

## § 15b

### Verluste im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen

eingefügt durch Ges. zur Beschränkung der Verlustverrechnung  
im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen v. 22.12.2005  
(BGBl. I 2005, 3683; BStBl. I 2006, 80)

(1) <sup>1</sup>Verluste im Zusammenhang mit einem Steuerstundungsmodell dürfen weder mit Einkünften aus Gewerbebetrieb noch mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten ausgeglichen werden; sie dürfen auch nicht nach § 10d abgezogen werden. <sup>2</sup>Die Verluste mindern jedoch die Einkünfte, die der Steuerpflichtige in den folgenden Wirtschaftsjahren aus derselben Einkunftsquelle erzielt. <sup>3</sup>§ 15a ist insoweit nicht anzuwenden.

(2) <sup>1</sup>Ein Steuerstundungsmodell im Sinne des Absatzes 1 liegt vor, wenn auf Grund einer modellhaften Gestaltung steuerliche Vorteile in Form negativer Einkünfte erzielt werden sollen. <sup>2</sup>Dies ist der Fall, wenn dem Steuerpflichtigen aufgrund eines vorgefertigten Konzepts die Möglichkeit geboten werden soll, zumindest in der Anfangsphase der Investition Verluste mit übrigen Einkünften zu verrechnen. <sup>3</sup>Dabei ist es ohne Belang, auf welchen Vorschriften die negativen Einkünfte beruhen.

(3) Absatz 1 ist nur anzuwenden, wenn innerhalb der Anfangsphase das Verhältnis der Summe der prognostizierten Verluste zur Höhe des gezeichneten und nach dem Konzept auch aufzubringenden Kapitals oder bei Einzelinvestoren des eingesetzten Eigenkapitals 10 vom Hundert übersteigt.

(4) <sup>1</sup>Der nach Absatz 1 nicht ausgleichsfähige Verlust ist jährlich gesondert festzustellen. <sup>2</sup>Dabei ist von dem verrechenbaren Verlust des Vorjahres auszugehen. <sup>3</sup>Der Feststellungsbescheid kann nur insoweit angegriffen werden, als der verrechenbare Verlust gegenüber dem verrechenbaren Verlust des Vorjahres sich verändert hat. <sup>4</sup>Handelt es sich bei dem Steuerstundungsmodell um eine Gesellschaft oder Gemeinschaft im Sinne des § 180 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe a der Abgabenordnung, ist das für die gesonderte und einheitliche Feststellung der einkommensteuerpflichtigen und körperschaftsteuerpflichtigen Einkünfte aus dem Steuerstundungsmodell zuständige Finanzamt für den Erlass des Feststellungsbescheids nach Satz 1 zuständig; anderenfalls ist das Betriebsfinanzamt (§ 18 Abs. 1 Nr. 2 der Abgabenordnung) zuständig. <sup>5</sup>Handelt es sich bei dem Steuerstundungsmodell um eine Gesellschaft oder Gemeinschaft im Sinne des § 180 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe a der Abgabenordnung, können die gesonderten Feststellungen nach Satz 1 mit der gesonderten und einheitlichen Feststellung der einkommensteuerpflichtigen und körperschaftsteuerpflichtigen Einkünfte aus dem Steuerstundungsmodell verbunden werden; in diesen Fällen sind die gesonderten Feststellungen nach Satz 1 einheitlich durchzuführen.

§ 52

Anwendungsvorschriften

idF des EStG v. 19.10.2002 (BGBl. I 2002, 4210; BStBl. I 2002, 1209),  
 zuletzt geändert durch Ges. zur Beschränkung der Verlustverrechnung  
 im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen v. 22.12.2005  
 (BGBl. I 2005, 3683; BStBl. I 2006, 80)

...

(33a) <sup>1</sup>§ 15b in der Fassung des Artikels 1 des Gesetzes vom 22. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3683) ist nur auf Verluste der dort bezeichneten Steuerstundungsmodelle anzuwenden, denen der Steuerpflichtige nach dem 10. November 2005 beigetreten ist oder für die nach dem 10. November 2005 mit dem Außenvertrieb begonnen wurde. <sup>2</sup>Der Außenvertrieb beginnt in dem Zeitpunkt, in dem die Voraussetzungen für die Veräußerung der konkret bestimmbar Fondsanteile erfüllt sind und die Gesellschaft selbst oder über ein Vertriebsunternehmen mit Außenwirkung an den Markt herantreten ist. <sup>3</sup>Dem Beginn des Außenvertriebs stehen der Beschluss von Kapitalerhöhungen und die Reinvestition von Erlösen in neue Projekte gleich. <sup>4</sup>Besteht das Steuerstundungsmodell nicht im Erwerb eines Anteils an einem geschlossenen Fonds, ist § 15b in der Fassung des Artikels 1 des Gesetzes vom 22. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3683) anzuwenden, wenn die Investition nach dem 10. November 2005 rechtsverbindlich getätigt wurde.

...

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

Inhaltsübersicht

Allgemeine Erläuterungen zu § 15b

	Anm.		Anm.
<b>I. Grundinformation zu § 15b</b> .....	1	b) Leistungsfähigkeitsprinzip .....	8
<b>II. Rechtentwicklung des § 15b</b>		c) Rechtsstaatsprinzip (Vertrauensschutz) ..	9
1. Aktuelle Entstehungsgeschichte .....	2	d) Bestimmtheitsgrundsatz .....	10
2. Zeitlicher Geltungsbereich der Neuregelung...	3	<b>IV. Geltungsbereich des § 15b</b>	
<b>III. Bedeutung des § 15b</b>		1. Sachlicher Geltungsbereich .....	15
1. Gesetzgeberische Zielsetzung der Vorschrift .....	5	2. Persönlicher Anwendungsbereich .....	16
2. Systematische Bedeutung der Vorschrift .....	6	<b>V. Verhältnis zu anderen Vorschriften</b> .....	17
3. Verfassungsrechtliche Bedeutung der Vorschrift		<b>VI. Verfahrensfragen</b> .....	19
a) Formelle Verfassungsmäßigkeit .....	7		

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

	Anm.		Anm.
<b>I. Erläuterungen zu Satz 1</b>			
1. Verluste . . . . .	20	aus anderen Einkunftsarten . . . . .	22
2. Zusammenhang mit einem Steuerstundungsmodell . . . . .	21	4. Kein Abzug nach § 10d . . . . .	23
3. Kein Ausgleich mit Einkünften aus Gewerbebetrieb oder mit Einkünften		<b>II. Erläuterungen zu Satz 2</b> . . . . .	25
		<b>III. Keine Anwendung des § 15a (Satz 3)</b> . . . . .	26

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

	Anm.		Anm.
<b>I. Modellhafte Gestaltung (Satz 1 und Satz 2)</b>			
1. Vorgefertigtes Konzept . . . . .	30	c) Einzelinvestition . . . . .	33
2. Einschränkende Auslegung des Konzepts im Sinne eines Modells		d) Rechtsform des Modells . . . . .	34
a) Vorbemerkung und Überblick . . . . .	31	3. Geplante steuerliche Vorteile in Form negativer Einkünfte . . . . .	35
b) Modellhafte Gestaltung . . . . .	32	<b>II. Unbeachtlichkeit der Verlustursache (Satz 3)</b> . . . . .	40

**Erläuterungen zu Abs. 3:  
Nichtaufgriffsgrenze**

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

**Erläuterungen zu Abs. 4:  
Verlustfeststellung**

	Anm.		Anm.
I. Jährliche gesonderte Feststellung . . . . .	50	IV. Anfechtbarkeit . . . . .	53
II. Nicht ausgleichsfähiger Verlust (Satz 1) . . . . .	51	V. Zuständigkeit . . . . .	54
III. Verrechenbarer Verlust des Vorjahres (Satz 2) . . . . .	52	VI. Verbindung der Einkünfte- und Verlustfeststellung (Satz 5) . . . . .	55

## Allgemeine Erläuterungen zu § 15b

**Schrifttum:** KEISINGER, Beschränkung der Verlustverrechnung bei Verlustzuweisungsmodellen nach § 2b EStG nach dem BMF-Schreiben vom 5.7.2000, INF 2000, 522; KOHLHAAS, Kritik des Anwendungsschreibens des BMF zu Verlustzuweisungsmodellen nach § 2b EStG vom 5.7.2000, FR 2000, 922; MEYER-SCHARENBERG/FLEISCHMANN, Das Anwendungsschreiben des § 2b EStG, DStR 2000, 1373; SÖFFING, § 2b EStG und der 2b-Erlass, DB 2000, 2340; HORLEMANN, Das BMF-Schreiben zu Verlustzuweisungsmodellen iSd § 2b EStG, insb. für fremdfinanzierte Renten- und Lebensversicherungen, BB 2001, 650; KOHLHAAS, Die Modellhaftigkeit im Sinne des § 2b EStG, DStR 2001, 1137; APEL, Verrechnung von Anfangsverlusten nur noch im Rahmen der gleichen Beteiligung möglich – Einführung eines § 15b EStG, StuB 2005, 1000; SÖFFING, BB-Forum: Bemerkungen zum geplanten § 15b EStG, BB 2005, 1249; STRAHL, Beabsichtigte Steuerrechtsänderungen auf Grund des Koalitionsvertrags zwischen CDU, CSU und SPD, KÖSDI 2005, 14900; BECK, Verlustausgleichsverbot bei Steuerstundungsmodellen: Der neue § 15b EStG, DStR 2006, 61; BRANDTNER/RAFFEL, § 15b EStG: Die neue Regelung der Verlustverrechnung bei Steuerstundungsmodellen, BB 2006, 639; FLEISCHMANN/MEYER-SCHARENBERG, Der neue § 15b EStG: Der endgültige Tod der Steuersparmodelle, DB 2006, 353; KALIGIN, Zweifelsfragen bei der Anwendung des § 15b EStG, WPg. 2006, 375; LECHNER/LEMAITRE, Zweifel an der Anwendung des § 15b EStG bei doppelstöckigen Strukturen, DStR 2006, 689; LINDBERG, § 15b EStG – das endgültige Aus für Steuersparmodelle, Inf. 2006, 269; LÜDICKE/NAUJOK, Beschränkung der Verlustverrechnung im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen, DB 2006, 744; MELCHIOR, Die ersten steuerlichen Änderungsgesetze der neuen Bundesregierung, DStR 2006, 12; RONIG, Steuerstundungsmodelle nach § 15b EStG – Auswirkungen auf geschlossene Fonds, NWB F. 3, 13971.

