Betrachtung) eigene Beiträge leistet.

Der Verzicht auf das Merkmal „ohne eigene Beitragsleistung“ ist uE gerechtfertigt, da die bisherige Rspr. durchaus bedenklich war (näher s. Anm. 354).

Eine Gesetzeslücke besteht in Fällen, in denen Geschäftsführer oder Vorstandsmitglieder zwar eine Anwartschaft auf Altersversorgung erhalten, aber zugleich für die Rentenversicherungspflicht auf Antrag (§ 4 SGB VI) optiert haben. Weil dann eine gesetzliche Rentenversicherungspflicht besteht, ist der Tatbestand des Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 Buchst b nicht erfüllt; eine Kürzung des Höchstbetrags nach Abs. 3 ist trotz der zugewendeten Anwartschaften nicht vorzunehmen (BFH v. 19.5.1999 – XI R 64/98, BStBl. II 2001, 64).

Der spätere Widerruf der noch nicht unverfallbaren Pensionszusage durch die Gesellschaft (BFH v. 28.7.2004 – XI R 67/03, BStBl. II 2005, 94) oder der Verzicht auf die Ansprüche aus der Pensionszusage führt nicht rückwirkend zu einem Wegfall der in früheren VZ vorgenommenen Kürzung des Höchstbetrags (BFH v. 7.7.2005 – XI B 134/03, BFH/NV 2005, 1755).

Der Allein-Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH ist nicht rentenversicherungspflichtig (§ 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI); diese Regelung hat der entgegenstehenden sozialgerichtlichen Rspr. (BSG v. 24.11.2005 – B 12 RA 1/04 R, NJW 2006, 1162) den Boden entzogen.

Steuerpflichtige, die Einkünfte iSd. § 22 Nr. 4 erzielen und Ansprüche auf Altersversorgung ganz oder teilweise ohne eigene Beitragsleistungen erwerben: Unter diese Regelung fallen Bundestags-, Landtags- und Europaabgeordnete, nicht jedoch Mitglieder von Gemeinderäten und Kreistagen (zu Einzelheiten s. § 22 Anm. 468).

Rentenversicherungspflichtige Arbeitnehmer fallen hingegen nicht unter die Kürzungsvorschrift; ihnen steht somit zunächst der ungekürzte Höchstbetrag zu. Der Anwendungsbereich des Satzes 3 ist insoweit enger als derjenige der bis VZ 2004 geltenden Vorschrift über die Kürzung des früheren Vorwegabzugs (Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 aF), die sämtliche ArbN erfasste (s. Anm. 362). Allerdings mindern sich bei rentenversicherungspflichtigen ArbN die abziehbaren Aufwendungen um den nach § 3 Nr. 62 stfreien ArbG-Zuschuss (Abs. 3 Satz 5, s. Anm. 359).

Selbständige, die Anwartschaften auf Altersversorgung teilweise ohne eigene Beitragsleistungen erwerben, fallen ebenfalls nicht unter die Kürzungsvorschrift. Dies betrifft vor allem Hausgewerbetreibende: Hier hat der jeweilige Auftraggeber – ähnlich wie bei der Beschäftigung eines ArbN – Beitragsanteile zur gesetzlichen Rentenversicherung abzuführen; gleichwohl findet eine Kürzung des Höchstbetrags nicht statt, weil die dafür maßgebende Vorschrift des Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 nur ArbN erfasst. Gleiches kann für bestimmte selbständige Handelsvertreter gelten; zur Behandlung selbständiger Künstler und Publizisten, die nach § 3 Nr. 57 stfreie Zuschüsse erhalten, s. Anm. 145.

Der Gesetzgeber hat diese Lücke wegen der zahlenmäßig untergeordneten Bedeutung dieser Personengruppen bewusst in Kauf genommen (vgl. BTDrucks. 12/5764, 19, zur insoweit parallelen Situation bei der Kürzung des früheren Vorwegabzugs). Die Regelung lässt sich uE auch damit rechtfertigen, dass die Begünstigung durch § 3 Nr. 62 nur ArbN, nicht aber Selbständigen zusteht.

b) Rechtslage bis VZ 2007

354

Bis VZ 2007 war die Kürzung auch bei Stpfl. iSd. § 10c Abs. 3 Nr. 2 aF (GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer) nur vorzunehmen, wenn sie ihren Anspruch auf Altersversorgung ganz oder teilweise ohne eigene Beitragsleistungen erwarben.

„Eigene Beitragsleistung“ auch bei Beiträgen der GmbH? Nach der neueren Rspr. des XI. Senats des BFH soll eine eigene Beitragsleistung – die die Kürzung des Höchstbetrags bis VZ 2007 ausschloss – auch dann anzunehmen sein, wenn die GmbH Beiträge für die Altersversorgung ihres Geschäftsführers leistet und dies zur Folge hat, dass sich der ausschüttungsfähige Gewinn der Gesellschaft mindert (BFH v. 16.10.2002 – XI R 25/01, BStBl. II 2004, 546; v. 28.7.2004 – XI R 9/04, BFH/NV 2005, 196; BMF v. 9.7.2004, BStBl. I 2004, 582; jeweils Alleingesellschafter; BFH v. 23.2.2005 – XI R 29/03, BStBl. II 2005, 634, m. Anm. AHMANN, HFR 2005, 959; zwei zu gleichen Teilen beteiligte Gesellschafter, die dieselbe Versorgungszusage erhalten haben; zusammenfassend BMF v. 22.5.2007, BStBl. I 2007, 493 Rn. 8–24; MYSSEN/HILDEBRANDT, NWB F. 3, 14559; SIEGLE, DStR 2007, 1662). Erhalten mehrere Gesellschafter mit unterschiedlichen Beteiligungsquoten *dieselbe* Versorgungszusage, soll eine vollständige „eigene Beitragsleistung“ nur bei solchen Gesellschaftern anzunehmen sein, deren Beteiligungsquote höher oder zumindest gleich hoch ist wie der Anteil des auf sie entfallenden Versorgungsaufwands der Gesellschaft am gesamten Versorgungsaufwand (BFH v. 15.11.2006 – XI R 46/05, BFH/NV 2007, 678, m. Anm. G. WENDT, HFR 2007, 455; idR der Mehrheitsgesellschafter); beim Minderheitsgesellschafter ist hingegen die Kürzung vorzunehmen (BFH v. 17.1.2007 – X R 10/06, BFH/NV 2007, 1289; v. 24.6.2009 – X R 54/08, BFH/NV 2010, 22). Sind umgekehrt die Beteiligungsquoten mehrerer Gesellschafter gleich, aber die Werte der Versorgungszusagen (einschließlich Hinterbliebenenversorgung) unterschiedlich, ist nur bei demjenigen Gesellschafter eine „eigene Beitragsleistung“ gegeben, dessen Anteil am Gesamtversorgungsaufwand der GmbH sich im Rahmen seiner Beteiligungsquote hält (BFH v. 27.5.2009 – X R 50/06, BFH/NV 2009, 1635 unter II.2.c). Dieselben Grundsätze gelten für Vorstandsmitglieder einer AG (FG Köln v. 28.11.2007, EFG 2008, 531, rkr.).

Kritik: UE lässt diese Rspr. die zivil- und strechtl. Selbständigkeit der juristischen Person (Trennungsprinzip) außer Acht und ist daher abzulehnen (ebenso BRDrucks. 544/07, 69: „systemwidriger Steuervorteil“; krit. auch BRIESE, DStR 2005, 1087; HURTER in BLÜMICH, § 10 Rn. 417). Bei konsequenter Fortführung dieser Rspr. dürfte auch eine Kürzung des Höchstbetrags bei sozialversicherungspflichtigen ArbN nicht erfolgen, da auch diese bei wirtschaftlicher Betrachtung in voller Höhe „eigene Beitragsleis-

tungen“ erbringen. Denn wenn keine gesetzliche Verpflichtung des ArbG zur Leistung von Sozialversicherungsbeiträgen bestünde, könnten ArbN ein höheres Bruttogehalt erzielen. Der „Verzicht“ auf dieses höhere Bruttogehalt steht einer „eigenen Beitragsleistung“ aber ebenso nahe (oder fern) wie der Verzicht eines GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführers auf Ausschüttungen, durch den er sich eine betriebliche Altersvorsorge erwirtschaftet.

Nach dem Übergang der Zuständigkeit für diese Fragen auf den X. Senat des BFH hat dieser versucht, den Anwendungsbereich dieser Rspr. wieder einzuschränken und nur noch ausnahmsweise den ungekürzten Vorwegabzug gewährt (vgl. auch FISSENEWERT, HFR 2007, 224). So ist die Kürzung vorzunehmen, wenn von zwei zu je 50 % beteiligten GmbH-Gesellschaftern nur einer eine Versorgungszusage erhält, selbst wenn der andere Gesellschafter dessen Ehegatte ist (BFH v. 26.9.2006 – X R 3/05, BStBl. II 2007, 452) oder der nicht begünstigte Gesellschafter eine vergleichbare Versorgungszusage von einer anderen Konzerngesellschaft erhält (FG Münster v. 22.7.2010 – 3 K 3464/08 E, EFG 2011, 437, nrkr., Az. BFH X R 30/10), wenn von fünf GmbH-Gesellschaftern nur vier eine Versorgungszusage erhalten (BFH v. 8.11.2006 – X R 11/05, BFH/NV 2007, 673), wenn der begünstigte Gesellschafter mit „nur“ 99,75 % beteiligt ist, weil bereits der Minderheitsanteil von 0,25 % schädlich ist (BFH v. 23.7.2008 – X B 51/08, BFH/NV 2008, 1675; ebenso bereits BFH v. 15.11.2006 – XI R 73/03, BStBl. II 2007, 387, unter 3., betr. eine 81,2 %-Beteiligung), wenn der andere Gesellschafter erst nach Erteilung der Pensionszusage an den früheren Alleingesellschafter hinzutritt (BFH v. 6.4.2009 – X B 213/08, BFH/NV 2009, 1263), oder wenn der Minderheitsgesellschafter eine GmbH ist, an der neben dem Stpfl. ein Dritter beteiligt ist, auch wenn dieser eine vergleichbare Pensionszusage erhält (BFH v. 2.9.2008 – X R 17/08, BFH/NV 2009, 141). Diese Entscheidungen sind zutreffend; ehrlicher wäre aber die Aufgabe der Rspr. des XI. Senats gewesen.

Beiträge, die nach § 3 Nr. 63 steuerfrei sind: Von 2005 bis 2007 erfasste § 10c Abs. 3 Nr. 2 – und damit auch die Kürzungsvorschrift des § 10 Abs. 3 Satz 3 – auch Anwartschaftsrechte, die durch Beiträge erworben werden, die nach § 3 Nr. 63 stfrei sind (zB eine GmbH leistet für ihren rentenversicherungsfreien Geschäftsführer stfreie Beiträge zu einer kapitalgedeckten betrieblichen Altersversorgung iSd. § 3 Nr. 63).

Dies konnte zu einer übermäßigen Kürzung führen: Während die StFreiheit nach § 3 Nr. 63 auf 4 % der Beitragsbemessungsgrenze in der Rentenversicherung begrenzt ist, ist die Kürzung nach § 10 Abs. 3 in Höhe des fiktiven Gesamtbeitrags zur Rentenversicherung (damals 19,5 %) vorzunehmen; der „Rechtsnachteil“ des § 10 Abs. 3 erreicht also einen fast fünf Mal größeren Umfang als die „Rechtswohltat“ des § 3 Nr. 63. Die FinVerw. wendete die Kürzung daher nicht an, wenn der Stpfl. ausschließlich wegen § 3 Nr. 63 in den Anwendungsbereich der Kürzungsvorschrift fiel (BMF v. 22.5.2007, BStBl. I 2007, 493 Rn. 4, 7; ebenso bereits RISTHAUS, DB 2004, 1329 [1333 f.]). Dies erscheint im Ergebnis sachgerecht, wurde durch den damaligen Gesetzeswortlaut aber nicht gedeckt.

355 Einstweilen frei.

356 2. Umfang der Kürzung

Der Umfang der Kürzung entspricht dem fiktiven Gesamtbeitrag zur allg. Rentenversicherung, der von den Einnahmen aus der Tätigkeit, die die Zugehörigkeit zum genannten Personenkreis begründen, zu entrichten wäre. Der maßgebliche Beitragssatz ist seit 2007 auf 19,9 % festgesetzt worden. Da der Rentenversicherungsbeitrag nur aus Einnahmen bis zur Beitragsbemessungsgrenze (für 2011 in den alten Bundesländern 66 000 €, in den neuen Bundesländern 57 600 €) berechnet wird, stellt der sich so ergebende Höchstbeitrag zugleich den größtmöglichen Umfang der Kürzung dar (West: 13 134 €, Ost: 11 462 €). Die Beitragsbemessungsgrenze wird jährlich entsprechend der Entwicklung der beitragspflichtigen Einnahmen angepasst (s. auch Anm. 126).

Die Übernahme der rentenversicherungsrechtl. Differenzierung zwischen alten und neuen Bundesländern ist nicht sachgerecht: Der in den neuen Bundesländern tätige Beamte, Geschäftsführer oder Abgeordnete, der Einnahmen oberhalb der für die neuen Bundesländer, aber unterhalb der für die alten Bundesländer geltenden Beitragsbemessungsgrenze bezieht, erwirbt Ansprüche auf Altersversorgung nach Maßgabe seiner tatsächlichen Einnahmen, weil die Beitragsbemessungsgrenze für diese Personengruppe von vornherein nicht gilt; für die Kürzung wird bei ihm jedoch – im Gegensatz zu einem in den alten Bundesländern tätigen Kollegen – nur ein geringerer Betrag (nämlich

[Anschluss S. E 191]

die Beitragsbemessungsgrenze Ost) zugrunde gelegt. Für diese Differenzierung fehlt ein sachlicher, in der Leistungsfähigkeit des einzelnen Stpfl. liegender Grund.

Die FinVerw. hat dieses Problem erkannt und wendet die – insoweit günstigere – Beitragsbemessungsgrenze Ost auf *alle* von der Kürzung betroffenen Personen an (BMF v. 30.1.2008, BStBl. I 2008, 390 Rn. 33, 36, 40). Damit wird zwar der aufgezeigte Gleichheitsmangel vermieden; vorzugswürdig wäre aber – ebenso wie bei der teilweisen Nichtanwendung des Verweises auf § 10c Abs. 3 Nr. 2 (s. Anm. 353) – eine Korrektur im Gesetz selbst.

Weil jetzt die individuellen Einnahmen aus der jeweiligen Tätigkeit maßgebend sind, die die Zugehörigkeit zum genannten Personenkreis begründen, haben die Streitfragen zur pauschalierenden Betrachtung im Rahmen der Kürzung des früheren Vorwegabzugs (Abs. 3 aF; s. Anm. 363) für die Neuregelung keine Bedeutung mehr. Insbes. in Fällen, in denen nur ein *Teil* der Einnahmen aus der Tätigkeit zu Ansprüchen auf Altersversorgung ohne eigene Beitragsleistung führt, bemisst sich auch die Kürzung des Höchstbetrags nur nach diesem Teil der Einnahmen, nicht aber – wie bis 2004 – nach den *gesamten* Einnahmen aus der Tätigkeit.