1

### I. Grundinformation zu § 15b

§ 15b enthält eine Verlustverrechnungsbeschränkung, durch die Verluste in eine Einkunftsquelle eingeschlossen werden. Verluste aus einem Steuerstundungsmodell nach § 15b sind nur noch mit positiven Einkünften aus dieser Einkunftsquelle verrechenbar. Betroffen werden sollen primär geschlossene Fonds. Die Regelung ist jedoch auch auf Einzelinvestitionen anwendbar. Durch die Einführung des § 15b wird § 2b ersetzt, der eine ähnliche Zielsetzung hatte, diese aber offenkundig nicht erreichen konnte.

### II. Rechtsentwicklung des § 15b

#### 2 1. Aktuelle Entstehungsgeschichte

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

► *Frühere Regelungsansätze:* Der Gesetzgeber hatte bereits 1980 mit § 15a und 1999 mit § 2b versucht, Steuersparmodelle einzudämmen. Beide Vorschriften ließen jedoch ausreichend Spielraum, weiterhin über sog. „Steuerstundungsmodelle“ Einkünfte in andere VZ zu verlagern. Mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der steuerlichen Standortbedingungen v. 6.5.2005 (BRDrucks. 321/05) wurde erstmals die Einführung eines § 15b vorgeschlagen, zur Gegenfinanzierung für die Absenkung des KStSatzes und zur erweiterten Anrechnung der GewSt. Der damalige Gesetzentwurf zu einem neuen § 15b entspricht – von einigen Abweichungen in Abs. 3 abgesehen – dem zwischenzeitlich als Gesetz beschlossenen § 15b. Zu einer Verabschiedung des Gesetzes kam es aufgrund der vorgezogenen Neuwahlen nicht mehr.

► *Aktuelle Gesetzesentwicklung:* Ein Kabinettsbeschluss, mit dem § 15b erneut vorgeschlagen werden sollte, scheiterte zunächst am 10.11.2005. Der Koalitionsvertrag vom 18.11.2005 sah zwar allgemein eine Abschaffung von StVergünstigungen vor, eine Konkretisierung erfolgte aber nicht. Am 24.11.2005 beschloss das Kabinett schließlich doch, einen Gesetzentwurf zum § 15b einzubringen. Eingebracht wurde der Entwurf von den Koalitionsfraktionen am 29.11.2005 (BT-Drucks. 16/107); er wurde vom BTag auf Vorschlag des FinAussch. (BTDrucks. 16/254) unverändert am 15.12.2005 verabschiedet. Der BRat stimmte dem Gesetz am 21.12.2005 zu (BRDrucks. 856/05).

## 2. Zeitlicher Geltungsbereich der Neuregelung

3

§ 52 Abs. 33a Sätze 1 und 2 regeln den zeitlichen Anwendungsbereich dahingehend, dass § 15b nur auf solche Verluste der Steuerstundungsmodelle anzuwenden ist, denen der Stpfl. nach dem 10.11.2005 beigetreten ist oder für die nach dem 10.11.2005 mit dem Außenvertrieb begonnen wurde. Trotz Bezugs auf „Verluste der ... Steuerstundungsmodelle“ ist der zeitliche Anwendungsbereich personenbezogen zu verstehen. Dies bedeutet zunächst, dass Stpfl., die nach dem 10.11.2005 beitreten, unabhängig vom Beginn des Außenvertriebs Verluste aus diesen Modellen nicht mehr abziehen können. Andererseits können Stpfl., die demselben Modell vorher beigetreten sind, ihre daraus resultierenden Verluste noch gelten machen.

► *Beitritt* ist die verbindliche und formwirksame Investitionsentscheidung des Stpfl. unabhängig davon, ob sie vom Anbieter eines entsprechenden Modells angenommen wurde.

► *Rechtsnachfolge:* Waren bei Gesamtrechtsnachfolge für den Rechtsvorgänger die zeitlichen Voraussetzungen des § 15b erfüllt, so gilt dies auch für den vollumfänglich in seine Rechtsposition eintretenden Rechtsnachfolger. Bei Einzelrechtsnachfolge ist zu prüfen, ob für den Erwerber wiederum die Voraussetzungen des § 15b erfüllt sind. Handelt es sich um eine Beteiligung/Einzelinvestition, die vor dem 11.11.2005 begründet und nach dem 10.11.2005 veräußert wurde, so muss der Erwerber seinerseits aufgrund eines vorgefertigten Konzepts handeln, das zumindest in der Anfangsphase nach Erwerb die Möglichkeit bietet, Verluste mit anderen Einkünfte zu verrechnen. Auf das ursprüngliche vorgefertigte Konzept, mit dem der Verkäufer der Beteiligung möglicherweise angeworben wurde, kann uE nicht abgestellt werden, denn hier würde ein Tatbestandsmerkmal, das auf eine Gestaltung abzielt, an eine Gestaltung anknüpfen, die das Tatbestandsmerkmal noch nicht berücksichtigen konnte (s. dazu unten). Ist § 15b in zeitlicher Hinsicht auf den Veräußerer anwendbar, so setzt sich diese Anwendung beim Erwerber fort. Die Verluste des Veräußerers sind endgültig nicht mehr nutzbar, weil er – von einem eventuellen Veräußerungsgewinn abgesehen – keine positiven Einkünfte aus dieser Einkunftsquelle erzielen wird. War die Beteiligung beim Veräußerer kein Modell nach § 15b, so kann dennoch beim Erwerber § 15b anwendbar sein, wenn er aufgrund eines vorgefertigten Konzepts nach Abs. 2 erwirbt.

► *Außenvertrieb:* Die Verluste können nicht geltend gemacht werden, wenn der Außenvertrieb erst nach dem 10.11.2005 begonnen hat. Der Beginn des Außenvertriebs wird in § 52 Abs. 33a Satz 2 legaldefiniert als Zeitpunkt, in dem die Voraussetzungen für die Veräußerung der konkret bestimmaren Fondsanteile erfüllt sind und die Gesellschaft selbst oder über ein Vertriebsunternehmen mit Außenwirkung an den Markt herangetreten ist. Nicht definiert ist der Beginn

des Außenvertriebs bei Einzelinvestitionen; dies spielt jedoch auch keine Rolle, denn das Tatbestandsmerkmal läuft ohnehin leer.

Die Differenzierung zwischen Außenvertrieb und Beitritt bei gleichem Datum macht keinen Sinn (so auch Beck, DStR 2006, 61 [66]). Von eigenständiger Bedeutung kann das Merkmal des Außenvertriebs nur sein, wenn es auch Stpfl. in den Anwendungsbereich des § 15b einbezieht, die vor dem 11.11.2005 beigetreten sind. Diese Fälle sind jedoch von der Anwendung des § 15b ausgeschlossen. Die Sachverhalte, die dem Gesetzgeber als Steuerstundungsmodell vorschweben, lassen sich schwerlich ohne Außenvertrieb denken. Sollte andererseits ein Gesellschafter ohne Außenvertrieb beigetreten sein, so stellt sich die Frage, ob überhaupt ein Steuerstundungsmodell vorliegt. Hinzu kommt, dass die Anwendung des § 15b auf Stpfl., die vor dem 11.11.2005 beigetreten sind, dem Wortlaut der Vorschrift widerspricht und im Hinblick auf deren Vertrauensschutz höchst bedenklich ist. Sinn machte die Regelung, wenn – wie in der Übergangsregelung des § 15b im Entwurf des Gesetzes zur Verbesserung der stl. Rahmenbedingungen v. 6.5.2005 wie auch in § 52 Abs. 4 aF zu § 2b vorgesehen – der Beitritt erst deutlich nach dem Beginn des Außenvertriebs (Anschaffung/Herstellung bei § 2b) erfolgt; nur dann werden objektiv bereits getroffene Investitionsentscheidungen nicht beeinträchtigt. Dieser Schutz kann allerdings wirksam nur erreicht werden, wenn nicht auf den Beginn des Außenvertriebs, sondern auf die eigentliche, verbindliche Investitionsentscheidung (Anschaffung oder Beginn der Herstellung, vgl. § 52 Abs. 4 Sätze 2–5 aF) abgestellt wird.

Die Regelung gewährt keinerlei Vertrauensschutz und statuiert entgegen bisher üblicher Gepflogenheiten, dass Stpfl. bereits vor dem eigentlichen Kabinettsbeschluss, nämlich am Tag, als der entsprechende Kabinettsbeschluss der Vorgängerregierung gefasst werden sollte, das Vertrauen in den Fortbestand der Regelung verloren haben sollen (zu verfassungsrechtlichen Bedenken s. Anm. 7 ff.).

**§ 52 Abs. 33a Satz 3** stellt dem Beginn des Außenvertriebs Kapitalerhöhungen und die Reinvestition in neue Projekte gleich.

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

► *Neue Projekte* können wohl nur solche sein, mit deren Anschaffung oder Herstellung neuerlich stl. Vorteile in Form von negativen Einkünften erzielt werden sollen. Betroffen sind häufig Film- oder Medien-, aber auch Leasingfonds, die WG verkaufen und in vergleichbare WG reinvestieren.

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

noch dann erfüllt werden, wenn nach dem 10.11.2005 ein neues vorgefertigtes Konzept nach Abs. 2 angeboten wird, weil die Formulierung „soll“ ein zukünftiges Element enthält.

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

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

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

§ 52 Abs. 33a Satz 4 betrifft Investitionen außerhalb von Fondsgestaltungen, zB den Erwerb von Einzeleigentum. Für Beteiligungen an Steuerstundungsmodellen, die nicht als geschlossene Fonds ausgestaltet sind, ist § 15b anzuwenden, wenn die Investition nach dem 10.11.2005 rechtsverbindlich getätigt wurde (§ 52 Abs. 33a Satz 4). Dies wird idR der Abschluss eines schuldrechtl. Vertrags über die Investition sein. Das Gesetz äußert sich nicht dazu, ob auf die Investition des Stpfl. oder des Modellanbieters abzustellen ist. Aus dem Gesamtzusammenhang des § 52 Abs. 33a, der nie auf die Investition durch den Anbieter abstellt, ist zu schließen, dass die Investition des Stpfl. gemeint ist.

§ 52 Abs. 34b, Abs. 36a, Abs. 37d, Abs. 38: Diese Vorschriften sollen sicherstellen, dass die Vorschriften, die auf § 15b verweisen, ebenfalls den zeitlichen Geltungsbereich des Abs. 33a erhalten. § 52 Abs. 34c ist der alte Abs. 34b.

Einstweilen frei.

4

### III. Bedeutung des § 15b

#### 1. Gesetzgeberische Zielsetzung der Vorschrift

5

Die Neuregelung soll unter dem Gesichtspunkt der Steuergerechtigkeit verhindern, dass einzelne Stpfl. ihre Steuerbelastung gezielt senken. Volkswirtschaftlich fragwürdige Fehlallokationen sollen verhindert werden (BTDrucks. 16/107, 1, 4; Empfehlung des FinAussch., BTDrucks. 16/254, 1). Diese Zielsetzung verfolgte bereits § 2b, der aber offensichtlich den erhofften Erfolg nicht brachte,

weil die „Steuerstundungsmodelle“ den Vorgaben angepasst werden konnten. Dies ist nach § 15a und § 2b nun der dritte Versuch, entsprechende Gestaltungen zu verhindern.

Anders als der erste Entwurf des § 15b, der die Steuerentlastungen für Unternehmen gegenfinanzieren sollte, dient die vorliegende Einschränkung der Verlustverrechnung ausschließlich der Haushaltskonsolidierung. Aufgrund der späten Einführung des § 15b erwartet der Gesetzgeber im Jahr 2006 nur noch Mehreinnahmen von 550 Mio. €, in 2007 werden 1 620 Mio. € Mehreinnahmen erwartet, ab dem Jahr 3008 jährlich 2 135 Mio. € (vgl. BTDrucks. 16/107, 5). Kosten soll die Maßnahme keine verursachen.

## 6 2. Systematische Bedeutung der Vorschrift

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

**Einkünfteerzielungsabsicht:** Grundsätzlich setzt auch bei § 15b die Steuerbarkeit und StPflcht der beschränkt verrechenbaren Einkünfte voraus. Fehlt es an Einkünfteerzielungsabsicht und damit an steuerbaren Einkünften, so kommt § 15b nicht mehr zum Tragen.

## 3. Verfassungsrechtliche Bedeutung der Vorschrift

### 7 a) Formelle Verfassungsmäßigkeit

§ 15b ist uE formell verfassungskonform zustande gekommen. Das Gesetzgebungsverfahren hat nicht deswegen gegen Art. 76 Abs. 2 Satz 3 GG verstoßen, weil die Gesetzesvorlage möglicherweise im Hinblick auf die Zeit, die zwischen dem ersten Entwurf im Mai 2005 und der Verabschiedung im Dezember 2005 vergangen ist, nicht eilbedürftig war. Zum einen ist die Entscheidung über die Eilbedürftigkeit eine Ermessensentscheidung der BReg. und als solche nur begrenzt justiziabel (SCHMIDT-JORZIG/SCHÜRMAN in Bonner Kommentar zum GG, Art. 76 Rn. 288 mwN). Zum anderen dient die Vorschrift dem Schutz des BRat, der nicht dauerhaft gezwungen sein soll, innerhalb kurzer Zeit Stellung nehmen zu müssen. Der BRat hat aber erkennbar ohne Einwendungen am 14.12.2005 Stellung genommen. Auch vor diesem Hintergrund ist Art. 76 Abs. 2 Satz 3 GG nicht verletzt.

### 8 b) Leistungsfähigkeitsprinzip

Ein Verstoß gegen das Leistungsfähigkeitsprinzip in Gestalt des objektiven Nettoprinzips liegt grundsätzlich nicht vor (aA SÖFFING, BB 2005, 1249 ff.). Die Verluste aus den entsprechenden Modellen gehen idR nicht wirkungslos unter, sondern mindern in späteren Jahren Gewinne aus diesen Einkunftsquellen. Etwas anderes kann ausnahmsweise in den Fällen gelten, in denen Verluste wegen einer



Fehlinvestition endgültig untergehen. Auch ein Verstoß gegen das subjektive Nettoprinzip ist bei den Erwerbern von Steuerstundungsmodellen nicht zu erwarten.

### c) Rechtsstaatsprinzip (Vertrauensschutz)

9

**Beitritt vor dem 11.11.2005:** Vor dem Hintergrund des Rückwirkungsverbots wäre uE die Anwendung auf Stpfl., die vor dem 11.11.2005 einem solchen Modell beigetreten sind, wenn der Außenvertrieb erst ab diesem Datum begonnen hat, höchst kritisch. Hier kann die Übergangsregelung in § 52 Abs. 3a Satz 1 aber verfassungskonform dahingehend ausgelegt werden, dass nur Stpfl. betroffen sind, die nach dem 10.11.2005 beigetreten sind, unabhängig davon, wann der Außenvertrieb begonnen hat (s. Anm. 3). Legt man die Vorschrift bei Reinvestitionen und Kapitalerhöhungen dementsprechend aus, wird sie idR auf alte „Steuerstundungsmodelle“, die reinvestieren oder ihr Kapital erhöhen, nur dann anzuwenden sein, wenn nach dem 10.11.2005 alle Tatbestandsmerkmale des § 15b erfüllt werden, so dass diesbezüglich ein Vertrauensschutzproblem nicht entsteht.

**Rückbeziehung auf den 11.11.2005:** Aus unserer Sicht verfassungsrechtlich zulässig wäre eine Rückbeziehung des Tatbestands auf den Tag des Kabinettsbeschlusses der neuen BReg. (24.11.2005). Diese Rückbeziehung ist bei besonderen Konstellationen zB zur Vermeidung von Ankündigungseffekten selbst dann zulässig, wenn es sich um eine echte Rückwirkung handelt (zB BVerfG v. 15.1.1992 – 2 BvR 1824/89, HFR 1992, 729; BFH v. 6.11.2002 – XI R 42/01 BStBl. II 2003, 257 stellt auf den Tag der Zuleitung an den BRat ab).

Bedenklich ist die Rückbeziehung auf einen früheren Zeitpunkt. Die Regelung des § 15b ist der Fallgruppe der „unechten Rückwirkung“ oder „tatbestandlichen Rückanknüpfung“ zuzuordnen (BVerfG v. 31.5.1960 – 2 BvL 4/59, BVerfGE 11, 139; v. 14.5.1986 – 2 BvL 2/83, BStBl. II 1986, 628 [641 ff.]), denn sie greift mit der Rückanknüpfung an den 11.11.2005 in einen noch nicht abgeschlossenen VZ ein. Diese Form der Rückwirkung ist grundsätzlich zulässig. Das BVerfG macht von diesem Grundsatz dann Ausnahmen, wenn der Einzelne auf das Fortbestehen der alten Regelung vertraut hat und dieses Vertrauen gewichtiger ist als das Interesse des Gesetzgebers an der Neuregelung. Die Stpfl. konnten bis zum Kabinettsbeschluss am 24.11.2005 mit der Fortgeltung der alten Regelung rechnen. Vertrauen kann ausschließlich durch formale Maßnahmen, die das Gesetzgebungsverfahren einleiten, und nicht durch Festlegungen von Mandatsträgern durchbrochen werden. Andernfalls fehlt für die Zukunft jede Rechtssicherheit darüber, welche Äußerung welcher Person bei welcher Gelegenheit und zu welchem Zeitpunkt dafür sorgt, dass Vertrauen nicht mehr bestehen kann. Vertrauen wurde auch nicht zerstört durch den gescheiterten Gesetzentwurf v. 6.5.2005 (BRDrucks. 321/05), denn dieser ist wegen des Grundsatzes der sachlichen Diskontinuität nach Art. 39 GG iVm. § 125 GO BT nicht mehr relevant.

Das Vertrauen des Einzelnen in den Fortbestand der alten Regelung ist abzuwägen mit eventuell vorliegenden zwingenden Gründen des Gemeinwohls an der Rückbeziehung, die dem Gebot der Rechtssicherheit übergeordnet sind (BVerfG 19.12.1961 – 2 BvL 6/59, BVerfGE 13, 261; v. 11.10.1962 – 1 BvL 22/57, BVerfGE 14, 288; v. 10.12.1985 – 2 BvL 18/83, BVerfGE 71, 255; v. 30.9.1987 – 2 BvR 933/82, BVerfGE 76, 256). Je weniger Stpfl. innerhalb einer Übergangsregelung noch von dem alten Recht Gebrauch gemacht hätten, umso weniger hatte der Gesetzgeber Grund zur Rückbeziehung. Nach Aussage des Sach-

verständigen Patt ([www.bundestag.de/ausschuesse/a07/anhoerungen/002/protkoll.pdf](http://www.bundestag.de/ausschuesse/a07/anhoerungen/002/protkoll.pdf)) in der Anhörung des FinAussch. v. 8.12.2005 hatte bereits der erste Gesetzentwurf im Mai und die Erwartung, dass dieser in der neuen Legislaturperiode bald verabschiedet werden würde, einen Ankündigungseffekt dergestalt, dass viele Fonds bereits im Herbst platziert waren. Auch die Ankündigung des Kabinettsbeschlusses zum 11.11.2005 hat dazu beigetragen, dass in der Zeit bis 11.11.2005 die meisten Verträge geschlossen waren.