IV. Beschränkung des Abzugs während der bis zum Jahr 2024 laufenden Übergangszeit (Abs. 3 Sätze 4 und 6)

357

Inhalt der Übergangsregelung: Auch diejenigen Altersvorsorgeaufwendungen, die den nach Abs. 3 Satz 1–3 ermittelten Höchstbetrag nicht übersteigen, sind während einer 20-jährigen Übergangszeit nach In-Kraft-Treten des Alt-EinkG nicht in vollem Umfang, sondern nur zu einem bestimmten Teil anzusetzen: Im Jahr 2005 sind zunächst nur 60 % der Gesamtaufwendungen (einschließlich des ArbG-Anteils) abziehbar (Abs. 3 Satz 4); dieser Prozentsatz erhöht sich bis zum Jahr 2025 jährlich um 2 Prozentpunkte (Abs. 3 Satz 6). Entsprechend werden im Jahr 2010 70 %, im Jahr 2015 80 % und im Jahr 2020 90 % der Aufwendungen abziehbar sein; ab dem Jahr 2025 fällt der Übergangsfaktor weg, so dass dann sämtliche Aufwendungen bis zum Höchstbetrag abziehbar sein werden.

Hintergrund: Diese Regelung beruht auf der Einschätzung des Gesetzgebers, dass die staatlichen Haushalte nicht in der Lage gewesen wären, einen sofortigen Abzug der Altersvorsorgeaufwendungen in voller Höhe und die damit einhergehenden StAusfälle zu verkraften. Die verfassungsrechtl. Bedenken gegen die Neuregelung der Besteuerung von Alterseinkünften entzündeten sich vor allem an dieser aus der Haushaltsnot geborenen Übergangsregelung, die mit der individuellen Besteuerung der späteren Bezüge nur unzureichend abgestimmt ist und in zahlreichen Fällen zu Doppelbelastungen führen wird (s. ausführlich Anm. 337–346).

Fehlende Sachgerechtigkeit bei abweichender Verteilung der Beitragslast: Die gesetzliche Regelung beruht auf der Grundannahme, dass ArbG und ArbN die Beiträge je zur Hälfte tragen. Bei geringfügigen Beschäftigungsverhältnissen und Niedriglohn-Arbeitsverhältnissen kommt es jedoch zu einer abweichenden Verteilung der Beitragslast. In diesen Fällen kann sich durch das Zusammenspiel der Sätze 4–6, die auf diese – in der Praxis durchaus nicht seltenen – Konstellationen nicht eingerichtet sind, sogar ein *negativer* Abzugsbetrag ergeben (ausf. DAHR/HILGER, Einkommensteuerliche Behandlung von Altersvorsorgeaufwendungen und Altersbezügen, 2004, 45 ff.).

Beispiel 1 (geringfügige Beschäftigung): Ein geringfügig Beschäftigter will die pauschalen Rentenversicherungsbeiträge des ArbG aufstocken und dadurch einen eigenen Anspruch aus diesen Beiträgen erlangen. Von dem Gesamtbeitrag (19,9 % des Arbeitslohns) trägt der ArbG 15 % (§ 168 Abs. 1 Nr. 1b SGB VI), der ArbN die verbleibenden 4,9 %. Es ergibt sich die folgende Rechnung:

– eigene Altersvorsorgeaufwendungen (400 € × 12 Monate × 4,9 %)	235 €
– zzgl. stfreier ArbG-Anteil (§ 10 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2; 400 € × 12 Monate × 15 %)	720 €
– Summe	955 €
– Ansatz von 60 % (§ 10 Abs. 3 Satz 4)	573 €
– Minderung um den stfreien ArbG-Anteil (§ 10 Abs. 3 Satz 5)	./.. 720 €
– abziehbare Altersvorsorgeaufwendungen	./.. 147 €

Dieser Negativbetrag mindert die Abzugsmöglichkeiten, die der ArbN oder sein Ehegatte aus anderweitigen Altersvorsorgeaufwendungen hat. Ab VZ 2008 ist dem geringfügig beschäftigten ArbN jedoch durch Anfügung von Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 und Abs. 3 Satz 7 ein Wahlrecht eingeräumt worden, diese ungünstige Auswirkung zu vermeiden (s. Anm. 146). In allen anderen hier genannten Fallgruppen ergeben sich hingegen weiterhin negative Abzugsbeiträge.

Vergleichbare Friktionen ergeben sich im sog. Niedriglohnbereich („Gleitzone“ von 400 bis 800 €), in dem der ArbG ebenfalls einen höheren Anteil am Sozialversicherungsbeitrag trägt als der ArbN (§ 20 Abs. 2 SGB IV, § 163 Abs. 10, § 168 Abs. 1 Buchst. 1d SGB VI).

Beispiel 2 (Nachversicherung): Ein Finanzbeamter des höheren Dienstes scheidet im Januar 2005 aus dem Staatsdienst aus, nachdem er 20 Jahre lang ein Durchschnittsgehalt von 40 000 € bezogen hat. Ab Februar 2005 ist er als StBerater selbständig tätig und leistet monatliche Beiträge zum Versorgungswerk iHv. 1 000 €. Der frühere Dienstherr des Beamten zahlt an den Träger der gesetzlichen Rentenversicherung (wahlweise an das Versorgungswerk) für die Nachversicherung einen Betrag von 156 000 € (40 000 € Jahresgehalt × 19,5 % Beitragssatz × 20 Jahre), der nach § 3 Nr. 62 stfrei ist. Es ergibt sich die folgende Rechnung:

– eigene Altersvorsorgeaufwendungen (11 × 1 000 €)	11 000 €
– zzgl. stfreier ArbG-Anteil (§ 10 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2)	+ 156 000 €
– Summe	167 000 €
– Ansatz von 60 % (§ 10 Abs. 3 Satz 4)	100 200 €
– Minderung um den stfreien ArbG-Anteil (§ 10 Abs. 3 Satz 5)	./.. 156 000 €
– abziehbare Altersvorsorgeaufwendungen	./.. 55 800 €

Beispiel 3 (landwirtschaftliche Alterskasse): Landwirt L hat einen Beitrag zur landwirtschaftlichen Alterskasse von 5 000 € jährlich zu leisten. Aufgrund seines niedrigen Betriebsgewinns erhält er als Zuschuss zum Beitrag den Höchstsatz von 80 % (zu den Rechtsgrundlagen s. Anm. 127). Es ergibt sich die folgende Rechnung:

– Altersvorsorgeaufwendungen	5 000 €
– abzüglich nach § 3 Nr. 17 stfreier Zuschuss (§ 10 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1)	./.. 4 000 €
– berücksichtigungsfähige Altersvorsorgeaufwendungen	1 000 €
– Ansatz von 60 % (§ 10 Abs. 3 Satz 4)	600 €

§ 10 Abs. 3 Satz 5 (Abzug des ArbG-Anteils) ist hier nicht anwendbar, da die StFreiheit des Beitragszuschusses nicht auf § 3 Nr. 62, sondern auf § 3 Nr. 17 beruht. Es bleibt daher beim Ansatz der 600 € als abziehbare Altersvorsorgeaufwendungen, was im System des Abs. 3 folgerichtig ist.

Die Ergebnisse der Beispiele 1 und 2, die ersichtlich nicht sachgerecht sind, zeigen, dass hier Abhilfe durch eine Gesetzesänderung geboten ist; allein die Anfügung des Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 mit Wirkung ab VZ 2008 reicht hierfür nicht aus. Als Regelungsvorbild bietet sich die Behandlung der Zuschüsse zu den landwirtschaftlichen Alterskassen an, die – wie Beispiel 3 zeigt – ebenfalls deutlich mehr

als 50 % des Gesamtbeitrags erreichen können, aber keine Verzerrungen bei der Anwendung des Abs. 3 mit sich bringen. Danach müsste auch bei ArbN zunächst der stfreie ArbG-Anteil abgezogen werden, bevor die übergangsweise Begrenzung auf 60 % vorgenommen wird.

Einstweilen frei.

358

V. Abzug des steuerfreien Arbeitgeberanteils (Abs. 3 Sätze 5 und 7)

359

Grundsatz: Abzug des Arbeitgeberanteils (Abs. 3 Satz 5). Zur Ermittlung des letztlich als SA abziehbaren Betrages ist von dem um den Übergangsfaktor gekürzten Aufwendungen bei ArbN noch der nach § 3 Nr. 62 stfreie ArbG-Anteil zur gesetzlichen Rentenversicherung bzw. ein dem ArbG-Anteil gleichgestellter stfreier ArbG-Zuschuss abzuziehen. Dieser Anteil ist den eigenen Aufwendungen des ArbN zuvor gem. Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 hinzugerechnet worden. Diese Hinzurechnung und spätere Kürzung bewirkt im Ergebnis, dass der Übergangsfaktor auch den stfreien ArbG-Anteil erfasst. Letztlich sind bei ArbN im Jahr 2005 nur 10 % des Gesamtbeitrags zur Rentenversicherung als SA abziehbar (s. das Beispiel in Anm. 350); dieser Betrag ist deutlich geringer als der sich bis VZ 2004 ergebende Abzug. Daher wird für eine Übergangszeit geprüft, ob der Abzug nach bisherigem Recht für den Stpfl. günstiger ist (Abs. 4a, s. Anm. 400 ff.). Gleichwohl ist der Umfang dieses Abzugs – außerhalb der in Anm. 357 dargestellten Sonderfälle – verfassungsgemäß, weil er der rechnerischen Gleichstellung von Stpfl. mit bzw. ohne stfreie ArbG-Zuschüsse dient (zutreffend BFH v. 1.2.2006 – X B 166/05, BStBl. II 2006, 420 unter II.9.; aA WESSELBAUM-NEUGEBAUER, FR 2007, 683, unter Hinweis auf die fortbestehenden Ungleichbehandlungen zwischen Beamten und Rentenversicherungspflichtigen).

Ist bei der Beschäftigung von Rentnern nur noch der ArbG verpflichtet, einen ArbG-Anteil zu entrichten, ohne dass dem ArbN daraus noch Vorteile erwachsen (§ 172 Abs. 1 Nr. 3 SGB VI), ist dieser weder hinzuzurechnen noch abzuziehen (zutr. BayLfS v. 10.11.2008, DStR 2008, 2421, unter Bezugnahme auf die zu § 10 Abs. 3 aF ergangene Rspr.)

Sonderregelung für Arbeitgeberanteile bei geringfügig Beschäftigten (Abs. 3 Satz 7): Diese Regelung bewirkt, dass ArbG-Beiträge zur Rentenversicherung für geringfügig Beschäftigte nur dann abzuziehen sind, wenn der Stpfl. die Hinzurechnung dieser Beiträge zu den Vorsorgeaufwendungen nach Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 beantragt hat (Einzelheiten s. Anm. 146).

Einstweilen frei.

360

C. Erläuterungen zu Abs. 3 in der bis VZ 2004 geltenden Fassung

I. Ausgestaltung des Abs. 3 bis VZ 2004

1. Anwendungsbereich

361

Sachlicher Anwendungsbereich: Abs. 3 aF enthielt einheitliche Höchstbeträge für sämtliche Vorsorgeaufwendungen (dh. nicht nur für Altersvorsorgeaufwendungen, sondern auch für sonstige Vorsorgeaufwendungen); bis VZ 1995 waren zusätzlich auch Beiträge an Bausparkassen einbezogen.

Zeitlicher Anwendungsbereich: Abs. 3 aF war letztmalig für den VZ 2004 anzuwenden. Allerdings ist im Rahmen der Günstigerprüfung nach Abs. 4a nF noch bis VZ 2019 ein Vergleich anzustellen, ob sich nach Abs. 3 aF oder nach Abs. 3, 4 nF der höhere Abzugsbetrag ergibt. Daher ist die Vorschrift des Abs. 3 aF auch weiterhin für eine Vielzahl von Stpfl. von Bedeutung; es handelt sich insbes. nicht um „ausgelaufenes Recht“ iSd. Rspr. zum Revisionszulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung (§ 115 Abs. 2 Nr. 1 FGO).

362 2. Höchstbeträge nach Abs. 3 Nr. 1–4 aF

Abs. 3 aF sah ein System gestaffelter Höchstbeträge vor:

Grundhöchstbetrag: Nach Abs. 3 Nr. 1 aF konnte jeder Stpfl. mindestens Vorsorgeaufwendungen iHv. 1 334 € (zusammenveranlagte Ehegatten: 2 668 €) abziehen.

Vorwegabzug: Hinzu kam ein Vorwegabzug von 3 068/6 136 € (Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 aF). Die Bezeichnung beruht darauf, dass dieser Teilbetrag im Berechnungsschema „vorweg“ – dh. vor dem Grundhöchstbetrag – berücksichtigt wurde. Der Vorwegabzug sollte selbständig Tätigen einen Ausgleich dafür verschaffen, dass sie ihre Vorsorgeaufwendungen aus eigenen Mitteln erbringen müssen, während bei ArbN die Hälfte der Sozialversicherungsbeiträge stfrei vom ArbG geleistet wird. Um diesen Zweck zu verwirklichen (vgl. BFH v. 12.10.1994 – X R 260/93, BStBl. II 1995, 119 unter 3. mwN), war der Vorwegabzug bei bestimmten Stpfl. zu kürzen (s. Anm. 363).

Zusatzhöchstbetrag für Pflegeversicherungen: Für Beiträge zu einer zusätzlichen *freiwilligen* Pflegeversicherung stand Stpfl., die nach dem 31.12.1957 geboren waren, ein zusätzlicher Höchstbetrag von 184 € zu (Abs. 3 Nr. 3 aF). Eine besondere Regelung für zusammenveranlagte Ehegatte war hier nicht getroffen; die Praxis wendete den zusätzlichen Höchstbetrag aber – trotz § 26b – auf jeden Ehegatten gesondert an.

Hälftiger Höchstbetrag: Die nach Anwendung der genannten Höchstbeträge noch nicht berücksichtigten Vorsorgeaufwendungen konnten zur Hälfte, höchstens jedoch bis zu 50 % des Grundhöchstbetrags abgezogen werden (Abs. 3 Nr. 4 aF).

363 3. Kürzung des Vorwegabzugs (Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 aF)

Überblick: Der Vorwegabzug war um 16 % der Summe der Einnahmen aus nichtselbständiger Arbeit (ohne Versorgungsbezüge) zu kürzen, wenn für die Zukunftssicherung des Stpfl. Leistungen iSd. § 3 Nr. 62 erbracht wurden (dh. im Wesentlichen bei sozialversicherungspflichtigen oder zuschussberechtigten ArbN) oder der Stpfl. zum Personenkreis des § 10c Abs. 3 Nr. 1, 2 gehörte (u.a. Beamte, Richter, Soldaten, beherrschende GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer; s. Anm. 353). Auch bei Abgeordneten war eine Kürzung um 16 % der Einnahmen aus dem Mandat vorzunehmen.

Kürzung auch bei geringen Zukunftssicherungsleistungen: Der BFH hat diese Kürzungsvorschrift unter Berufung auf den Gesetzeswortlaut („wenn“ statt „soweit“) und die Gesetzesbegründung (BTDrucks. 12/5764, 18 f.) sehr pauschalierend ausgelegt, um die erforderliche Vereinfachungswirkung sicherzustellen. So war die Kürzung auch dann vorzunehmen, wenn die tatsächlich erbrachten Zukunftssicherungsleistungen wesentlich geringer waren als die durch sie ausgelöste Kürzung des Vorwegabzugs, insbes. weil im Arbeitslohn auch Bestandteile enthalten waren, die nicht der Sozialversicherungspflicht unterlagen.