**Vertrauensschutz der Anbieter und der Steuerpflichtigen, die vor dem 11.11.2005 einem solchen „Modell“ beigetreten sind:** Im Hinblick auf die Initiatoren entsprechender „Modelle“ ist die Regelung uE verfassungsrechtlich ebenso bedenkl. Anders als § 52 Abs. 4 aF gewährt § 52 Abs. 33a keinen Vertrauensschutz für Objekte, die durch die Initiatoren vor dem Stichtag angeschafft wurden oder mit deren Herstellung vor dem Stichtag begonnen wurde. Bis November 2005 war nicht klar, ob eine Regelung zur Verrechnungsbeschränkung bei Steuerstundungsmodellen kommen würde. Auch wenn viele Anbieter ihre Produkte vor der Neuregelung verkauft hatten, so hatten uU Anbieter mit langen Planungsphasen bereits vor November 2005 Investitionen getätigt, die nicht mehr korrigierbar waren und aufgrund der geänderten stl. Rahmenbedingungen uU wirtschaftlich nicht mehr erfolgreich umgesetzt werden konnten. Gleiches gilt für Stpfl., die einem solchen Modell, das aufgrund der Neuregelung abzuwickeln war, vor dem 11.11.2005 beigetreten waren. Ob deren Vertrauensschutz gegenüber dem Gemeinwohl zurücktreten muss, hängt ua. wiederum auch von der Zahl der Fälle ab, die die alte Regelung im Übergangszeitraum noch genutzt hätten. Wenn nur noch wenige „Steuerstundungsmodelle“ nicht platziert waren oder Investitionsentscheidungen nicht mehr revidierbar waren, hätte möglicherweise eine angemessene Übergangsregelung keine negativen Folgen gehabt. Zu berücksichtigen ist außerdem, dass bei der Investitionsentscheidung mit § 2b bereits eine (relative neue) Regelung vorhanden war, die nach damaligen Äußerungen „Abschreibungskünstlern das Handwerk legen sollte“ (vgl. Zitat bei RAUPACH/BÖCKSTIEGEL, FR 1999, 487 [488]). Entsprechende Planungen mussten ohnehin die verschärfte Rechtslage berücksichtigen und mussten sich darauf verlassen können, dass sie ihre Investition im Rahmen dieser Rechtslage noch ohne weitere Eingriffe abschließen konnten. Eine Regelung wie § 52 Abs. 4 Sätze 2–5 (aF), die auf den Beginn der Herstellung oder die Anschaffung abgestellt hätte, wäre uE verfassungsrechtlich geboten gewesen (so auch HANDZIK in L/B/P, § 2b Rn. 23 mwN).

#### 10 d) Bestimmtheitsgrundsatz

Die Vorschrift ist nicht zu unbestimmt. Im Gegensatz zur Regelung des § 2b sind die Tatbestandsmerkmale klarer formuliert und der Auslegung zugänglich. Insbes. wird nicht mehr auf eine Nachsteuerrendite abgestellt, deren Berechnungsmethoden völlig offen waren.

11–14 Einstweilen frei.

### IV. Geltungsbereich des § 15b

#### 15 1. Sachlicher Geltungsbereich

Sachlich ist die Vorschrift auf die ESt. anzuwenden. Sie wirkt sich im Bereich der KSt. aus, wenn sich KapGes. an entsprechenden Modellen beteiligen. Mittelbare Auswirkungen kann die Vorschrift auf die GewSt. haben, wenn die Beteili-

gung in einem BV gehalten wird und die negativen Einkünfte aus dieser Einkunftsquelle nicht mit anderen positiven Einkünften verrechnet werden können. Die Vorschrift soll ausweislich der Gesetzesbegründung (BTDrucks 16/107, 6) nicht auf Venture Capital oder Private Equity-Fonds anwendbar sein. Dies wird dann gelten, wenn diese als KapGes. strukturiert sind und die stl. Vorteile darauf beruhen, dass Beteiligungen stfrei veräußert werden können (vgl. Bericht des FinAussch. BTDrucks. 16/254, 5). Sind sie allerdings ausnahmsweise als PersGes. ausgestaltet, kommt eine Anwendung des § 15b grundsätzlich in Betracht. Soweit ausländ. Verluste im Inland voll verrechenbar sind, ist § 15b grundsätzlich auch für diese negativen Einkünfte anwendbar.

## 2. Persönlicher Anwendungsbereich

16

Die Vorschrift ist anwendbar auf unbeschränkt und beschränkt Stpfl., die Einkünfte aus entsprechenden Steuerstundungsmodellen erzielen. Bei beschränkt Stpfl. spielt die Vorschrift nur in Rahmen des § 49 eine Rolle. Zu § 2b war diskutiert worden, ob KapGes. aus dem Anwendungsbereich der Vorschrift herauszunehmen waren, weil diese die damals eingeführte Mindestbesteuerung nicht treffen sollte (vgl. RÖNIG in B/B, § 2b Rn. 83). Da zwischenzeitlich auch für Körperschaften eine Mindestbesteuerung über § 10d greift, ist § 15b unproblematisch auch bei Körperschaften anzuwenden, die an einem entsprechenden Modell beteiligt sind (vgl. BECK, DStR 2006, 61 ff. [66]). Keine Anwendung findet die Vorschrift in Fällen einer Beteiligung an einer KapGes. außerhalb der Organschaft, weil hier keine negativen Einkünfte erzielt werden.

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

Zu Rechtsnachfolge vgl. Anm. 3.

## V. Verhältnis zu anderen Vorschriften

17

**Verhältnis zu §§ 2a, 15 Abs. 4 Sätze 2 und 3; § 2 AStG, § 10 Abs. 3 Satz 5 AStG:** § 15b ist neben diesen Vorschriften anwendbar. Soweit sich die Anwendungsbereiche überschneiden, geht § 15b vor, weil er idR eine strengere Rechtsfolge anordnet, indem die Verrechenbarkeit der Verluste auf die Einkunftsquelle beschränkt wird (so zu § 2b KORN/KAMINSKI, § 2b Rn. 7).

**Verhältnis zu § 2b:** Grundsätzlich soll es nicht zu einer Konkurrenz von § 2b und § 15b kommen, weil § 2b auf Modelle beschränkt worden ist, die vor dem 11.11.2005 erworben oder begründet wurden. Aufgrund der Einbeziehung von Beteiligungen, die reinvestieren und solchen, die Kapital erhöhen, in die Regelung des § 15b kann es jedoch zu Überschneidungen im Anwendungsbereich kommen. Treffen § 15b und § 2b in Fällen der Kapitalerhöhung oder der Reinvestition aufeinander, so sind die Verluste aus § 2b weiterhin gesondert festzustellen, weil diese mit positiven Einkünften aus anderen Verlustzuweisungsmodellen nach § 2b verrechnet werden können, während sich die Verrechnung nach § 15b auf diese Einkunftsquelle beschränkt. Treten später positive Einkünfte aus dieser Einkunftsquelle auf, so sind diese nach dem Günstigkeitsprinzip (vgl. zB BFH v. 18.12.1990 – VIII R 7/87, BFH/NV 1991, 520) zunächst

mit den Verlusten aus § 15b zu verrechnen und erst nach deren Verbrauch mit den Verlusten aus § 2b, weil diese insgesamt weitergehend verrechenbar sind.

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

**Verhältnis zu § 15 Abs. 4 Sätze 6 und 7:** Diese Vorschriften gestatten die Verrechnung von negativen Einkünften nur mit positiven Einkünften aus derselben stillen Gesellschaft, Unterbeteiligung oder Innengesellschaft. § 15 Abs. 4 Sätze 6 und 7 gehen der Anwendung des § 15b vor, denn § 15 Abs. 4 Sätze 6 und 7 sind mit dem Verweis auf § 10d und dessen Mindestbesteuerung in der Rechtsfolge strenger. Ist die Einkunftsquelle nach § 15 Abs. 4 Sätze 6 und 7 kein Steuerstundungsmodell nach § 15b, sondern ist an einem solchen beteiligt, so greift auf der Ebene des Steuerstundungsmodells die Verrechnungsbeschränkung des § 15b. Für den Stpfl. selbst, der iSd. § 15 Abs. 4 Sätze 6 und 7 beteiligt ist, greifen darüber hinaus deren Verrechnungsbeschränkungen.

**Verhältnis zu § 15a:** s. dazu Anm. 26.

**Verhältnis zu § 10f:** Da Sonderausgaben nicht zu den Verlusten, die bei der Einkünfteermittlung entstehen, zählen, ist § 15b nicht auf den Abzug nach § 10f anzuwenden.

18 Einstweilen frei.

19

## VI. Verfahrensfragen

§ 15b enthält in seinem Abs. 4 eine verfahrensrechtliche Vorschrift zur Feststellung der Verluste. Diese Vorschrift entspricht weitgehend der gesonderten Feststellung nach § 15a Abs. 4. Zu den Verfahrensfragen im Einzelnen vgl. Anm. 50.

**Beurteilung für Dauer des Modells:** Im Anwendungsschreiben zu § 2b (BMF v. 22.8.2001, BStBl. I 2001, 588 Tz. 54, iVm. mit BMF v. 5.7.2000, BStBl. I 2000, 1148) geht die FinVerw. zu Recht davon aus, dass eine einmal getroffene Entscheidung über die Anwendung des § 2b für die gesamte Dauer der Einkünfteerzielung aus dieser Quelle gilt. Dies trifft auch bei § 15b zu; der Beurteilungszeitpunkt für die wesentlichen Tatbestandsmerkmale liegt vor der erstmaligen stl. Erfassung, eine spätere Änderung des Konzepts ändert daran nichts mehr. Wurden die Tatbestandsmerkmale rechtlich unzutreffend beurteilt, so kann eine Berichtigung für alle noch offenen Bescheide erfolgen (vgl. zu § 2b BMF v. 22.8.2001, BStBl. I 2001, 588 Tz. 54, iVm. BMF v. 5.7.2000, BStBl. I 2000, 1148).

**Bereitschaft zu verbindlicher Auskunft zweifelhaft:** Die FinVerw. hat sich im Anwendungsschreiben zu § 2b EStG (BMF v. 22.8.2001, BStBl. I 2001, 588 Tz. 56, iVm. BMF v. 5.7.2000, BStBl. I 2000, 1148) darauf festgelegt, keine verbindlichen Auskünfte zur Anwendung des § 2b zu erteilen. Es ist zu erwarten, dass diese Anweisung auch zu § 15b wieder erfolgen wird.

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

**Die Feststellungslast** für das Vorliegen eines Steuerstundungsmodells trifft die FinVerw. (aA zu § 2b BMF v. 22.8.2001, BStBl. I 2001, 588 Tz. 55, iVm. BMF v. 5.7.2000, BStBl. I 2000, 1148; vgl. iE v. BECKERATH in K/S/M, § 2b Rn. A 47).

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

### I. Erläuterungen zu Satz 1

#### 1. Verluste

20

Der Begriff der Verluste entspricht idR dem Begriff der negativen Einkünfte in § 10d (vgl. § 10d Anm. 55), also dem negativen Ergebnis aus einer Gewinnermittlung oder dem Überschuss der WK über die Einnahmen. Diese Definition ist jedoch zu eng gefasst und widerspricht in Einzelfällen dem Sinn und Zweck des § 15b, der allgemein stl. Vorteile aufgrund von modellhaften Gestaltungen verhindern soll. Diese entstehen auch dann, wenn das Steuerstundungsmodell in einem BV gehalten wird und seine Ergebnisse in diesem Rahmen in die Einkünfteermittlung einbezogen werden. Das gleiche gilt bei doppelstöckigen Pers-Ges., wenn die Untergesellschaft ein Steuerstundungsmodell ist.

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

#### 2. Zusammenhang mit einem Steuerstundungsmodell

21

Das Tatbestandsmerkmal „Verluste, die im Zusammenhang stehen“ ist zwar weiter gefasst, als die entsprechende Regelung in § 2b („aufgrund von“). Dennoch kann nichts anderes gemeint sein, als dass alle Aufwendungen, die durch das Steuerstundungsmodell veranlasst sind, in die Ergebnisermittlung einzubeziehen sind und dem Ausgleichsverbot unterliegen. Darunter fallen beispielsweise individuelle SonderBA oder SonderWK, die im Konzept nicht vorgesehen waren, denn auch diese stehen im Zusammenhang mit dem Steuerstundungsmodell.

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

22

Rechtsfolge der Regelung ist das Verbot, diese Verluste mit anderen Einkünften zu verrechnen. Das Merkmal „aus Gewerbebetrieb“ hat insoweit eigenständige Bedeutung, als zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb auch andere Einkünfte aus Steuerstundungsmodellen zählen. Auch für diese ist – soweit sie positiv sind – die Verlustverrechnung ausgeschlossen.

#### 4. Kein Abzug nach § 10d

23

Ein Abzug nach § 10d scheidet aus. Nicht zulässig ist der Verlustrücktrag und der Verlustvortrag, soweit er nicht ausnahmsweise nach § 15b Abs. 1 Satz 2 gestattet ist.

Einstweilen frei.

24

## II. Erläuterungen zu Satz 2

Ein Verlustabzug in späteren Wj. ist nach Satz 2 zulässig von Einkünften aus derselben Einkunftsquelle:

**Einkunftsquelle** ist ausweislich der Gesetzesbegründung die Beteiligung an dem jeweiligen Steuerstundungsmodell. Unproblematisch ist dies bei Einzelinvestitionen. Diese sind jeweils gesondert zu betrachten.

► *Gesellschaften oder Gemeinschaften*: Vgl. zur Anwendbarkeit auf doppelstöckige Personengesellschaften Anm. 35. Bei Beteiligungen an Gesellschaften oder Gemeinschaften ist zu differenzieren. Einerseits ist auf der Ebene des Stpfl. die Einkunftsquelle die Beteiligung, die er als Steuerstundungsmodell erworben hat. Nur aus dieser „erzielt“ er positive oder negative Einkünfte, die auch nur auf dieser Ebene vertikal verrechenbar sind. Hält die Gesellschaft mehrere WG („Einkunftsarten oder -quellen“), so sind die Ergebnisse daraus auf der Ebene der Gesellschaft zu saldieren (so auch BMF v. 22.8.2001, BStBl. I 2001, 588 Tz. 13a i.V.m. BMF v. 5.7.2000, BStBl. I 2000, 1148). Bei doppelstöckigen Gestaltungen ist zu differenzieren: Sind nur die Untergesellschaften/Unterbeteiligungen Steuerstundungsmodelle iSd. § 15b, so scheidet eine Saldierung auf der Ebene der Obergesellschaft aus (so für § 2b BMF v. 22.8.2001, BStBl. I 2001, 588 Tz. 13a, iVm. BMF v. 5.7.2000, BStBl. I 2000, 1148). Ist die Obergesellschaft Steuerstundungsmodell und sind die Untergesellschaften/Unterbeteiligungen nur Bestandteil eines Gesamtkonzepts, ohne ihrerseits Steuerstundungsmodell zu sein, so ist auf der Ebene der Obergesellschaft zu saldieren, weil das Steuerstundungsmodell dann ausschließlich die Obergesellschaft ist. Fließen in das Ergebnis der Obergesellschaft Verluste aus Untergesellschaften ein, die nicht in den Anwendungsbereich des § 15b fallen, so sind diese unbeschränkt verrechenbar (BRANDTNER/RAFFEL, BB 2006, 639 [642]).

Zur Einkunftsquelle zählen uE auch SonderBE. Wenn der Verlust sich aus allen Aufwendungen errechnet, die im Zusammenhang mit dem Modell stehen, müssen auch alle positiven Einkünfte, die aus dieser Quelle resultieren, zur Verrechnung zur Verfügung stehen. § 15b ist insoweit weiter formuliert als § 15a, der eine Verrechnung mit SonderBE nicht gestattet.

► *Zuführen von Wirtschaftsgütern*: Das spätere Zuführen ertragsstarker WG in ein Steuerstundungsmodell kann eine Verrechnung mit anderweitig nicht mehr verrechenbaren Verlusten ermöglichen, wenn die wirtschaftliche Entwicklung im Steuerstundungsmodell nicht den Prognosen entsprochen hat. Problematischer ist wohl der Fall, in dem eine gewinnerzielende KapGes. auf eine solche Gesellschaft verschmolzen wird oder die Mitunternehmeranteile an einer Gewinngesellschaft in die Verlustgesellschaft eingebracht werden.

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

**Folgende Wirtschaftsjahre** sind der Zeitraum, auf den der Verlust ermittelt wird. Bei einer Einzelinvestition ist dies der VZ. Bei einer Gesellschaft oder Gemeinschaft das Geschäftsjahr.

**Rechtsfolge** ist die Verrechnung der festgestellten Verluste aus dem Steuerstundungsmodell mit positiven Einkünften aus späteren Jahren. Dies geschieht nicht nach Maßgabe des § 10d mit der Folge, dass die Mindestbesteuerungsregeln des § 10d Abs. 2 nicht greifen.

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

26

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

In dieser Bedeutung hat die Regelung allerdings rein deklaratorischen Charakter, denn aufgrund seiner engeren Tatbestandsvoraussetzungen und der – abgesehen von der Behandlung von SonderBE und SonderBA/-WK – strengeren Rechtsfolgen hat § 15b ohnehin gegenüber § 15a wie auch gegenüber den meisten anderen Verlustverrechnungsbeschränkungen den Charakter einer Spezialnorm. Angesichts dieser Regelung ist nicht nachvollziehbar, aus welchem Grund die Regelung des § 15a beibehalten wird. Seiner ursprünglichen Intention nach sollte er die Verrechnung von Verlusten aus Verlustzuweisungsgesellschaften einschränken. Nun ordnet die Nachfolgeregelung an, dass genau in diesen Fällen § 15a nicht mehr greifen soll. Damit verbleibt es bei einer Anwendung auf solche Mitunternehmer, die wirtschaftlich Verluste tragen, diese aber nicht verrechnen können.

Einstweilen frei.

27–29

## Erläuterungen zu Abs. 2: Begriff des Steuerstundungsmodells

### I. Modellhafte Gestaltung (Satz 1 und Satz 2)

#### 1. Vorgefertigtes Konzept

30

Abs. 2 enthält die Legaldefinition des Begriffs Steuerstundungsmodell als modellhafte Gestaltung, aufgrund derer stl. Vorteile in Form negativer Einkünfte erzielt werden sollen. Nach Satz 2 ist Voraussetzung zunächst ein vorgefertigtes Konzept.

**Konzept eines Dritten:** Vorgefertigtes Konzept kann nicht allein die Planung der Investition sein, denn jede größere Investition beruht auf einer Planung. Auch wenn diese umfangreich ist, weil größere Finanzierungen benötigt werden, ist dies wohl noch kein vorgefertigtes Konzept iSd. § 15b. UE ist zunächst darauf abzustellen, wer die Initiative für die Erstellung des Konzepts ergriffen hat. Ging diese vom Stpfl. aus, so liegt kein vorgefertigtes Konzept iSd. Abs. 2 Satz 2 vor, denn dieser weist dem Stpfl. eine passive Rolle zu: „die Möglichkeit geboten

werden soll“. Ein vorgefertigtes Konzept liegt nur dann vor, wenn es von einem Dritten, nicht dem Stpfl. erstellt wurde. Hat der Stpfl. die Erstellung einer Planung (eines umfassenden Konzepts) für die Investition selbst in Auftrag gegeben oder zB mit seinem Steuerberater gemeinsam erarbeitet, so scheidet die Anwendung des § 15b aus.