Beispiele: Der ArbN bezieht zwar hohen Arbeitslohn, ist aber sozialversicherungsfrei, so dass der ArbG nur geringe Zuschüsse iSd. § 3 Nr. 62 leistet (BFH v. 16.10.2002 – XI R 61/00, BStBl. II 2003, 183); der Arbeitslohn besteht im Wesentlichen aus einer sozialversicherungsfreien Entlassungsschädigung (BFH v. 16.10.2002 – XI R 71/00, BStBl. II 2003, 343; v. 16.10.2002 – XI R 23/00, BFH/NV 2003, 463); Zukunftssicherungsleistungen werden nur während eines Teils des Jahres (BFH v. 16.10.2002 – XI R 75/00, BStBl. II 2003, 288; Verfassungsbeschwerde durch BVerfG v. 25.2.2008 – 2 BvR 472/03, HFR 2008, 751 nicht zur Entscheidung angenommen; nach BFH v. 11.1.2006 – XI R 31/04, BFH/NV 2006, 943 aber Billigkeitserlass, wenn dieser Zeitraum sehr kurz war [im Urteilsfall 23 Tage]) oder nicht zu sämtlichen Sparten der Sozialversicherung (BFH v. 16.10.2002 – XI R 75/00, BStBl. II 2003, 288) erbracht.

Bezieht der Stpfl. jedoch Arbeitslohn aus mehreren Beschäftigungsverhältnissen und werden nur in *einem* Beschäftigungsverhältnis Zukunftssicherungsleistungen erbracht, bildet nur der Arbeitslohn aus diesem Beschäftigungsverhältnis die Bemessungsgrundlage für die Kürzung des Vorwegabzugs (BFH v. 26.2.2004 – XI R 54/03, BStBl. II 2004, 720).

Keine Kürzung, wenn der Arbeitnehmer aus den Zukunftssicherungsleistungen keinen eigenen Leistungsanspruch erwirbt: Mitunter muss der ArbG zwar Beiträge abführen, der ArbN kann daraus aber aufgrund sozialversicherungsrechtl. Besonderheiten keinen eigenen Leistungsanspruch erwerben. Die neuere Rspr. lehnt in diesen Fällen eine Kürzung des Vorwegabzugs ab, weil hier keine Leistungen „für“ die Zukunftssicherung des ArbN, sondern nur zur Aufrechterhaltung der allg. Funktionsfähigkeit des Sozialversicherungssystems erbracht werden.

Beispiele: Für den Stpfl. sind zwar Beiträge zur Arbeitslosenversicherung zu zahlen, als Versorgungsempfänger hat er aber keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld (BFH v. 6.3.2003 – XI R 31/01, BStBl. II 2004, 6); der ArbN bezieht bereits eine Altersrente bzw. Beamtenspension, so dass gem. § 172 Abs. 1 SGB VI nur noch der ArbG einen Beitragsanteil zur Rentenversicherung zu leisten hat, der aber nicht mehr zu einer Erhöhung des Rentenanspruchs führt (BFH v. 14.12.2005 – XI R 25/04, BFH/NV 2006, 1073; v. 31.5.2006 – X R 6/06, BFH/NV 2006, 2239). Hingegen führen die Pauschalbeiträge für geringfügig Beschäftigte (§ 8 SGB VI) zwar nicht in der Krankenversicherung, wohl aber in der Rentenversicherung („Zuschlag an Entgeltpunkten“) zu eigenen Leistungsansprüchen der jeweiligen ArbN, so dass der Vorwegabzug zu kürzen ist (BFH v. 8.11.2006 – X R 9/06, BFH/NV 2007, 432).

Früher hat die Rspr. in diesen Fällen genau gegenteilig entschieden und aufgrund einer pauschalierenden Betrachtung die Kürzung des Vorwegabzugs bejaht (BFH v. 10.5.1974 – VI R 142/71, BStBl. II 1974, 634; v. 24.2.1978 – VI B 135/77, BFHE 124, 527; v. 17.2.1987 – IX R 3/83, BStBl. II 1987, 494, jeweils betr. Altersrentner/Pensionäre; BFH v. 11.11.1966 – VI 352/65, BStBl. III 1967, 114; v. 10.5.1974 – VI R 140/72, BStBl. II 1974, 672; der Stpfl. kann keinen Rentenanspruch erlangen, weil er bis zum Eintritt in den Ruhestand nicht die Mindestwartezeit von fünf Jahren [§ 50 Abs. 1 SGB VI] erreicht haben wird).

UE ist dieser Neuorientierung der Rspr. zuzustimmen, da die erforderliche Typisierung nicht so weit gehen darf, selbst dann eine Kürzung der Abzugsmöglichkeiten für die Eigenvorsorge vorzunehmen, wenn der Stpfl. und sein ArbG durch eine Beitragspflicht belastet werden, aus der kein individueller Vorteil folgen kann. Es wäre allerdings im Interesse der Rechtssicherheit zu begrüßen gewesen, wenn der BFH das Verhältnis dieser neuen Entscheidungen zu der langjährigen gegenteiligen Rspr. klargestellt hätte. Zu zahlreichen Einzelfragen s. auch LEHR, DSrR 2003, 763.

Irrige Erbringung bzw. Nichterbringung von Zukunftssicherungsleistungen: Entsprechend dem Gesetzeswortlaut mussten für den Stpfl. tatsächlich Zukunftssicherungsleistungen erbracht werden. Bei einem „Scheinselbständigen“, für den zwar nach den sozialversicherungsrechtl. Vorschriften Beiträge hätten abgeführt werden müssen, tatsächlich aber nicht abgeführt worden sind,

war daher keine Kürzung vorzunehmen (BFH v. 21.1.2004 – XI R 38/02, BStBl. II 2004, 650; der BFH nimmt hier allerdings an, dass bei einer Nacherhebung der Sozialversicherungsbeiträge für die Vergangenheit auch der SA-Abzug dieser VZ gem. § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO zu korrigieren ist). Umgekehrt entfiel die Kürzung (rückwirkendes Ereignis), wenn der Sozialversicherungsträger nachträglich feststellte, dass keine Sozialversicherungspflicht vorlag, und die ArbG-Beiträge für frühere VZ erstattete (BFH v. 28.5.1998 – X R 7/96, BStBl. II 1999, 95).

Nachzahlungen aus einem früheren Beschäftigungsverhältnis sind ebenso zu beurteilen wie die früheren laufenden Zahlungen aus diesem Beschäftigungsverhältnis; dies gilt auch dann, wenn der Stpfl. im laufenden VZ keine Tätigkeit ausübt, die zu einer Kürzung des Vorwegabzugs führen würde. Erhält daher ein Beamter nach Eintritt in den Ruhestand eine Besoldungsnachzahlung aus seiner aktiven Zeit, ist der Vorwegabzug zu kürzen (BFH v. 17.5.2006 – X R 19/05, BFH/NV 2006, 2049); Gleiches gilt bei Nachzahlungen aus einem sozialversicherungspflichtigen Arbeitsverhältnis, selbst wenn der Stpfl. mittlerweile als GmbH-Geschäftsführer ohne Anspruch auf Zukunftssicherungsleistungen tätig ist (BFH v. 26.9.2006 – X R 7/05, BFH/NV 2007, 34). Der BFH hat diese Rspr. auch auf Fallgestaltungen erstreckt, in denen mit der Nachzahlung keinerlei zusätzliche Zukunftssicherungsleistungen mehr verbunden waren (BFH v. 20.12.2006 – X R 38/05, BStBl. II 2007, 823, unter B.II.2., Verfassungsbeschwerde 2 BvR 805/07 nicht zur Entscheidung angenommen; BFH v. 1.8.2007 – XI R 55/05, BFH/NV 2008, 31: Übergangsgelder eines früheren Berufssoldaten).

Kürzung bei Ehegatten: Wenn nur *ein* Ehegatte die persönlichen Voraussetzungen für die Anwendung der Kürzungsvorschrift erfüllte, war nur dessen Arbeitslohn für die Bemessung des Kürzungsbetrags maßgebend (BFH v. 14.4.2003 – XI B 226/02, BStBl. II 2003, 708; v. 3.12.2003 – XI R 11/03, BStBl. II 2004, 709). Dass bei einem entsprechend hohen Arbeitslohn dieses Ehegatten der Kürzungsbetrag die Hälfte des gemeinsamen verdoppelten Vorwegabzugs übersteigt (vgl. BFH v. 30.8.1966 – VI 287/65, BStBl. III 1966, 676), ist wegen der insgesamt ehebegünstigenden Tendenz der SA-Regelung verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

BFH v. 22.1.1965 – VI 82/64 U, BStBl. III 1965, 173; v. 21.7.1993 – X R 32/91, BFH/NV 1994, 305; v. 21.12.2000 – XI B 75/99, BFH/NV 2001, 773; v. 11.12.2002 – XI R 17/00, BStBl. II 2003, 650 unter II.3.; v. 6.3.2003 – XI R 47/01, BFH/NV 2003, 1160 (mit dem Argument, die Ehegatten könnten der überschießenden Kürzung durch Wahl der getrennten Veranlagung ausweichen); BVerfG v. 16.1.1991 – 2 BvR 1400/90, HFR 1991, 672; v. 25.2.2008 – 2 BvR 912/03, NJW 2008, 2327, unter 2.c; v. 25.2.2008 – 2 BvR 587/01, HFR 2008, 750; v. 25.2.2008 – 2 BvR 1852/03, HFR 2008, 753, unter 2.c; aA MÜLLER-DOTT, DB 2005, 15.

364 Einstweilen frei.

365 II. Verfassungsmäßigkeit des Abs. 3 in den bis VZ 2004 geltenden Fassungen

Zulässigkeit der Begrenzung auf Höchstbeträge: Der Umfang der bis 2004 für Vorsorgeaufwendungen geltenden Abzugsmöglichkeiten wurde von der Rspr. – insbes. hinsichtlich der Altersvorsorgeaufwendungen – zunächst als verfassungsgemäß angesehen (zur Krankenversicherung s.u.).

BFH v. 27.6.1996 – IV R 4/84, BFHE 181, 31; v. 14.5.1998 – X R 38/93, BFH/NV 1999, 163; ausführlich BFH v. 16.10.2002 – XI R 41/99, BStBl. II 2003, 179, m. krit. Anm. v. EICHBORN, HFR 2003, 345; v. 11.12.2002 – XI R 17/00, BStBl. II 2003, 650, m. krit. Anm. v. EICHBORN, HFR 2003, 777; dazu auch WEBER-GRELLET, DSr 2003, 454. In beiden Verfahren war der BMF zuvor zum Beitritt aufgefordert worden (vgl. BFH v. 20.12.2000 – XI R 41/99, BFH/NV 2001, 770; v. 23.1.2001 – XI R 17/00, BStBl. II 2001, 346); s. ferner BFH v. 19.5.2004 – III R 55/03, BStBl. II 2006, 291 unter 1.; v. 10.11.2004 – XI R 37/02, BFH/NV 2005, 1024 unter 3; v. 31.8.2005 – XI B 171/03, BFH/NV 2006, 49; kritisch SÖHN, StW 1990, 356; SEER, StW 1996, 323; differenzierter SÖHN/MÜLLER-FRANKEN, StW 2000, 442: der Abzug ist nur in Höhe der zur Erlangung einer Mindestvorsorge in Höhe des Sozialhilfesatzes erforderlichen Beiträge verfassungsrechtl. geboten.

Dies war jedenfalls so lange zutreffend, wie die Leistungen aus den begünstigten Vorsorgeformen nur mit dem geringen Ertragsanteil (Leistungen der Renten- und Kapitallebensversicherungen) besteuert wurden. Ohne die Begrenzung auf Höchstbeträge hätte insbes. der Abzug von Beiträgen an kapitalbildende Lebensversicherungen eine nicht gerechtfertigte Besserstellung im Vergleich zu anderen Sparformen bewirkt. Selbst wenn der Gesetzgeber verfassungsrechtl. verpflichtet wäre, nicht nur den gegenwärtigen Grundbedarf von der Besteuerung abzuschirmen, sondern auch die Aufwendungen, die erforderlich sind, um eine das Existenzminimum sichernde Rente zu gewährleisten, hätten die Höchstbeträge der Höhe nach diesen Anforderungen genügt (BVerfG v. 20.8.1997 – 1 BvR 1523/88, HFR 1998, 397).

Die bis VZ 2004 geltende Regelung ist auch nicht dadurch nachträglich verfassungswidrig geworden, dass der Gesetzgeber ab VZ 2005 zur nachgelagerten Besteuerung übergegangen ist und die späteren Altersbezüge in größerem Umfang stpfl. sind als zuvor. Entsprechende Rechtsschutzbegehren können angesichts der in der Entscheidung des BVerfG (v. 6.3.2002 – 2 BvL 17/99, BVerfGE 105, 73, Nr. 2 des Tenors) enthaltenen Weitergeltungsanordnung keinen Erfolg haben (ebenso BFH v. 19.5.2004 – III R 55/03, BStBl. II 2006, 291 unter 1.; v. 14.3.2006 – IV B 2/05, BFH/NV 2006, 1283; BVerfG v. 13.2.2008 – 2 BvR 1220/04, 410/05, BVerfGE 120, 169; v. 25.2.2008 – 2 BvR 912/03, NJW 2008, 2327 unter 2.a). Für die Vergangenheit sind die im damals geltenden Recht angelegten Ungleichbehandlungen aus Sicht des BVerfG hinzunehmen.

In Extremfällen hält die Rspr. allerdings einen die Höchstbeträge übersteigenden Abzug aus Billigkeitsgründen für möglich (BFH v. 29.11.1991 – III R 191/90, BStBl. II 1992, 293; Beamter, der infolge einer schweren Körperbehinderung keine Möglichkeit zum Abschluss einer privaten Krankenversicherung hat, in der gesetzlichen Krankenversicherung – weil für Beamte kein ArbG-Anteil gezahlt wird – den Gesamtbeitrag alleine tragen muss, und wegen der vorhandenen Vollversicherung noch nicht einmal Beihilfeleistungen erhält).

Zulässigkeit der unterschiedlichen Behandlung von Arbeitnehmern und Selbständigen: Während ArbN für ihr Vorsorgebedürfnis stfreie ArbG-Leistungen erhalten, müssen Selbständige sämtliche Vorsorgeaufwendungen selbst aufbringen, erhielten im Gegenzug aber den ungekürzten Vorwegabzug. Dieser deckte den Mehraufwand jedoch häufig nicht in vollem Umfang ab. Gleichwohl haben BVerfG und BFH in stRspr. eine verfassungsrechtl. Pflicht des Gesetzgebers zur Berücksichtigung eines größeren Teils der Vorsorgeaufwendungen Selbständiger verneint.