Das vorgefertigte Konzept eines Dritten liegt nicht mehr vor, wenn der Stpfl. oder die Gesellschaft von diesem Konzept abweichen und ein eigenes neues Konzept erstellen. Dies gilt auch, wenn die ursprüngliche Beteiligung planwidrig veräußert und der Erlös planwidrig reinvestiert wird. Soweit Reinvestitionen planmäßig erfolgen, hat dies keinen Einfluss auf das vorgefertigte Konzept. Dritter ist auch nicht der Geschäftsführer einer neu gegründeten Gesellschaft, der für die Gesellschaft ein fertiges Finanzierungs- und Beteiligungskonzept ausgehandelt hat (Beispiel bei LÜDICKE/NAUJOK, DB 2006, 744 [746]). Die Grenzziehung ist in diesen Fällen jedoch schwierig.

**Zeitlicher Zusammenhang:** Der Begriff vorgefertigtes Konzept enthält auch ein zeitliches Moment. Es muss vor der Investitionsentscheidung des Anlegers erstellt worden sein, ein nach dieser Entscheidung erstelltes Konzept schließt die Modellhaftigkeit aus (KOHLEHAAS, DStR 2001, 1137).

## 2. Einschränkende Auslegung des Konzepts im Sinne eines Modells

### 31 a) Vorbemerkung und Überblick

Eine derart weit gefasste Definition des Steuerstundungsmodells, die ein vorgefertigtes Konzept, aufgrund dessen negative Einkünfte erzielt werden sollen, genügen ließe, würde dazu führen, dass jede Einzelinvestition, aber auch jede Beteiligung an einer PersGes., die nicht auf Eigeninitiative, sondern auf einer Planung eines Dritten beruht und Verluste verursacht, modellhaften Charakter hätte und in den Anwendungsbereich des § 15b fiel. Der Begriff des vorgefertigten Konzepts muss auch im Hinblick auf Abs. 2 Satz 1 einschränkend dahingehend ausgelegt werden, dass dem vorgefertigten Konzept etwas Modellhaftes, eine modellhafte Gestaltung anhaften muss (dazu nachfolgend Anm. 32). Von einem Modell abzugrenzen ist die Einzelinvestition eines Stpfl. (Anm. 33). Zu klären ist außerdem, ob sich der Begriff des Modells auf bestimmte Rechtsformen eingrenzen lässt.

### 32 b) Modellhafte Gestaltung

Der Begriff des Modellhaften ist nicht definiert. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ist darunter ua. ein Muster zu verstehen (vgl. SÖFFING, DB 2000, 2340 [2342]). Der Begriff des „ähnlichen Modells“ wurde bereits in § 2b verwendet und im Anwendungsschreiben des BMF näher definiert (BMF v. 22.8.2001, BStBl. I 2001, 588 Tz. 17 und 18, iVm. BMF v. 5.7.2000, BStBl. I 2000, 1148). Diese Begriffsbestimmungen werden in der Legaldefinition des Abs. 2 wieder aufgegriffen. Insoweit kann das BMF-Schreiben und das einschlägige Schrifttum hierzu als Auslegungshilfe herangezogen werden. Danach liegt ein solches Modell vor, wenn aufgrund einer modellhaften Gestaltung stl. Vorteile in Form negativer Einkünfte erzielt werden sollen.

Die vom Gesetzgeber, dem Anwendungserlass des BMF zu § 2b folgend, als typisch angesehenen Fälle der geschlossenen Fonds (vgl. BTDrucks. 16/107, 6) müssen musterhaft für die zu beurteilenden Sachverhalte herangezogen werden. Für eine Definition sind deren Gemeinsamkeiten zu untersuchen und im Wege einer Gesamtbildbetrachtung auf den jeweiligen Sachverhalt zu übertragen.



**Steuerstundungseffekt:** Gemeinsames Merkmal ist zunächst das (wenn auch nicht immer vorrangige) Ziel, Steuerstundungseffekte anzubieten. Dieses Ziel wird nach § 15b bereits dann anzunehmen sein, wenn die Möglichkeit geboten wird, Verluste oberhalb der Nichtaufgriffsgrenze des § 15b zu erzielen.

**Zwischenschaltung Dritter:** Typisch ist weiter ein vorformuliertes Vertragswerk und häufig die modellhafte Zwischenschaltung Dritter zur umfassenden Vertretung des Stpfl., zB durch Treuhänder, Geschäftsbesorger oÄ. (vgl. auch 5. Bauherrenerlass, BMF v. 20.10.2003, BStBl. II 2003, 546 Tz. 1; vgl. BECK, DStR 2006, 61 [63]).

**Prospekt:** Den genannten Fonds ist gemeinsam, dass das „Modell“ mittels eines Prospekts oder einer ähnlichen Vermarktungsform (Katalog, Verkaufsunterlagen, Beratungsbögen usw.) vertrieben wird (BMF v. 22.8.2001, BStBl. I 2001, 588 Tz. 18 ff., iVm. BMF v. 5.7.2000, BStBl. I 2000, 1148). Fällt eine Vermögensanlage in den Anwendungsbereich des Verkaufsprospektgesetzes, wird ihr ein modellhaftes vorgefertigtes Konzept zugrunde liegen (LÜDICKE/NAUJOK, DB 2006, 744 [745]).

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

**Beschränkte Einflussnahme?** IdR ist die faktische Einflussmöglichkeit gering. UE ist aber auch dann von einem modellhaft vorgefertigten Konzept auszugehen, wenn dem Stpfl. die Möglichkeit der Einflussnahme eingeräumt wird; auch in diesem Fall wird den Stpfl. ein vorgefertigtes Konzept von außen angetragen, das in groben Zügen die Investitionsmaßnahme enthält (So auch BECK, DStR 2006, 61 [63]).

**Zusatz- und Nebenleistungen:** Nach Ansicht der FinVerw. im Anwendungserlass zu § 2b soll Indiz für den modellhaften Charakter bei § 2b das Bereitstellen eines Bündels an Haupt-, Zusatz und Nebenleistungen sein, durch die das Risiko des Anlegers minimiert und der Steuerspareffekt gesichert werden soll (BMF v. 22.8.2001, BStBl. I 2001, 588 Tz. 18 ff., iVm. BMF v. 5.7.2000, BStBl. I 2000, 1148). Typisch ist die Erhöhung der Steuerspareffekte, beispielsweise durch Schaffung sofort abziehbaren Aufwands aufgrund von Neben- oder Zusatzleistungen (vgl. BMF v. 20.10.2003, BStBl. I 2003, 546 Tz. 5). Werden solche Leistungen angeboten, so wird auch nach neuer Rechtslage idR ein vorgefertigtes Konzept vorliegen. Angesichts der abgesenkten Nichtaufgriffsgrenze nach Abs. 3 wird dieses Kennzeichen eines modellhaften Konzepts in Zukunft aller Voraussicht nach keine große Rolle mehr spielen. Allein die Risikominimierung zB durch Mietgarantien kann die Modellhaftigkeit nicht begründen. Wenn dadurch eine echte, werthaltige Absicherung erfolgt und ein eventuelles Entgelt der Leistung angemessen ist, kann es sich um eine unschädliche wirtschaftlich sinnvolle Zusatzleistung handeln (LADEMANN/KALIGIN, § 2b Rn. 46, aA sogar für Einzelinvestitionen Bericht des FinAussch. BTDrucks. 16/254, 6).

**Gleichgerichtete Leistungsbeziehungen,** die im wesentlichen identisch sind, wurden neben dem vorgefertigten Konzept im Anwendungserlass zu § 2b als weiteres Tatbestandsmerkmal der Modellhaftigkeit genannt. Dieses Merkmal

wird in der Neuregelung nicht mehr aufgegriffen, wohl um Streitigkeiten darüber zu vermeiden, ob Einzelinvestitionen in den Tatbestand einzubeziehen sind. Dennoch ist eine Gestaltung, die eine Vielzahl gleichgerichteter Leistungsbeziehungen, sprich gleichartige Verträge mit denselben Vertragspartnern (zB mit demselben Treuhänder, demselben Vermittler, derselben Finanzierungsbank) anbietet, Indiz für einen modellhaften Charakter. UE ist dafür nicht erforderlich, dass die gleichgerichteten Leistungsbeziehungen über schädliche Zusatz- oder Nebenleistungen geschlossen werden. Das Fehlen eines solchen Vertragsbündels führt jedoch nicht zwingend dazu, dass kein vorgefertigtes Konzept und damit kein Steuerstundungsmodell vorliegt (aA wohl LÜDICKE/NAUJOK, DB 2006, 744 [746]).

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

### 33 c) Einzelinvestition

Bei Einzelinvestitionen fällt idR ein zentrales Merkmal der Fondsgestaltungen, die beschränkte persönliche Haftung des Stpfl., weg. Aus diesem Grund ist im Regelfall davon auszugehen, dass eine Einzelinvestition keinen modellhaften Charakter hat, es sei denn, die übrigen Gestaltungen wiegen die unbeschränkte persönliche Haftung des Stpfl. auf. Dies wird idR nur dann anzunehmen sein, wenn der wirtschaftliche Sinn der Gestaltung überwiegend in der Erzielung von Steuervorteilen liegt, wie dies aus der Sicht des Gesetzgebers und der FinVerw. im Anwendungserlass zu § 2b bei der fremdfinanzierten Renten- oder Lebensversicherung gegen Einmalbetrag (BMF v. 22.8.2001, BStBl. I 2001, 588 Tz. 12, iVm. BMF v. 5.7.2000, BStBl. I 2000, 1148; BTDrucks. 16/107, 7) der Fall sein soll. Ob diese tatsächlich eine modellhafte Gestaltung darstellt, kann angesichts der Entscheidung des BFH v. 15.12.1999 – X R 23/95 (DStR 2000, 515) bezweifelt werden, wenn – wie im entschiedenen Fall – eindeutig die Altersvorsorge im Vordergrund steht.