BVerfG v. 2.5.1978 – 1 BvR 136/78, HFR 1978, 293; v. 31.10.1984 – 1 BvR 100/82, Inf. 1985, 87; v. 22.10.1986 – 1 BvR 982/86, Inf. 1987, 70; BFH v. 30.1.1980 – VI B 114/79, BStBl. II 1980, 320; grundlegend BFH v. 16.10.2002 – XI R 41/99, BStBl. II 2003, 179 unter II.2.d; v. 11.12.2002 – XI R 17/00, BStBl. II 2003, 650 unter II.2.d: So hätten nur Selbständige die Möglichkeit der Inanspruchnahme hoher Freibeträge und Tarifiermäßigungen bei Betriebsveräußerungen und -aufgabe; der – für Selbständige ty-

pische – Aufbau einer Altersversorgung mit Hilfe von Lebensversicherungen eröffne Dispositionsmöglichkeiten, die in der gesetzlichen Rentenversicherung nicht gegeben seien; ArbN seien typischerweise verstärkt sozial schutzbedürftig. Ebenso BFH v. 17.3.2004 – IV B 185/02, BFH/NV 2004, 1245; aA v. EICHBORN, DB 2000, 944. Auch umgekehrt verletze der erhöhte Vorwegabzug für Selbständige keine Grundrechte von ArbN (BVerfG v. 28.12.1984 – 1 BvR 1472, 1473/84, HFR 1985, 337); grundlegend hierzu nunmehr nochmals BVerfG v. 13.2.2008 – 2 BvL 1/06, BVerfGE 120, 125, unter C. (Rechtfertigung durch das Solidarprinzip, das nur in der gesetzlichen Sozialversicherung gilt).

Verfassungswidrigkeit der Beschränkungen des Abzugs von Beiträgen zur Kranken- und Pflegeversicherung: Das BVerfG hat nunmehr die Regelung des Abs. 3 aF als mit der Pflicht zur stl. Freistellung des (Familien-)Existenzminimums unvereinbar bezeichnet, soweit die Höchstbeträge den Abzug solcher Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung begrenzen, die zur Erlangung eines sozialhilfegleichen Leistungsniveaus erforderlich sind (BVerfG v. 13.2.2008 – 2 BvL 1/06, BVerfGE 120, 125, unter D.). Eine gesetzliche Neuregelung ist allerdings erst ab VZ 2010 erforderlich, so dass der im VZ 2004 letztmals anwendbare Abs. 3 aF im Ergebnis gültig bleibt. Weil die Entscheidung des BVerfG auch die ab VZ 2005 geltende Rechtslage (Abs. 4 nF) betrifft, sind Einzelheiten in Anm. 383 dargestellt.

366–379 Einstweilen frei.

Erläuterungen zu Abs. 4: Höchstbeträge für sonstige Vorsorgeaufwendungen

Schrifttum: ENGLISCH, Steuerliche Abziehbarkeit existenzsichernder Vorsorgeaufwendungen, NJW 2006, 1025; FISCHER, Begrenzung des Sonderausgabenabzugs von Krankenversicherungsbeiträgen verfassungswidrig, NWB (2006) F. 3, 13852.

A. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 4

380

I. Überblick

Regelungsinhalt: Abs. 4 enthält Regelungen zu den Höchstbeträgen, mit denen Vorsorgeaufwendungen iSd. Abs. 1 Nr. 3 (solche, die keine Altersvorsorgeaufwendungen sind) abgezogen werden können. Die Höhe des Höchstbetrags richtet sich danach, ob der Stpfl. bei der Krankheitsvorsorge durch Leistungen Dritter entlastet wird (kleiner Höchstbetrag von 1 900 € nach Abs. 4 Satz 2, s. Anm. 388) oder die Beiträge selbst tragen muss (großer Höchstbetrag von 2 800 € nach Abs. 4 Satz 1, s. Anm. 385).

Rechtsentwicklung: Seit der Anfügung von Abs. 4 durch das StÄndG 1966 v. 23.12.1966 (BGBl. I 1966, 702; BStBl. I 1967, 2) war in der Vorschrift zunächst der Ausschluss der gleichzeitigen Gewährung von Wohnungsbau- und Sparprämien einerseits und des SA-Abzugs für Bausparbeiträge andererseits geregelt. Dieses Kumulierungsverbot (Wahlrecht) wurde in der Folgezeit mehrfach geändert und konnte mit der Aufhebung der Möglichkeit des SA-Abzugs für Bausparbeiträge durch das Ges. zur Neuregelung der strechtl. Wohneigentumsförderung v. 15.12.1995 (BGBl. I 1995, 1783; BStBl. I 1995, 775) entfallen. Mit dem AltEinkG v. 5.7.2004 (BGBl. I 2004, 1427; BStBl. I 2004, 554) wurde

Abs. 4 in seiner heutigen Gestalt eingefügt. Das JStG 2008 v. 20.12.2007 (BGBl. I 2007, 3150; BStBl. I 2008, 218) und das KiFöG v. 10.12.2008 (BGBl. I 2008, 240; BStBl. I 2009, 3) brachten jeweils eine Erweiterung des in Abs. 4 Satz 2 enthaltenen Verweises auf bestimmte Nummern des § 3 mit sich. Mit dem BürgEntlG-KV v. 16.7.2009 (BGBl. I 2009, 1959; BStBl. I 2009, 782) wurde Abs. 4 neu gefasst. Seitdem sind Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge grds. ohne Begrenzung auf einen Höchstbetrag abziehbar.

Einstweilen frei.

381–382

II. Verfassungsrechtliche Beurteilung der Abzugsbeschränkung

383

Verfassungswidrigkeit der früheren Beschränkungen des Abzugs von Beiträgen zur Kranken- und Pflegeversicherung: Das BVerfG hat zu der im Jahr 1997 geltenden Regelung des Abs. 3 aF entschieden, dass diese mit der Pflicht zur stl. Freistellung des (Familien-)Existenzminimums (Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1, Art. 20 Abs. 1 GG) unvereinbar war, soweit die Höchstbeträge den Abzug solcher Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung begrenzen, die zur Erlangung eines sozialhilfegleichen Leistungs-niveaus erforderlich sind (BVerfG v. 13.2.2008 – 2 BvL 1/06, BVerfGE 120, 125, unter D.; ebenso Vorlagebeschluss des BFH v. 14.12.2005 – X R 20/04, BStBl. II 2006, 312; HEY, Prot. FinAussch. 15/47, 432; FISCHER, NWB F. 3, 13853; FISCHER, FR 2003, 770 [774]; ENGLISCH, NJW 2006, 1025). Das BVerfG hat seine Beurteilung ausdrücklich auch auf Abs. 4 nF erstreckt (BVerfG v. 13.2.2008 – 2 BvL 1/06 aaO, unter E.I.).

Das BVerfG hat es abgelehnt, die Krankenversicherungsbeiträge als bloße „Sparleistungen“ anzusehen und einem weniger strengen verfassungsrechtl. Prüfungsmaßstab zu unterstellen (BVerfG v. 13.2.2008 – 2 BvL 1/06 aaO, unter D.II.2). Allerdings sei der existenznotwendige Beitragsanteil durch einen Vergleich mit den Kranken- und Pflegeleistungen der Sozialhilfe zu ermitteln, nicht aber durch einen Vergleich mit den Leistungen der gesetzlichen Sozialversicherung (BVerfG v. 13.2.2008 – 2 BvL 1/06 aaO, unter D.II.3.). Neben dem Beitrag für die Versicherung des Stpfl. selbst seien auch Beiträge für die Versicherung der unterhaltsberechtigten Kinder des Stpfl. als SA zu berücksichtigen, weil diese durch keinen anderen Tatbestand des EStRechts abgedeckt würden (BVerfG v. 13.2.2008 – 2 BvL 1/06 aaO, unter D.III.2.). Daran ändere auch nichts, dass ca. 90 % aller Kinder beitragsfrei in der gesetzlichen Krankenversicherung mitversichert seien und jedem Stpfl. zu Beginn seiner Berufslaufbahn die gesetzliche Krankenversicherung offen stehe (BVerfG v. 13.2.2008 – 2 BvL 1/06 aaO, unter D.IV.3.b).

Zeitliche Wirkung der Entscheidung: Weil das BVerfG die gesetzliche Regelung nicht für nichtig, sondern lediglich für mit dem GG unvereinbar erklärt und dem Gesetzgeber eine Übergangsfrist gewährt hat, ist eine gesetzliche Neuregelung erst ab VZ 2010 erforderlich (BVerfG v. 13.2.2008 – 2 BvL 1/06 aaO unter E.II.). Bis dahin bleibt die bisherige Regelung mit ihren zu niedrigen Höchstbeträgen gültig; entsprechende Verfassungsbeschwerden zur früheren Rechtslage werden vom BVerfG zurückgewiesen (zB BVerfG v. 25.2.2008 – 2 BvR 912/03, NJW 2008, 2327, unter 2.b).

Verfassungsmäßigkeit der Neuregelung durch das BürgEntlG-KV: Hier ist zu differenzieren:

► *Beiträge zu Kranken- und gesetzlichen Pflegeversicherungen*, die in Abs. 1 Nr. 3 genannt sind, sind ab VZ 2010 in voller Höhe abziehbar (Abs. 4 Satz 4); die verfassungsrechtl. Anforderungen sind damit erfüllt.

► *Nicht unter Abs. 1 Nr. 3 fallende Teile der Beiträge zu Krankenversicherungen:* Durch Abs. 1 Nr. 3 werden bestimmte Teile der Beiträge zu Krankenversicherungen aus der unbegrenzten Berücksichtigung ausgeschieden und den beschränkt abzugsfähigen Vorsorgeaufwendungen nach Abs. 1 Nr. 3a zugeordnet. Dies ist verfassungsrechtl. unbedenklich, da es sich hierbei um Beitragsteile handelt, die auf die Erlangung eines Leistungsniveaus gerichtet sind, das über dasjenige der Sozialhilfe – und damit über das verfassungsrechtl. Notwendige – hinausgeht. Soweit die Regelung sich zur Abgrenzung zwischen den jeweiligen Beitragsteilen gewisser Typisierungen bedient, ist auch dies zulässig, da es sich zum einen um ein Massenverfahren handelt, das praktisch ausnahmslos jeden Stpfl. betrifft, und zum anderen die Typisierungen realitätsgerecht ausgefallen sind. Letzteres gilt sowohl für die Bemessung des Krankengeldanteils mit 4 % als auch für die Aufteilungsmaßstäbe der KVBEVO.

► *Weiterhin Höchstbeträge für sonstige Vorsorgeaufwendungen:* Faktisch werden sich die sonstigen Vorsorgeaufwendungen iSd. Abs. 1 Nr. 3a (Arbeitslosen-, Unfall-, Erwerbsunfähigkeits-, Haftpflicht- und Risikoversicherungen, Altverträge bei Kapital- und Rentenversicherungen) bei der Mehrzahl der Stpfl. nicht auswirken, da die in Abs. 4 Sätze 1–3 genannten Höchstbeträge häufig bereits durch die Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge ausgeschöpft sein werden. Gleichwohl ist der Abzug weiterer Vorsorgeaufwendungen uE nicht durch das subjektive Nettoprinzip geboten (ebenso FinAussch., BTDrucks. 16/13429, 44). Zwar sind Beiträge zur Arbeitslosenversicherung aufgrund einer gesetzlichen Pflicht zu entrichten; die hieraus gezahlten Lohnersatzleistungen sind aber stfrei. Insofern gilt dasselbe wie für das Krankengeld aus der gesetzlichen Krankenversicherung (ebenso BRDrucks. 168/09, 26; MYSEN/WOLTER, NWB 2009, 2313 [2326]; im Ergebnis auch FG Berlin-Brandenb. v. 8.10.2008, EFG 2009, 733, nrkr., Rev. Az. BFH X R 15/09). Unfall-, Haftpflicht-, Risiko-, Kapital- und Rentenversicherungen decken nicht in vergleichbarer Weise wie Kranken- und Pflegeversicherungen existenzielle Risiken ab; zudem besteht hier keine gesetzliche Pflicht zum Abschluss entsprechender Verträge (die gesetzliche Pflicht zum Abschluss von Kfz.-Haftpflichtversicherungen muss außer Betracht bleiben, weil es keine gesetzliche Pflicht zum Halten von Kfz. gibt; ähnlich wohl KANZLER, NWB 2009, 684 [688]). Eine Basisabsicherung gegen Erwerbsunfähigkeit und für Hinterbliebene ist zudem über die Beiträge nach Abs. 1 Nr. 2 gegeben (ebenso BVerfG v. 13.2.2008 – 2 BvR 1220/04, 410/05, BVerfGE 120, 169, unter B.I.1.d). Der Verweis darauf, dass Beiträge zu Unfall- und Haftpflichtversicherungen zum sozialhilferechtl. Grundbedarf gehören (GUNTER, DStR 2009, 565 [566]), führt nicht weiter, weil dieser Grundbedarf – ebenso wie der Bedarf für Kleidung, Lebensmittel usw., für den auch keine besonderen Abzugstatbestände im EStG existieren – durch den stl. Grundfreibetrag abgedeckt ist.

384 Einstweilen frei.

385 B. „Großer Höchstbetrag“ (Abs. 4 Satz 1)

Anwendungsbereich: Die besonderen Höchstbeträge des Abs. 4 gelten für Vorsorgeaufwendungen iSd. Abs. 1 Nr. 3 und 3a, also für Beiträge zu Kranken- und Pflegeversicherungen, zu Versicherungen gegen Arbeitslosigkeit, für Erwerbs-, Berufsunfähigkeits-, Unfall-, Haftpflicht- und Risikoversicherungen sowie Altverträge zu Renten- und Kapitalversicherungen (zu den begünstigten Versicherungsarten s. Anm. 155 f., 172 ff., 191). Der „große Höchstbetrag“ nach

Abs. 4 Satz 1 ist immer dann anwendbar, wenn die Voraussetzungen des Abs. 4 Satz 2 (s. Anm. 388) nicht vorliegen.

Höchstbetrag: Die Aufwendungen können bis zu 2800 € (bis VZ 2009: 2400 €) je Kj. abgezogen werden. Eine zeitanteilige Kürzung für den Fall, dass die StPflicht nicht während des gesamten Kj. bestanden hat oder Aufwendungen nicht während des gesamten Kj. angefallen sind, findet nicht statt. Dieser Betrag wird idR aber bereits allein durch den Beitrag zu einer – in den Fällen des Satzes 1 meist privaten – Krankenversicherung ausgeschöpft werden.

Einstweilen frei.

386–387

C. „Kleiner Höchstbetrag“ (Abs. 4 Satz 2)

388

Anwendungsbereich: Bei bestimmten Stpfl. kommt im Hinblick auf Entlastungen durch Dritte bei der Krankheitsvorsorge typisierend ein geringerer Höchstbetrag zur Anwendung (Abs. 4 Satz 2). Bis VZ 2009 war die Differenzierung nach der Krankenversicherungssituation des Stpfl. sinnvoll; ab VZ 2010 ist dies hingegen nicht mehr sachgerecht, weil seither grds. *sämtliche* Krankenversicherungsbeiträge nach Abs. 4 Satz 4 unbeschränkt abgezogen werden können.

► *Anspruch auf vollständige oder teilweise Erstattung oder Übernahme von Krankheitskosten ganz oder teilweise ohne eigene Aufwendungen:* Dies gilt vor allem für Beihilfeberechtigte (Beamte, Richter und Soldaten sowie ggf. deren Angehörige) und für Familienangehörige (Ehegatten, Kinder), die ohne eigene Beitragsleistung in der gesetzlichen Krankenversicherung mitversichert sind.