**Erwerb einer Immobilie:** Nicht ausreichend ist, wenn der Stpfl. beispielsweise eine Wohnung aus einer Vielzahl von Wohnungen oder gleichgestalteten Wohngebäuden erwirbt, die nach einem bereits vor Erwerb ausgearbeiteten Vertragswerk errichtet wurden. Dies mag als Abgrenzung zwischen Erwerber und Hersteller geeignet sein (vgl. BMF v. 20.10.2003, BStBl. II 2003, 546 Tz. 5), nicht aber als Abgrenzung für ein Steuerstundungsmodell in Gestalt einer Einzelinvestition. Denn hier ist der wirtschaftliche Gehalt der Investition nicht auf die Erzielung von Steuervorteilen, die modellhaft angeboten werden, fokussiert.

Im Gegensatz zu der einer reinen Kapitalbeteiligung ähnlichen Beteiligung an einem Fonds handelt der Stpfl. bei einer allein getätigten Immobilieninvestition auf eigenes Risiko und haftet für alle Verbindlichkeiten, die mit der Nutzung des WG selbst zusammenhängen, mit seinem gesamten Vermögen. Dies gilt auch dann, wenn im Rahmen der Investition eine günstige Finanzierung vermittelt wird (aA BTDrucks. 16/107, 7), denn diese dient dazu, die Wirtschaftlichkeit der Investition zu erhöhen. Vor diesem Hintergrund wird der Kauf vom Bauträger in aller Regel nicht in den Anwendungsbereich des § 15b fallen (so auch BTDrucks. 16/107, 7), weil dieser einer klassischen Fondsbeteiligung nicht ähnlich ist. Gleiches gilt bei „normaler“ unternehmerischer Tätigkeit zB des Existenzgründers (vgl. Bericht des FinAussch. BTDrucks. 16/254, 5).

**Erwerb sämtlicher Anteile an Immobilienfonds:** Übernimmt ein Stpfl. sämtliche Anteile an einem geschlossenen Immobilienfonds, sind die wesentlichen

Indizien für ein Steuerstundungsmodell erfüllt (BMF v. 22.8.2001, BStBl. I 2001, 588 Tz. 13, iVm. BMF v. 5.7.2000, BStBl. I 2000, 1148).

#### d) Rechtsform des Modells

34

Das Gesetz lässt die Rechtsform des Steuerstundungsmodells ausdrücklich offen. KapGes. kommen als solches Modell nur in Frage, wenn die Einkünfte, die daraus resultieren, nicht Einkünfte aus Kapitalvermögen sind. Denn im Bereich des § 20 ist § 15b nur bei stillen Gesellschaften anwendbar. Außerdem muss die KapGes. negative Einkünfte vermitteln. Dies ist nur im Rahmen einer kstl. Organshaft möglich (so für § 2b HANDZIK in L/B/P, § 2b Rn. 63). Die Begründung der Organshaft mit einem Steuerstundungsmodell wird idR an einem vorgefertigten Konzept scheitern.

§ 15b ist anwendbar, unabhängig davon, ob das Steuerstundungsmodell Einzelinvestition oder Beteiligung an einer Gesellschaft oder Gemeinschaft ist. Sind die Voraussetzungen erfüllt, greift in beiden Fällen die Verrechnungsbeschränkung (vgl. Gesetzesbegründung in BTDrucks. 16/107, 6). Dies ergibt sich unmittelbar aus Abs. 3, der die Einzelinvestition ausdrücklich nennt.

Ein Steuerstundungsmodell in einer Gesellschaft oder Gemeinschaft liegt dann vor, wenn zivilrechtl. mehrere Personen durch ein Gesellschafts- oder Gemeinschaftsverhältnis verbunden sind. Dies sind alle PersGes., aber auch die atypisch stille Gesellschaft oder die Gemeinschaft nach §§ 741, 1008 BGB. IdR werden eheliche Gütergemeinschaft (§§ 1415 ff. BGB) oder Erbengemeinschaften (§§ 2032 ff. BGB) nicht darunter fallen, weil sie keine modellhaften Gestaltungen sind (SCHMIDT/SEEGER XXIV. § 2b Rn. 11). Etwas anderes kann dann gelten, wenn sie gemeinsam ein entsprechendes Modell erwerben oder begründen. Klassische Fälle solcher Steuerstundungsmodelle sind Immobilienfonds, Filmfonds, Leasingfonds, Betreiberfonds oder Schiffsfonds.

Gesamtobjekte iSd. BMF-Schreibens v. 13.7.1992 (BStBl. I 1992, 404) können in Ausnahmefällen (s. dazu Anm. 26) ebenfalls in den Anwendungsbereich des § 15b fallen. Gesamtobjekte sind insbes. Bauherren- oder Erwerbermodelle einschließlich der Bauträger- und Sanierungsmodelle. WG werden grundsätzlich einzelnen Stpfl. zugerechnet. Diese haben aber bei Planung, Herstellung, Erhaltung oder Erwerb der WG gleichartige Rechtsbeziehungen zum Anbieter hergestellt oder unterhalten (vgl. VO zu § 180 Abs. 2 AO).

### 3. Geplante steuerliche Vorteile in Form negativer Einkünfte

35

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

**Negative Einkünfte** sind nicht nur die negativen Einkünfte iSd. EStRechts, sondern alle negativen Ergebnisse, die in die stl. Gewinnermittlung einfließen. Ausreichend ist, dass negative Einkünfte geplant sind; ob sie tatsächlich erzielt werden, spielt für die Anwendung des § 15b nur im Rahmen der Rechtsfolge eine Rolle. Dem Stpfl. soll aufgrund dieses Konzepts die Möglichkeit geboten werden, zumindest in der Anfangsphase der Investition Verluste mit übrigen Einkünften (oder Gewinnen) zu verrechnen. Insoweit legt § 15b die Anforderungen an das Vorliegen deutlich niedriger als § 2b, der noch voraussetzte, dass die Erzielung stl. Vorteile im Vordergrund stehen müsse. Der stl. Vorteil muss auf der Zuweisung negativer Einkünfte beruhen. Anderweitig vorteilhafte stl. Gestaltungen, bei denen der Steuervorteil beispielsweise darin liegt, stfreie Ein-

nahmen zu erzielen oder die vorteilhafte Tonnagesteuer nach § 5a zu wählen, fallen nicht in den Anwendungsbereich des § 15b (vgl. BECK, DStR 2006, 61 ff.).

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

Unerheblich ist, ob das Motiv, Verluste zuzuweisen, im Vordergrund steht. Dieses im Rahmen des § 2b kaum zu definierende subjektive Tatbestandsmerkmal entfällt bei der Neuregelung. Auch die Formulierung, dass stl. Vorteile erzielt werden sollen, weist nicht darauf hin, dass dieses vorrangiges Motiv sein soll.

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

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

Unerheblich ist, ob diese Verluste auch eintreten. Kommt es aufgrund günstiger Umstände nicht zu Verlustzuweisungen, handelt es sich dennoch um ein Modell iSd. § 15b. Die Vorschrift kommt aber in diesem Fall mangels verrechenbarer Verluste nicht zur Anwendung. Umgekehrt schaden später eintretende höhere Verluste als konzeptionell vorgesehen nicht, wenn beispielsweise wegen Unterschreitens der Grenze nach § 15b Abs. 3 kein Steuerstundungsmodell vorlag (BTDrucks. 16/107, 6). Eine entsprechend optimistische Gestaltung, die die Verluste zur Vermeidung des § 15b zu niedrig kalkuliert, wird aus haftungsrechtlichen Gründen dennoch nicht angeboten werden.

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

**Anfangsphase der Investition:** Investition ist die Beteiligung an einem Steuerstundungsmodell. Die Möglichkeit, Verluste zu verrechnen, muss zumindest in der Anfangsphase geboten werden. Der Begriff der Anfangsphase soll nach der Gesetzesbegründung (BTDrucks. 16/107, 6) der Zeitraum sein, bis zu dem nach dem Konzept keine nachhaltigen positiven Einkünfte erzielt werden. Einzubeziehen ist nicht nur die Investitionsphase, sondern auch die Betriebsphase, soweit während dieser noch keine positiven Einkünfte erwirtschaftet werden. Die Formulierung weicht vom Anwendungsschreiben zu § 2b ab, das noch von „Verlustphase“ sprach (BMF v. 22.8.2001, BStBl. I 2001, 588 Tz. 4, iVm. BMF v. 5.7.2000, BStBl. I 2000, 1148). Mit der im Gesetz verwendeten Formulierung wird klargestellt, dass auch zwischendurch eintretende Gewinnphasen noch in diese Anfangsphase fallen, wenn sie nur vorübergehend auftreten. Die Anfangsphase ist erst beendet, wenn das Konzept über mehrere Jahre keine Verluste mehr ausweist und ein Verlustjahr nur noch ausnahmsweise eintreten kann, beispielsweise aufgrund planmäßiger Sanierung. Die Dauer der Anfangsphase ist nicht festgelegt, sondern hängt von der Gestaltung im Einzelfall ab.

Einstweilen frei.

36–39

## II. Unbeachtlichkeit der Verlustursache (Satz 3)

40

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

Bei § 2b war umstritten, ob die Vorschrift auch Anwendung finden sollte, wenn die stl. Vorteile auf der Nutzung von speziellen Lenkungsnormen beruhen (vgl. BLÜMICH/STUHRMANN, § 2b Rn. 25 ff.) Für § 15b stellt Abs. 2 Satz 3 klar, dass unerheblich ist, ob die negativen Einkünfte auf besonderen Fördermaßnahmen, auf handelsrechtl. Bilanzierungsregeln oder allgemeinen stl. Gewinnermittlungsvorschriften beruhen. Die Regelung ist dann, wenn die Möglichkeit zur Verlustverrechnung auf einem modellhaften vorgefertigten Konzept basiert, auch anwendbar, wenn die Verluste aufgrund zwingender Bilanzierungsvorschriften entstehen (zB sofortiger Aufwand bei selbst hergestellten immateriellen WG) oder vom Gesetzgeber angebotene Fördermöglichkeiten (zB § 7i oder 7h) in Anspruch genommen werden. Absicht des Gesetzgebers ist, die Nutzung dieser Regelung auf der Basis einer modellhaften Gestaltung zu verhindern, mit der Folge, dass Fonds, die diese Gestaltungsinstrumente nutzen, um zB große Baudenkmäler zu sanieren, oberhalb der nahezu zwingend überschrittenen Nichtaufgriffsgrenze in den Anwendungsbereich des § 15b fallen werden (so auch FLEISCHMANN/MEYER-SCHARENBERG, DB 2006, 353 [355]).