► *Für die Krankenversicherung werden Leistungen iSd. § 3 Nr. 9, 14, 57 oder 62 erbracht.* Darunter fallen

- ab VZ 2009 Tagespflegepersonen („Tagesmütter“, § 3 Nr. 9),
- Bezieher von Renten aus der gesetzlichen Rentenversicherung (§ 3 Nr. 14),
- ab VZ 2008 selbständige Künstler, für die die Künstlersozialkasse gem. § 10 KSVG stfreie Beiträge entweder an eine gesetzliche Krankenkasse oder direkt an einen privat krankenversicherungspflichtigen Künstler zahlt (§ 3 Nr. 57; Überblick zum KSVG bei BERNDT, DStR 2008, 203) und
- als Hauptanwendungsfall alle sozialversicherungspflichtig beschäftigten ArbN (§ 3 Nr. 62). Gleiches gilt für *beide* Ehegatten, wenn beide eigenständig privat krankenversichert sind und der berufstätige Ehegatte von seinem ArbG einen Beitragszuschuss erhält, in dessen Bemessung auch die vom nicht erwerbstätigen Ehegatten zu entrichtenden Krankenversicherungsbeiträge einfließen (FG Ba.-Württ. v. 3.10.2008, EFG 2009, 22, rkr.). Geringfügig Beschäftigte, für die der ArbG lediglich Pauschalbeiträge entrichtet, fallen jedoch nicht hierunter (BMF v. 30.1.2008, BStBl. I 2008, 390 Rn. 55).

Höhe des „kleinen Höchstbetrags“: Für die durch Entlastungen bei der Krankheitsvorsorge begünstigte Personengruppe beläuft sich der Höchstbetrag auf 1900 € (bis VZ 2009: 1500 €) im Kj. Dieser Betrag wird bereits bei einem Jahres-Arbeitslohn von 13 500 € allein durch den ArbN-Anteil am Beitrag zur gesetzlichen Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung erreicht, so dass sich die weiteren in Abs. 1 Nr. 3a genannten und von Abs. 4 erfassten Aufwendungen von vornherein nicht mehr auswirken können.

Nach der typisierenden gesetzlichen Regelung kommt es nicht darauf an, wie hoch der Vorteil aus der Übernahme der Krankheitskosten bzw. aus den stfreien Leistungen im jeweiligen Einzelfall ist. Der Abzug ist auch dann auf den „kleinen Höchstbetrag“ be-

grenzt, wenn der konkrete Vorteil geringer als die Differenz zum „großen Höchstbetrag“ ist. Gleiches gilt, wenn die Voraussetzungen des Satzes 2 nur während eines Teils des VZ vorliegen (BMF v. 30.1.2008, BStBl. I 2008, 390 Rn. 55).

389 Einstweilen frei.

390 **D. Behandlung von Ehegatten (Abs. 4 Satz 3)**

Bei Ehegatten ist ein gemeinsamer Höchstbetrag anzuwenden; dieser bestimmt sich aus der Summe der beiden Einzel-Höchstbeträge, die für jeden Ehegatten gesondert nach den in seiner Person verwirklichten Merkmalen zu ermitteln sind (Abs. 4 Satz 3).

391 **E. Unbeschränkter Abzug von Vorsorgeaufwendungen iSd. Abs. 1 Nr. 3 (Abs. 4 Satz 4)**

Kernstück der ab VZ 2010 geltenden Neuregelung des SA-Abzugs der Beiträge zu Kranken- und Pflegeversicherungen ist die Vorschrift des Abs. 4 Satz 4, die im Ergebnis einen unbeschränkten Abzug derjenigen Beiträge vorsieht, die unter Abs. 1 Nr. 3 fallen.

Übersteigen die nach Abs. 4 Satz 4 in tatsächlicher Höhe abziehbaren Vorsorgeaufwendungen iSd. Abs. 1 Nr. 3 die in Abs. 4 Sätzen 1–3 genannten Höchstbeträge, können die in Abs. 1 Nr. 3a genannten weiteren Vorsorgeaufwendungen nicht mehr abgezogen werden. Dies wird in der Praxis bei Weitem der Regelfall sein. Gesetzessystematisch und regelungstechnisch hätte die Vorschrift des Abs. 4 Satz 1 daher zu Beginn des Abs. 4 ihren Platz finden müssen.

Beispiele: A zahlt aus seinem Bruttolohn jährlich 3000 € für die gesetzliche Krankenversicherung, 400 € für die gesetzliche Pflegeversicherung und 600 € für die Arbeitslosenversicherung. Ferner hat er eine private Unfallversicherung (500 €). – Unter Abs. 1 Nr. 3 fallen Beiträge iHv. 3280 € (96 % von 3000 € zzgl. 400 € für die Pflegeversicherung). Dieser Betrag ist gem. Abs. 4 Satz 4 unbeschränkt abziehbar. Da der Höchstbetrag des Abs. 4 Satz 2 (1900 €) überschritten ist, können weitere Vorsorgeaufwendungen nicht abgezogen werden.

B zahlt lediglich 1500 € für die gesetzliche Krankenversicherung und 200 € für die Pflegeversicherung. Daneben fallen 300 € für die Arbeitslosenversicherung, 300 € für eine Kranken-Zusatzversicherung und 500 € für eine Unfallversicherung an. – Die in Abs. 1 Nr. 3 genannten Aufwendungen betragen 1640 € (96 % von 1500 € zzgl. 200 €). Der Höchstbetrag des Abs. 4 Satz 2 ist damit nicht überschritten, so dass insgesamt 1900 € abziehbar sind.

392–399 Einstweilen frei.

Erläuterungen zu Abs. 4a: Günstigerprüfung von Amts wegen

Schrifttum: GURN, Auswirkungen der Günstigerprüfung nach § 10 Abs. 4a EStG auf die steuerliche Förderung der Altersvorsorge, Inf. 2006, 947; RISTHAUS, JStG 2007: Günstigerprüfung innerhalb der Günstigerprüfung für Rürup-Rentenbeiträge, DB 2006, 2773.

A. Überblick

400

Rechtsentwicklung: Abs. 4a ist durch das AltEinkG v. 5.7.2004 (BGBl. I 2004, 1427; BStBl. I 2004, 554) mit Wirkung ab VZ 2005 eingefügt worden. Das JStG 2007 v. 13.12.2006 (BGBl. I 2006, 2878; BStBl. I 2007, 28) brachte durch Anfügung der Sätze 2 und 3 Verbesserungen für Stpfl. mit Beiträgen zu einer „Rürup-Versicherung“. Diese Änderungen sind bereits für den gesamten VZ 2006 anzuwenden (Art. 20 Abs. 4 JStG 2007). Das BürgEntlG-KV v. 16.7.2009 (BGBl. I 2009, 1959; BStBl. I 2009, 782) passte einige Verweise an den geänderten Abs. 1 an.

Regelungsinhalt: Abs. 4a sieht im Rahmen des Übergangs zur nachgelagerten Besteuerung eine von Amts wegen vorzunehmende Günstigerprüfung vor. Der Abzugsbetrag für Vorsorgeaufwendungen nach dem ab VZ 2005 geltenden Recht (Abs. 3, 4 nF) ist mit dem Betrag zu vergleichen, der sich bei einer Anwendung der bis VZ 2004 geltenden Höchstbetragsregelungen (Abs. 3 aF mit den in Abs. 4a nF enthaltenen Modifikationen, s. Anm. 401) ergeben hätte. Die Regelung ist seit der Änderung durch das JStG 2007 äußerst kompliziert formuliert. Im Ergebnis sind nunmehr drei Varianten miteinander zu vergleichen. Der Betrag, mit dem die Vorsorgeaufwendungen tatsächlich abgezogen werden können, richtet sich nach der für den Stpfl. günstigsten Variante:

- *Variante 1:* Abzug nach den allgemeinen Regeln der Abs. 3, 4 nF. Dies stellt den gesetzlichen Regelfall dar (Einzelheiten s. Anm. 402).
- *Variante 2:* Abzug der Vorsorgeaufwendungen nach Abs. 3 aF, zusätzlich Abzug der Beiträge zu „Rürup-Verträgen“ (s. Anm. 403).
- *Variante 3:* Abzug sämtlicher Vorsorgeaufwendungen (einschließlich der Beiträge zu „Rürup-Verträgen“) nach Abs. 3 aF (s. Anm. 404).

Die dargestellte Rechtslage gilt für VZ ab 2006. Für den VZ 2005 bestand hingegen nur die Wahl zwischen den Varianten 1 und 3.

Bedeutung der Regelung: Der nach dem Übergangsfaktor des Abs. 3 Satz 4 (s. Anm. 357) auf zunächst 60 % beschränkte Abzug der Altersvorsorgeaufwendungen kann dazu führen, dass Stpfl. in den ersten Jahren nach der Systemumstellung geringere Abzugsmöglichkeiten haben als zuvor (zu den typischerweise davon betroffenen Fallgruppen s. Anm. 403). Daher hat der Gesetzgeber für eine Übergangszeit eine Günstigerprüfung zwischen altem und neuem Recht angeordnet.

Dies führt für mindestens 15 Jahre zur parallelen Anwendung sowohl des alten als auch den neuen Rechts und bewirkt damit eine erhebliche Komplizierung. Generell erscheinen die Übergangsfristen im Rahmen der Systemumstellung als viel zu lang geraten. Verfassungsrechtl. geboten ist eine solche Günstigerprüfung ohnehin nicht, da der Gesetzgeber im Rahmen einer grundlegenden Systemumstellung nicht daran gehindert ist, stl. Abzugsmöglichkeiten im Vergleich zum bisher geltenden Recht zu beschränken.

Einstweilen frei.

401

B. Abzug nach den allgemeinen Regeln der Abs. 3, 4 nF

402

Gesetzlicher Regelfall ist der Abzug der Vorsorgeaufwendungen bis zu den nach Maßgabe der Abs. 3, 4 nF ermittelten Höchstbeträgen. Dies hat zur Folge, dass Beiträge zu einer „Rürup-Versicherung“ in jedem Fall nur mit dem sich aus Abs. 3 Satz 6 ergebenden Prozentsatz abgezogen werden können, obwohl die später bezogenen Leistungen mit einem höheren Prozentsatz versteuert werden müssen (zur Kritik s. Anm. 130).

In den folgenden Fallgruppen ist die Anwendung des neuen Rechts jedoch typischerweise ungünstiger als die Fortgeltung der bisherigen Höchstbeträge; vor allem hierfür hat der Gesetzgeber die Günstigerprüfung vorgesehen:

Beim Steuerpflichtigen fallen nur relativ geringe Altersvorsorgeaufwendungen, aber hohe sonstige Vorsorgeaufwendungen an: Dies kann etwa bei Freiberuflern oder Gewerbetreibenden der Fall sein, die eine Altersvorsorge über Kapitallebensversicherungen aufgebaut haben. Entsprechende Beiträge zählen nicht zu den nach Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b nF begünstigten Altersvorsorgeaufwendungen und sind ab 2005 nur im Rahmen des geringen Höchstbetrags nach Abs. 4 abziehbar. Da dieser Personengruppe aber der ungekürzte Vorwegabzug nach der bis 2004 geltenden Regelung zusteht, ist deren weitere Anwendung idR günstiger. Auch für Personen, die sich bereits im Ruhestand befinden und daher keine Altersvorsorgeaufwendungen mehr, wohl aber zB hohe Beiträge zur Krankenversicherung zu entrichten haben, wird die bisherige Regelung idR günstiger sein.

Arbeitnehmer mit relativ geringem Arbeitslohn konnten bis 2004 häufig ihre gesamten Vorsorgeaufwendungen abziehen, weil der Vorwegabzug bei geringen Arbeitslöhnen nicht in voller Höhe gekürzt wurde. Nach der Neuregelung ist – beim Fehlen sonstiger Altersvorsorgeaufwendungen – nur ein sehr geringer Anteil des Rentenversicherungsbeitrags nach Abs. 3 nF abziehbar (vgl. das erste Beispiel in Anm. 350); der Abzug der übrigen Vorsorgeaufwendungen ist nach Abs. 4 nF eng begrenzt. Die Günstigerprüfung ermöglicht es diesem Personenkreis, weiterhin die gesamten Vorsorgeaufwendungen abzuziehen.

403

C. Abzug der Vorsorgeaufwendungen nach Abs. 3 aF, zusätzlich Abzug der Beiträge zu „Rürup-Verträgen“ (Abs. 4a Sätze 1 und 3)

Hier ist zu differenzieren: Für die Vorsorgeaufwendungen nach Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a (gesetzliche Altersvorsorge) sowie nach Abs. 1 Nr. 3, 3a (sämtliche Vorsorgeaufwendungen, die nicht unter die Regelungen zur Altersvorsorge fallen) gelten die Höchstbeträge nach Abs. 3 in der bis 2004 geltenden Fassung. Demgegenüber können Beiträge nach Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b (kapitalgedeckte Altersvorsorge/„Rürup-Rente“) seit VZ 2006 auch über diese Höchstbeträge hinaus abgezogen werden („Erhöhungsbetrag“; s.u.).

Die begünstigten Vorsorgeaufwendungen bestimmen sich auch bei Anwendung des bis 2004 geltenden Rechts nach Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a, Nr. 3, 3a in der ab 2005/2010 geltenden Fassung. Dies ist für den Stpfl. in aller Regel günstig, weil die Neuregelung mehr Versicherungsarten einbezieht als die frühere Fassung des Abs. 1 Nr. 2. Die von KRATZSCH (StB 2004, 406 [411]) geäußerten verfassungsrechtl. Bedenken greifen daher uE nicht durch.

Der Höhe nach gelten die Höchstbeträge des Abs. 3 aF einschließlich des Vorwegabzugs bis zum Jahr 2010 zunächst unverändert fort. Von 2011 bis 2019 werden dann die für den Vorwegabzug geltenden Beträge (nicht jedoch die sonstigen Höchstbeträge des Abs. 3 aF) schrittweise abgeschmolzen. Ab dem Jahr 2020 – wenn ohnehin bereits 90 % der Altersvorsorgeaufwendungen nach Abs. 3 nF abgezogen werden können – entfällt die Günstigerprüfung.

Erhöhungsbetrag für Beiträge zur kapitalgedeckten Altersvorsorge (Abs. 4a Satz 3): Für diese Beiträge wird seit VZ 2006 im Rahmen der Günstigerprüfung ein zusätzlicher Erhöhungsbetrag gewährt, dessen Ermittlung sich

weitgehend an den Regelungen des Abs. 3 nF orientiert (s. dazu Anm. 350 ff.). Obergrenze für den Erhöhungsbetrag sind die in Abs. 3 Sätzen 1 und 2 genannten Höchstbeträge (20 000 €, bei Zusammenveranlagung 40 000 €). Der Höchstbetrag ist bei den in Abs. 3 Satz 3 genannten Stpfl. um den fiktiven Gesamtbeitrag zur allgemeinen Rentenversicherung zu kürzen. Ferner ist der Höchstbetrag (nicht etwa der tatsächliche Aufwand auf den „Rürup-Vertrag“!) um die Beiträge zur gesetzlichen Altersvorsorge (Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a) sowie um den stfreien ArbGAnteil/-zuschuss zur gesetzlichen Rentenversicherung (§ 3 Nr. 62) zu kürzen. Anschließend sind mit dem so ermittelten und ggf. gekürzten Höchstbetrag die tatsächlichen Beiträge zu „Rürup-Verträgen“ zu vergleichen. Auf den *niedrigeren* der beiden Beträge ist dann noch der Übergangsfaktor (Abs. 3 Sätze 4 und 6) anzuwenden (im VZ 2009 zB 68 %). Das Ergebnis ist der „Erhöhungsbetrag“, der im Rahmen der Günstigerprüfung zusätzlich zu dem Höchstbetrag nach Abs. 3 aF abgezogen werden kann.

Beispiel (für den VZ 2009): Ein lediger Gewerbetreibender zahlt 10 000 € auf einen „Rürup-Vertrag“ ein; seine sonstigen Vorsorgeaufwendungen belaufen sich auf 5 000 €.

► Berechnung nach Abs. 3, 4 nF: Abzug der Beiträge zur kapitalgedeckten Altersvorsorge gem. Abs. 3 nF mit 68 % von 10 000 € (6 800 €), zusätzlich Abzug der sonstigen Vorsorgeaufwendungen mit 2 400 € (Abs. 4 Satz 1 nF). Gesamtanzug: 9 200 €.

► Günstigerprüfung nach Abs. 4a Sätze 1 und 3: Für die sonstigen Vorsorgeaufwendungen ist Abs. 3 aF anzuwenden. Danach ist für die Gesamtaufwendungen (5 000 €) zunächst der Vorwegabzug (3 068 €) und der Grundhöchstbetrag (1 334 €) zu gewähren. Die verbleibenden Aufwendungen (598 €) sind zur Hälfte abziehbar (299 €). Insgesamt beläuft sich der Abzug nach Abs. 3 aF auf 4 701 €. – Hinzu kommt der Erhöhungsbetrag für die Beiträge zum „Rürup-Vertrag“ (68 % von 10 000 € = 6 800 €). Der Gesamtanzug für Vorsorgeaufwendungen beträgt 11 501 € und ist damit deutlich höher als der sich nach Abs. 3, 4 nF ergebende Betrag von 9 200 €.

Kritik: Nach der gesetzlichen Regelung bleibt es dabei, dass Beiträge zu „Rürup-Verträgen“ nur *teilweise* abgezogen werden können, obwohl sie später mit einem höheren Prozentsatz zu versteuern sind. Anstelle der überkomplizierten Günstigerprüfung nach Abs. 4a wäre daher ein eigenständiger Abzug der Beiträge zu „Rürup-Verträgen“ in *voller* Höhe vorzugswürdig gewesen.

D. Abzug sämtlicher Vorsorgeaufwendungen (einschließlich der Beiträge zu „Rürup-Verträgen“) nach Abs. 3 aF (Abs. 4a Sätze 1 und 2)

404

In dieser Variante gelten ebenfalls die Höchstbeträge nach Abs. 3 aF. Allerdings wird für die Beiträge zu „Rürup-Verträgen“ kein Erhöhungsbetrag gewährt. Vielmehr werden diese Beiträge in die Höchstbetragsberechnung einbezogen. Dies ist vor allem dann günstig, wenn der Stpfl. insgesamt relativ geringe Vorsorgeaufwendungen hat. Würde hier Abs. 3 nF (ggf. in Form des Erhöhungsbetrags nach Abs. 4a Satz 3 nF) angewendet, wäre nur ein *Teil* der Beiträge zu „Rürup-Verträgen“ abziehbar (s. Anm. 403). Weil die Höchstbetragsregelung nach Abs. 3 aF bei geringen Vorsorgeaufwendungen aber den Abzug *sämtlicher* Aufwendungen ermöglicht, wird durch die Einbeziehung der „Rürup-Beiträge“ in die allgemeinen Höchstbeträge erreicht, dass auch diese Beiträge in *vollem* Umfang abgezogen werden können.

Beispiel (für den VZ 2009; zahlreiche weitere Beispiele bei RISTHAUS, DB 2006, 2773; GURN, Inf. 2006, 947; MYSSSEN/WOLTER, NWB 2009, 2313 [2330 ff.]): Ein lediger ArbN bezieht Arbeitslohn iHv 10 000 € und zahlt neben den Beiträgen zur gesetzlichen Sozi-

alversicherung (2000 €, davon 1000 € ArbN-Anteil zur gesetzlichen Rentenversicherung) noch 1000 € auf einen „Rürup-Vertrag“.

► *Berechnung nach Abs. 3, 4 nF*: Die gesamten Altersvorsorgeaufwendungen (einschließlich ArbG-Anteil zur gesetzlichen Rentenversicherung) betragen 3000 €. Hiervon sind nach Anwendung des Übergangsfaktors (68 %) 2040 € abziehbar. Dieser Betrag ist noch um den streifen ArbG-Anteil (1000 €) zu vermindern. Es verbleiben nach Abs. 3 nF abzichbare Altersvorsorgeaufwendungen von 1 040 €. – Nach Abs. 4 Satz 2 nF sind die sonstigen Vorsorgeaufwendungen in ihrer tatsächlichen Höhe (1000 €) abziehbar, da der Höchstbetrag von 1500 € nicht überschritten wird. Insgesamt können Vorsorgeaufwendungen von 2040 € abgezogen werden.

► *Günstigerprüfung nach Abs. 4a Sätze 1 und 3*: Diejenigen Vorsorgeaufwendungen, die nicht Beiträge zur „Rürup-Rente“ sind (gesetzliche Sozialversicherung), sind in voller Höhe abziehbar, da die Höchstbeträge nach Abs. 3 aF nicht überschritten werden (2000 €). Der Erhöhungsbetrag für die Beiträge zur „Rürup-Rente“ (1000 €) beläuft sich nach Anwendung des Übergangsfaktors (68 %) auf 680 €. Insgesamt können Vorsorgeaufwendungen von 2680 € abgezogen werden.

► *Mindestabzug nach Abs. 4a Sätze 1 und 2*: Hier werden auch die Beiträge zur „Rürup-Rente“ in die Höchstbetragsberechnung nach Abs. 3 aF einbezogen (insgesamt 3000 €). Der Vorwegabzug von 3 068 € ist um 16 % des Arbeitslohns (1600 €) zu kürzen, so dass 1468 € verbleiben. Zusätzlich ist der Grundhöchstbetrag von 1334 € zu gewähren (Summe: 2802 €). Von den verbleibenden Aufwendungen (198 €) können 50 % (99 €) abgezogen werden. Insgesamt beläuft sich der Abzug für Vorsorgeaufwendungen auf 2901 €. Diese Variante ist daher bei geringen Einkünften idR die günstigste.

405–419 Einstweilen frei.

Erläuterungen zu Abs. 5: Verordnungsermächtigung

420

A. Allgemeine Erläuterungen zu Abs. 5

Abs. 5 enthält die Ermächtigung zum Erlass einer Rechtsverordnung.

Rechtswentwicklung: Mit dem StÄndG v. 24.6.1953 (BGBl. I 1953, 413; BStBl. I 1953, 192) wurde in Abs. 1 Nr. 2 Satz 6 erstmals eine Ermächtigungsgrundlage für die Nachversteuerung von Vorsorgeaufwendungen im Fall der vorzeitigen Auszahlung, Abtretung oder Beileihung der Versicherungs- oder Bausparsumme aufgenommen (Durchführungsregelungen in §§ 15a, 15b EStDV 1953).

Die Regelung wurde durch das StNeuordnungsg v. 16.12.1954 (BGBl. I 1954, 373; BStBl. I 1954, 575) unter Vornahme gewisser Vereinfachungen in Abs. 2 und – nach zahlreichen Änderungen in der Folgezeit – durch das EStReformG v. 5.8.1974 (BGBl. I 1974, 1769; BStBl. I 1974, 530) in Abs. 6 und das StReformG 1990 v. 25.7.1988 (BGBl. I 1988, 1093; BStBl. I 1988, 224) an ihren heutigen Standort in Abs. 5 überführt. Mit dem StÄndG 1992 v. 25.2.1992 (BGBl. I 1992, 297; BStBl. I 1992, 146) wurde der heute einzig verbliebene Nachsteuertatbestand der stschädlichen Abtretung oder Beileihung von Versicherungsansprüchen eingeführt. Das Ges. zur Neuregelung der strechtl. Wohneigentumsförderung v. 15.12.1995 (BGBl. I 1995, 1783; BStBl. I 1995, 775) brachte eine Vereinfachung durch Wegfall der Nachsteuerungsregelung für Bausparbeiträge (insoweit Übergangsregelung bis einschließlich VZ 2005 in § 52 Abs. 12 Satz 6 EStG 1995 = § 52 Abs. 24 Satz 5 EStG 2004, § 84 Abs. 3 EStDV).

Das AltEinkG v. 5.7.2004 (BGBl. I 2004, 1427; BStBl. I 2004, 554) gab der Nachversteuerungsregelung unter weiterer Vereinfachung ihre bis VZ 2009 gültige Gestalt. Mit dem BürgEntlG-KV v. 16.7.2009 (BGBl. I 2009, 1959; BStBl. I 2009, 782) wurde Abs. 5 vollständig neu gefasst. Die dort genannte Rechtsver-

ordnung betrifft nunmehr die Aufteilung der Beitragsanteile zu privaten Krankenversicherungen; der Inhalt des Abs. 5 aF gilt gem. § 52 Abs. 24b für Altverträge aber fort.

Einstweilen frei.

421–422

B. Regelungsinhalt ab VZ 2010 (Aufteilung von Beiträgen zu privaten Krankenversicherungen)

423

Abs. 5 ermächtigt ab VZ 2010 zum Erlass einer Rechtsverordnung, die der Ermittlung der nicht abziehbaren Beitragsteile zu privaten Krankenversicherungen (Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 Buchst. a Satz 3) dienen soll. Von dieser Ermächtigung hat der Verordnungsgeber mit dem Erlass der KVBEVO Gebrauch gemacht; zu Einzelheiten s. Anm. 161 f.

Einstweilen frei.

424

C. Fortgeltender Regelungsinhalt des Abs. 5 aF iVm. §§ 29, 30 EStDV

I. Überblick

425

Abs. 5 aF enthält die erforderliche Ermächtigungsgrundlage für die Regelungen der §§ 29, 30 EStDV. Danach ist bei „alten“ Renten- und Kapitallebensversicherungen iSd. Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b (zu den in zeitlicher und sachlicher Hinsicht erfassten Versicherungsvertragsarten s. Anm. 191) eine Nachversteuerung durchzuführen, wenn die Versicherungsansprüche der Tilgung oder Sicherung bestimmter Darlehen dienen (Abs. 2 Satz 2 in der bis 2004 geltenden Fassung; s. Anm. 195 ff.). § 29 EStDV ordnet für Sicherungsnehmer, Versicherungsunternehmen und den Stpfl. Anzeigepflichten an (s. Anm. 430); § 30 EStDV regelt die technische Durchführung der Nachversteuerung (s. Anm. 431). Nach § 51 Abs. 1 Nr. 3 wird die RechtsVO durch die BReg. mit Zustimmung des BRates erlassen. Abs. 5 aF ist durch das BürgEntlG-KV zwar mit Wirkung ab VZ 2010 aufgehoben worden, gilt für Altverträge aber fort (§ 52 Abs. 24b).

II. Voraussetzungen für die Durchführung einer Nachversteuerung

426

Sachlicher Anwendungsbereich: Die Nachversteuerung ist seit VZ 2005 nur noch bei Versicherungen iSd. Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b anzuwenden. Dabei handelt es sich um Altverträge über Rentenversicherungen mit und ohne Kapitalwahlrecht sowie Kapitalversicherungen (Einzelheiten s. Anm. 191).

Zeitlicher Anwendungsbereich: Da Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b nur noch für Versicherungsverträge gilt, deren Laufzeit vor dem 1.1.2005 begonnen hat (Einzelheiten s. Anm. 192), beschränkt sich auch der Anwendungsbereich der Nachversteuerungsregelung auf diese Altverträge, gilt dann aber für deren gesamte Laufzeit.

Auslösendes Ereignis für die Nachversteuerung: Diese ist durchzuführen, wenn die Voraussetzungen für den SA-Abzug nach Abs. 2 Satz 2 in der am 31.12.2004 geltenden Fassung nicht erfüllt sind. Einziger Nachversteuerungsfall

ist damit nunmehr die Verwendung der Ansprüche aus den begünstigten Versicherungsverträgen zur Tilgung oder Sicherung bestimmter Darlehen (Einzelheiten s. Anm. 195 ff.). Wenn die Voraussetzungen für den SA-Abzug bereits im Jahr der Zahlung der Versicherungsbeiträge nicht vorgelegen haben, kann ein dennoch (rechtsfehlerhaft) vorgenommener Abzug nur durch eine Korrektur der Veranlagung dieses VZ, nicht aber durch eine Nachversteuerung rückgängig gemacht werden (FG Rhld.-Pf. v. 6.3.1985, EFG 1985, 392, rkr.).

Bis VZ 2004 war eine Nachversteuerung auch dann vorzunehmen, wenn bei Rentenversicherungen gegen Einmalbeitrag (Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b Doppelbuchst. bb aF, s. Anm. 191) vor Ablauf der Vertragsdauer Einmalbeiträge ganz oder zum Teil zurückgezahlt wurden (Abs. 5 Nr. 2 aF). Bis VZ 2005 (§ 52 Abs. 24 Satz 5 EStG 2004, § 84 Abs. 3 EStDV) erstreckte sich die Nachversteuerung auch auf die vorzeitige Verwendung von Ansprüchen aus Bausparverträgen zu nicht begünstigten Zwecken (Abs. 5 Nr. 3 aF; Einzelregelungen in § 29 Abs. 3, 5, §§ 31, 32 EStDV aF; zu dem bis VZ 1995 geltenden SA-Abzug für Bausparbeiträge s. Anm. 500 „Bausparkassenbeiträge“).

427–429 Einstweilen frei.

III. Durchführung der Nachversteuerung

430 1. Anzeigepflichten (§ 29 EStDV)

§ 29 EStDV enthält für alle Personen, die an der „schädlichen Verwendung“ von Ansprüchen aus Versicherungsverträgen beteiligt sind, Anzeigepflichten. Diese sollen sicherstellen, dass das FA von dem Ereignis erfährt, das die Nachversteuerung auslöst.

Anzeigepflicht des Sicherungsnehmers (dh. der Person, an die die Ansprüche aus den Versicherungsverträgen zum Zweck der Darlehenssicherung abgetreten werden): Sicherungsnehmer müssen bei Versicherungsverträgen, deren Laufzeit vor 2005 begonnen hat, dem für die Veranlagung des *Versicherungsnehmers* zuständigen FA die Abtretung der Ansprüche unverzüglich anzeigen (§ 29 Satz 1 EStDV). Bei diesen Verträgen löst *jede* Abtretung die Anzeigepflicht aus; es kommt nicht darauf an, ob die Voraussetzungen eines der Ausnahmetatbestände (§ 10 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a–c aF) vorliegen. Für Verträge, die ab 2005 abgeschlossen werden, gilt die Anzeigepflicht hingegen nicht mehr, weil es hier weder zu einem SA-Abzug noch zu einer Nachversteuerung kommen kann.