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

Einstweilen frei.

41–44

### Erläuterungen zu Abs. 3: Nichtaufgriffsgrenze

45

#### I. Prognostizierte Verluste innerhalb der Anfangsphase

Die FinVerw. hatte im Anwendungsschreiben zu § 2b (BMF v. 22.8.2001, BStBl. I 2001, 588 Tz. 4 iVm. BMF v. 5.7.2000, BStBl. I 2000, 1148) eine Nichtaufgriffsgrenze formuliert, die sich in verschärfter Form in § 15b wiederfindet. Ist diese Grenze nicht überschritten, so ist nicht mehr zu prüfen, ob ein Steuerstundungsmodell gegeben ist.

**Der Begriff Anfangsphase** ist analog der oben genannten Definition in Abs. 2 zu bestimmen (s. Anm. 35).

**Summe der prognostizierten Verluste** sind alle negativen Ergebnisse, die für das Steuerstundungsmodell konzeptionell vorhergesagt sind, einschließlich eingepplanter Verluste aus dem SonderBV. Zu berücksichtigen sind nur die negativen Ergebnisse der Anfangsphase („innerhalb“). Treten außerhalb dieser Phase planmäßig Verluste ein, so sind diese nicht mehr mit einzubeziehen, ebenso wenig wie außerplanmäßig finanziertes Fremdkapital.

46

#### II. Maßgebliches Kapital

**Gezeichnetes Kapital:** Der Begriff des gezeichneten Kapitals bezieht sich auf die Beteiligung an einer PersGes. oder einer Gemeinschaft. Gemeint ist die Höhe der Pflichteinlage, die individuell zu ermitteln ist. Da die Nichtaufgriffsgrenze bezogen auf die Anfangsphase ermittelt wird, kann sich auch die Höhe des gezeichneten Kapitals nur auf den Betrag beziehen, der in dieser Anfangsphase vereinbart ist. Erhöht sich der Betrag danach aufgrund nach Ende der Anfangsphase eintretender Umstände, so ist dies nicht mehr zu berücksichtigen.

**Nach dem Konzept aufzubringendes Kapital:** Die Höhe des gezeichneten Kapitals wird für die Verhältnisrechnung (s. Anm. 47) beschränkt auf den Betrag, der nach dem Konzept aufzubringen ist. Dies bedeutet, dass Kapital, das planmäßig (also im Rahmen des vorgefertigten Konzepts angeboten) gestundet wird, nicht einzubeziehen ist, ebenso wenig wie planmäßig fremdfinanziertes Kapital (glA BECK, DStR 2006, 61 [65]; aA LÜDICKE/NAUJOK, DB 2006, 744 [747]), denn dieses ist nach dem vorgefertigten Konzept nicht aufzubringen. In diesen Fällen ist nur der Teil der Pflichteinlage zugrunde zu legen, der tatsächlich, ohne (planmäßige) Fremdfinanzierung zu erbringen ist. Dieses Merkmal ist individuell bei jedem Stpfl. zu prüfen. Nimmt ein Stpfl. die planmäßig angebotene Finanzierung seines Anteils nicht in Anspruch, ist die Berechnung der Nichtaufgriffsgrenze eine andere als bei Stpfl., die ihre Beteiligung finanzieren (LADEMANN/KALIGIN, § 2b Rn. 82; aA SÖFFING, DB 2000, 2340). Eine individuelle Fremdfinanzierung, die nicht im Konzept angeboten wird, hat keinen Einfluss auf die Höhe des aufzubringenden Kapitals. Hier ist der Gesamtbetrag der einzuzahlenden Pflichteinlage für die Berechnung anzusetzen, denn dieses Kapital ist nach dem Konzept aufzubringen. Nach dem Konzept ist auch das Kapital nicht aufzubringen, das planmäßig als Ausschüttung an den Stpfl. rückgeführt wird, wenn die erwirtschafteten Liquiditätsüberschüsse hierfür nicht ausreichen (Einlagenrückgewähr). Andererseits sind planmäßige Nachschüsse mit einzukal-

kulieren (MEYER-SCHARENBERG/FLEISCHMANN, DStR 2000, 1373 ff.; HANDZIK in L/B/P, § 2b Rn. 121).

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

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

### III. Verhältnisrechnung

47

Die kumulierten Verluste der Anfangsphase sind mit dem eingesetzten Eigenkapital bzw. mit dem aufzubringenden Kapital zu vergleichen. Nur wenn die Summe der Verluste 10 vH des Kapitals übersteigt, ist die Verlustverrechnungsbeschränkung anzuwenden. Bei einer Zeichnungssumme von 50 000 € ist diese Grenze überschritten, wenn in der Anfangsphase kumulierte Verluste von mehr als 5 000 € auf diesen Anteil entfallen. Wenn die Beteiligung Verluste auslöst, wird diese Grenze idR überschritten sein. Bereits zur Nichtaufgriffsgrenze bei § 2b, die oberhalb von 50 vH zugewiesenen Verlusten wirkte, wurde angenommen, dass ihr in der Praxis keine Bedeutung zukomme, weil die Verluste idR höher lägen (SCHMIDT/SEEGER XXV. § 2b Rn. 6; KOHLHAAS, FR 2000, 922; SÖFFING, DB 2000, 2340). Der Zweck der Nichtaufgriffsgrenze, eine arbeitsintensive Überprüfung bei der FinVerw. zu vermeiden (KEISINGER, INF 2000, 522 [523]) wird bei der niedrigen Grenze nicht erreicht werden.

Einstweilen frei.

48–49

## Erläuterungen zu Abs. 4: Verlustfeststellung

### I. Jährliche gesonderte Feststellung

50

Verluste, die nicht verrechnet wurden, sind für Zwecke des Verlustvortrags jährlich durch Bescheid festzustellen. Zeitlich ist die Feststellung nicht bezogen auf den VZ, sondern auf das Wj. des Steuerstundungsmodells, denn auch die Verrechnungsmöglichkeit des Abs. 1 Satz 2 bezieht sich auf das Wj./Geschäftsjahr des Modells. Jährlich kann nur bedeuten, zum Schluss des jeweiligen Geschäftsjahres. Sinn der gesonderten Feststellung ist die zeitnahe Ermittlung und ggf. rechtl. Überprüfung des verrechenbaren Verlusts, die Rechtssicherheit bzgl. der Höhe schaffen soll (vgl. § 15a Anm. 171). Der Verlust ist für jeden Beteiligten festzustellen, da er individuell variieren kann.

Die Feststellung nach § 15b Abs. 4 Satz 1 ist gesonderte Feststellung iSd. § 179 ff. AO. Sie ist Grundlagenbescheid für den Veranlagungsbescheid, wenn er nicht mit einer gesonderten und einheitlichen Feststellung nach § 180 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a AO verbunden wurde.

51

**II. Nicht ausgleichsfähiger Verlust (Satz 1)**

Festzustellen sind Verluste, soweit sie noch nicht innerhalb der Einkunftsquelle verrechnet werden konnten. Ausgleichsfähiger Verlust ist der Verlust, der im Wj. seiner Entstehung nicht ausgeglichen werden konnte. Festgestellt wird nur die Höhe des in Zukunft noch zu verrechnenden Verlusts, während im Rahmen des Bescheids über die einheitliche und gesonderte Gewinnfeststellung nach § 180 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a AO nur über die Höhe und die Zurechnung eines Gewinn- bzw. Verlustanteils entschieden wird. Über die Frage, ob ein Steuerstundungsmodell vorliegt, ist im Rahmen der gesonderten und einheitlichen Feststellung nach § 180 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a AO zu entscheiden, denn anders als § 2b stellt § 15b für die Definition des Steuerstundungsmodells auf die Ebene der Gesellschaft oder Gemeinschaft ab (s. RONIG in B/B, § 2b Rn. 73).

52

**III. Verrechenbarer Verlust des Vorjahres (Satz 2)**

Die Anknüpfung an den verrechenbaren Verlust schafft die Verknüpfung zum Verlust des Vorjahres. Der Begriff ist an die Legaldefinition in § 15a Abs. 4 Satz 1 angelehnt. Gemeint ist der Verlust, der im betreffenden Wj. weder ausgeglichen noch abgezogen werden konnte. Da im Rahmen des § 15b anders als bei § 15a keine Verluste entstehen können, die im Jahr der Entstehung mit anderen Einkünften verrechnet werden können, entfällt ein diesbezüglicher Abzug von den Verlustanteilen des laufenden Wj. (anders bei § 15a, vgl. SCHMIDT/WACKER XXV. § 15a Rn. 190). Eventuelle Einlagenminderungen iSd. § 15a Abs. 3, die ebenfalls in die Definition in § 15 Abs. 4 Satz 1 einbezogen sind, spielen bei der Höhe des festzustellenden Verlusts nach § 15b keine Rolle.

53

**IV. Anfechtbarkeit**

Ist der Feststellungsbescheid gegenüber einem Beteiligten ergangen, so kann dieser ihn selbst anfechten (§§ 350, 40 FGO). Dies gilt nach § 352 Abs. 1 Nr. 5 AO und § 48 Abs. 1 Nr. 5 FGO auch, wenn die Feststellung mit der gesonderten und einheitlichen Feststellung nach § 180 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a AO verbunden wurde (vgl. zu Einzelheiten § 15a Anm. 174).

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

54

**V. Zuständigkeit**

Nach Abs. 4 Satz 4 ist grundsätzlich das BetriebsFA (§ 18 Abs. 1 Nr. 2 AO) für den Erlass des Feststellungsbescheids zuständig, wenn Steuerstundungsmodell



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

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

55

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