Anzeigepflicht des Versicherungsunternehmens: Das Versicherungsunternehmen ist nur dann zur Anzeige verpflichtet, wenn der Sicherungsnehmer (nicht etwa der *Versicherungsnehmer!*) bei einem Altvertrag Wohnsitz, Sitz oder Geschäftsleitung im Ausland hat (§ 29 Satz 2 EStDV). Ob dies der Fall ist, wird das Versicherungsunternehmen idR den ihm übersandten Abtretungsunterlagen entnehmen können.

Anzeigepflicht des Steuerpflichtigen (Versicherungsnehmers): Dieser ist bei Altverträgen in jedem Fall zur Anzeige der Abtretung oder Beleihung verpflichtet (§ 29 Satz 4 EStDV).

Bagatellregelung: Wenn der Versicherungsnehmer einen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat, gelten die Anzeigepflichten der Sicherungsnehmer und Versicherungsunternehmen nur, wenn das besicherte Darlehen den Betrag von 25 565 € übersteigt (§ 29 Satz 3 EStDV). Der Versicherungsnehmer selbst bleibt allerdings unabhängig von der Höhe des Darlehensbetrags zur Anzeige verpflichtet.

Die Regelung enthält zwar eine Anknüpfung an den Wohnsitz des Versicherungsnehmers, ist europarechtl. aber durch das Erfordernis wirksamer stl. Kontrolle gerechtfertigt. Denn die deutsche FinVerw. hat keine Möglichkeit, ausländ. Versicherungsnehmer zur Erfüllung ihrer *eigenen* Anzeigepflicht zu zwingen.

2. Festsetzung der Nachsteuer (§ 30 EStDV)

431

Technische Durchführung der Nachversteuerung: § 30 EStDV sieht nicht etwa vor, dass der StBescheid für den VZ, in dem der SA-Abzug gewährt worden ist, berichtigt wird. Vielmehr wird der Unterschiedsbetrag zwischen der damals tatsächlich festgesetzten Steuer und der Steuer, die ohne Ansatz der begünstigten Versicherungsbeiträge festzusetzen gewesen wäre, als Nachsteuer für den VZ festgesetzt, in dem das Ereignis eingetreten ist, das die Nachversteuerung ausgelöst hat (s. auch R 10.6 EStR 2008).

Die Nachsteuer wird der tariflichen ESt. zur Ermittlung der festzusetzenden ESt. hinzugerechnet (so seit VZ 1996 § 2 Abs. 6 Satz 1), ist rechtl. also Teil der StSchuld für das Jahr der schädlichen Verwendung. Dies hat ua. zur Folge, dass der Solidaritätszuschlag (SolZ) auch dann unter Einbeziehung der Nachsteuer festzusetzen ist, wenn im Jahr des SA-Abzugs noch kein SolZ erhoben wurde (anders für die Rechtslage vor Änderung des § 2 Abs. 6 Satz 1 BFH v. 19.5.1999 – XI R 87/95, BFH/NV 2000, 942).

Sinn dieses Verfahrens: Bei seiner Einführung im Jahr 1953 sollte die technische Ausgestaltung als Nachsteuer Berichtigungsveranlagungen für frühere VZ vermeiden und dadurch der Verwaltungsvereinfachung dienen.

Heute wird hingegen überwiegend die Auffassung vertreten, dass es einfacher wäre, die schädliche Verwendung als rückwirkendes Ereignis (§ 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO) anzusehen und die Veranlagung des VZ des SA-Abzugs zu ändern (vgl. Anm. in HFR 1987, 189; HFR 1994, 656). Diese Erwägung ist sicherlich dann zutreffend, wenn der VZ des SA-Abzugs zeitlich noch nicht allzu lange zurückliegt, weil die FinVerw. die Veranlagungsdaten dann noch in ihrer EDV gespeichert hat. Die Daten länger zurückliegender VZ werden allerdings nicht zeitlich unbegrenzt gespeichert, so dass sich angesichts der uU sehr langen Laufzeiten begünstigter Versicherungsverträge (ggf. mehr als 30 Jahre) die Notwendigkeit personeller Korrekturveranlagungen ergeben würde. In diesen Fällen ist allerdings ohnehin unklar, aufgrund welcher Unterlagen die FinVerw. die Steuer, die damals ohne Ansatz der Versicherungsbeiträge festzusetzen gewesen wäre, ermitteln will, da nach so langen Zeiträumen nicht nur die Daten gelöscht, sondern auch die StAkten vernichtet werden.

Eigenständige Korrekturvorschrift: § 30 EStDV stellt eine Spezialregelung zu § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO dar (BFH v. 26.8.1986 – IX R 6/81, BStBl. II 1987, 164 unter 2.; v. 15.12.1999 – XI R 53/99, BStBl. II 2000, 292). Es handelt sich um eine eigenständige Korrekturvorschrift; ihre Anwendung ist daher auch dann zulässig, wenn keine andere Korrekturvorschrift anwendbar ist (dies verkennt FG Ba.-Württ. v. 14.2.2001, EFG 2001, 641, rkr., das § 30 EStDV nur anwenden will, wenn zugleich die Voraussetzungen des § 173 AO vorliegen).

Vorrang der Korrektur des Abzugsjahrs? Die Rspr. wendet das in § 30 EStDV angeordnete Verfahren nicht an, wenn die Veranlagung für den VZ des SA-Abzugs noch nicht materiell bestandskräftig ist. In diesem Fall soll statt der Festsetzung einer Nachsteuer die Veranlagung des Abzugsjahres nach den allgemeinen Regeln geändert werden, wofür in der Rspr. unterschiedliche Begründungen gegeben wurden.

Vereinfachungsgründe (BFH v. 1.12.1964 – IV 160/63, HFR 1965, 263); es bestehe kein Anlass für die Festsetzung einer Nachsteuer (BFH v. 13.7.1967 – VI 291/65, BStBl. III 1967, 575); venire contra factum proprium (BFH v. 26.8.1986 – IX R 6/81, BStBl. II 1987, 164 unter 2.). UE ist dies zweifelhaft, weil verfahrensrechtl. Regelungen strikt auszulegen und anzuwenden sind, § 30 EStDV aber keinen Anhaltspunkt für eine abweichende Behandlung derartiger Fälle enthält.

Saldierung mit Rechtsfehlern des Abzugsjahres? Innerhalb der Rspr. ist umstritten, ob im Rahmen der Nachversteuerung zugunsten des Stpfl. eine Saldierung mit Rechtsfehlern der Veranlagung für den VZ des SA-Abzugs vorzunehmen ist (§ 177 AO). Während der X. Senat dies jedenfalls für das Nachschieben weiterer Vorsorgeaufwendungen, die sich bisher wegen der Höchstbeträge nicht ausgewirkt haben, bejaht (BFH v. 1.6.1994 – X R 90/91, BStBl. II 1994, 849, m. krit. Anm. WEBER-GRELLET [XI. Senat], FR 1994, 716), hat der XI. Senat des BFH diese Frage verneint (BFH v. 15.12.1999 – XI R 53/99, BStBl. II 2000, 292, m. krit. Anm. v. GROLL [X. Senat], FR 2000, 734; aA auch Anm. in HFR 1987, 189 [190]).

UE ist der erstgenannten Auffassung zu folgen, da kein Grund dafür ersichtlich ist, zwar einerseits die Besteuerungsgrundlagen der früheren Festsatzung für die Ermittlung der Nachsteuer heranzuziehen, andererseits aber die nach § 177 AO gebotene Begrenzung der Korrekturmöglichkeit auszuschließen. Zudem kommt es zu Wertungswidersprüchen, wenn die Veranlagung des Abzugsjahrs noch nicht materiell bestandskräftig ist, weil nach Auffassung der Rspr. dann statt der Nachversteuerung der SA-Abzug im Abzugsjahr zu versagen ist. In einem solchen Fall ist § 177 AO aber unzweifelhaft anwendbar.

432–499 Einstweilen frei.

500

ABC der Sonderausgaben

Abgeordnete: zur Kürzung des Höchstbetrags für Altersvorsorgeaufwendungen s. Anm. 353.

Abtretung von Ansprüchen aus Renten- und Kapitalversicherungen: s. Anm. 195 ff.

Abzugsberechtigung: s. Anm. 35 ff.

Abzugszeitpunkt: s. Anm. 40 ff.

Altersvorsorge: s. Anm. 120 ff.

Anzeigepflicht bei Abtretung und Beleihung von Ansprüchen aus Renten- und Kapitalversicherungen (§ 29 EStDV): s. Anm. 430.

Arbeitgeberanteil: s. Anm. 126, 145, 359.

Arbeitslosigkeit: Beiträge zu Versicherungen gegen Arbeitslosigkeit sind abziehbar, s. Anm. 173.

Arbeitszimmer: Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer können nicht als StBeratungskosten abgezogen werden (s. Anm. 221), ggf. aber als Ausbildungskosten (s. Anm. 242).

Ausbildungskosten: s. Anm. 230 ff.

Ausland: s. Anm. 14 f. und die dortigen Verweisungen.

Außergewöhnliche Belastungen: zum Verhältnis zwischen § 10 und §§ 33 ff. s. Anm. 19.

Aussetzungszinsen: s. „Steuerzinsen“.

Aussteuerversicherung: Bis VZ 2004 abgeschlossene Verträge können als Versicherung auf den Erlebensfall begünstigt sein (s. Anm. 191).

Bausparkassenbeiträge: Bis zur Abschaffung durch das Ges. zur Neuregelung der strechtl. Wohneigentumsförderung v. 15.12.1995 (BGBl. I 1995, 1783; BStBl. I 1995, 775) konnten auch Beiträge an Bausparkassen zur Erlangung von

Baudarlehen als SA (Vorsorgeaufwendungen) abgezogen werden (Abs. 1 Nr. 3 aF, anwendbar bis VZ 1995); seit VZ 1990 allerdings nur noch zu 50 % (wegen der zahlreichen Rechtsänderungen im Einzelnen s. Anm. 4).

Diese bereits im EStG 1934 enthaltene systemfremde Vergünstigung (Einzahlungen auf einen Bausparvertrag stellen im stl. Sinne schon keine „Aufwendungen“ dar, weil es sich um bloße Vermögensumschichtungen handelt) diente der Förderung des Wohnungsbaus, eröffnete aber auch Mitnahmeeffekte, da es nach Ablauf einer gewissen Sperrfrist nicht mehr auf die tatsächliche Verwendung der Einzahlungen zu den begünstigten Zwecken ankam. In diesen Fällen diente der Tatbestand nur der Förderung der allg. Vermögensbildung, wirkte sich aber gleichheitsrechtl. bedenklich aus, weil bei sozialversicherungspflichtigen ArbN die für Vorsorgeaufwendungen geltenden Höchstbeträge idR schon durch die Sozialversicherungsbeiträge ausgeschöpft waren, während Beamte vom SA-Abzug für Bausparbeiträge profitieren konnten. Der Wegfall dieser Vorschrift ist daher zu begrüßen.

Die stl. Förderung des Bausparwesens wird auch gegenwärtig noch fortgeführt durch die Gewährung einer (einkommensabhängigen) Wohnungsbauprämie nach dem WoPG.

Beamte: zur Kürzung des Höchstbetrags für Altersvorsorgeaufwendungen s. Anm. 353; zum geringeren Höchstbetrag für sonstige Vorsorgeaufwendungen s. Anm. 388.

Beleihung von Ansprüchen aus Renten- und Kapitalversicherungen: s. Anm. 195 ff.

Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung: allg. s. Anm. 126; zur Kürzung des Höchstbetrags für Altersvorsorgeaufwendungen bis zur Beitragsbemessungsgrenze (Abs. 3 Satz 3) s. Anm. 356.

Berufsausbildungskosten: s. Anm. 230 ff.

Berufsständische Versorgungseinrichtungen: s. Anm. 128.

Berufsunfähigkeitsversicherungen, die einen *ergänzenden* Anspruch im Rahmen einer „Rürup-Rente“ gewähren, fallen unter Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b (s. Anm. 132), andere Berufsunfähigkeitsversicherungen unter Abs. 1 Nr. 3a (s. Anm. 174).

Betriebsausgaben: zur Abgrenzung zwischen SA und BA s. Anm. 45 und die dortigen Verweisungen.

Dauernde Lasten: s. Anm. 101 ff.

Darlehen: SA sind auch dann abziehbar, wenn sie durch eine Darlehensaufnahme finanziert werden (s. Anm. 43). Zum Abzugszeitpunkt bei der Darlehensfinanzierung von Ausbildungskosten s. Anm. 235.

Dread-Disease-Versicherung: s. Anm. 191.

Drittaufwand: s. Anm. 36.

Ehegatten: zur Abzugsberechtigung bei Aufwendungen zugunsten des Ehegatten s. Anm. 36; zum Abzug von Unterhaltsaufwendungen an den geschiedenen oder dauernd getrennt lebenden Ehegatten s. Anm. 50 ff.; zur Behandlung von Ausbildungskosten bei Ehegatten s. Anm. 240; zur Behandlung von Ehegatten bei der Ermittlung der Höchstbeträge für Vorsorgeaufwendungen s. Anm. 351 (Altersvorsorgeaufwendungen) und Anm. 390 (sonstige Vorsorgeaufwendungen).

Eingetragene Lebenspartnerschaft: zur Berücksichtigung von Trennungs- und Scheidungsunterhalt s. Anm. 58; zur Einbeziehung des Hinterbliebenen in die „Rürup-Rente“ s. Anm. 132.

Einmalbeitrag: zu Einmalbeiträgen zu privaten Altersvorsorgeverträgen s. Anm. 132; zu Einmalbeiträgen bei Renten- und Kapitalversicherungen s. Anm. 191.

Einzelrechtsnachfolge: zur Abzugsberechtigung s. Anm. 38.

Entgeltlicher Erwerb von Lebensversicherungen: s. Anm. 193.

Erbe: zur Abzugsberechtigung des Erben bei der Begleichung von SA-Schulden des Erblassers s. Anm. 38; zum Abzugsverbot bei beschränkter Stpfl. des Erben s. Anm. 14.

Erbschaftsteuer: zum Abzug verrenteter ErbSt. als dauernde Last s. Anm. 104, zum Abzug von Beiträgen zu einer ErbSt.-Versicherung s. Anm. 191.

Ergänzungsschulen: s. Anm. 293.

Ersatzschulen: s. Anm. 292.

Erstattung von Sonderausgaben: s. Anm. 42.

Erststudium: s. Anm. 232.

Erwerbsunfähigkeitsversicherungen, die einen *ergänzenden* Anspruch im Rahmen einer „Rürup-Rente“ gewähren, fallen unter Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b (s. Anm. 132), andere Erwerbsunfähigkeitsversicherungen unter Abs. 1 Nr. 3a (s. Anm. 174). Zur Absicherung des Erwerbsunfähigkeitsrisikos in der gesetzlichen Rentenversicherung s. Anm. 128.

Europarecht: s. Anm. 10 und die dortigen Verweise.

Feuerversicherung: nicht begünstigt (s. Anm. 180).

Fondsgebundene Lebensversicherung: s. Anm. 193.

Gegenleistungsrenten sind nicht nach Abs. 1 Nr. 1a abziehbar (s. Anm. 103).

Gesamtrechtsnachfolge: s. Anm. 38.

Geschäftsführer: zur Kürzung des Höchstbetrags für Altersvorsorgeaufwendungen s. Anm. 353.

Gesetzliche Rentenversicherung: zum SA-Abzug von Beiträgen zu den gesetzlichen Rentenversicherungen s. Anm. 126; zur Entrichtung von Rentenversicherungsbeiträgen als Voraussetzung für den Abzug der Aufwendungen für eine Haushaltshilfe (VZ 1990–2001) s. Anm. 265.

Grabpflege: s. Anm. 79.

Günstigerprüfung: s. Anm. 400 ff.

Haftpflichtversicherung: s. Anm. 176.

Hagelversicherung: nicht begünstigt (s. Anm. 180).

Hausgewerbetreibende: s. Anm. 126.

Haushaltshilfe: von VZ 1990 bis VZ 2001 nach Abs. 1 Nr. 8 begünstigt (s. Anm. 265).

Hausratversicherung: nicht begünstigt (s. Anm. 180).

Hauswirtschaftliche Beschäftigungsverhältnisse: s. Anm. 265.

Hobbykurse: nicht als Berufsausbildungskosten begünstigt (s. Anm. 232).

Höchstbeträge: für das Realsplitting s. Anm. 67, für Ausbildungskosten s. Anm. 238, für hauswirtschaftliche Beschäftigungsverhältnisse s. Anm. 265, für Altersvorsorgeaufwendungen s. Anm. 330 ff., für sonstige Vorsorgeaufwendungen s. Anm. 380 ff.

Internat: zum Abzug des Schulgelds s. Anm. 270 ff.

Kapitaldeckungsverfahren: s. Anm. 128, 132.

Kapitalversicherung: s. Anm. 191.

Kapitalwahlrecht: s. Anm. 191.

Kaskoversicherung: nicht begünstigt (s. Anm. 180).

Kinderbetreuungskosten: s. Anm. 210 ff., 250 ff.

Kirchensteuer: s. Anm. 200 ff.

Krankenversicherungen: s. Anm. 155 ff.

Kreditaufnahmeverbot: Vorsorgeaufwendungen konnten bis VZ 1987 nur abgezogen werden, wenn die Beiträge nicht fremdfinanziert wurden (Abs. 2 Nr. 1 aF). Seit dem Wegfall dieser Regelung kommt es auf die Herkunft der eingesetzten Mittel nicht mehr an (s. Anm. 43).

Künstler: Zur Behandlung des Beitragszuschusses der Künstlersozialkasse zugunsten selbständiger Künstler und Publizisten s. Anm. 145.

Kürzung des Höchstbetrags für Altersvorsorgeaufwendungen s. Anm. 353; zur Kürzung des bis VZ 2004 geltenden Vorwegabzugs s. Anm. 362 f.

Landwirtschaftliche Alterskassen: s. Anm. 127.

Lebenspartner: s. „eingetragene Lebenspartnerschaft“.

Lebensversicherung: s. Anm. 190 ff.

Leibrente: zum Abzug gezahlter Leibrenten aus bis 2007 geschlossenen Vermögensübergabeverträgen s. Anm. 106; zum Abzug von Beiträgen zum Erwerb einer Anwartschaft auf eine Leibrente aus einem privaten Altersvorsorgevertrag s. Anm. 132.

Loss of Licence-Versicherung: s. Anm. 174.

Mindesttodesfallschutz: s. Anm. 191.

Mittelherkunft: s. Anm. 43.

Nachversteuerung bei Abtretung und Beleihung von Ansprüchen aus Renten- und Kapitalversicherungen: s. Anm. 425 ff.

Nachzahlungszinsen: s. „Steuerzinsen“.

Nebenkosten zu Sonderausgaben können grds. nicht ihrerseits als SA abgezogen werden (s. Anm. 31; dort auch zu Ausnahmen).

Pflegeversicherung: s. Anm. 156, 172.

Private Altersversorgung: s. Anm. 130 ff.

Privatschulen: s. Anm. 270 ff.

Realsplitting: s. Anm. 50 ff.

Rechnung: zum Rechnungserfordernis für den Nachweis von Kinderbetreuungskosten s. Anm. 264.

Rechtsschutzversicherung: nicht begünstigt (s. Anm. 180).

Religionsgemeinschaften: s. Anm. 203.

Renten: zum Abzug von Renten, die auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhen, s. Anm. 70 ff.; zum Abzug von Beiträgen zu einer privaten Leibrentenversicherung („Rürup-Rente“) s. Anm. 130–140.

Rentenversicherung: zur gesetzlichen Rentenversicherung s. Anm. 126; zu privaten Altersvorsorgeverträgen s. Anm. 130 ff.; zu Rentenversicherungen in Form der Lebensversicherung s. Anm. 190 ff.

Risikoversicherung: s. Anm. 177.

Rückzahlung von Sonderausgaben: s. Anm. 42.

„Rürup-Rente“: s. Anm. 130–140.

Sachleistungen: s. Anm. 33; zum Abzug von Sachleistungen beim Realsplitting s. Anm. 55.

Sachversicherung: nicht begünstigt (s. Anm. 180).

Schuldzinsenabzug: Vom Inkrafttreten des EStG 1920 an bis einschließlich VZ 1973 waren sämtliche Schuldzinsen, die nicht bereits BA/WK darstellten (dh. *private* Schuldzinsen), als SA abziehbar (Abs. 1 Nr. 1 aF). In der Folgezeit galten zeitweise besondere Abzugstatbestände für bestimmte Arten privater Schuldzinsen (Abs. 1 Nr. 5 für StZinsen von VZ 1990–1998, s. „Steuerzinsen“; § 10e Abs. 6a für Zinsen zur Finanzierung selbstgenutzten Wohneigentums vom 1.10.1991 bis 31.12.1994).

Die – mit ihrer fehlenden Rechtfertigung und der Bekämpfung der Geldentwertung begründete (BTDrucks. 7/419, 1, 16, 46) – Streichung dieser Vergünstigung war verfassungsrechtl. nicht zu beanstanden (BFH v. 10.10.1975 – VI R 19/75, BStBl. II 1976, 69; BVerfG v. 13.3.1979 – 2 BvR 72/76, BVerfGE 50, 386 = BStBl. II 1979, 322; BFH v. 15.11.2006 – XI R 73/03, BStBl. II 2007, 387; Paus, DStZ 1994, 110; kritisch hingegen DRENSECK, DStR 1993, 1429). Sie bewirkte allerdings die zunehmende Attraktivität von Gestaltungen, durch die an sich private Schuldzinsen in den betrieblichen Bereich verlagert werden können (zB Zwei- und Mehrkontenmodelle). Die dadurch eintretenden Ungleichheiten haben weder Rspr. (BFH v. 4.7.1990 – GrS 2–3/88, BStBl. II 1990, 817; v. 8.12.1997 – GrS 1–2/95, BStBl. II 1998, 193) noch Gesetzgeber (§ 4 Abs. 4a) bisher in einer Weise in den Griff bekommen, die sowohl praktikabel als auch gleichheitsrechtl. überzeugend wäre.

Gleichwohl würde die – bisweilen auch heute noch geforderte – Wiedereinführung des allg. Schuldzinsenabzugs auf erhebliche verfassungsrechtl. Bedenken stoßen (jedenfalls eine verfassungsrechtl. *Pflicht* zur Wiedereinführung verneinend BFH v. 29.7.1998 – X R 105/92, BStBl. II 1999, 81, mit ausführlicher Begründung). Denn unter dem Gesichtspunkt der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ist es nicht gerechtfertigt, private Schuldzinsen zum Abzug zuzulassen (ebenso Einf. ESt. Anm. 29). Die Vertreter der Gegenauffassung berücksichtigen uE nicht hinreichend, dass die Wiedereinführung einer solchen Abzugsmöglichkeit die gleichheitsrechtl. Probleme nicht beseitigen, sondern vielmehr vergrößern würde (zB im Hinblick auf die Nichtabziehbarkeit von – in ihrer wirtschaftlichen Funktion teilweise vergleichbaren – privaten Miet-, zins“zahlungen; ebenso TIPKE, StuW 1971, 2, 17).

Schulgeld: s. Anm. 270 ff.

Seniorenstudium: nicht als Berufsausbildungskosten begünstigt (s. Anm. 232).

Steuerberatungskosten: s. Anm. 220 ff.

Steuerfreie Einnahmen: Die Verwendung steuerfreier Einnahmen zur Bezahlung von SA steht dem SA-Abzug grds. nicht entgegen (s. Anm. 43); für Vorsorgeaufwendungen enthält Abs. 2 Nr. 1 eine Ausnahme von diesem Grundsatz (s. Anm. 305).

Steuerzinsen: Nach Nr. 5 aF waren von 1990 bis 1998 Zinsen nach §§ 233a, 234, 237 AO (Nachzahlungs-, Stundungs- und Aussetzungszinsen) – ohne Begrenzung auf einen Höchstbetrag – im VZ ihres Abflusses als SA abziehbar.

Hinterziehungszinsen (§ 235 AO) waren hingegen nicht erfasst; dies sollte nach der Rspr. selbst dann gelten, wenn für die hinterzogenen Steuern zunächst Nachzahlungszinsen festgesetzt, diese aber auf eine spätere Festsetzung von Hinterziehungszinsen nach § 235 Abs. 4 AO angerechnet wurden (BFH v. 10.11.2004 – XI R 30/04, BStBl. II 2005, 274). Ebenfalls nicht abziehbar waren sonstige stl. Nebenleistungen wie Verspätungszuschläge (§ 152 AO), Säumniszuschläge (§ 240 AO) und Zwangsgelder (§ 329 AO). Der Gesetzgeber wollte vermeiden, dass der Sanktionscharakter dieser Nebenleistungen durch eine estl. Begünstigung abgeschwächt würde.

Die Regelung stellte eine Ausnahme von dem Grundsatz dar, dass private Schuldzinsen estl. grds. nichtabziehbar sind (s. „Schuldzinsen“); desgleichen eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass Nebenleistungen zu nichtabziehbaren Steuern ebenfalls nicht abziehbar sind (§ 12 Nr. 3 Halbs. 2). In Teilen der Rspr. wurde sie deshalb als systemwidrig bezeichnet (BFH v. 15.11.2006 – XI R 73/03, BStBl. II 2007, 387 unter II.2.; FG München v. 10.4.2002, EFG 2002, 1032, rkr.; FG Rhld.-Pf. v. 10.2.2004, EFG 2005, 1033, rkr.). Sie sollte die gleichzeitige Einführung der Vollverzinsung (§ 233a AO) flankieren (FinAussch., BTDrucks. 11/2536, 78). UE hatte die Vorschrift aber durchaus eine gewisse Berechtigung, da vom FA ausgezahlte Erstattungszinsen nach § 20 stpfl. sind und es insbes. bei nachträglichen Einkommensverlagerungen zu Steuerkumulativen kommen kann (BMF v. 5.10.2000, BStBl. I 2000, 1508 lässt dann Billigkeitsmaßnahmen zu). Die Rspr. hat einen Abzug der Nachzahlungszinsen als WK zu § 20 abgelehnt (BFH v. 18.6.2003 – IX B 199/03, BFH/NV 2003, 1326; v. 10.8.2005 – VIII B 324/04, BFH/NV 2006, 47; FG Köln v. 2.3.2007, EFG 2008, 617, nrkr., Rev. Az. BFH VIII R 33/07; aA Paus, FR 2007, 1055), was stsystematisch zwar zutreffend, für die betroffenen Stpfl. aber unbefriedigend ist.

Wenn eine Steuer estl. zu den BA/WK gehört (zB GewSt., USt., ggf. GrSt.), waren entsprechende Zinsen auch während der Geltungsdauer der Nr. 5 vorrangig als BA/WK abzuziehen. An dieser Abzugsmöglichkeit hat sich durch die Streichung der Nr. 5 nichts geändert.

Soweit die Streichung durch das StEntlG 1999/2000/2002 v. 24.3.1999 (BGBl. I 1999, 402; BStBl. I 1999, 304) auch Zinsen für VZ vor 1999 betrifft, ist die darin liegende unechte Rückwirkung jedenfalls dann zulässig, wenn die Zinsen erst nach der Verkündung des Änderungsgesetzes (31.3.1999) gezahlt werden (BFH v. 15.11.2006 – XI R 73/03, BStBl. II 2007, 387 unter II.2.; v. 6.12.2006 – XI R 27/05, BFH/NV 2007, 1101; v. 6.11.2007 – I B 88/07, BFH/NV 2008, 577). Das FG Köln (v. 27.6.2001, EFG 2004, 514, rkr. nach Rücknahme der Rev.) bejaht die Verfassungsmäßigkeit darüber hinaus auch bei Zahlungen vor Verkündung. Vorauszahlungen auf künftig festzusetzende Steuerzinsen, die bis Ende 1998 geleistet wurden, sind als SA abziehbar (s. Anm. 41).

Stundungszinsen: s. „Steuerzinsen“.

Trennung von Eheleuten: s. „Realsplitting“.

Übergangsfaktor bei Altersvorsorgeaufwendungen: s. Anm. 357.

Unfallversicherung: s. Anm. 175.

Unterhaltsleistungen: s. Anm. 50 ff.

Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen: s. Anm. 70 ff.

Vermögenswirksame Leistungen waren von VZ 1982 bis VZ 2004 vom Abzug als Vorsorgeaufwendungen ausgeschlossen, um eine Doppelförderung zu vermeiden (Abs. 2 Nr. 4 aF, s. Anm. 300).

Versicherungsbeiträge: s. „Vorsorgeaufwendungen“.

Versicherungsunternehmen: zu den begünstigten Unternehmen s. Anm. 310.

Versorgungsausgleich zwischen Ehegatten: Die Umbuchung von Rentenanwartschaften im Rahmen eines Versorgungsausgleichs führt nicht zu Beiträgen iSd. Abs. 1 Nr. 2 (s. Anm. 126); zum schuldrechtl. Versorgungsausgleich (Abs. 1 Nr. 1b) s. Anm. 115.

Versorgungsleistungen: s. Anm. 70 ff.

Versorgungswerk: s. Anm. 128.

Vorauszahlung von Sonderausgaben: s. Anm. 41.

Vorsorgeaufwendungen: zu Altersvorsorgeaufwendungen (Abs. 1 Nr. 2) s. Anm. 120–146, zu Krankheits- und Pflegevorsorgeaufwendungen (Abs. 1 Nr. 3) s. Anm. 150–167; zu sonstigen Vorsorgeaufwendungen (Abs. 1 Nr. 3a) s. Anm. 170–198. Zu weiteren Voraussetzungen für den Abzug von Vorsorgeauf-

wendungen (Abs. 2, 2a) s. Anm. 300–322, zu den Höchstbeträgen (Abs. 3–4a) s. Anm. 330–404.

Vorwegabzug: s. Anm. 362 f.

Werbungskosten: zur Abgrenzung zwischen SA und WK s. Anm. 45 und die dortigen Verweisungen.

Zinsen: s. „Schuldzinsenabzug“; zum Abzug von Nachzahlungs-, Stundungs- und Aussetzungszinsen s. „Steuerzinsen“.